

ex/ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher
Revue des jeunes chercheurs en droit
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 1/2017

Sexualität
sexualité
sexuality

MONIKA SIMMLER / LORENZ BIBERSTEIN

**Prostitution und Kriminalität:
Das Schweizer Sexgewerbe aus strafrechtlicher
und kriminologischer Sicht**

JANNICK KOLLER

**Defizite in der öffentlich-rechtlichen Regulierung
der Sexarbeit in der Schweiz**

MARIA SCHULTHEISS

**Das gesellschaftliche Verständnis der sich
prostituierenden Person und dessen Abbild im Recht**

NADIA KUŽNIAR / FIONA SAVARY

**Änderung von Namen und amtlichem Geschlecht
bei Transmenschen in der Schweiz**

ELOI JEANNERAT

**Quelle (dé-)pénalisation des amours juvéniles
par la justice ?**

AMY WEATHERBURN / CHLOÉ BRIÈRE

**Regulating Desire: The Impact of Law and Policy
on Demand for Sexual Exploitation in Europe**

PASCAL RONC

**Lebenslanger Freiheitsentzug, Art. 3 EMRK
und die Rolle von Soft Law**

 **DIKE**

Weitere Infos zur Zeitschrift: www.ex-ante.ch

Für Abonnemente und Einzelhefte: verlag@dike.ch

Herausgeber / éditeurs

Stephanie Bernet
Kaspar Ehrenzeller
Nadia Kuźniar
Fiona Savary
Roman Schister

Redakteure / rédacteurs

Gabriel Gertsch
Rehana Harasgama
Axel Schmidlin

Vertrieb und Abonnementsverwaltung /**Diffusion et abonnements**

Dike Verlag AG
Weinbergstrasse 41, CH-8006 Zürich
Tel. 044 251 58 30, E-Mail verlag@dikey.ch, www.dike.ch
Erscheint zweimal pro Jahr (Juni, Dezember) / Parution deux fois l'an (juin, décembre)

Abonnementspreis / Prix de l'abonnement

Jahresabonnement / Abonnement annuel:
CHF 69.– inkl. MWSt/TVA incluse

Jahresabonnement Studierende (bitte Kopie der Legitimationskarte beilegen) / Abonnement annuel étudiants (joindre une copie de la carte de légitimation): CHF 55.– inkl. MWSt/TVA incluse

Die Zeitschrift kann auch als Einzelheft bezogen werden / La revue est également vendue sous forme de cahiers séparés
Kündigungen für die neue Abonnementsperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. Beanstandungen können nur innert 8 Tagen nach Eingang der Sendung berücksichtigt werden. Für durch die Post herbeigeführte Beschädigungen sind Reklamationen direkt bei der Poststelle am Zustellort anzubringen.

La résiliation de l'abonnement pour une nouvelle période doit être communiquée par écrit au plus tard jusqu'au 31 octobre de l'année précédant la nouvelle période. Seules les réclamations faites dans les huit jours dès réception du numéro seront prises en compte. Les réclamations relatives aux dommages causés par les services postaux doivent être directement adressées à l'office postal de distribution.

Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Jeder Nachdruck, Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der vorherigen schriftlichen Einwilligung der Dike Verlag AG.

Toute réimpression, reproduction, mise sur microfilm, enregistrement sur un support électronique de données et exploitation sous toute autre forme de chacune des parties de cette revue requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition Dike Verlag AG.

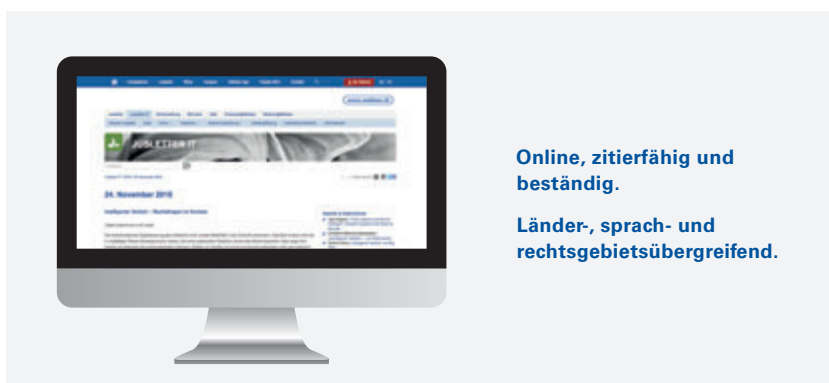
Weitere Informationen zur Zeitschrift, Inserate-, Unterstützungs- und Publikationsmöglichkeiten finden Sie unter www.ex-ante.ch.

Vous trouverez plus d'informations sur la revue, l'insertion d'annonces ainsi que les possibilités de soutien et de publication sur www.ex-ante.ch.

ISSN 2297-9174
ISBN 978-3-03751-946-2



ONLINE ZEITSCHRIFT FÜR IT UND RECHT.
WWW.JUSLETTER-IT.EU



**Online, zitierfähig und
beständig.**

**Länder-, sprach- und
rechtsgebietsübergreifend.**

Vier Mal jährlich online das Neueste aus IT und Recht. Die hochwertigen Beiträge der spezialisierten Praktiker und Wissenschaftler sind stets aktuell und oft rechtsgebietübergreifend.

Abonnement Jusletter IT
CHF 185.– / Jahr

www.weblaw.ch

Inhaltsübersicht / Sommaire / Contents

Prostitution und Kriminalität: Das Schweizer Sexgewerbe aus strafrechtlicher und kriminologischer Sicht

MONIKA SIMMLER / LORENZ BIBERSTEIN

3

Defizite in der öffentlich-rechtlichen Regulierung der Sexarbeit in der Schweiz

Unter besonderer Berücksichtigung des Raum- und Bauplanungs- sowie des Ausländerrechts

JANNICK KOLLER

13

Das gesellschaftliche Verständnis der sich prostituierenden Person und dessen Abbild im Recht

Rückblick, Standortbestimmung und Ausblick

MARIA SCHULTHEISS

31

Änderung von Namen und amtlichem Geschlecht bei Transmenschen in der Schweiz

Der lange Weg zur staatlichen Anerkennung

NADIA KUŹNIAR / FIONA SAVARY

40

Quelle (dé-)pénalisation des amours juvéniles par la justice ?

Commentaire de l'arrêt du TF 6B_485/2016 du 1er août 2016

ELOI JEANNERAT

50

Regulating Desire: The Impact of Law and Policy on Demand for Sexual Exploitation in Europe

AMY WEATHERBURN / CHLOÉ BRIÈRE

56

Lebenslanger Freiheitsentzug, Art. 3 EMRK und die Rolle von Soft Law

PASCAL RONC

67

Lebenslanger Freiheitsentzug, Art. 3 EMRK und die Rolle von Soft Law

PASCAL RONC*

SCHLAGWÖRTER	Art. 3 EMRK – Lebenslanger Freiheitsentzug – Auslegungsmethode – Soft Law
ZUSAMMENFASSUNG	Aus Art. 3 EMRK fliessen europäische Strafvollzugsprinzipien, die den Konventionsstaaten positive Schutzpflichten auferlegen. In der Auslegung des EGMR spielt Soft Law eine grosse Rolle. Der nachfolgende Beitrag geht – anhand der Rechtsprechung zu lebenslanger Haft – der Frage nach, ob der EGMR Soft Law in Hard Law umwandelt und bettet den Einbezug von Soft Law in den methodischen Auslegungskanon des EGMR ein.
RÉSUMÉ	En appliquant le droit absolu préservé dans l'article 3 de la CEDH, la Cour européenne des droits de l'Homme a développé des principes pénaux européens et est considérablement inspirée par le soft law. Cet article éclaire les principes doctrinaux de l'article 3 concernant l'emprisonnement à vie. Il fait le point sur les méthodes d'interprétation de la Cour et examine la fonction du soft law du Conseil de l'Europe en répondant à la question de savoir si la Cour transforme effectivement le soft law en hard law par sa jurisprudence.
ABSTRACT	Principles of European Penology derive from art. 3 ECHR. These principles are embellished as positive obligations under the Convention. The reasoning of the ECtHR appears to be strongly inspired by soft law-instruments of the Council of Europe. This article elucidates the normative function of soft law within the ECHR by analyzing the Courts judgments on life imprisonment. It further embeds these instruments into the theory of interpretation of the ECHR thus answering the question whether the Court is hardening soft law through its jurisprudence.

I. Einleitung

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte überlässt die Festlegung der Strafraumen sowie die konkrete Strafzumessung für eine Straftat den Konventionsstaaten und beschränkt seine menschenrechtliche Überwachungsfunktion auf eine Übermasskontrolle.¹ Die Verhältnismässigkeit einer Sanktion liege grundsätzlich ausserhalb der Prüfkontrolle durch den EGMR.² Nur wenn eine Sanktion grob unverhältnismässig sei, könne sich ein Problem unter dem Schutzbereich von Art. 3 EMRK eröffnen.³ Damit beschränkt sich der EGMR faktisch auf eine Willkürkontrolle;⁴ Konventionsstaaten wird dementsprechend ein weiter Ermessensspielraum zugestanden.⁵ Fälle unverhältnismässig hoher Strafen sind eine Rarität geblieben.⁶ Bis zum heutigen Tag existiert kein Urteil zum menschenrechtlichen Höchstmass einer Freiheitsstrafe.⁷ Gleichwohl sind freiheitsentziehende Sanktionen keineswegs «menschenrechtsimmun». Rechtsschutz finden Individuen nicht über die Anfechtung des konkreten Strafmasses, vielmehr wird Menschenrechtsschutz hauptsächlich auf der Ebene der «Ausgestaltung der Strafe» – Strafzwecke, Strafvollzugsprinzipien, Haft-

* Pascal Ronc, MLaw; Doktorand und wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Frank Meyer, Universität Zürich. An dieser Stelle sei Herrn Prof. Meyer für die wertvollen Anmerkungen zu diesem Thema herzlich gedankt.

1 EGMR (GK) *Vinter and others v. United Kingdom*, 66069/09 u.a. (2013), Ziff. 104; EGMR *Léger v. France*, 19324/02 (2006), Ziff. 72; DAVID HARRIS/MICHAEL O'BOYLE/EDWARD BATES/CARLA BUCKLEY, *Law of the European Convention of Human Rights*, 3. Auflage, Oxford 2014, 259.
 2 EGMR *Iorgov v. Bulgaria*, 36295/02 (2010).
 3 EGMR (GK) *Vinter and others v. United Kingdom*, 66069/09 u.a. (2013), Ziff. 102.
 4 EGMR *Harkins and Edwards v. United Kingdom*, 9146/07 u. 32650/07 (2012), Ziff. 139 ff.
 5 EGMR *T. v. United Kingdom*, 24724/94 (1999), Ziff. 117; EGMR *V. v. United Kingdom*, 24888/94 (1999), Ziff. 118; EGMR *Sawoniuk v. United Kingdom*, 63716/00 (2001), The Law.
 6 Vgl. EGMR *Gatt v. Malta*, 28221/08 (2010), Ziff. 10 u. 51: Fünfeinhalb Jahre Freiheitsentzug für Verstoß gegen Bewährungsaufgaben; EGMR *Mamidakis v. Greece*, 35533/04 (2007), Ziff. 48: Verhängung einer Geldstrafe in Höhe der zehnfachen Summe des hinterzogenen Betrags.
 7 Die Überbetonung der richterlichen Zurückhaltung durch den EGMR überrascht zuweilen: Vgl. EGMR (GK) *Vinter and others v. United Kingdom*, 66069/09 u.a. (2013), Ziff. 83;

umstände – gewährleistet. Das Aufmerksamkeitsgefälle hat sich heute deutlich hin zu den Vollzugsprinzipien, welche durch den EGMR eine beachtliche Ausdifferenzierung erlangt haben, verlagert. Diese sensiblen Fälle werden primär über Art. 3 EMRK, der die Folter sowie unmenschliche und erniedrigende Strafen verbietet, gelöst. Der nachfolgende Beitrag zeigt in einem ersten Schritt die konventionsrechtlichen Vollzugsprinzipien auf. Weiter wird dargelegt, wie der EGMR bei der Konkretisierung von Art. 3 EMRK methodisch vorgeht. Über die Auslegung wird internationalen Materialien wie Berichten der Europäischen Antifolterkommission (nachfolgend: CPT) sowie den Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates⁸ ein hoher Bedeutungsgrad beigemessen, obwohl diese Dokumente rechtlich nicht bindend sind. Dabei stellt sich die Frage, ob sich Soft Law⁹ gleichsam in Hard Law umwandelt und somit als Rechtsquelle fungiert, wie es Richter PINTO DE ALBUQUERQUE jüngst in einer dissentierenden Meinung formuliert hat.¹⁰ Es ist folglich zu fragen, ob der EGMR mit dem Einbezug von Soft Law seine Kompetenzen überschreitet, indem er den rechtlich nicht bindenden Charakter gewisser Dokumente verschleiern und über die Hintertüre verbindlich macht, wie im Schrifttum zuweilen moniert wird.¹¹ Generell wurde dieser Themenkomplex bislang nur am Rande behandelt, wobei aber im Schrifttum eine zunehmende Aufmerksamkeit zu beobachten ist.¹² Es wird zwar oft festgehalten, dass der EGMR Soft-Law-Instrumente in seinen Urteilen berücksichtige, ohne aber eine eigentliche methodische Einbettung zu wagen.¹³

Anhand der Rechtsprechung des EGMR zu lebenslangen Freiheitsstrafen wird dieser vermeintlichen «Transformationsrolle» des EGMR nachgegangen und nach der methodischen Einbettung dieser Instrumente gefragt.

II. Primat der Spezialprävention

Im Zusammenhang mit lebenslangen Freiheitsstrafen hielt der Gerichtshof fest, dass jeder Freiheitsentzug die Möglichkeit einer vorzeitigen Beendigung in sich tragen und folglich *de jure* und *de facto* reduzierbar sein müsse. Dies erfordert, dass eine Rechtsordnung über einen Haftüberprüfungsmechanismus verfügen muss, der eine Haft hinsichtlich (noch) vorhandener legitimer Strafzwecke überprüfen kann. Ein lebenslanger Freiheitsentzug ist dann unzulässig, wenn der Vollzug andauert, obwohl er keinem legitimen Strafzweck dient (*not justified on legitimate penological grounds*).¹⁴ Als legitime Strafzwecke werden Vergeltung, Abschreckung, öffentliche Sicherheit und die Rehabilitation des Straftäters i.S. des Konventionsrechts anerkannt.¹⁵ Diese Strafzwecke sind aber nicht

starr, sondern müssen dynamisch zueinander stehen.¹⁶ In Europa sei eine klare Tendenz feststellbar, dem Vollzugsziel der sozialen Wiedereingliederung (Rehabilitation

EGMR *Léger v. France*, 19324/02 (2006), Ziff. 72: «[...] any grossly disproportionate sentence would amount to ill-treatment contrary to Article 3. The Chamber [...] emphasised that it would only be on «rare and unique occasions» that the test would be met [...]»

- 8 Namentlich die Arbeiten des *Council for Penological Questions* und *European Committee on Crime Problems*; zum Ganzen: DIRK VAN ZYL SMIT/SONJA SNACKEN, *Principles of European Prison Law and Policy*, Oxford 2009, 30 ff.
- 9 Vgl. die Definition von Soft Law von LINDA SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford 2004, 112: «Rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects.»
- 10 EGMR (GK) *Mursic v. Croatia*, 7334/13 (2016), PINTO DE ALBUQUERQUE.
- 11 Kritisch bzgl. Einbezug von Soft Law CHRISTOPH GRABENWARTER/KATARINA PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6. Aufl., Basel 2016, § 5 Rn. 12; a.A. DAVID HARRIS/MICHAEL O'BOYLE/EDWARD BATES/CARLA BUCKLEY (Fn. 1), 11; positiv NATASA MAVRINCOLA, *Inhuman and Degrading Punishment, Dignity, and the Limits of Retribution*, MLR 2014, 277, 296 u. 298. Auch Richter des EGMR äussern sich kritisch zum Einbezug von Soft Law: EGMR *R.M.T. v. United Kingdom*, 31045/10 (2014), WOJTYCZEK: «The fact that a treaty rule is not binding on at least one Contracting State is an argument against any of teleological reinterpretation of the Convention in accordance with this rule.»
- 12 Vgl. STÉPHANIE LAGOUTTE, *Tracing the roles of soft law in human rights*, Oxford 2016; für eine empirische deskriptive Untersuchung siehe LIZE R. GLAS, *The European Court of Human Rights Use of Non-Binding and Standard-Setting Council of Europe Documents*, HRLR 2017, 97 ff.
- 13 WILLIAM A. SCHABAS, *The European Convention of Human Rights*, Oxford 2015, 41; ANNE PETERS/TILMAN ALTWICKER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2. Aufl., München 2012, § 2 Rn. 24; vgl. mit Bezug auf Sozialcharta CORDULA DRÖGE, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin 2003, 244.
- 14 EGMR (GK) *Hutchinson v. United Kingdom*, 57592/08 (2017), Ziff. 38.
- 15 EGMR (GK) *Vinter and others v. United Kingdom*, 66069/09 u.a. (2013), Ziff. 111; In einem Folgeurteil wurden die Strafzwecke, die als konventionskonform gelten und legitimerweise verfolgt werden dürfen, noch etwas ausdifferenzierter aufgeführt: negative Spezialprävention (Sicherung des Täters), positive Spezialprävention (Rehabilitation des Täters), negative Generalprävention (Abschreckung), positive Generalprävention (Normbegräftigung der Gesellschaft) sowie Retribution (Vergeltung); EGMR *Öcalan (no. 2) v. Turkey*, 24069/03 u.a. (2014), PINTO DE ALBUQUERQUE.
- 16 Vgl. EGMR *Öcalan (no. 2) v. Turkey*, 24069/03 u.a. (2014); EGMR (GK) *Vinter and others v. United Kingdom*, 66069/09 u.a. (2013), Ziff. 111.

des Täters) Priorität zuzuschreiben.¹⁷ Das emblematische Kernstück dieses Erfordernisses ist der Schutz der Menschenwürde.¹⁸ Dieser Schutz- und Achtungsanspruch erfordert, dass Straftäter an Rehabilitationsprogrammen teilnehmen können müssen. Nur so können sie aktiv in

ihre Rechtsstellung eingreifen und zu gegebener Zeit persönliche Fortschritte vorweisen. Häftlinge bräuchten eine konkrete «Hoffnung»¹⁹ auf eine vorzeitige Entlassung. Dies erfordert, dass Häftlinge positiver Leistungspflichten durch den Staat bedürfen, da inhaftierte Menschen in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Staat stehen und ihre Subsistenzgüter nicht mehr selbständig bestreiten können.

Zusammenfassend lassen sich vier Hauptkriterien aus der Rechtsprechung des EGMR herauskristallisieren, die durch weitere positive Schutzpflichten der Staaten flankiert werden:

- Rechtsstaatsprinzip («rules having sufficient degree of clarity»; «conditions laid down in domestic legislation»);²⁰
- Überprüfung noch vorhandener legitimer Haftzwecke unter besonderer Beachtung der Rehabilitationsfortschritte des Täters («progress towards his or her rehabilitation»; «objective pre-established criteria»);²¹
- Überprüfung nach einer gesetzlich festgelegten Zeitspanne («tendency not later than 25 years after the imposition of the sentence and thereafter a periodic review»);²²
- Verfahrensgarantien und Begründungspflicht durch die Behörden («surrounded by sufficient procedural safeguards»; «judicial review»; «reasons be provided»);²³

III. Schutzbereichskonkretisierung durch Soft Law?

Für die weitere Konturierung des sachlichen Schutzbereiches von Art. 3 EMRK wird seit der Rechtssache *Einhorn*²⁴ zunehmend auf Soft-Law-Regelungen, die unter der Ägide des Europarates verabschiedet wurden, Bezug genommen. Über die Jahre hat sich in solchen Haftfällen eine Formel entwickelt:

«The Court reiterates its constant approach that it takes into account relevant international instruments and reports, and in particular those of other Council of Europe organs, in order to interpret the guarantees of the Convention and to establish whether there is a common European standard in the field. It is for the Court to decide which international instruments and reports it considers relevant and how much weight to attribute to them.»²⁵

Keine andere internationale Organisation hat im Bereich der Strafvollzugsgrundsätze und Haftbedingungen mehr Arbeit vorzuweisen als der Europarat. Die Liste an empfohlenen Mindeststandards ist lang.²⁶ Flankiert werden diese Empfehlungen meist noch von Kommen-

17 EGMR (GK) *Vinter and others v. United Kingdom*, 66069/09 u.a. (2013), Ziff. 116.

18 So auch MAVRINCOLA (Fn. 11), 305; MERITXELL ABELLAN ALMENARA/DIRK VAN ZYL SMIT, Human Dignity and Life Imprisonment, HRLR 2015, 369, 370.

19 EGMR (GK) *Vinter and others v. United Kingdom*, 66069/09 u.a. (2013), Ziff. 119; EGMR *Laszlo Magyar v. Hungary*, 73593/10 (2014), Ziff. 50; MAVRINCOLA (Fn. 11), 304.

20 EGMR (GK) *Hutchinson v. United Kingdom*, 57592/08 (2017), Ziff. 44; EGMR (GK) *Murray v. Netherlands*, 10511/10 (2016), Ziff. 100.

21 EGMR (GK) *Murray v. Netherlands*, 10511/10 (2016), Ziff. 100; EGMR (GK) *Vinter and others v. United Kingdom*, 66069/09 u.a. (2013), Ziff. 125 u. 129.

22 EGMR (GK) *Murray v. Netherlands*, 10511/10 (2016), Ziff. 99; vgl. EGMR *Bodein v. France*, 40014/10 (2014), Ziff. 61; EGMR (GK) *Vinter v. United Kingdom*, 66069/09 u.a. (2013), Ziff. 119.

23 EGMR (GK) *Murray v. Netherlands*, 10511/10 (2016), Ziff. 100; EGMR *Laszlo Magyar v. Hungary*, 73593/10 (2014), Ziff. 57; EGMR *Harachiev and Tomulov*, 15018/11 u. 61199/12 (2014), Ziff. 255, 257 u. 262.

24 EGMR *Einhorn v. France*, 71555/01 (2001), Ziff. 27.

25 EGMR *Soltysyak v. Russia*, 4663/05 (2011), Ziff. 51; EGMR (GK) *Tanase v. Moldova*, 7/08 (2010), Ziff. 176; ferner EGMR *Manole and others v. Moldova*, 13936/02 (2009), Ziff. 107: «[T]he standards relating to public broadcasting which have been agreed by the Contracting States through the Committee of Ministers of the Council of Europe provide guidance as to the approach which should be taken to interpreting Article 10 in this field.»

26 Vgl. CM/Rec(2014)4 on electronic monitoring; CM/Rec(2014)3 concerning dangerous offenders; CM/Rec(2012)12 concerning foreign prisoners; CM/Rec(2012)5 on the European Code of Ethics for Prison Staff; CM/Rec(2010)1 on the Council of Europe Probation Rules; Rec(2008)11 on the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures; Rec(2006)13 on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse; Rec(2006)2 on the European Prison Rules; Rec(2003)23 on the management of life-sentence and other long-term prisoners; Rec(2003)22 concerning conditional release (parole); Rec(2000)22 on improving the implementation of the European rules on community sanctions and measures; R (99) 22 concerning prison overcrowding and prison population inflation; R (99) 19 concerning mediation in penal matters; R (98) 7 concerning the ethical and organisational aspects of health care in prison; R (97) 12 on staff concerned with the implementation of sanctions and measures; R (93) 6 concerning prison and criminological aspects of the control of transmissible diseases including aids and related health problems in prison; R (92) 18 concerning the practical application of the Convention on the transfer of sentenced persons; R (92) 16 on the European rules on community sanctions and measures; R (89) 12 on education in prison; R (88) 13 concerning

taren der Verfasser, sog. Explanatory Reports, die als Auslegungsanleitung für die zuständigen Verwaltungsbehörden dienen. Der EGMR führt diese Instrumente seit dem Urteil *Einhorn* nicht nur unter dem Titel «Relevant European, International and Comparative Law» bzw. der Subkategorie «Council of Europe Texts» auf, sondern bezieht sie zuweilen auch in seine Rechtserwägungen (unter dem Titel «The Law» bzw. der Subkategorie «General Principles») mit ein. Nachfolgend wird untersucht, inwiefern Soft Law tatsächlich als eigenständige Quelle durch den EGMR gebraucht wurde und ob es dezisiv für die Entwicklung der konventionsrechtlichen Vollzugsprinzipien war. Die Meinungen sind im Schrifttum disparat: Während der Einbezug von Soft-Law-Dokumenten von einigen als «Bereicherung» der Rechtsprechung erachtet wird,²⁷ sehen andere wiederum die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung als latent überschritten an.²⁸

A. Bedingte Entlassungsmöglichkeit als Fernziel des Vollzugs

Das Ministerkomitee des Europarates anerkennt, «dass die bedingte Entlassung eine besonders wirksame und konstruktive Massnahme darstellt, um die Rückfallkriminalität zu verhindern und die Resozialisierung von Strafgefangenen in die freie Gesellschaft nach Plan und unter Gewährung von Beistand sowie flankiert von Überwachungsmassnahmen zu fördern.»²⁹ Die Haftdauer sei einerseits aus finanziellen Gründen, soweit es geht, zu verkürzen, da die Gesellschaft dafür aufkommen müsse, andererseits sei nun wissenschaftlich erwiesen, dass Langzeithaft physische und psychische Schäden mit sich bringe und nicht die Wiedereingliederung des Täters fördere.³⁰ Auch das CPT nahm in der Folge das Konzept der «Hoffnung» im Vollzug auf und forderte u.a. die Schweiz auf, das Konzept der «lebenslänglichen Verwahrung» zu revidieren, da es nach Ansicht des CPT inhuman sei, einer Person endgültig die Hoffnung auf Entlassung zu nehmen.³¹ Der EGMR seinerseits hat diesen Gedanken aufgenommen und erhärtet: Er fordert, dass eine Haft *de jure* und *de facto* reduzierbar sein müsse, was einerseits die Möglichkeit einer Haftüberprüfung und andererseits eine effektive Hoffnung auf Entlassung bedeutet. Sich an die Empfehlungen des Ministerkomitees anlehnend fordert der EGMR, dass eine inhaftierte Person zu Beginn des Haftantrittes genau wissen müsse, welche Forderungen i.S. eines Vollzugszieles an sie gestellt werden, um für eine vorzeitige Entlassung in Frage zu kommen.³² Diese Kriterien sollten die Persönlichkeit des Gefangenen, seine soziale und ökonomische Lage sowie das passende Angebot an Wiedereingliederungsprogrammen berücksichtigen und darlegen.³³

Allerdings stützt der EGMR die Wiedereingliederungsmaxime auch auf die nationale Verfassungsrechtsprechung gewisser Staaten – insbesondere Deutschland:

Bereits 1977 hatte sich das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe mit der unumstösslichen lebenslangen Freiheitsstrafe auseinanderzusetzen. Der Mensch müsse immer auch Zweck an sich selbst bleiben, wobei dies für alle Rechtsgebiete uneingeschränkt gelte.³⁴ Die Menschenwürde sei ein innerer Wert, der jedem Menschen kraft seines Menschseins zustehe.³⁵ Durch diese Achtung und Anerkennung als Rechtssubjekt könne der Mensch – sei dies in Freiheit oder in Haft – durch sein eigenes Zutun in seine Rechtsstellung eingreifen. Lebensläng-

the practical application of the Convention on the transfer of sentenced persons; R (84) 11 concerning information about the Convention on the transfer of sentenced persons; R (82) 17 on the custody and treatment of dangerous prisoners; R (79) 14 concerning the application of the European Convention on the supervision of conditionally sentenced or conditionally released offenders; Res (70) 1 on the practical organisation of measures for the supervision and after-care of conditionally sentenced or conditionally released offenders; Res (67) 5 on research on prisoners considered from the individual angle and on the prison community; R (62) 2 on electoral, civil and social rights of prisoners.

27 DRAGOLJUB POPOVIC, The Emergence of the European Human Rights Law, Den Haag 2011, 54; vgl. NATASA MAVRINCOLA, Crime, Punishment and Article 3 ECHR: Puzzles and Prospects of Applying an Absolute Right in a Penal Context, HRLR 2015, 721, 730.

28 GRABENWARTER/PABEL (Fn. 11), § 5 Rn. 12.

29 Empfehlung Rec(2003)22 (Fn. 26), Präambel.

30 Empfehlung Rec(2003)22 (Fn. 26), Präambel.

31 CPT/Inf(2011) on the visit to Switzerland.

32 Empfehlung Rec(2003)22 (Fn. 26), Ziff. 5.

33 Empfehlung Rec(2003)22 (Fn. 26), Ziff. 18.

34 BVerfG 45, 187, 228 (Urteil vom 21. Juni 1977). Diese Selbstzweckformel geht auf IMMANUEL KANT zurück, und wohl kaum ein Satz wird in diesem Zusammenhang häufiger herangezogen als die Selbstzweckformel in «Kants Metaphysik der Sitten»; GEORG MOHR, Person, Recht und Menschenrecht bei Kant, in Klein/Menke (Hrsg.), Der Mensch als Person und Rechtsperson: Grundlagen der Freiheit, Berlin 2011, 18: «Handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person als in der Person eines jeden anderen, jederzeit und zugleich als Zweck, niemals bloss als Mittel brauchest.»

35 Obschon die Konturierung des Menschenwürdebegriffes schwerfällt – und das BVerfG trotz seiner langjährigen Rechtsprechungstradition keine hinreichend operationalisierbare Formulierung für das, was die Menschenwürde sein soll, etablieren konnte – liefert die «Mensch als Subjekt»-Formel einen dynamischen Orientierungsrahmen, durch den sich der Mensch als Person entfalten kann und nicht als Objekt in den Händen der Behörden pervertiert wird; BVerfG 30, 1/26; 50, 166/175. Vgl. PETER HÄBERLE/MARKUS KOTZUR, Europäische Verfassungslehre, Baden-Baden 2016, 534 ff.

lich Verurteilte müssten die Chance haben, eines Tages wieder der Freiheit teilhaftig werden zu können.³⁶ Der durch die lebenslange Freiheitsstrafe bewirkte endgültige Ausschluss des Straftäters aus der Gesellschaft und seine damit verbundene «psychische Vernichtung» verletze die Pflicht zur Achtung der Menschenwürde, die auch dem verurteilten Straftäter zukomme.³⁷ Daher müsse dem Täter eine Möglichkeit auf Resozialisierung offenstehen; den Verbrecher i.S. der Hegelschen Rechtsphilosophie «durch die Strafe als ein Vernünftiges [zu] ehren», könne nicht als Grundlage und Rechtfertigung für seinen endgültigen Ausschluss aus der Gesellschaft dienen.³⁸ Die Men-

schenwürde wird allerdings gemäss BVerfG nicht verletzt, wenn der Vollzug der Strafe wegen fortdauernder *Gefährlichkeit* des Gefangenen – unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes – als geboten erscheint.³⁹ Die gleichen Überlegungen würden für die EMRK gelten, so der EGMR.⁴⁰

Ferner bezieht sich der EGMR auch auf Art. 10 Abs. 3 IPbpr⁴¹, der besagt, dass der Strafvollzug eine Behandlung einschliesse, die vornehmlich auf die Besserung und gesellschaftliche Wiedereingliederung hinziele.

Es kann also nicht davon gesprochen werden, dass der EGMR die Idee der vorzeitigen Haftentlassung allein dem Soft Law und den Berichten des CPT entnommen hat. Viel eher fungieren diese Dokumente als argumentative Stütze. Der Gerichtshof kombiniert indes verschiedene Instrumente miteinander, um seiner Argumentation mehr Gewicht und Nachvollziehbarkeit zu verleihen. Er fasst diese Erkenntnisse dann als europäisches Bekenntnis zum Vollzugsziel der Wiedereingliederung zusammen.⁴²

Von einer Umwandlung von Soft Law in Hard Law kann mit Blick auf das Erfordernis der Chance auf Wiedereingliederung in die Gesellschaft nicht gesprochen werden.

B. Rehabilitationsprogramme

Laut dem EGMR erfordert Rehabilitation nicht nur eine *de jure* und *de facto* Haftentlassungsmöglichkeit, sondern auch Programme, welche die Chance auf eine soziale Wiedereingliederung überhaupt erst realistisch erscheinen lassen.⁴³ Dieser Grundsatz ist in verschiedenen Europaratsdokumenten statuiert. Der EGMR hat diese Grundsätze in seine rechtlichen Erwägungen zu Art. 3 EMRK unter dem Titel «Relevant Principles» einbezogen. Insbesondere bei Langzeitgefangenen und lebenslänglich Inhaftierten soll besonderes Augenmerk auf einen angemessenen (individuellen) Vollzugsplan gelegt werden, der Gefangenen sinnstiftende Aktivitäten (Arbeit, Bildung, sonstige Beschäftigungsmöglichkeiten) ermöglicht.⁴⁴ Gefordert wird nicht ein konkretes Resultat, d.h. es besteht kein eigentliches Recht auf Rehabilitation. Lediglich die Mittel für eine Rehabilitation des Täters müssen zur Verfügung gestellt werden.⁴⁵ Völkerrechtlich werden solche Programme nicht gefordert. Deren Statuierung durch den Gerichtshof kann als Ausdruck der Effektivitätssicherung der Auslegung der Konventionsrechte erachtet werden.⁴⁶ Ohne dass es der Gerichtshof explizit sagt, berücksichtigt er die unverbindlichen Europaratsdokumente, die solche Programme explizit und wiederholt fordern, zumindest als Inspirationsquelle. Der EGMR scheint insbesondere von den Europäischen Strafvollzugsprinzipien 2006 auf eine gemeinsame europäische Strafvollzugspolitik zu

36 BVerfG 117, 71/95; 72, 105/113; 109, 133/150.

37 BVerfG 45, 187/194 (Urteil vom 21. Juni 1977).

38 BVerfG 45, 187/194 lit. e (Urteil vom 21. Juni 1977) – Hegel war Verfechter einer absoluten Straftheorie.

39 BVerfG 45, 187/242 (Urteil vom 21. Juni 1977).

40 «Similar considerations must apply for the Convention system, the very essence of which [...] is respect of human dignity» (EGMR [GK] *Vinter and others v. United Kingdom*, 66069/09 u.a. [2013] Ziff. 113). Bei genauer Betrachtung des Urteils *Vinter* werden durchaus auch funktionale Erwägungen durch den EGMR miteinbezogen. Demnach bereite die Inhaftierung von Personen, die keine Hoffnung hätten, ernsthafte Probleme, wenn es darum gehe, Anreize zur Kooperation zu schaffen, Vollzugspläne und Programme zu entwickeln; nicht zuletzt sei auch die Sicherheit des Vollzugspersonals eher gefährdet, wenn keine Hoffnung für die Inhaftierten bestehe: EGMR (GK) *Vinter and others v. United Kingdom*, 66069/09 u.a. (2013), Ziff. 62.

41 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2).

42 CHRISTINE MORGENSTERN, Ein Recht auf Hoffnung aus Art. 3 EMRK: Lebenslange Freiheitsstrafen in Europa, RW 2014, 153, 178.

43 Europäische Strafvollzugsgrundsätze (EPR), Ziff. 6, 102.1 und 103.8; Empfehlung Rec(2003)23 (Fn. 26) und Empfehlung Rec(2003)22 (Fn. 26); vgl. EGMR (GK) *Murray v. Netherlands*, 10511/10 (2016), Ziff. 68, 103: «It follows from this that a life prisoner must be realistically enabled, to the extent possible within the constraints of the prison context, to make such progress towards rehabilitation that it offers him or her the hope of one day being eligible for parole or conditional release. This could be achieved, for example, by setting up and periodically reviewing an individualized programme that will encourage the sentenced prisoner to develop himself or herself to be able to lead a responsible and crime-free life.»

44 EPR Ziff. 103.4 und 103.8; Kommentar zu Empfehlung Rec(2006)2 über die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze.

45 EGMR (GK) *Murray v. Netherlands*, 10511/10 (2016), Ziff. 104.

46 Vgl. JONAS CHRISTOFFERSEN, Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and the Primacy in the European Convention of Human Rights, Leiden 2009, 55.

schliessen.⁴⁷ Diesen Dokumenten eigenständigen Rechtsquellencharakter zuzuschreiben, würde aber zu weit gehen.

C. Gesundheitsversorgung bei psychisch kranken Insassen

Das CPT spricht bei Langzeithäftlingen von einem Syndrom des «Institutionalisiert-werdens», in dessen Verlauf viele psychische Probleme erwachsen oder bestehende Probleme sich verschlechtern können. Es sei daher unter humanitären Aspekten eminent, zu versuchen, in positiver und proaktiver Weise diese Haftschäden auszugleichen.⁴⁸ In seiner Rechtsprechung hält der Gerichtshof fest, dass insbesondere Verwarhte aufgrund des potenziell lebenslänglichen Freiheitsentzuges in besonderer Weise psychologische Betreuung und Unterstützung erhalten sollen. Dabei stützt sich der EGMR auf einen Fachbericht des CPT:

«The Court agrees with the findings of both the Council of Europe's Commissioner for Human Rights [...] and the CPT [...] that persons subject to preventive detention, in view of its potentially indefinite duration, are in particular need of psychological care and support. The achievement of the objective of crime prevention would require, as stated convincingly by the CPT [...], «a high level of care involving a team of multi-disciplinary staff, intensive work with inmates on an individual basis [...], within a coherent framework for progression towards release, which should be a real option». The Court considers that persons subject to preventive detention orders must be afforded such support and care as part of a genuine attempt to reduce the risk that they will reoffend, thus serving the purpose of crime prevention and making their release possible. The Court does not lose sight of the fact that «[w]orking with this group of inmates is bound to be one of the hardest challenges facing prison staff [...]».⁴⁹

Diese Ausführungen gelten auch bei psychisch-kranken im normalen Strafvollzug.⁵⁰ Der Gerichtshof verlangt von den Mitgliedstaaten, dass Insassen einer medizinischen Kontrolle unterzogen werden müssen, um eine individuelle Behandlung zu bekommen, die der inhaftierten Person die Rehabilitation ermöglicht; hierzu gehört insbesondere eine Therapie zur Reduktion der Gefährlichkeit des Insassen.⁵¹ Diese Argumentation erfolgt unter Bezugnahme auf die Empfehlung des Ministerkomitees zu ethischen und organisatorischen Aspekten der Gesundheitsversorgung in Haft.⁵²

Auch hier muss festgestellt werden, dass neue wissenschaftliche Erkenntnisse, welche sich in Fachgremien artikulieren und empirisch belastbare Evidenzen bzgl. psychischer Haftschäden liefern, vom EGMR nicht igno-

riert werden. Die Feststellungen des CPT und die Empfehlungen des Europarates lassen sich primär auf der faktischen Ebene einordnen. Der EGMR legt die Konvention vor dem Hintergrund dieser neuen Erkenntnisse aus und muss sie an aktuellen Gegebenheiten (*present day conditions*) ausrichten. Problematisch kann es hingegen werden, wenn der EGMR normative Wertungen des CPT unbesehen übernimmt und den Schutzanspruch von Art. 3 EMRK überfrachtet. Allerdings scheint sich der EGMR der unterschiedlichen konzeptionellen Ausrichtung des CPT durchaus bewusst zu sein. Er erachtet deren Leitprinzipien sowie Empfehlungen lediglich als Orientierungspunkte und nicht als dezisiven Faktor in der Auslegung von Art. 3 EMRK.⁵³

Die positiven Schutzpflichten bei psychischer Erkrankung fassen deshalb auf der Grundlage neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse, die eine Erweiterung der positiven Pflichten der Staaten nach sich gezogen haben.⁵⁴

D. Das Prinzip der «Individualisierung»⁵⁵

Inhaftierte Personen sollen befähigt werden, «in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen».⁵⁶ Die Konvention verlangt von den Konventionsstaaten, dass jeder Häftling individuell, hinsichtlich einer von ihm ausgehenden Gefahr (Gefahr innerhalb und ausserhalb

47 Vgl. JEAN-FRANCOIS RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, 2. Aufl., Paris 2012, 35 f; vgl. zur Relevanz der Strafpolitik EGMR *Tyrer v. United Kingdom*, 5856/72 (1978), Ziff. 31.

48 CPT/Inf (2001) 16, Ziff. 33.

49 EGMR *M. v. Germany*, 19359/04 (2009), Ziff. 129.

50 EGMR (GK) *Murray v. Netherlands*, 10511/10 (2016), Ziff. 92 ff.

51 In der Rechtssache *Murray* erhielt ein Gefangener während 30 Jahren keine Therapie, welche seine Geisteskrankheit hätte behandeln können. Die Behörden verweigerten dem Insassen die Freilassung wegen andauernder «Gefährlichkeit», die mit der Geisteskrankheit in Verbindung stand: Verletzung von Art. 3 EMRK, EGMR (GK) *Murray v. Netherlands*, 10511/10 (2016), Ziff. 105 ff.

52 Empfehlung R (98) 7 (Fn. 26); Rec(2003)23 (Fn. 26); sowie Europäische Strafvollzugsgrundsätze (EPR 2006).

53 Vgl. EGMR (GK) *Mursic v. Croatia*, 7334/13 (2016), Ziff. 111.

54 Vgl. RENUCCI (Fn. 47), 34; PETERS/ALTWICKER (Fn. 13), 25; GEORGE LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention of Human Rights*, Oxford 2007, 58.

55 Empfehlung CM/Rec(2014)3 (Fn. 26), Ziff. 22: «individual-risk-managment».

56 Europäische Strafvollzugsgrundsätze Ziff. 102.1; Europäische Strafvollzugsgrundsätze (EPR) Ziff. 107.1; Empfehlung Rec(2003)23 (Fn. 26), Ziff. 2; Nelson Mandela Rules § 4 Ziff. 1 und § 91.

der Haftinstitution), geprüft werden muss. Die Sanktion, die aus dem Urteilsspruch hervorgeht, darf nicht als entscheidender Faktor bei solch einer individuellen Risikoanalyse herangezogen werden:

«Moreover, it runs counter to two instruments to which the Court attaches considerable importance despite their non-binding character [...]: Rule 25.2 of the 2006 European Prison Rules, which says that the prison regime should allow «all prisoners to spend as many hours a day outside their cells as are necessary for an adequate level of human and social interaction» [...], and point 7 of Recommendation 2003(23) on the management by prison administrations of life sentence and other long-term prisoners, which says that «[c]onsideration should be given to not segregating life sentence and other long-term prisoners on the sole ground of their sentence» [...]. In that connection, it should also be noted that in its reports on its visits to Bulgaria, the CPT has repeatedly emphasised that life prisoners should not be regarded, solely on the basis of their sentence, as more dangerous than other prisoners, and that the assessment of the risk that they pose needs to be made on a case-by-case basis [...]. In that context, reference also needs to be made to the CPT's eleventh general report, which said that there was «no justification for indiscriminately applying restrictions to all prisoners subject to a specific type of sentence, without giving due consideration to the individual risk they may (or may not) present» [...], and to its twenty-first general report, which

made the same point as the above-mentioned reports on the CPT's visits to Bulgaria [...]»⁵⁷

Hier scheinen die Fachgremien einen sehr grossen Einfluss auf die Rechtsprechung des EGMR gehabt zu haben. Dies zeigt sich deutlich daran, dass er die Grundsätze von diesen Gremien quasi übernimmt. Aufgrund des sachlich engen Zusammenhangs der drei Empfehlungen scheinen sie eine «normative Dichte»⁵⁸ erreicht zu haben, die für den EGMR als überzeugender Faktor, um eine fortschreitende Humanisierung im Vollzug zu realisieren, erachtet wurde. Das Prinzip der «Individualisierung» passt sich in die Logik der EMRK ein, da nur deren Gewährleistung für eine realistische Hoffnung auf eine vorzeitige Entlassung stehen kann. Denn den entsozialisierenden Effekten sowie dem kognitiven Abbau muss, soweit wie möglich, entgegengewirkt werden, um eine Wiedereingliederungsfähigkeit über lange Jahre zumindest möglich erscheinen zu lassen.⁵⁹ Rehabilitation erscheint nur insofern als valable Option, als zwischenmenschliche Fähigkeiten nicht vollkommen erodieren. Deshalb ist es zu begrüßen, dass bspw. die Isolationshaft als automatische Konsequenz zur Schwere der Tat durch den EGMR problematisiert wird. Die Argumentation wird durch die Nennung dieser Dokumente empirisch untermauert, wodurch sie an Stringenz gewinnen kann. Allerdings muss auch hier zur Vorsicht vor einer zu schnellen Rechtsfortentwicklung, die u.U. von den Mitgliedstaaten nicht mehr getragen wird, gewarnt werden. Es kann auch nicht jede Empfehlung des CPT als positive Pflicht aus Art. 3 EMRK deduziert werden. Eine stete Humanisierung des Vollzugsalltags mag zwar politisch erwünscht sein; es ist jedoch nicht dasselbe, einzelne politische Ziele in subjektiv-rechtliche Ansprüche zu kleiden. Mit Blick auf Art. 3 EMRK ist nach wie vor stets ein Mindestmass an Eingriffsschwere im Einzelfall zu fordern.⁶⁰

57 EGMR *Harachiev and Tomulov v. Bulgaria*, 15018/11 u. 61199/12 (2014), Ziff. 204.

58 EGMR (GK) *Mursic v. Croatia*, 7334/13 (2016), PINTO DE ALBUQUERQUE.

59 Vgl. GÜNTHER KAISER/HEINZ SCHÖCH/JÖRG KINZIG, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, 8. Aufl., München 2015, 309.

60 NATASA MAVRINCOLA, What is an absolute right?, HRLR 2012, 723, 749; vgl. Kritik von Richter VILLIGER, in: EGMR (GK) *Vinter and others v. United Kingdom*, 66069/09 u.a. (2013).

61 CHRISTOS ROZAKIS, The European Judge as Comparatist, *Tulane Law Review* 2005, 278: «[The Judges of Strasbourg] do not operate in the splendid isolation of an ivory tower built with material originating solely from the [Court's] interpretative inventions or those of the State part[ies] to the Convention.»; IntKommEMRK-FASTENRATH, Art. 1 Rn. 26.

62 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (SR 0.111).

63 EGMR *Golder v. United Kingdom*, 4451/70 (1975), Ziff. 29; EGMR *Witold Litwa v. Poland*, 26629/95 (2000), Ziff. 55; EGMR *Demir and Baykara v. Turkey*, 34503/97 (2008), Ziff. 65; EGMR (GK) *Bankovic and others v. Belgium*, 52207/99 (2001), Ziff. 16.

IV. Methodische Einbettung von Soft Law: Erklärungsansätze

A. Systematische Auslegungsmaxime

Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass die EMRK nicht im luftleeren Raum ausgelegt werden kann.⁶¹ Methodisch liesse sich der Einbezug von Europaratsdokumenten in die systematische Auslegungsmaxime einbetten. Für die Auslegung der EMRK als multilateralen völkerrechtlichen Vertrag bildet die Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK⁶²) das Regelwerk, von dem auszugehen ist.⁶³ Deshalb muss insbesondere auch dessen Art. 31 Abs. 1 lit. c, welcher alle «einschlägigen Völkerrechts-

sätze» in die Auslegung einfließen lässt, eine zentrale Rolle beigemessen werden.⁶⁴ Insbesondere Regelungen, die in materieller Hinsicht bei den Menschenrechten angesiedelt sind, sind von grosser Bedeutung.⁶⁵ Bereits in der Rechtssache *Golder*⁶⁶ hat der EGMR festgehalten, dass jeder Völkerrechtssatz, der unter den Vertragsparteien einschlägig ist, bei der Auslegung der EMRK zu beachten ist. Diese Rechtsprechungsmaxime verbürgt den Anspruch der Konvention, stets im Lichte aktueller Gesellschaftsverhältnisse und neuer wissenschaftlicher Erkenntnis ausgelegt zu werden.⁶⁷ Ob aber nicht bindende Völkerrechtssätze tatsächlich unter Art. 31 Abs. 1 lit. c WVK subsumiert werden können, hat der EGMR bislang nicht explizit gesagt und ist auch im Schrifttum – mangels *opinio iuris* – umstritten.⁶⁸ In der Rechtsprechung zeigt sich indes eine Tendenz des EGMR unter Art. 31 Abs. 1 lit. c WVK auch nicht bindende Europaratsdokumente zu subsumieren.⁶⁹

B. Evolutives Konventionsrechtsverständnis

Die Präambel⁷⁰ der EMRK verweist auf die Ziele des Europarates: Gemäss Art. 1 lit. a der Europaratssatzung (ERS⁷¹) hat der Europarat die Aufgabe, «eine engere Verbindung zwischen seinen Mitgliedern zum Schutze und zur Förderung der Ideale und Grundsätze, die ihr gemeinsames Erbe bilden, herzustellen und ihren wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt zu fördern»; lit. b nennt weiter explizit die Gebiete des Rechts und der Verwaltung sowie den Schutz und die *Fortentwicklung* der Menschenrechte und Grundfreiheiten als Tätigkeitsfelder seiner Organe. Damit ist die besondere Nähe zur Arbeit des Europarates angesprochen, die neben einem Rechtsvergleich auf nationaler und internationaler Ebene eine wesentliche Funktion in der Auslegung von Art. 3 EMRK innehat.⁷²

Zur Erreichung dieser Ziele bedienen sich der Europarat bzw. seine Organe u.a. rechtlich nicht verbindlicher Empfehlungen (Art. 15 lit. a und b S. 1 ERS). Die normative sowie institutionelle Einbettung der EMRK in den Europarat manifestiert sich insbesondere in der Europaratssatzung, weshalb zuweilen von einem engeren Wertekonnex zwischen den Arbeiten des Europarates und der EMRK, im Gegensatz zu sonstigen internationalen Dokumenten, gesprochen wird.⁷³ Diese Rechtsprechungsmaxime verbürgt den Anspruch der Konvention, stets als *living instrument* behandelt und ausgelegt zu werden.⁷⁴ Dies beinhaltet sowohl eine faktische als auch eine normative Komponente. Der EGMR kann sich nicht den Entwicklungen und allgemein akzeptierten Massstäben der Strafvollzugspolitik der Konventionsstaaten entziehen,⁷⁵ «denn der zunehmend hohe Standard im Bereich des Menschenrechtsschutzes verlangt eine grössere Fest-

tigkeit in der Beurteilung der Verletzung grundlegender Werte demokratischer Gesellschaften».⁷⁶ Behandlungen, die der Gerichtshof früher noch gebilligt haben mag, können in der Gegenwart anders bewertet werden. Der EGMR fasst die Instrumente des Europarates, des CPT sowie die meisten nationalen Rechtsordnungen, welche den Rehabilitationsgedanken mittragen, als europäisches Bekenntnis zusammen.⁷⁷ Als «neu» erkannte Problemkomplexe werden menschenrechtlichen Antworten

64 Der Sache nach ist es ebenfalls eine Art Rechtsvergleich auf internationaler Ebene und deshalb methodisch der systematischen Interpretation zuzuordnen: SCHABAS (Fn. 13), 37; kritisch GRABENWARTER/PABEL (Fn. 11), § 5 Rn. 13.

65 EGMR *R.M.T. v. United Kingdom*, 31045/10 (2014), Ziff. 76.

66 EGMR *Golder v. United Kingdom*, 4451/70 (1975).

67 EGMR *Tyrer v. United Kingdom*, 5856/72 (1978), Ziff. 38; EGMR *Demir and Baykara v. Turkey*, 34503/97, Ziff. 146: «[T]he Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions, and in accordance with developments in international law, so as to reflect the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights, thus necessitating greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies.» Diese Auslegungsmaxime lässt sich in Art. 31 Abs. 1 WVK einbetten, die ausdrücklich «Ziel und Zweck» des Vertragswerkes als zentrale Auslegungstopoi statuiert.

68 GRABENWARTER/PABEL (Fn. 11), § 5 Rn. 12; vgl. LAGOUTTE (Fn. 12), 28; MAGDALENA FOROWICZ, *The Reception of International Law in the Case Law of the European Convention of Human Rights*, Diss. Zürich 2009, 43 ff.

69 EGMR (GK) *Demir Baykara v. Turkey*, 34503/97 (2008), Ziff. 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.»

70 Gemäss Art. 31 Abs. 2 WVK ist bei der Auslegung des Konventionstextes die Vertragspräambel mit zu berücksichtigen.

71 Satzung des Europarates vom 5. Mai 1949 (SR 0.192.030).

72 GRABENWARTER/PABEL (Fn. 11), § 5 Rn. 8; vgl. ALEXANDER ORAKHELASHVILI, *Restrictive Interpretation of Human Rights in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, EJIL 2003, 529 (553), der festhält, dass sich inhärente Garantien aus dem Normzweck herleiten lassen müssen.

73 GRABENWARTER/PABEL (Fn. 11), § 5 Rn. 8.

74 JENS MEYER-LADEWIG/MARTIN NETTESHEIM/STEFAN VON RAUMER, *EMRK*, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, Einleitung Rn. 24; EGMR *Tyrer v. United Kingdom*, 5856/72 (1978), Ziff. 38; EGMR *Demir and Baykara v. Turkey*, 34503/97, Ziff. 146.

75 EGMR *Tyrer v. United Kingdom*, 5856/72 (1978), Ziff. 31.

76 EGMR *Selmouni v. France*, 25803/94 (1999), Ziff. 101.

77 MORGENSTERN (Fn. 42), 178.

durch den EGMR zugeführt.⁷⁸ Und genau hier können Europaratsdokumente als Indikatoren neuer Problemkreise und Auffassungen dienen, sofern sie dafür eine belastbare Evidenz darstellen. Insbesondere die Tatsache, dass im Rahmen des Vollzugs unzählige Dokumente verabschiedet und auch die allgemeinen Strafvollzugsprinzipien 2006 revidiert angenommen wurden, kann auf einen erhöhten Beachtungsgrad hindeuten. Für das evolutive Konventionsrechtsverständnis spielen Europaratsdoku-

mente – aber auch Berichte des CPT – eine nicht zu unterschätzende Rolle.

C. Europäischer Konsens qua Soft Law?

Ein gemeinsamer Staatenkonsens kann den nationalen Ermessensspielraum einzelner Konventionsstaaten engen bzw. ganz ausschliessen.⁷⁹ Ob ein Konsens unter den Staaten hinsichtlich einer spezifischen Menschenrechtsfrage besteht, prüft der EGMR mittels eines nationalen Rechtsvergleiches sowie unter Heranziehung von Völkerrechtssätzen.⁸⁰ Soft Law kann hier zumindest einen Konsens akzentuieren und unterstreichen.⁸¹ Für sich alleine hingegen können nicht bindende Dokumente kaum einen Konsens unter den Staaten begründen, da sich diese gerade nicht binden wollten und unter den Unterzeichnenden, was die Sache anbelangt, keine gemeinsame *Rechtsauffassung* besteht.⁸² Der EGMR hat sich bislang nicht dazu geäußert, inwiefern Soft Law zur Eruierung eines Konsenses entscheidend sein kann.⁸³ Den Ausgangspunkt bildet vielmehr die nationale Rechtslage in den Konventionsstaaten.⁸⁴

V. Fazit und offene Fragen

Von einer Umwandlung bzw. einem «Verbindlichmachen» von Soft Law über die Hintertüre kann – mit Blick auf die Rechtsprechung zur lebenslangen Haft – nicht gesprochen werden.⁸⁵ Eine dogmatische Einordnung in den allgemeinen Auslegungskanon hat der EGMR bislang nicht gewagt. Es lässt sich allerdings feststellen, dass Soft Law einerseits auf faktischer Ebene eine grosse Rolle spielt, indem insbesondere Berichten des CPT über Haftschäden besonderes Gewicht beigemessen wird. Bei den Forderungen der Rehabilitationsprogramme, des Freigangs und der Nicht-Segregation hat sich der Gerichtshof sehr stark an die Empfehlungen und Berichte des CPT angelehnt. Die EMRK soll dadurch als *living instrument* vor dem Hintergrund aktueller Verhältnisse – mit all ihren «politischen, kulturellen und sozialen Komponenten»⁸⁶ – ausgelegt werden. Andererseits können solche Dokumente zur Konkretisierung einzelner Konventionsrechte herangezogen werden,⁸⁷ wobei der EGMR eine Kombination verschiedener Instrumente bevorzugt.⁸⁸ Der EGMR entscheidet autonom darüber, welche Dokumente bzw. welche konkreten Regeln er in seine (rechtliche) Würdigung einbezieht.⁸⁹ Soft Law, welches unter der Ägide des Europarats entsteht, muss deshalb die Funktion einer bedeutenden *Rechtserkenntnisquelle* zugesprochen werden, die der EGMR gemäss der Maxime der systematischen

78 ERIK HELGESEN, What are the Limits to the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights?, HRLJ 2011, 275, 276; ORAKHELASHVILI (Fn. 72), 553; EGMR *Tyrer v. United Kingdom*, 5856/72 (1978), Ziff. 38: «[I]t is noteworthy that, in the great majority of the member States of the Council of Europe, judicial corporal punishment is not, it appears, used and, indeed, in some of them, has never existed in modern times; [...] If nothing else, this casts doubt on whether the availability of this penalty is a requirement for the maintenance of law and order in a European country.»

79 Vgl. NICOLAS BRATZA, The Christine Goodwin Case, The Long Road to Transsexual Rights in the United Kingdom, HRLJ 2014, 245 ff.; LETSAS (Fn. 54), 120.

80 ULRICH KARPENSTEIN/FRANZ C. MAYER, EMRK, 2. Aufl., München 2015, Einleitung Rn. 64.

81 EGMR *Babar Ahmad and others v. United Kingdom*, 24027/07 u.a. (2012), Ziff. 17; EGMR *Harkins and Edwards v. United Kingdom*, 9146/07 u. 32650/07 (2012), Ziff. 17; EGMR (GK) *Vinter and others v. United Kingdom*, 66069/09 u.a. (2013), Ziff. 197.

82 LUZIUS WILDHABER/ARNALDUR HJARTARSON/STEPHEN DONNELLY, No Consensus on Consensus?, The Practice of the European Court of Human Rights, HRLJ 2013, 248, 256.

83 WILDHABER/HJARTARSON/DONNELLY (Fn. 82), 256.

84 Vgl. HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK (Fn. 1), 9, 11; vgl. EGMR *Demir and Baykara*, 34503/97 (2008), Ziff. 85; zur rechtsvergleichenden Methode vgl. CHRISTOPHER MCCRUDDEN, Judicial Comparativism and Human Rights, in ÖRÜCÜ/NELKEN (Hrsg.), Comparative Law – A Handbook, Oxford 2007, 376; MARK VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich 1999, 7, 109; IntKommEMRK-FASTENRATH, Art. 1 N 23.

85 So GRABENWARTER/PABEL (Fn. 11), § 5 Rn. 12 f.

86 VILLIGER (Fn. 84), 116.

87 Dies wird auch auf nationaler Ebene durch das Bundesgericht der Schweiz bestätigt: Bereits früh hat das Bundesgericht die Europäischen Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen (Soft Law) in der gemeinsamen Rechtsüberzeugung der Mitglieder des Europarates begründet gesehen und zog sie zur Konkretisierung der Grundrechtsgewährleistungen heran: BGE 102 Ia, 279, 284 f.; BGE 139 IV 41, E. 3.2; Urteil des BGer 6B_817/2014 vom 2. April 2015, E. 3.1; Urteil des BGer 1B_369/2013 vom 26. Februar 2014, E. 3.2.

88 POPOVIC (Fn. 27), 54; vgl. MAVRINCOLA (Fn. 11), 303.

89 GLAS (Fn. 12), 99.

und evolutiven Auslegung heranzieht.⁹⁰ Darin kann auch das Dogma des immer anspruchsvolleren Menschenrechtsschutzes widerspiegelt gesehen werden.⁹¹

Für die einzelnen Konventionsstaaten kann indes die Rechtssicherheit leiden, da nicht genau gesagt werden kann, wann der EGMR eine bestimmte Regel bspw. der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze als so wesentlich erachtet, dass sie in die Auslegung von Art. 3 EMRK einbezogen wird. Solange sich die Konventionsstaaten an die Soft-Law-Regeln in diesem spezifischen Bereich halten, kann jedenfalls keine Konventionsverletzung erfolgen, was der EGMR auch in einem seiner Urteile unterstrich.⁹² Es wird aber nicht klar, ob die Verweigerung eines einzelnen Grundsatzes der Strafvollzugsgrundsätze selbstständig zu einer Verletzung von Art. 3 EMRK führen kann. Dies ist eher zu verneinen, da die Vollzugsgrundsätze zuweilen viele Detailfragen regeln, deren Verletzung zumindest zum heutigen Zeitpunkt kaum das Mindestmass an Eingriffsschwere von Art. 3 EMRK zu erreichen vermag. Gleichwohl muss den kumulativen Effekten einer flächendeckenden Missachtung dieser Grundsätze Beachtung geschenkt werden. Aufgrund der starken Fokussierung auf den Einzelfall sind Verallgemeinerungen nur mit grosser Zurückhaltung zu treffen. Weiter ist unklar, ob Soft Law selbstständig für einen europäischen Konsens stehen kann, was wohl ebenfalls zu verneinen ist. Der Gerichtshof muss in Zukunft sein konventionsrechtliches Verständnis über die Rolle und Funktion von Soft Law deutlicher machen. Klar dürfte bislang eines sein:

«Thus, under European human rights law, hard law is profoundly interwoven with soft law.»⁹³

Um dem Anspruch an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gerecht zu werden, wird allerdings eine schärfere Konturierung und dogmatische Einbettung durch den EGMR erforderlich sein. Dies ist alleine der Tatsache geschuldet, dass Staaten ihre Vollzugsrechtsordnung konventionskonform auszugestalten haben und es manchmal intuitionistisch anmutet, wenn sich der EGMR auf Dokumente beruft, die schon vor Jahren publiziert, zuvor aber vom Gerichtshof nicht in seinen Urteilen beachtet wurden.⁹⁴

⁹⁰ Vorausgesetzt ist stets ein sachlicher Konnex zu einem Konventionsrecht.

⁹¹ Vgl. MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM/VON RAUMER (Fn. 74), 33. Zur Kritik eines immer weitergehenden internationalen Menschenrechtsschutzes vgl. JACOB MCHANGAMA/GUGLIELMO VERDIRAME, Human Rights Inflation (<http://www.freedomrights.info/wp-content/uploads/2013/07/HR-Inflation.pdf>, abgerufen am 31. März 2017).

⁹² EGMR *Öcalan* (no. 2) v. Turkey, 24069/03 u.a. (2014), Ziff. 115: «The Court notes that the physical conditions of the applicant's detention are in conformity with European Prison Rules (...). Furthermore, the CPT has also described them as «broadly acceptable». Therefore, no infringement of Article 3 can be found on this account.»

⁹³ EGMR (GK) *Mursic v. Croatia*, 7334/13 (2016), PINTO DE ALBUQUERQUE.

⁹⁴ Vgl. EGMR (GK) *Kafkaris v. Cyprus*, 21906/04 (2008) und EGMR (GK) *Vinter and others v. United Kingdom*, 66069/09 u.a. (2013).