

Teil 3: Mindeststandards im Strafvollzug – eine Analyse

Kapitel 1: Vorbemerkungen

I. Untersuchungsgegenstand und Vorgehen

Es werden zwei für Art. 3 EMRK relevante strafvollzugsspezifische und menschenrechtliche Themen materieller Haftbedingungen herausgegriffen: (1) Fragen rund um die Überbelegung und (2) Fragen rund um die Gesundheitsversorgung im Strafvollzug. Diese sind in der Praxis des EGMR von besonderer Bedeutung, und gerade die Überbelegungsthematik fungiert – wie aufgezeigt wird – als Ankerpunkt für die Beurteilung weiterer Haftbedingungen wie etwa der Möglichkeit von Outdoor-Aktivitäten, der Beschäftigungs- und Arbeitsmöglichkeiten, des Zugangs zu sanitären Einrichtungen und des Vorhandenseins von genügend Privatsphäre bei deren Nutzung, der Anforderungen an die Licht-, Luft- und Temperaturverhältnisse in der Zelle sowie ausreichender und angemessener Ernährung während des Vollzugs. Die Analyse dieser beiden ausgewählten Themenkreise ist weiter geeignet, repräsentative Aussagen zur Standardbestimmung bei Haftbedingungen und zur Methodik des Gerichtshofs zu machen. Resultate dieser Analyse können deshalb in der Folge auch auf die weiteren genannten Haftbedingungen übertragen werden.

Zunächst wird jeweils auf das Problem als solches eingegangen, wobei insbesondere dessen Auswirkungen auf den Einzelnen aufgezeigt werden. In einem nächsten Schritt werden die in den einschlägigen Regelungsinstrumentarien vorgeschlagenen Standards dargelegt. Darauf folgt eine Analyse der Rechtsprechung der Strassburger Organe zu Art. 3 EMRK. Es wird dabei nicht nur untersucht, welcher Mindeststandard in materieller Hinsicht festgesetzt wird, sondern es wird auch das prüfungsmethodische Vorgehen des Gerichtshofs gewürdigt. Die Absolutheit von Art. 3 EMRK, die Bedeutung als Fundamentalgarantie und die Prämisse eines effektiven Menschenrechtsschutzes werden bei der Analyse auf den Prüfstand gestellt. Auch die Bedeutung des *Soft Law* in der Rechtsprechung des EGMR wird durchleuchtet, wobei insbesondere der Frage nachgegangen wird, inwieweit *Soft Law*-Standards durch den EGMR konsolidiert werden und ob ein Transformationsprozess dieser Standards stattfindet. In einem

letzten Schritt wird der Blick jeweils auf die nationale Ebene der Schweiz gewandt.

II. Mindeststandard und das „no more harm principle“

Es stellt sich vorab die Frage, welcher Gehalt dem menschenrechtlichen Postulat des „no more harm principle“ innewohnt und wie dieses in Bezug auf die Setzung des Mindeststandards rechtlich einzuordnen ist.

Das „no more harm principle“ besagt, dass die Haftbedingungen des Strafvollzugs auf eine Weise auszugestalten sind, dass sie zu keinem physischen oder psychischen Leid führen, welches dem Freiheitsentzug als solchem nicht von vorneherein inhärent ist.⁴⁴⁵ Mit Blick auf die Definition eines Mindeststandards für Haftbedingungen kommt dem „no more harm principle“ wohl kein eigenständiger konkreter materieller Gehalt zu. Eine Bestimmung des „unvermeidlichen Masses“ dürfte sich in der Praxis als sehr schwierig erweisen und hätte auch nur sehr geringes Beschränkungspotential, ist doch theoretisch betrachtet wohl bei jeglichen geltenden Haftbedingungen weiteres Verbesserungspotential vorhanden.⁴⁴⁶ Gleichwohl kann das Prinzip bei der Ausarbeitung des Standards eine *wichtige Auslegungsdirektive* sein.

445 Vgl. zur ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs bspw.: EGMR (GK) – *Kudła*/POL, Urt. v. 26.10.2000, 30210/96, Rn. 94; EGMR – *Kalashnikov*/RUS, Urt. v. 15.07.2002, 47095/99, Rn. 95; EGMR – *Poltoratskiy*/UKR, Urt. v. 29.04.2003, 38812/97, Rn. 132; EGMR – *Yankov*/BUL, Urt. v. 11.12.2003, 39084/97, Rn. 107; EGMR (GK) – *Ramirez Sanchez*/FRA, Urt. v. 04.07.2006, 59459/00, Rn. 119; EGMR (GK) – *Paladi*/MDA, Urt. v. 10.03.2009, 39806/05, Rn. 71; EGMR (GK) – *Idalov*/RUS, Urt. v. 22.05.2012, 5826/03, Rn. 93; EGMR (GK) – *Svinarenko* u. *Slyadnev*/RUS, Urt. v. 17.07.2014, 32541/08 u. 43441/08, Rn. 116; EGMR (GK) – *Mozer*/MDA u. RUS, Urt. v. 23.02.2016, 11138/10, Rn. 178: „[...] do not subject him [the detainee] to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention“. Auch die schweizerische bundesgerichtliche Rechtsprechung rezipiert diesen Grundsatz, vgl. etwa BGE 140 I 125, E. 3.5; BGER 1B_335/2013, Urt. v. 26.02.2014, E. 3.5; vgl. ferner SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 43: Die dem Vollzug inhärente Beschränkung bestimme sich nach der *Art* der Freiheitsentziehung und mit Blick auf die Menschenwürde.

446 Dörr/Grote/Marauhn/BANK Kap. 11 Rn. 22.

III. Mindeststandard und die Ressourcen der Konventionsstaaten

Der fortdauernde unterschiedliche Entwicklungsstand der Konventionsstaaten und die empirischen Daten zum Strafvollzug (Ukraine mit Ausgaben von 2.68 Euro pro Tag und Inhaftiertem im Vergleich zu San Marino mit 685 Euro pro Tag und Inhaftiertem) lassen vermuten, dass Strafvollzugsanstalten in den verschiedenen Konventionsstaaten auf *tatsächlicher* Ebene sehr verschiedene Grundvoraussetzungen haben.⁴⁴⁷ Grundsätzlich ist allerdings der vom EGMR festgesetzte Massstab ein *einheitlicher*. Dieser basiert auf dem europäischen Konsens und findet auf alle Konventionsstaaten gleichermaßen Anwendung.⁴⁴⁸ In Kenntnis um die Kostenintensität⁴⁴⁹ des Strafvollzugs hält der Gerichtshof auf *rechtlicher* Ebene immer wieder fest, dass finanzielle und logistische Schwierigkeiten bei der Setzung und Einhaltung des Mindeststandards grundsätzlich keine validen Argumente sind, unzureichende Haftbedingungen zu begründen.⁴⁵⁰ In Anbetracht

447 Der Kostenintensität der Massnahmen zur Verbesserung des Mindeststandards sind aber auch die sozialen und finanziellen Kosten, welche gerade durch inadäquate Bedingungen entstehen, entgegenzuhalten: vgl. etwa Richter *Sajó, López Guerra u. Wojtyczek*, joint partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, UrT. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 7: „[...] the economic analysis of law applied to prison condition questions has to take into account not only the costs of implementing the most fundamental human rights standards but also the enormous social and financial costs of a penitentiary system which does not ensure adequate space in prison.“

448 Vgl. auch HELGESEN HRLJ 2011, 275 (280): Die Strassburger Organe hätten von Beginn weg versucht, den gemeinsamen europäischen Standard zu ergünden. Die steigende Anzahl Konventionsstaaten und das gehobene zu gewährleistende Schutzniveau stelle das Konzept der Gewährung eines gemeinsamen europäischen Standards aber vor Herausforderungen. Es sei sich zu fragen, ob an diesem auch in Zukunft unverändert festgehalten werden könne.

449 Gerade die Lösung struktureller bzw. systemischer Defizite benötige dabei die Mobilisation der notwendigen Ressourcen: EGMR – *Orchowski/POL*, UrT. v. 22.10.2009, 17885/04, Rn. 153.

450 EGMR – *Mamedova/RUS*, UrT. v. 01.06.2006, 7064/05, Rn. 63; EGMR – *Orchowski/POL*, UrT. v. 22.10.2009, 17885/04, Rn. 153; EGMR – *Neshkov u.a./BUL*, UrT. v. 27.01.2015, 36925/10 u.a., Rn. 229; EGMR – *Varga u.a./HUN*, UrT. v. 10.03.2015, 14097/12 u.a., Rn. 103; zur Umsetzung abweichender Urteile, welche mit Kostenfolgen einen höheren Standard begründen vgl. kritisch Richter *Sajó, López Guerra u. Wojtyczek*, joint partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, UrT. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 4f. (Notwendigkeit der Gewährung einer Übergangsperiode); zum Erfordernis der Ressourcenbereitstellung zur Implementierung von Menschenrechten im Allgemeinen instruktiv: SKOGLY HRLR 2012, 393 ff.

des Fundamentalcharakters von Art. 3 EMRK und vor dem Hintergrund seiner *absoluten Geltung* kann hinsichtlich dieses Grundsatzes zu keinem anderen Ergebnis gekommen werden. Dies auch dann nicht, wenn man berücksichtigt, dass der Gerichtshof sich selbst bei absoluten Rechten in sozioökonomischen Bereichen eine gewisse Zurückhaltung auferlegt.

Im Unterschied zum Standard der EMRK ist nichts dagegen einzuwenden, wenn das *Soft Law* nicht für alle Mitgliedstaaten einen einheitlichen Standard proklamiert oder fiskalisch bedingte Relativierungsmöglichkeiten einräumt. Solche sind etwa in der zweiten einleitenden Bemerkung zu den UN-Mindestgrundsätzen für die Behandlung Gefangener vorgesehen – sowohl in ihrer Version von 1955 als auch in der aktuellen Version von 2015 (Nelson Mandela Rules⁴⁵¹). Der grossen Varietät der rechtlichen, sozialen, wirtschaftlichen und geographischen Umstände weltweit sei es gerade geschuldet, dass nicht alle in den UN-SMR niedergelegten Regeln jederzeit überall zur Anwendung gelangen können („*it is evident that not all of the rules are capable of application in all places and at all times*“). Auch *Soft Law* kann allerdings Relativierungsmöglichkeiten begrenzen. In diesem Sinn statuieren die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze von 2006⁴⁵² ausdrücklich, dass ein Ressourcenmangel keineswegs Grund für menschenrechtswidrige Haftbedingungen sei (Rule 4 EPR). Die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze grenzen somit bezüglich ihres Geltungsanspruchs die bei den UN-Mindestgrundsätzen zulässige, durch wirtschaftliche Umstände begründete *Relativierungsmöglichkeit* ein. Dies dürfte nicht zuletzt darauf zurückzuführen sein, dass die Gruppe der Unterzeichnerstaaten bei den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen im Vergleich zu jener der UN-Mindestgrundsätze eine homogenere ist.

Kapitel 2: Überbelegung

I. Überbelegung – Einführung und Definition

Die weltweit steigende Anzahl Personen, welche sich im Freiheitsentzug befinden,⁴⁵³ und die hohe Auslastungsrate der Strafvollzugsanstalten in

451 A/RES/70/175, United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners („The Nelson Mandela Rules“).

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

453 WALMSLEY S. 2.

Europa⁴⁵⁴ lassen das Problem der Überbelegung bereits vermuten. Es handelt sich bei der Überbelegung auch nicht nur um ein äusserst aktuelles Phänomen, sondern um ein schon lange bestehendes, viel diskutiertes und sich verschärfendes⁴⁵⁵ Problem. Auch wenn die Überbelegung im Bereich der präventiven Haft besonders akut ist, betrifft sie alle Bereiche des Strafvollzugs.⁴⁵⁶ Zurückgeführt wird das sich zuspitzende Überbelegungsproblem bisweilen auf einen „Trend zur gesteigerten Punitivität“ in Form einer Strafschärfungsmentalität.⁴⁵⁷

Der für diese Arbeit zu verwendende Begriff der Überbelegung⁴⁵⁸ bedarf zunächst einer Definition. In der Literatur wird der Begriff je nach wissenschaftlicher Perspektive und Fragestellung nämlich unterschiedlich definiert. Beim *sozialpsychologischen* Überfüllungsbegriff steht meist die subjektive Wahrnehmung der Betroffenen im Vordergrund.⁴⁵⁹ Von einer *kriminalpolitischen* Überfüllung ist demgegenüber dann die Rede, wenn sich ein besonders grosser Anteil der Bevölkerung im Strafvollzug befindet.⁴⁶⁰ Die *vollzugswissenschaftliche* Definition der Überfüllung knüpft wiederum in aller Regel an die Kapazitätsgrenze an.⁴⁶¹ Diese kann sich dabei an unterschiedlichen Kriterien orientieren: Die Personalkapazität legt etwa fest, wie viele Inhaftierte durch die beschäftigten Strafvollzugsbeamten be-

454 AEBI/TIAGO Key-Findings S. 7.

455 Vgl. etwa die Rechtsprechung des EGMR unter vielen: EGMR – *Sukachov*/UKR, Urt. v. 30.01.2020, 14057/17; EGMR – *Rezmiveš* u.a./ROM, Urt. v. 25.04.2017, 61467/12 u.a.; EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13; vgl. auch BARISCH KJ 2008, 425 (427); JUNGER-TAS Eur J Crim Policy Res 2006, 79 f.; DÜNKEL/LAPPI-SEPPÄLÄ/MORGENSTERN/VAN ZYL SMIT in: Dünkel/Lappi-Seppälä/Morgenstern/van Zyl Smit, S. 1023 (1037); DÜNKEL et al. wenden aber ein, dass nicht sämtliche europäischen Länder von Überbelegungssituationen betroffen seien, von einem gesamteuropäischen Problem könne deshalb keine Rede sein. Gleichwohl sind zahlreiche Strafvollzugsanstalten in Europa und vielen weiteren Ländern weltweit von Überbelegungssituationen betroffen. Allen voran die USA; vgl. KARSTEDT in: Dünkel/Lappi-Seppälä/Morgenstern/van Zyl Smit, S. 935 (935 f.); in Bezug auf die USA vgl. auch PITTS/GRIFFIN/JOHNSON *Contemporary Justice Review* 2014, 124 ff.

456 CPT – 7th General Report [CPT/Inf (97) 10], Rn. 12.

457 BARISCH KJ 2008, 425 (435); vgl. auch DÜNKEL/VAN ZYL SMIT in: van Zyl Smit/Dünkel, S. 796 (813): Viele Länder würden die vermehrte Nutzung der Freiheitsstrafe als dermassen wichtiges Mittel der sozialen Kontrolle befinden, dass sie Überbelegungssituationen als notwendiges Übel akzeptieren würden.

458 In der Terminologie des Gerichtshofs: „*overcrowding*“.

459 OBERHEIM S. 11.

460 OBERHEIM S. 13.

461 OBERHEIM S. 13; vgl. auch KROMREY H. S. 194; vgl. auch bereits OSTFELD/KASL/D'ATRI/FITZGERALD S. 23.

aufsichtigt und betreut werden können,⁴⁶² während sich die Haftplatzkapazität an den vorhandenen Haftplätzen orientiert.⁴⁶³ In der Praxis dürften aber Personalkapazität und Haftplatzkapazität regelmässig korrelieren.

Ausgehend von der Haftplatzkapazität ist evidenterweise dann von einer Überbelegung auszugehen, wenn die Auslastung 100% übersteigt.⁴⁶⁴ Die Bestimmung der Auslastungsrate setzt allerdings voraus, dass die Kapazität mit einem Belegungsplan eindeutig definiert ist.⁴⁶⁵ Die errechnete Kapazität ist dann mit der tatsächlichen Belegung ins Verhältnis zu setzen. Wiederum kann die Kapazitätsberechnung ihrerseits erst erfolgen, wenn festgelegt wurde, wie viel persönlicher Platz jedem Einzelnen aus *menschenrechtlicher Sicht* zur Verfügung stehen muss. Die *vollzugswissenschaftliche* Definition der Überbelegung ist damit durch eine *menschenrechtliche Fragestellung* geprägt.

Die *menschenrechtliche* Herangehensweise verlangt auch, dass sich der Begriff der Überbelegung im Sinne von Art. 3 EMRK am Einzelnen orientiert. Eine Subsumtion der Überbelegungssituation unter Art. 3 EMRK setzt im Einzelfall nämlich das Vorliegen einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung voraus. Eine menschenrechtsrelevante Überbelegung basierend auf der Haftplatzkapazität liegt deshalb nicht automatisch vor, wenn die nationale Auslastungsrate oder auch die Auslastungsrate der konkreten Haftanstalt die 100%-Grenze überschreitet.⁴⁶⁶ Ausschlaggebend ist vielmehr die Wirkung auf den Einzelnen. Aus einer menschenrechtlichen Perspektive relevant wird die Überbelegung folglich etwa dann, wenn die *Haftzelle*, in welcher die betroffene Person untergebracht ist, von der Überbelegung betroffen ist und der Betroffene dadurch physischem oder psychischem Leid ausgesetzt ist oder in seiner Persönlichkeit

462 Zur Personalpräsenz bei einem Mindeststandard vgl. KROMREY H. S. 200 f.: Eine mangelnde Personalpräsenz könne bei einer Menschenwürdeverletzung als erschwerender Umstand hinzukommen, sei aber weniger geeignet eine eigenständige Menschenwürdeverletzung zu begründen.

463 OBERHEIM S. 13.

464 Vgl. auch KROMREY H. S. 194. Unter Vollzugspraktikern wird allerdings auch die Ansicht vertreten, dass Strafvollzugsanstalten bei einer Belegung von 85% als voll ausgelastet anzusehen seien. Dies, weil behandlerische Aspekte eine gewisse Flexibilität voraussetzen würden: DÜNKEL/LAPPI-SEPPÄLÄ/MORGENSTERN/VAN ZYL SMIT in: Dünkel/Lappi-Seppälä/Morgenstern/van Zyl Smit, S. 1023 (1037).

465 Zu den Problemen bei der Erstellung solcher Belegungspläne und der Manipulationsgefahr vgl. KROMREY H. S. 194.

466 Gleichwohl kann eine solche Feststellung auch im Einzelfall beweisrechtlich relevant werden.

herabgesetzt wird. Die Überbelegungssituation kann darüber hinaus aber auch dann menschenrechtsrelevant werden, wenn zwar die Haftplatzkapazität der konkreten Zelle nicht überschritten wird, der ganze Haftbetrieb und -alltag aber von der allgemeinen Überbelegungssituation (bestimmt nach der Haftplatzkapazität der Strafvollzugsanstalt) geprägt ist und es deshalb zu einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK kommt. Zu denken wäre an ein aus der Überbelegung resultierendes Fehlen von Gemeinschaftsräumen, unzureichende Bewegungsmöglichkeiten ausserhalb der Zelle oder ungenügenden Zugang zu sanitären Einrichtungen.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird der *vollzugswissenschaftliche* Überbelegungsbegriff, welcher sich an der *Haftplatzkapazität* orientiert und durch *menschenrechtliche* Elemente geprägt ist, angewendet.

II. Überbelegung – Auswirkungen

Die Überbelegung wirkt sich in erster Linie auf die Position des Strafgefangenen selbst aus, sind es doch die Inhaftierten, die ihr direkt ausgesetzt sind. *Objektiv* führt die Überbelegung zu sich verknappenden Platzverhältnissen. Aus dem sich zuspitzenden Platzmangel können sich weitere, kaum abwendbare Folgen ergeben. Der zur Verfügung stehende Platz hat Auswirkungen auf die Zellengestaltung (etwa die Zelleneinrichtung, Sitz-, Schlaf- und Bewegungsmöglichkeiten), auf die klimatischen Verhältnisse (Temperatur), auf das Lüftungssystem (frische Luft), unter Umständen auch auf die Lichtverhältnisse (Tageslicht: zu denken ist an durch Überbelegung verstellte Fenster), auf die Möglichkeit von und den Zugang zu Aktivitäten inner- und ausserhalb der Zelle (körperliche Aktivitäten, Zugang zu Büchern, Zeitungen, Radio etc.) und nicht zuletzt auch auf die hygienischen Bedingungen (etwa Zugang zu sanitären Einrichtungen). Ein Missverhältnis von Vollzugspersonal und Insassen (vgl. Korrelation Haftplatzkapazität und Personalkapazität) kann sich weiter auch auf die Resozialisierungsprognose der Insassen niederschlagen.⁴⁶⁷ Vollzugslockerungen und damit ein sinnvoller Übergang zu vermehrter Eigenverantwortung lassen sich in überbelegten Strafvollzugsanstalten kaum realisieren.⁴⁶⁸

467 KROMREY H. S. 200.

468 KROMREY H. S. 200.

Subjektiv kann die Überbelegung sowohl psychische als auch physische Folgen für einen Betroffenen zeitigen.⁴⁶⁹ Die Überbelegungssituation kann zu einem Gefühl der Hilfslosigkeit führen; der Strafgefangene kann dabei das Gefühl haben, dass das eigene Verhalten keine Auswirkungen mehr auf die allgemeine Situation hat.⁴⁷⁰ Ferner kann sie die Erhöhung des Stresspegels zur Folge haben,⁴⁷¹ was wiederum zu einem Anstieg des Blutdrucks und zu einem gesteigerten Bedürfnis nach medizinischer Versorgung führen kann.⁴⁷² Stress kann nach dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaften weiter unter anderem Herz-Kreislauf-Probleme begünstigen.⁴⁷³

Auch die Wahrscheinlichkeit, an parasitären oder Infektionskrankheiten zu erkranken, wird durch Überbelegungssituationen erhöht – nicht nur durch die Steigerung des Stresspegels, sondern auch durch die grössere „soziale Dichte“⁴⁷⁴ und die prekären hygienischen Umstände.⁴⁷⁵ Die Überbelegung gilt deshalb als Hindernis bei der Prävention und Bekämpfung von HIV bzw. AIDS in Strafvollzugsanstalten.⁴⁷⁶ Ferner wird von einem Zusammenhang zwischen Überbelegungssituationen und Selbstverletzungshandlungen ausgegangen;⁴⁷⁷ in der Folge von Überbelegungssitua-

469 Vgl. etwa VAN ZYL SMIT/SNACKEN S. 131; GARCIA-GUERRERO/MARCO *Revista Española de Sanidad Penitenciaria* 2012, 106 (110); HANEY in: Cutler/Zapf, S. 415 (426).

470 VAN ZYL SMIT/SNACKEN S. 131.

471 OBERHEIM S. 146; HANEY in: Cutler/Zapf, S. 415 (422, 426).

472 VAN ZYL SMIT/SNACKEN S. 131; HANEY in: Cutler/Zapf, S. 415 (426); SCHMIDT S. 140 ff. m.w.N.; zum Zusammenhang betr. Stress, Blutdruck, Gesundheit und Überbelegung in Strafvollzugsanstalten vgl. auch die Studie von OSTFELD/KASL/D'ATRI/FITZGERALD S. 22 ff., 184 m.w.H.: OSTFELD et al. identifizieren in ihrer Studie neben Überbelegungssituationen weitere massgebliche Faktoren betr. Stressniveau der Inhaftierten.

473 ANISMAN S. 180 ff., 206 ff.

474 VAN ZYL SMIT/SNACKEN S. 131: Zu denken sei etwa an grosse Schlafräume ohne Unterteilung im Vergleich zu Einzelzellen.

475 GARCIA-GUERRERO/MARCO *Revista Española de Sanidad Penitenciaria* 2012, 106 (110).

476 STÖVER/MACDONALD/ATHERTON S. 123: Die Überbelegung sei dabei aber nur eine der Schwierigkeiten. Auch die Gefangenenpopulation als solche sei beim Kampf gegen HIV und AIDS eine besondere Herausforderung. In vielen Ländern bestehe diese nämlich aus einem signifikanten Anteil an wegen Verstössen gegen das Betäubungsmittelgesetz Verurteilten. Zurückhaltender: GARCIA-GUERRERO/MARCO *Revista Española de Sanidad Penitenciaria* 2012, 106 (110).

477 WOLFF/CASILLAS/PERNEGER/HELLER/GOLAY/MOUTON/BODENMANN/GETAZ *International Journal of Prisoner Health* 2016, 39 ff.: WOLFF et al. differenzieren zwischen nichttödlichen und tödlichen (suizidale) Selbstverletzungshandlungen.

tionen kann es zu einem signifikanten Anstieg von suizidalen Handlungen kommen.⁴⁷⁸

Verschiedene Erklärungsmodelle setzen sich mit den aufgezeigten negativen Auswirkungen der Überbelegung auseinander. Das *Stimulus-overload-Modell* geht von einer durch die Überbelegung verursachten Reizüberlastung aus,⁴⁷⁹ während das *Verhaltensbeschränkungs-Modell* annimmt, dass die negativen Folgen der Überbelegung dadurch hervorgerufen werden, dass individuelle „physische, psychisch-emotionale und soziale Verhaltensmöglichkeiten“ vereitelt werden.⁴⁸⁰ Das *ökologische Modell* [recte: *ökonomische Modell*] erkennt die Ursache der negativen Konsequenzen in der durch die Überbelegung verursachten Verknappung der Ressourcen und dem damit einhergehenden Kampf um die entsprechenden Sachmittel.⁴⁸¹

Keines der Erklärungsmodelle vermag für sich alleine zu überzeugen; der Komplexität der Auswirkungen der Überbelegung kann nur eine Kombination der verschiedenen Modelle gerecht werden. Für die Ausarbeitung eines Mindeststandards spielt es aber letztlich keine Rolle, welcher Aspekt für die negativen Auswirkungen bei den Betroffenen verantwortlich ist, solange Einigkeit darüber besteht, dass die Überbelegung kausal für die genannten negativen Folgen ist.

Neben den Inhaftierten sind von der Überbelegung auch die Strafvollzugsbeamten betroffen. Die Überbelegungssituation wirkt sich automa-

478 WOLFF/CASILLAS/PERNEGER/HELLER/GOLAY/MOUTON/BODENMANN/GETAZ *International Journal of Prisoner Health* 2016, 39 (42): Die Studie bezog sich auf das Schweizer Untersuchungsgefängnis Champ-Dollon im Kanton Genf im Zeitraum 2006–2014. Relativierend ist jedoch anzumerken, dass es sich bei Selbstverletzungshandlungen um ein komplexes Phänomen handelt, welches nicht auf eine einzige Ursache zurückzuführen ist; sie basieren vielmehr auf einer grundsätzlich individuellen Verletzlichkeit, welche aber durch Stressfaktoren verstärkt werden kann. Vgl. auch: GARCIA-GUERRERO/MARCO *Revista Española de Sanidad Penitenciaria* 2012, 106 (110 f.); vgl. in diesem Zusammenhang aber auch die Untersuchung von FRÜHWALD/FROTTIER/EHER/BENDA/RITTER *Psychiatrische Praxis* 2001, 326 ff.: Hinsichtlich der von ihnen untersuchten Suizide in österreichischen Gefängnissen vom 01.01.1975 bis zum 31.12.1999 hatte sich ergeben, dass die Überbelegung nur eine untergeordnete Rolle gespielt hatte (71,9% der untersuchten Suizide wurden in Einzelzellen verübt, 23% der Suizide in Zellen mit zwei bis drei Inhaftierten, und nur 4,5% der Suizide fanden in Zellen mit mehr als drei Strafgefangenen statt).

479 OBERHEIM S. 147.

480 OBERHEIM S. 147.

481 OBERHEIM S. 147; in diese Richtung implizit auch WOLFF/CASILLAS/PERNEGER/HELLER/GOLAY/MOUTON/BODENMANN/GETAZ, *International Journal of Prisoner Health* 2016, 39 ff.

tisch auch auf die Organisation des Haftbetriebs und somit auf den Arbeitsalltag des Personals aus. Dies gilt insbesondere dann, wenn zum Anstieg der Anzahl Inhaftierter nicht proportional weitere Strafvollzugsbeamte eingestellt werden; die Betreuungssituation verschärft sich (Korrelation Haftplatz- und Personalkapazität).⁴⁸² Auch das durch die Überbelegung gesteigerte Kriminalitätsrisiko innerhalb der Haftanstalt⁴⁸³ betrifft nicht nur die Inhaftierten selbst, sondern direkt auch die Vollzugsbeamten, liegt es doch an ihnen, diese Situationen wieder aufzulösen. Die Überbelegung kann ferner auch Folgen für die Allgemeinheit haben, zum Beispiel als erhöhtes Sicherheits- oder Krankheitsrisiko ausserhalb der Strafvollzugsanstalten.⁴⁸⁴ Im Folgenden stehen aber die Auswirkungen der Überbelegung auf die Inhaftierten im Vordergrund.

Die gravierenden Auswirkungen der Überbelegung insbesondere für die Inhaftierten machen aus einer menschenrechtlichen Sichtweise eine eingehende Analyse zu einem Mindeststandard an persönlichem Platz notwendig.

482 BARISCH KJ 2008, 425 (426); OBERHEIM S. 143; KROMREY H. S. 200.

483 So etwa auch das CPT: CPT – 7th General Report [CPT/Inf (97) 10], Rn. 13: Gewaltzunahme zwischen den Inhaftierten sowie zwischen den Inhaftierten und dem Gefängnispersonal; vgl. auch EGMR – *Canali/FRA*, UrT. v. 25.04.2013, 40119/09, Rn. 26 mit Verweis zum Artikel „Surpopulation, vétusté, problème d'accès aux soins... état des lieux sans concession de la prison Charles III“ erschienen in: *L'Est Républicain* v. 23.12.2008: „[...] Cette surpopulation n'est pas sans incidence sur les risques de violences au sein de l'établissement puisque les tensions s'accroissent inévitablement à raison de la promiscuité et du manque de place engendrés dans les cellules [...]“. Im betreffenden Gefängnis Nancy Charles III waren am Stichtag 320 Strafgefangene bei einer Kapazitätsgrenze von 260 Haftplätzen untergebracht. Vgl. auch BARISCH KJ 2008, 425 ff.: Das Risikopotential von Gemeinschaftsunterbringungen werde unterschätzt. Unruhen, Gewalt und sexuelle Übergriffe innerhalb von Haftanstalten seien auf die durch die Überbelegung entstehende räumliche Enge zurückzuführen. Vgl. ferner GARCIA-GUERRERO/MARCO *Revista Española de Sanidad Penitenciaria* 2012, 106 (110); STÖVER/MACDONALD/ATHERTON S. 123; KROMREY H. S. 200.

484 So betonen etwa GARCIA-GUERRERO und MARCO, dass das erhöhte Krankheitsrisiko im Vollzug auch Auswirkungen auf das Krankheitsrisiko ausserhalb des Vollzugs habe. Bei Gefängnissen handle es sich nämlich nicht um in sich geschlossene Systeme. Es würden vielmehr immer wieder Personen (Vollzugsbeamte, Rechtsanwältinnen, NGO-Mitarbeiter etc.) in Gefängnisse gehen und diese wieder verlassen. Auf diese Weise würden Krankheiten auch nach „ausser“ verschleppt werden: GARCIA-GUERRERO/MARCO *Revista Española de Sanidad Penitenciaria* 2012, 106 (110); vgl. auch OBERHEIM S. 142 ff.

III. Regelungsinstrumente zur Überbelegung – vorgeschlagene Mindeststandards

Das Problem der Überbelegung und der dem Einzelnen zur Verfügung zu stellende Platz sind sowohl auf internationaler als auch auf europäischer und nationaler Ebene schon seit geraumer Zeit Gegenstand von Regulierungsmechanismen und Empfehlungen. Schwerepunktmässig werden die auf Europaratsebene vorgeschlagenen Standards in diesem Kapitel näher betrachtet, wobei Entwicklungstendenzen herausdestilliert und Gemeinsamkeiten und Unterschiede ausgearbeitet werden. Besonderes Augenmerk verdienen auch die Begründungen der vorgeschlagenen Standards; weshalb also gerade der jeweils vorgeschlagene Mindeststandard anzustreben sein soll.

1. UN-Mindestgrundsätze für die Behandlung von Gefangenen und Nelson-Mandela-Regeln

Sowohl die UN-Mindestgrundsätze für die Behandlung Gefangener als auch die revidierten Nelson-Mandela-Regeln sehen hinsichtlich der Unterbringungsform, der Überbelegungssituationen und des jedem Inhaftierten zu gewährenden persönlichen Platzes in rudimentärer Weise nur Folgendes vor: Wenn die Unterbringung in Zellen erfolge, solle jeder Inhaftierte über Nacht seine eigene Zelle haben. Wenn aussergewöhnliche Umstände, wie etwa Überbelegungssituationen, es notwendig machen würden, könne von dieser Regel abgewichen werden, wenngleich dies nicht erstrebenswert sei (Regel 9.1 UN-SMR; Regel 12.1 der Nelson-Mandela-Regeln). Wenn zur Unterbringung Schlafsäle genutzt würden, sei sorgfältig zu prüfen, welche Strafgefangenen für diese Unterbringung geeignet seien und wer unter diesen Umständen zusammenpasse. Nachts habe weiter eine regelmässige Überwachung stattzufinden (Regel 9.2 UN-SMR; Regel 12.2 der Nelson-Mandela-Regeln). Bei allen Unterbringungsformen seien Anforderungen an den Gesundheitsschutz zu erfüllen, wozu neben den klimatischen Bedingungen und der Beleuchtung und Belüftung auch das Zur-Verfügung-Stellen eines *Mindestmasses* an Platz gehöre (Regel 10 UN-SMR; Regel 13 der Nelson-Mandela-Regeln). Eine nähere Definition, was dies konkret bedeutet oder aber nach welchen Kriterien dies zu bestimmen sein soll, folgt nicht. Wie gezeigt sind die Nelson-Mandela-Regeln unverändert verglichen mit jenen der UN-SMR, was bedeutet, dass die intergouvernementale Expertengruppe, welche mit der Revision der UN-

SMR betraut wurde, bei diesen Regelungen keinen Reformbedarf erkannte oder hinsichtlich einer Präzisierung keine Einigung gefunden werden konnte. Dies erstaunt vor dem Hintergrund, dass es sich um eine relativ umfassende Reform handelte, welche insgesamt durch die Verabschiedung zahlreicher detaillierterer Bestimmungen einen höheren Schutzstandard zur Folge hatte.

2. Europäisches Komitee zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (CPT)

Bereits im zweiten General Report (Berichtszeitraum: 01.01.1991–31.12.1991) hält das CPT die Relevanz der Überbelegung für sein Tätigkeitsgebiet und das ihm übertragene Mandat fest.⁴⁸⁵ Das Komitee weist auf die Auswirkungen der Überbelegung auf den Haftbetrieb und die Haftumstände hin.⁴⁸⁶ Insbesondere ein Zusammentreffen von Überbelegung, raren Aktivitätsmöglichkeiten und ungenügendem Zugang zu den sanitären Anlagen sieht das CPT als besonders belastend. Es stellt aber gleichwohl schon in diesem zweiten General Report fest, dass die Überbelegung *für sich alleine* betrachtet schon unmenschlich oder erniedrigend sein kann.⁴⁸⁷

Die direkte Bedeutung der Überbelegung für die Tätigkeit des CPT widerspiegelt sich in zahlreichen General Reports, in denen die Überbelegung immer wieder thematisiert und bemängelt wird.⁴⁸⁸ Der jedem Einzelnen zu gewährleistende persönliche Platz („*living space*“), nach welchem

485 CPT – 2nd General Report [CPT/Inf (92) 3], Rn. 46.

486 CPT – 2nd General Report [CPT/Inf (92) 3], Rn. 46.

487 CPT – 2nd General Report [CPT/Inf (92) 3], Rn. 46.

488 Die Thematik der Überbelegung findet sich beispielsweise in den folgenden General Reports: 2nd General Report [CPT/Inf (92) 3], CPT – 3rd General Report [CPT/Inf (93) 12], CPT – 7th General Report [CPT/Inf (97) 10], CPT – 8th General Report [CPT/Inf (98) 12], CPT – 11th General Report [CPT/Inf (2001) 16], CPT – 13th General Report [CPT/Inf (2003) 35], CPT – 15th General Report [CPT/Inf (2005) 17], CPT – 17th General Report [CPT/Inf (2007) 39], CPT – 18th General Report [CPT/Inf (2008) 25], CPT – 19th General Report [CPT/Inf (2009) 27], CPT – 20th General Report [CPT/Inf (2010) 28], CPT – 21st General Report [CPT/Inf (2011) 28], CPT – 22nd General Report [CPT/Inf (2012) 25], CPT – 23th General Report [CPT/Inf (2013) 29], CPT – 24th General Report [CPT/Inf (2015) 1], CPT – 25th General Report [CPT/Inf (2016) 10], CPT – 26th General Report [CPT/Inf (2017) 5], CPT – 27th General Report [CPT/Inf (2018) 4], CPT – 28th General Report [CPT/Inf (2019) 9], CPT – 29th General Report [CPT/Inf (2020) 17].

die Belegung beurteilt werden sollte, wird zu diesem Zeitpunkt aber noch nicht einheitlich definiert, wenngleich immer wieder konkrete Quadratmeterzahlen ins Feld geführt wurden.⁴⁸⁹ Vereinzelt Angaben zum Minimum an zu gewährendem persönlichen Platz finden sich auch in diversen Länderberichten.⁴⁹⁰

Diese versprengten und fragmentarischen Ansätze zur Überbelegung und zum zu fordernden persönlichen Platz führt das CPT erst im Jahr 2015 mit dem Dokument „Living Space per Prisoner in Prison Establishments“ zusammen.⁴⁹¹ Vor dem Hintergrund eines zunehmenden Interesses für das Problem der Überbelegung, und damit einhergehend eines gesteigerten Interesses auch der Mitgliedstaaten an den Berichten und Arbeiten des CPT, strebte das CPT die Benennung *eindeutiger* Standards an, was mit diesem Dokument umgesetzt werden sollte.⁴⁹²

Um eine klare Positionierung bemüht, muss sich das CPT Herausforderungen stellen:⁴⁹³ Die Art der freiheitsentziehenden Einrichtung (Polizei-

489 Beispielsweise hält schon der 2. General Report fest, dass die Notwendigkeit besteht, Angaben zu den ungefähren Grössen einer Polizeizelle zur Unterbringung einer einzelnen Person zu machen („*need for a rough guideline*“): Erstrebenswert seien 7 m² Platz, wenn der Aufenthalt länger als einige Stunden dauere: CPT – 2nd General Report [CPT/Inf (92) 3], Rn. 43. Im 23. General Report wurden für die Unterbringung in einer Strafvollzugsanstalt konkret 4 m² persönlicher Platz gefordert (Mehrbettzellen): CPT – 23th General Report [CPT/Inf (2013) 29], Rn. 45. Auch im 24. General Report forderte das CPT bei Mehrbettzellen die Gewährung von 4 m² persönlichem Platz eines jeden Inhaftierten: CPT – 24th General Report [CPT/Inf (2015)], Rn. 76. Auch ausserhalb der konkreten Überbelegungsthematik wurde das Erfordernis eines *genügenden* „*living space*“ immer wieder thematisiert. Im Kontext ausländerrechtlicher Haft: CPT – 7th General Report [CPT/Inf (97) 10], Rn. 29; im Zusammenhang mit in psychiatrischen Einrichtungen untergebrachten Patienten: CPT – 8th General Report [CPT/Inf (98) 12], Rn. 34: Aufforderung, *genügend* Platz zur Verfügung zu stellen, wobei hier keine Konkretisierung erfolgte.

490 Vgl. bspw.: CPT – Report to the Albanian Government [CPT/Inf (2006) 24], Rn. 93; CPT – Report to the Azerbaijani Government [CPT/Inf (2004) 36], Rn. 87; CPT – Report to the Bulgarian Government [CPT/Inf (2008) 11], Rn. 55, 77; CPT – Report to the Croatian Government [CPT/Inf (2008) 29], Rn. 56, 71; CPT – Report to the Latvian Government [CPT/Inf (2005) 8], Rn. 65; CPT – Report to the Hungarian Government [CPT/Inf (2010) 16], Rn. 65 und 80.

491 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44].

492 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 3.

493 Das CPT betont selbst, dass es nicht so einfach sei, einen Standard zu definieren, wie es zunächst erscheinen möge: CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 6.

zelle, psychiatrische Institution, Untersuchungshaft oder „gewöhnliche“ Strafvollzugsanstalt), die unterschiedlichen Unterbringungskonzepte (Einzelzellen oder Mehrbettzellen mit weiteren Unterscheidungsnotwendigkeiten [etwa: Zweierzelle vs. Grossraumschlafräume⁴⁹⁴]) und die Notwendigkeit der Berücksichtigung des jeweiligen Haftregimes⁴⁹⁵ würden Differenzierungen beim zu fordernden Mindeststandard notwendig machen.⁴⁹⁶

Wegen der Abhängigkeit des zu gewährenden persönlichen Platzes vom Haftregime sieht sich das CPT veranlasst, sich von der Proklamierung eines *absolut* geltenden Anspruchs zu distanzieren.⁴⁹⁷ Das CPT folgert weiter, dass bei einer geringfügigen Abweichung (*minor deviation*), d.h. bei einer geringfügigen Unterschreitung des vorgeschlagenen Standards, nicht automatisch von einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung auszugehen sei.⁴⁹⁸ Die Bedeutung der „Geringfügigkeit“ als offener Rechtsbegriff wird zunächst allerdings nicht näher umschrieben. *Erleichternde* Umstände, wie etwa die Tatsache, dass der Strafgefangene viel Zeit ausserhalb der Zelle verbringen kann, könnten kompensierend wirken.⁴⁹⁹ Trotzdem empfiehlt das CPT auch beim Vorliegen kompensierender Faktoren die Einhaltung des vom CPT erarbeiteten Mindeststandards.⁵⁰⁰ Mit Blick auf das bei absoluten Rechten geltende Konkretisierungserfordernis sowie der Verkündung, einen *eindeutigen* Standard setzen zu wollen⁵⁰¹, scheint die Anerkennung kompensierender Elemente durch das CPT *prima vista* nicht unproblematisch, zumindest wenn dieser Standard vom EGMR zur Auslegung eines absoluten Konventionsrechts herangezogen wird. Neben extremen Überbelegungssituationen, welche für sich alleine schon als unmenschliche oder erniedrigende Behandlung angesehen werden, anerkennt das CPT weiter eine Kumulationswirkung zusätzlicher negativer Faktoren wie beispielsweise einer ungenügenden Anzahl Betten, einer schlechten hygienischen Versorgung, eines Ungezieferbefalls,

494 Das CPT kritisiert dabei bereits von vorneherein das Konzept der Grossraumschlafräume und befürwortet eine Entwicklung hin zu Unterbringungsmodalitäten mit einer kleineren Anzahl Personen, welche sich eine Zelle teilen: CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 7; vgl. zuvor auch schon CPT 11th General Report [CPT/Inf (2001) 16], Rn. 29.

495 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 8, 21.

496 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 6 f.

497 CPT – Living space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 21.

498 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 21.

499 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 21.

500 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 21.

501 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 3.

schlechter Belüftungs- oder Lichtverhältnisse oder weniger oder keiner Outdoor-Aktivitäten.⁵⁰² Das CPT nimmt damit eine *Gesamtbetrachtung* vor, welche sowohl Kumulations- als auch Kompensationswirkungen berücksichtigt.

In seinem konsolidierten Dokument „Living Space per Prisoner in Prison Establishments“ von 2015 legt das CPT den Mindeststandard wie folgt fest: Als Faustregel soll für Einzelzellen ein Minimum von 6 m² Wohnplatz (exkl. sanitären Anlagen) gewährt werden, während in einer Mehrbettzelle (*multiple-occupancy cell*⁵⁰³) jedem Inhaftierten mindestens 4 m² Wohnplatz zur Verfügung zu stellen seien (exkl. sanitären Anlagen).⁵⁰⁴ Für die sanitären Anlagen sei mit zusätzlichen 1–2 m² zu rechnen.⁵⁰⁵ Für Einrichtungsgegenstände wird jedoch kein zusätzlicher Platz gefordert. Die Mindestdeckenhöhe legt das CPT einheitlich auf 2,5 m fest.⁵⁰⁶ Darüber hinaus macht das CPT auch Vorgaben an die Ausgestaltung der Zellen. So fordert es bei Mehrbettzellen eine vollständige Abtrennung des Sanitärbereichs vom Wohnplatz.⁵⁰⁷ Der Zellenraum dürfe sodann in keiner Dimension 2 m unterschreiten.⁵⁰⁸

Zur Begründung des Mindeststandards von 4 m² persönlichen Platzes in Mehrbettzellen fügt das CPT selbst das Folgende an:

„When devising the standard of 4 m² of living space, the CPT had in mind on the one hand the trend observed in a number of western European coun-

502 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Appendix. Als kumulierende Elemente werden damit hauptsächlich Faktoren innerhalb der Zelle aufgeführt. Gewisse Faktoren, welche nicht direkt die Zelle, wohl aber die Situation des Strafvollzugs betreffen, finden aber auch Berücksichtigung. Das CPT hatte zuvor schon in seinem 2. General Report auf die Wirkung kumulativer Elemente hingewiesen: CPT – 2nd General Report [CPT/Inf (92) 3], Rn. 35.

503 Das CPT hat den Terminus „*multiple occupancy*“ soweit ersichtlich nie näher definiert, die Länderberichte wiesen aber darauf hin, dass das CPT damit eine Belegung von zwei bis vier Strafgefangenen meint: so CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 14.

504 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 9.

505 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 10.

506 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 11.

507 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 10. Das CPT hält dies aufgrund seines Kompetenzbereiches und Handlungsauftrags im Zusammenhang mit der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung fest. Meines Erachtens liegt diese Thematik aus menschenrechtlicher Sicht zumindest im Schnittstellenbereich auch zu Fragen der Privatsphäre, so dass solche Forderungen insbesondere auch aus Art. 8 EMRK abzuleiten wären.

508 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 11.

*tries of doubling up 8 to 9 m² cells that were originally designed for single occupancy, and on the other hand the existence of large-capacity dormitories in prison establishments (colonies) in various central and eastern European countries.*⁵⁰⁹

Da das CPT schon zuvor das Bestehen von Grossraumschlafräumen kritisiert hatte,⁵¹⁰ gedenkt das CPT hier wohl erneut, seine Präferenz zu einer Belegung mit weniger Inhaftierten auszudrücken. Gestützt auf die Beobachtung, dass in mehreren westlichen Ländern in Zellen mit 8–9 m² Fläche zwei Personen untergebracht werden, führt die Festlegung des Mindeststandards bei 4 m² zudem dazu, dass in solchen bestehenden Zellen nicht mehr als zwei Personen untergebracht werden. Gleichwohl vermag diese Begründung für sich alleine noch nicht ausreichend zu belegen, weshalb die Gewährung von 4 m² persönlichem Platz auch aus einer menschenrechtlichen Perspektive genügt. Die Tatsache allein, dass das Modell der westlichen europäischen Länder gegenüber dem Modell der zentralen und östlichen europäischen Länder zu bevorzugen ist, bedeutet nämlich noch lange nicht, dass der typischerweise im westlichen Modell gewährte Standard dem Mindeststandard entspricht, der aus einer menschenrechtlichen Sicht erforderlich scheint.⁵¹¹ Der Mindeststandard ist vielmehr unabhängig von vorbestehenden baulichen und infrastrukturellen Gegebenheiten dort festzulegen, wo die Platzverhältnisse keine unmenschlichen oder erniedrigenden Auswirkungen auf den Einzelnen im Sinne des Europäische Übereinkommens zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigenden Behandlung haben. In diesem Sinne hatte das CPT zuvor auch selbst das Folgende festgestellt:

„The consequences of overcrowding have been highlighted repeatedly by the CPT in its visit reports: cramped and unhygienic accommodation; constant lack of privacy; reduced out of cell activities, due to demand outstripping the staff and facilities available; overburdened health-care services; increased tension and hence more violence between prisoners and between prisoners

509 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 13.

510 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 7; CPT – 11th General Report [CPT/Inf (2001) 16], Rn. 29.

511 Wäre dies die einzige Begründung des CPT zur Proklamation von 4 m² persönlichem Platz, läge ein „Sein-Sollen-Fehlschluss“ vor. Vom tatsächlichen Umstand des „Seins“ kann nämlich noch nicht auf das „Sollen“ geschlossen werden. Dies auch dann nicht, wenn es mitunter gerade Aufgabe des CPT ist, den Zustand in den Mitgliedstaaten – somit den „Ist-Zustand“ – zu ermitteln. Das „Sollen“ ist auf eine andere Weise herzuleiten.

*and staff. The CPT considers that the question of minimum living space per inmate is intrinsically linked to the commitment of every Council of Europe member state to respect the dignity of persons sent to prison.*⁵¹²

Dies verdeutlicht, dass sich das CPT bei seiner Empfehlung des Mindeststandards von 4 m² nicht nur auf vorgegebene infrastrukturelle Gegebenheiten abstützte, sondern mit Blick auf die Kriterien einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung auch eine von der Menschenwürde her gedachte, wertende Beurteilung vornahm, welche sich auf soziomedizinische Faktoren abstützt.⁵¹³ Nur eine solche Analyse und entsprechende Begründung erlaubt es denn meines Erachtens, überhaupt Aussagen betreffend einen erforderlichen menschenrechtlichen Mindeststandard zu treffen.

Das CPT räumt in einigen Länderberichten selbst gewisse Einwände hinsichtlich seines festgesetzten Standards ein. So stellte es in einigen Berichten fest, dass Zellen von 8–9 m² Fläche „preferably“⁵¹⁴ bzw. „idéalement“⁵¹⁵ nur für einen Strafgefangenen genutzt werden sollten, dass 8–10 m² grosse Zellen bei einer Zweifachbelegung „not without discomfort“⁵¹⁶ für die Strafgefangenen seien und dass eine Unterbringung von zwei Personen in einer 8 m² grossen Zelle zu vermeiden sei⁵¹⁷. Ausgehend vom Mindeststandard von 6 m² für eine Einzelzelle erscheine es auch nicht von vorneherein klar, dass eine Zelle von 8 m² Fläche für zwei Personen genüge.⁵¹⁸

Wohl durch die Zweifel am eigenen Mindeststandard veranlasst, legt das CPT – neben dem weiterhin geltenden Mindeststandard – einen erstrebenswerten Standard (*desirable standard*) fest, welcher ganz im Sinn der präventiven Konzeption des CPT vor allem im Hinblick auf den Neu-

512 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 5.

513 Es sei hier erwähnt, dass das CPT wichtige Analysen zu verschiedenen Strafvollzugssystemen insbesondere zu den Zellengrößen und den Aufschlusszeiten gemacht hat.

514 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 14 m.V.z. CPT – Report to the Slovenian Government [CPT/Inf (2008) 7] und CPT – Report to the Hungarian Government [CPT/Inf (2014) 13].

515 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 14 m.V.z. CPT – Rapport au gouvernement de la Belgique [CPT/Inf (2010) 24].

516 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 14 m.V.z. CPT – Report to the Government of the Netherlands [CPT/Inf (2012) 21].

517 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 14 m.V.z. CPT – Report to the Government of Ireland [CPT/Inf (2011) 3].

518 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 15.

bau von Strafvollzugsanstalten von Bedeutung sein soll.⁵¹⁹ Der *desirable standard* legt für Zellen mit einer Belegung von zwei bis vier Inhaftierten einen im Vergleich zum Mindeststandard höheren Standard fest, welchem der Standard für Einzelzellen (6 m²) als Ausgangspunkt dient.⁵²⁰ Zu den sechs Quadratmetern für die erste Person werden beim *desirable standard* pro weitere Person 4 m² addiert (wiederum exkl. des sanitären Bereichs).⁵²¹ Bei zwei Personen ergibt dies einen *desirable standard* von 10 m², bei drei Personen von 14 m² und bei 4 Personen von 18 m². Keine Modifizierung nimmt das CPT für Zellen mit fünf und mehr Personen vor, so dass es bei fünf Personen bei 20 m² bleibt (Mindeststandard 5 × 4 m²). Auch wenn sich die Differenz zwischen dem Mindeststandard und dem *desirable standard* pro zusätzlichen Gefangenen verkleinert und somit der Effekt dieser modifizierten Rechenmethode bei steigender Anzahl Personen pro Zelle insgesamt abnimmt,⁵²² ist nicht von vorneherein einleuchtend, warum die Notwendigkeit der Proklamierung eines zusätzlichen *desirable standard* gerade bei einer Zellenbelegung von vier Inhaftierten aufhört. Es könnte nämlich analog zur vormaligen Argumentation des CPT vorgebracht werden, dass das Zurverfügungstellen von 20 m² für fünf Personen nicht einleuchtet, wenn für vier Personen 18 m² vorgesehen sind. Wahrscheinlich scheint allerdings, dass das CPT überhaupt nur Zellen mit einer Belegung von zwei bis vier Personen als zu fördernd betrachtet und deshalb auch nur für diese Unterbringungsweise einen *desirable standard* festlegt (allg. Präferenz für Unterbringungsmodelle mit wenigen Inhaftierten pro Zelle).

Die Festsetzung eines höheren *desirable standard* lässt gerade in Anbetracht der Präventionsfunktion des CPT die Vermutung zu, dass das CPT den eigenen Mindeststandard nicht (mehr) wirklich für ausreichend erachtet und langfristig einen höheren Standard anzustreben gedenkt. Die zeitlich nach der Ausarbeitung des *desirable standard* verfassten jährlichen General Reports, welche ihrerseits hauptsächlich auf den Mindeststandard verweisen, verdeutlichen allerdings, dass der *desirable standard* (zumindest vorerst) nichts an der Weitergeltung des festgesetzten Mindeststandards zu ändern vermochte.⁵²³ So hält das CPT etwa auch im 26. General Report grundsätzlich an den 4 m² fest und geht davon aus, dass ein Unter-

519 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 18.

520 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 16: Für Einzelzellen wird kein besonderer Standard festgelegt.

521 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 16.

522 Die prozentuale Differenz wird immer kleiner, da die zusätzlichen 2 m² für die erste Person von immer mehr Insassen geteilt werden.

523 CPT – 25th General Report [CPT/Inf (2016) 10], Rn. 83 ff.

schreiten der 4-m²-Grenze die Wahrscheinlichkeit einer Verletzung von Art. 3 EMRK wesentlich erhöht.⁵²⁴

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Überbelegung und die damit verbundenen engen Platzverhältnisse in Strafvollzugsanstalten vom CPT seit Langem als zentrale Probleme erkannt wurden. Seine versprengten Ansätze und Äusserungen konsolidierte das CPT allerdings erst im Jahr 2015 im Dokument „Living Space per Prisoner in Prison Establishments: CPT Standards“⁵²⁵, in welchem es sowohl einen Mindeststandard als auch einen *desirable standard* festsetzte. Es wurde aufgezeigt, dass dem Mindeststandard des CPT eine von der Menschenwürde her gedachte normative Wertung zugrunde liegt, welche als Bewertungsgrundlage auch soziomedizinische Schlussfolgerungen aufgreift. Das Ziel, eine klare Position zu beziehen, erreichte das CPT nicht vollumfänglich, da es selbst Relativierungen etwa durch Kompensationsmöglichkeiten bei nicht weiter definierten „geringfügigen Abweichungen“⁵²⁶ vom Standard zulässt. Auf diese Weise weicht es seinen Standard auf.

3. Europäische Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen (ESMR) und Europäische Strafvollzugsgrundsätze (EPR)

Die ursprüngliche Version der Europäischen Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen vom 19.01.1973 (ESMR)⁵²⁷ thematisiert die Überbelegung bzw. die Unterbringungsform sowie den zu gewährenden persönlichen Platz nur am Rande. In Regel 8 ESMR wird lediglich – wie schon in den UN-Mindestgrundsätzen – der Grundsatz festgehalten, dass Strafgefangene über Nacht in eigenen Zellen untergebracht werden sollten, sofern die Umstände nicht andere Lösungen gebieten würden. Zu den Platzverhältnissen hält Regel 9 ESMR lediglich fest, dass in allen Unterbringungsräumen und insbesondere in den Schlafräumen ein Minimum an Platz („*minimum floor space*“) zu gewähren sei. Auch hier wird in den

524 CPT – 26th General Report [CPT/Inf (2017) 5], Rn. 56: Das CPT verweist dabei auch auf das Urteil EGMR (GK) – *Mursić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13 und wiederholt dabei im Wesentlichen die Kernpunkte des EGMR, ohne sich dazu näher zu positionieren.

525 CPT – Living Space per Prisoner [CPT/Inf (2015) 44].

526 Den offenen Rechtsbegriff der „geringfügigen Abweichungen“ gilt es durch das CPT näher zu konkretisieren.

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

ESMR die gleiche schwammige Terminologie wie in den Mindestgrundsätzen für die Behandlung Gefangener der Vereinten Nationen verwendet.

Die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze vom 12.02.1987⁵²⁸ sehen eine ähnliche Regelung vor. Am Grundsatz der Einzelunterbringung über Nacht wird festgehalten (Regel 14). Ausnahmen von diesem Grundsatz sollen nur noch möglich sein, wenn eine Unterbringung mit weiteren Strafgefangenen Vorteile mit sich bringt (Regel 14 EPR). Aus dem Wortlaut der Regel 14 geht noch nicht eindeutig hervor, wem die Vorteile dienen sollen, dem Inhaftierten oder dem Staat (vgl. zur revidierten Fassung sogleich Regel 18.5). Die neue Regel 15 hält zu den Platzverhältnissen jetzt fest, dass ein angemessenes Mass an Fläche („*reasonable amount of space*“) zu garantieren sei.

Ein Vergleich des Wortlautes der beiden Bestimmungen (ESMR und EPR) – die Modifikation von einem Minimum an Platz hin zu angemessenem Platz – erlaubt die Interpretation, dass die Anforderungen an den zur Verfügung zu stellenden Platz zu Gunsten der Strafgefangenen gesteigert werden sollten. Dennoch benutzen auch die EPR einen unbestimmten Rechtsbegriff, der auslegungsbedürftig und mit weiteren konkreten Gehalten zu füllen ist.

Auch nach der vollständigen Revision der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze vom Jahr 2006⁵²⁹, welche verschiedene europaratliche themenspezifische Empfehlungen wieder aufnimmt – so insbesondere die Recommendation R (99) 22 Concerning Prison Overcrowding and Prison Population Inflation –, wird weiterhin am Grundsatz der Einzelunterbringung der Strafgefangenen über Nacht festgehalten (Regel 18.5). Ausnahmen sind nun allerdings nur noch dann möglich, wenn eine Unterbringung mit Mitinhaftierten *für den Strafgefangenen* vorzuziehen ist (Regel 18.5). Für eine gemeinsame Unterbringung wird zudem eine prinzipielle Eignung der Strafgefangenen für eine gemeinsame Unterbringung sowie das Zusammenpassen⁵³⁰ der betroffenen Inhaftierten gefordert (Regel 18.6). Eine gemeinsame Unterbringung ist den Strafgefangenen soweit als möglich zur Wahl zu stellen (Regel 18.7). Bezüglich des spezifisch zu gewährenden persönlichen Platzes und der Unterbringungsform finden sich in den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen in der Version von 2006

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

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

530 Im erläuternden Bericht wird etwa festgehalten, dass Nicht-Raucher nicht mit Rauchern unterzubringen sind: Commentary to Recommendation Rec (2006) 2 on the European Prison Rules, Rule 18.5.

gegenüber jener von 1987 keine echten Neuerungen. Die Unterbringung (insbesondere auch die Unterbringung über Nacht) habe die *Menschenwürde* und soweit als möglich auch die Privatsphäre zu schützen, und es sei insbesondere den Platzverhältnissen [...] gebührend Beachtung zu schenken (Regel 18.1). Nationales Recht habe dabei einen konkreten Mindeststandard vorzusehen (Regel 18.3) und zu garantieren, dass die vorgesehenen Minimalanforderungen nicht durch Überbelegungssituationen unterlaufen würden (Regel 18.4).

Zu Regel 18.3 wird im erläuternden Bericht zu den Empfehlungen von 2006⁵³¹ ausgeführt, woran sich das nationale Recht bei der Festlegung eines Mindeststandards zu orientieren habe. Zu berücksichtigen seien Überlegungen bezüglich *Menschenwürde*, *Gesundheit* und *Hygienegesichtspunkten*.⁵³² Die Mitgliedstaaten sind folglich durch die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze aufgefordert, den gesetzlich vorgesehenen Mindeststandard auf eine von der Menschenwürde her gedachte, normative Wertung zu stützen, bei welcher auch soziomedizinische Faktoren (wie eben Gesundheits- und Hygieneaspekte) zu berücksichtigen sind. Weiter verweist der erläuternde Bericht auf die CPT-Massstäbe und die EGMR-Rechtsprechung und gelangt zum Schluss, dass die Mitgliedstaaten gut beraten seien, den CPT-Standard umzusetzen, wobei in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen wird, dass sich die Anforderungen an die Menschenwürde in diesem Bereich ständig weiterentwickeln.⁵³³

Vor dem Hintergrund der Überbelegungsproblematik erstaunt der Grundsatz der Einzelunterbringung über Nacht, an welchem seit den ersten Europäischen Mindestgrundsätzen für die Behandlung der Gefangenen von 1973 festgehalten wird.⁵³⁴ Abweichungen von diesem Prinzip wurden durch die Revisionen im Laufe der Zeit sogar nur noch restriktiver zugelassen. Lässt der Wortlaut der ESMR (1973) noch sämtliche Gründe für eine Abweichung genügen (denkbar wären wohl etwa auch logistische Gründe), darf gemäss dem klaren Wortlaut der EPR (2006) nur noch

531 Commentary to Recommendation Rec (2006) 2 on the European Prison Rules 2006.

532 Commentary to Recommendation Rec (2006) 2 on the European Prison Rules 2006, Rule 18.3: „Such standards would have to meet wider considerations of human dignity as well as practical ones of health and hygiene.“

533 Commentary to Recommendation Rec (2006) 2 on the European Prison Rules 2006, Rule 18.3.

534 Der gleiche Grundsatz wird aber etwa auch in den Nelson Mandela Rules statuiert: A/RES/70/175, United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners („The Nelson Mandela Rules“), Rule 12.

dann von einer Einzelunterbringung abgesehen werden, wenn dies für den Inhaftierten selbst vorteilhaft erscheint, wobei ihm vor der Unterbringung mit weiteren Strafgefangenen soweit möglich gar eine Mitsprachemöglichkeit eingeräumt werden soll. Das Spannungsverhältnis zwischen der Überbelegung und dem Grundsatz der Einzelunterbringung über Nacht wird denn auch im erläuternden Bericht zu den Empfehlungen EPR (2006) erkannt. Eine Notwendigkeit, diesen Grundsatz zu überdenken, wird darin allerdings nicht gesehen. Vielmehr wird der Grundsatz bekräftigt und statuiert, dass es auf lange Sicht keine Option sei, sich aufgrund herrschender Überbelegung vom Einzelunterbringungsgrundsatz zu distanzieren.⁵³⁵ Begründet wird der Grundsatz vor allem mit Blick auf Langzeithaftierte, für welche die Zelle ein „Zuhause“ sei.⁵³⁶ So wird im erläuternden Bericht zu den Empfehlungen EPR (2006) an die Nationalstaaten appelliert, bei der Planung und dem Bau von neuen Strafvollzugsanstalten den Grundsatz der Einzelunterbringung zu berücksichtigen. Vor dem Hintergrund, dass sich die von den EPR propagierte Unterbringungsform damit doch wesentlich von jener des CPT, welches keine Präferenz hin zu einer Einzelunterbringung vorsieht, unterscheidet, erstaunt, dass der erläuternde Bericht bezüglich des mindestens zu gewährenden persönlichen Platzes Anhaltspunkte beim CPT sucht.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die ESMR, und später die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze, das Prinzip der Einzelunterbringung über Nacht empfehlen. Möglichkeiten zur Abweichung von diesem Grundsatz wurden durch die Revisionen immer weiter eingeschränkt. Bei der Frage des konkret zu gewährenden Platzes nimmt der Europarat im Rahmen der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze eine sehr zurückhaltende Position ein und überlässt die Festlegung eines konkreten Mindeststandards den Nationalstaaten. Dem erläuternden Bericht zu den Empfehlungen von 2006 ist aber immerhin zu entnehmen, nach welchen Kriterien die Nationalstaaten den Standard festzusetzen haben und welche Rolle dabei dem CPT-Standard zuzukommen hat.

535 Commentary to Recommendation Rec (2006) 2 on the European Prison Rules 2006, Rule 18.5.

536 Commentary to Recommendation Rec (2006) 2 on the European Prison Rules 2006, Rule 18.5.

4. European Recommendation R (99) 22

Die Europaratsempfehlung R (99) 22⁵³⁷, welche auch Eingang in die überarbeiteten Europäischen Strafvollzugsgrundsätze vom Jahr 2006 gefunden hat, setzt sich, auf die Inflation der Gefangenenpopulation eingehend, spezifisch mit der Überbelegungsproblematik auseinander.⁵³⁸ In Regel 7 wird festgehalten, dass im Falle einer Überbelegung den Platzverhältnissen besondere Beachtung zu schenken sei. Ein konkretes Minimum an zu gewährleistendem Platz wird jedoch nicht festgelegt. Eingehend setzt sich die Empfehlung demgegenüber mit möglichen Abhilfemassnahmen zur Überbelegung auseinander.⁵³⁹ Regel 8 greift dazu den Kompensationsgedanken auf (vgl. dazu auch die CPT-Empfehlungen). Den negativen Konsequenzen der Überbelegung sei durch ausgebauten Kontaktmöglichkeiten des Strafgefangenen mit seiner Familie und durch so viel Unterstützung als möglich zu begegnen. Konsequenzen betreffend die Höhe des zu gewährleistenden Mindeststandards lassen sich diesen vorgesehenen Kompensationsmechanismen hingegen nicht entnehmen.

Die Empfehlung R (99) 22 bezweckt in erster Linie die Sensibilisierung für die Überbelegung und die Ausarbeitung von Abhilfemassnahmen,⁵⁴⁰ weshalb es nicht erstaunt, dass hier kein konkreter Massstab hinsichtlich des zu gewährleistenden Platzes festgesetzt wurde. Für die Festsetzung eines Mindeststandards ist das Heranziehen dieser Empfehlung damit nur begrenzt geeignet. Die Empfehlung kann jedoch Lösungsansätze für festgestellte Mängel liefern.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass diese themenspezifische Europaratsempfehlung keinen konkreten Standard zum zu gewährleistenden persönlichen Platz festlegt. Kompensationsmechanismen sind in der Empfehlung im Sinne einer Möglichkeit zur Abmilderung der negativen Aus-

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

538 Diese Empfehlung wurde ausgearbeitet, nachdem sich in den 1990er Jahren das Problem der Überbelegung in vielen europäischen Ländern verschärft hat: DÜNKEL/GENG Neue Kriminalpolitik 2003, 146; DÜNKEL/MORGENSTERN FS Müller-Dietz 2001, S. 133 ff.

539 Beispielhaft: Die Festlegung von Kapazitätsgrenzen (Regel 6), Propagierung von zur Freiheitsstrafe alternativen Strafen (Regel 15), Anordnung von Untersuchungshaft nur wenn notwendig (Regel 11).

540 Vgl. auch SNACKEN Eur J Crim Policy Res 2006, 143 (150): In der Empfehlung R (99) 22 seien sämtliche Elemente einer reduktionistischen Strafrechtspolitik enthalten. Zustimmend zu den ausgearbeiteten Abhilfemassnahmen etwa DÜNKEL/GENG Neue Kriminalpolitik 2003, 146 (149).

wirkungen der Überbelegung vorgesehen; Schlussfolgerungen hinsichtlich der Höhe des zu gewährleistenden Standards werden aus diesen aber nicht gezogen. Wichtige Ansätze kann die Empfehlung jedoch bezüglich zu ergreifender Abhilfemassnahmen in Überbelegungssituationen liefern.

IV. Rechtsprechung des EGMR – Analyse und Kritik

Die Auswirkungen der Überbelegung auf den Einzelnen und die daraus resultierende Relevanz von Art. 3 EMRK erfordern eine Analyse der EGMR-Rechtsprechung. Der aus menschenrechtlicher Sicht jedem Inhaftierten während des Freiheitsentzuges zur Verfügung zu stellende Platz wird deshalb im Folgenden anhand der Rechtsprechung der Strassburger Organe und vor dem Hintergrund der bereits analysierten Regelungsinstrumente analysiert.

Die Notwendigkeit einer Unterscheidung beim Mindeststandard zwischen einer Unterbringung in Einzelzellen oder in Mehrbettzellen wurde schon festgestellt. Die folgenden Ausführungen beziehen sich hier, sofern nicht ausdrücklich anders vermerkt, immer auf den Mindeststandard bei einer Unterbringung in einer Zelle mit mehreren Personen.

1. Genese der Rechtsprechung – von Ananyev zu Muršić – materieller Kern des Standards

Im Piloturteil *Ananyev* u.a./RUS griff der Gerichtshof seine bisherige Rechtsprechung zu ungenügenden Platzverhältnissen resp. Überbelegungssituationen auf⁵⁴¹ und legte aufgrund dieser schliesslich drei Krite-

541 Der Gerichtshof hatte vor dem Urteil *Ananyev* u.a./RUS in zahlreichen Urteilen festgehalten, dass das Unterschreiten von 3 m² persönlichem Platz für sich genommen zu einem Verstoss gegen Art. 3 EMRK führen kann: vgl. unter vielen etwa EGMR – *Trepashkin*/RUS (Nr. 2), Urte. v. 16.12.2010, 14248/05, Rn. 113; EGMR – *Kozhokar*/RUS, Urte. v. 16.12.2010, 33099/08, Rn. 96. Weiter hatte der Gerichtshof in anderen Fällen schon zuvor bei mangelnden Schlafgelegenheiten die Relevanz von Art. 3 EMRK erkannt: vgl. bspw. EGMR – *Gusev*/RUS, Urte. v. 15.05.2008, 67542/01, Rn. 57; EGMR – *Bagel*/RUS, Urte. v. 15.11.2007, 37810/03, Rn. 56 ff.; EGMR – *Dorokhov*/RUS, Urte. v. 14.02.2008, 66802/01, Rn. 53 ff. Schliesslich hatte der Gerichtshof bei der Prüfung von Art. 3 EMRK schon früher festgestellt, dass bei kleinen Zellen, in welchen nur wenige Inhaftierte untergebracht werden konnten, die verbleibende Bodenfläche nach Abzug des Platzes, welcher für das Mobiliar gebraucht würde, bisweilen kaum ausreiche,

rien fest, mit deren Hilfe die Frage der Konventionskonformität nach Art. 3 EMRK zu beantworten ist (im Folgenden „*Ananyev-Test*“).⁵⁴² Es wird festgehalten, dass (1) jeder Inhaftierte einen individuellen Schlafplatz haben muss, (2) jedem Strafgefangenen mindestens 3 m² persönlicher Platz zur Verfügung stehen müssen und (3) jeder Inhaftierte sich frei zwischen den Einrichtungsgegenständen bewegen können muss.⁵⁴³ Ist eine dieser drei kumulativen Voraussetzungen nicht erfüllt, greift eine *starke Vermutung*, dass die Unterbringung eine erniedrigende Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK ist.⁵⁴⁴ Diese Vermutung kann – so der Gerichtshof – durch kompensatorische Effekte widerlegt werden. Der Wortlaut des Urteils *Ananyev* u.a./RUS lässt Kompensationsmöglichkeiten bei allen drei aufgestellten Kriterien zu. Eine Analyse der Folgerechtsprechung lässt allerdings die Annahme zu, dass eine Kompensationsmöglichkeit zumindest für das Fehlen des individuellen Schlafplatzes nicht ernsthaft in Betracht kommen kann.⁵⁴⁵ Ein individueller Schlafplatz muss bei einer Unterbringung in einer Strafvollzugsanstalt unter dem Gesichtspunkt von Art. 3 EMRK folglich *absolut* gewährleistet werden.⁵⁴⁶ Mit anderen Worten: Das Fehlen eines individuellen Schlafplatzes erreicht immer die erforderliche Mindestschwelle an Schwere, weshalb dies zwingend als Verstoss gegen Art. 3 EMRK zu qualifizieren ist. In der Folgerechtsprechung führte das zweite Kriterium des *Ananyev-Tests* dazu, dass der EGMR beim Unterschreiten von 3 m² persönlichem Platz regelmässig davon ausging, dass die Überbelegung ohne weitere erschwerende Faktoren für sich alleine dermassen schwer wiegt, dass ein Verstoss gegen Art. 3 EMRK vorliegt.⁵⁴⁷

Im Urteil der Grossen Kammer *Muršić/CRO* arbeitet der Gerichtshof im Oktober 2016 seine bisherige Rechtsprechung auf und zeigt dabei seine bisherigen unterschiedlichen Rechtsprechungslinien auf.⁵⁴⁸ Im Wesentlichen erkennt die Grosse Kammer, dass in einer Vielzahl der bisherigen

um sich innerhalb der Zelle noch bewegen zu können: vgl. etwa EGMR – *Yevgeniy Alekseyenko/RUS*, Urte. v. 27.01.2011, 41833/04, Rn. 87; EGMR – *Gladkiy/RUS*, Urte. v. 21.12.2010, 3242/03, Rn. 68.

542 EGMR – *Ananyev* u.a./RUS, Urte. v. 10.01.2012, 42525/07 u. 60800/08, Rn. 143 ff.

543 EGMR – *Ananyev* u.a./RUS, Urte. v. 10.01.2012, 42525/07 u. 60800/08, Rn. 148.

544 EGMR – *Ananyev* u.a./RUS, Urte. v. 10.01.2012, 42525/07 u. 60800/08, Rn. 148.

545 Vgl. KROMREY H. S. 199. Auch im Urteil *Ananyev* u.a./RUS bezog sich die weitere Begründung der Kompensationsmöglichkeit nur auf die Haftraumgrösse.

546 So auch KROMREY H. S. 199, 202.

547 EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urte. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 105 mit Verweisen etwa zu EGMR – *Orchowski/POL*, Urte. v. 22.10.2009, 17885/04, Rn. 122; EGMR – *Varga* u.a./HUN, Urte. v. 10.03.2015, 14097/12 u.a., Rn. 75.

548 EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urte. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 103 ff.

Urteile ein Verstoß gegen Art. 3 EMRK allein aufgrund der Platzverhältnisse und ohne weitere erschwerende Umstände bei einem Unterschreiten von 3 m² persönlichem Platz festgestellt wurde.⁵⁴⁹ Standen zwischen 3 m² und 4 m² persönlicher Platz zur Verfügung, stellte der EGMR jedoch mehrheitlich nur dann eine Verletzung von Art. 3 EMRK fest, wenn weitere negative Faktoren zu den Platzverhältnissen hinzukamen.⁵⁵⁰ In Frage kommen etwa zusätzlich inadäquater Zugang zu Outdoor-Aktivitäten, ungenügende Belichtung, inadäquate Belüftung, ungenügende Möglichkeiten, die Toilette im Privaten zu nutzen oder die Nichteinhaltung genügender sanitärer oder hygienischer Voraussetzungen.⁵⁵¹ In einer Minderheit der Fälle ging der EGMR aber auch bereits bei einer Unterschreitung von 4 m² Platz von einer Verletzung von Art. 3 EMRK aus, ohne dass weitere negative Umstände zur Argumentation hinzugezogen worden wären.⁵⁵² In Anbetracht und im Bewusstsein der mäandernden bisherigen Rechtsprechungslinien hielt der Gerichtshof in *Muršić*/CRO zunächst fest, dass an den früheren Piloturteilen (und der Mehrzahl der Urteile) festzuhalten sei und 3 m² im Sinne von Art. 3 EMRK der relevante Mindeststandard seien.⁵⁵³

549 EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 105; vgl. die zitierten Entscheide in EGMR – *Orchowski*/POL, Urt. v. 22.10.2009, 17885/04, Rn. 122; sowie die zitierten Entscheide in EGMR – *Ananyev* u.a./RUS, Urt. v. 10.01.2012, 42525/07 u. 60800/08, Rn. 145; vgl. unter vielen etwa EGMR – *Lind*/RUS, Urt. v. 06.12.2007, 25664/05, Rn. 59; EGMR – *Kantyrev*/RUS, Urt. v. 21.06.2007, 37213/02, Rn. 50 f.; EGMR – *Andrey Forlov*/RUS, Urt. v. 29.03.2007, Rn. 47 ff.; EGMR – *Labzov*/RUS, Urt. v. 16.06.2005, 62208/00, Rn. 44; EGMR – *Melnik*/UKR, Urt. v. 28.03.2006, 72286/01, Rn. 102 f.; EGMR – *Dmitriy Sazonov*/RUS, Urt. v. 01.03.2012, Rn. 31 f.; EGMR – *Nieciecki*/GRE, Urt. v. 04.12.2012, 11677/11, Rn. 49 ff.; EGMR – *Kanakis*/GRE (Nr. 2), Urt. v. 12.12.2013, 40146/11, Rn. 106 f.; EGMR – *Tatishvili*/GRE, Urt. v. 31.07.2014, 26452/11, Rn. 43; EGMR – *Tereshchenko*/RUS, Urt. v. 05.06.2014, 33761/05, Rn. 83 f.

550 Unter anderen: EGMR – *Orchowski*/POL, Urt. v. 22.10.2009, 17885/04, Rn. 122; EGMR – *Ananyev* u.a./RUS, Urt. v. 10.01.2012, 42525/07 u. 60800/08, Rn. 149; EGMR – *Torreggiani* u.a./ITA, Urt. v. 08.01.2013, 43517/09 u.a., Rn. 69; EGMR – *Vasilescu*/BEL, Urt. v. 25.11.2014, 64682/12, Rn. 88; EGMR – *Varga* u.a./HUN, Urt. v. 10.03.2015, 14097/12 u.a., Rn. 78; EGMR – *Jirák*/CZE, Urt. v. 05.04.2012, 8968/08, Rn. 64 ff.; EGMR – *Culev*/MDA, Urt. v. 17.04.2012, 60179/09, Rn. 35 ff.

551 EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 106 m.w.N.

552 EGMR – *Cotley*/ROM, Urt. v. 01.10.2013, 49549/11, Rn. 34, 36; EGMR – *Apostu*/ROM, Urt. v. 03.02.2015, 22765, Rn. 79.

553 EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 109 f.: Der Gerichtshof argumentiert, im Bewusstsein dessen, dass er nicht durch seine früheren Urteile gebunden ist, mit der Rechtssicherheit, der Gleichbehandlung und

Die Berechnungsmodalitäten konkretisiert der EGMR dahingehend, dass die 3 m² exklusiv des Platzes, welcher innerhalb der Zelle für sanitäre Einrichtungen verwendet wird, zu verstehen sind.⁵⁵⁴ Anders wird bezüglich der übrigen Einrichtungsgegenstände vorgegangen. Der Platz, der für diese verwendet wird, ist nicht zu den 3 m² hinzuzuzählen.⁵⁵⁵ Diesbezüglich wird aber immerhin weiter am dritten Kriterium des *Ananyev*-Tests festgehalten, so dass auf jeden Fall sichergestellt sein muss, dass der Inhaftierte sich in der Zelle zwischen den Einrichtungsgegenständen frei bewegen kann.⁵⁵⁶

Hat die Grosse Kammer im Urteil *Muršić/CRO* zunächst festgelegt, dass im Sinne von Art. 3 EMRK jedem Inhaftierten mindestens 3m² persönlicher Platz gewährt werden müssen, befasste sie sich in einem zweiten Schritt auch mit der Frage der Rechtsfolgen, welche beim Unterschreiten der 3-m²-Grenze eintreten sollen, also ob aus einem Unterschreiten der massgeblichen 3 m² aus Sicht des EGMR der Verstoss gegen Art. 3 EMRK als Rechtsfolge automatisch eintritt (d.h. ohne Berücksichtigung weiterer Faktoren) oder ob das Unterschreiten der 3-m²-Grenze vorerst bloss zu einer Vermutung einer Verletzung von Art. 3 EMRK führt, welche widerlegt werden kann. Wie bereits ausgeführt, hatte der Gerichtshof in der Vergangenheit bisweilen im Unterschreiten der 3-m²-Grenze für sich alleine einen Verstoss gegen Art. 3 EMRK festgestellt: „*in itself led to the conclusion that there had been a violation of Article 3*“.⁵⁵⁷ In die gleiche Richtung zielten auch die Fälle, bei denen der Gerichtshof beim Unterschreiten der 3 m² eine Verletzung von Art. 3 EMRK festgestellt und in der Folge zur blossen

der Vorhersehbarkeit. Er wolle deshalb nicht ohne Grund die Rechtsprechungslinie früherer Pilot- und Leiterteile aufgeben.

554 EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Ur. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 114.

555 EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Ur. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 114. Hinsichtlich der Berechnungsmodalitäten stimmen EGMR und CPT folglich überein.

556 EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Ur. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 114 m.V.z. EGMR – *Ananyev* u.a./RUS, Ur. v. 10.01.2012, 42525/07 u. 60800/08, Rn. 147 f.; EGMR – *Vladimir Belyayev*/RUS, Ur. v. 17.10.2013, 9967/06, Rn. 34.

557 EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Ur. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 117 m.V.z. EGMR – *Sulejmanovic*/ITA, Ur. v. 16.07.2009, 22635/03, Rn. 43; EGMR – *Trepashkin*/RUS, Ur. v. 16.12.2010, 14248/05, Rn. 113; EGMR – *Mandic* u. *Jović*/SLO, Ur. v. 20.10.2011, 5774/10 u. 5985/10, Rn. 80; EGMR – *Lin*/GRE, Ur. v. 06.11.2012, 58158/10, Rn. 53 f.; EGMR – *Blejușcă*/ROM, Ur. v. 19.03.2013, 7910/10, Rn. 43 ff.; EGMR – *Ivakhnenko*/RUS, Ur. v. 04.04.2013, 12622/04, Rn. 35; EGMR – *A.F./GRE*, Ur. v. 13.06.2013, 83709/11, Rn. 77 f.; EGMR – *Kanakis*/GRE, Ur. v. 12.12.2013, 40146/11, Rn. 106 f.; EGMR – *Gorbulya*/RUS, Ur. v. 06.03.2014, 31535/09, Rn. 64 ff.; EGMR – *T.* u. *A./TUR*, Ur. v. 21.10.2014, 47146/11, Rn. 96 ff.

Untermauerung weitere erschwerende Elemente hinzugezogen hat „[...] and then examined other conditions of detention *only* as further aggravating circumstances“. ⁵⁵⁸ Demgegenüber hatte der Gerichtshof in zahlreichen anderen Fällen die Unterschreitung auch der 3-m²-Grenze lediglich als starke Vermutung („*strong presumption*“) für das Vorliegen einer Verletzung von Art. 3 EMRK gewürdigt (vgl. bereits *Ananyev-Test*⁵⁵⁹).⁵⁶⁰ Über das Vorliegen einer Verletzung von Art. 3 EMRK entschied in jenen Fällen dann letztlich, ob die aufgestellte Vermutung durch andere Faktoren (im Sinne einer Kompensation) widerlegt werden konnte: „*rebutted by other cumulative effects*“⁵⁶¹.⁵⁶² In zahlreichen „*Post-Ananyev-Urteilen*“ nahm der Gerichtshof eine Gesamtbetrachtung der Haftumstände vor, um in der Folge über das Vorliegen einer Verletzung von Art. 3 EMRK zu entscheiden.⁵⁶³ Nach der Darlegung dieser grundsätzlichen Optionen bezüglich der Rechtsfolge eines Unterschreitens der 3 m² hält die Große Kammer im Urteil *Muršić/CRO* in prüfungsmethodischer Hinsicht an einem „*Strong presumption-Test*“ fest.⁵⁶⁴ Auf diese Weise bleibe nämlich auch gewährleistet, dass der Schutzbereich von Art. 3 EMRK weiterhin *relativ* bestimmt

558 EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 117; EGMR – *Torreggiani u.a./ITA*, Urt. v. 08.01.2013, 43517/09 u.a., Rn. 77; EGMR – *Vasilescu/BEL*, Urt. v. 25.11.2014, 64682/12, Rn. 100 ff.

559 EGMR – *Ananyev u.a./RUS*, Urt. v. 10.01.2012, 42525/07 u. 60800/08, Rn. 148.

560 EGMR – *Ananyev u.a./RUS*, Urt. v. 10.01.2012, 42525/07 u. 60800/08, Rn. 148; ähnlich siehe auch bereits: EGMR – *Orchowski/POL*, Urt. v. 22.10.2009, 17885/04, Rn. 123. Der „*Strong presumption-Test*“ wurde in der Folge auch von mehreren Piloturteilen im Zusammenhang mit der Überbelegung wieder aufgenommen: vgl. EGMR – *Neshkov u.a./BUL*, Urt. v. 27.01.2015, 36925/10 u.a., Rn. 232; EGMR – *Varga u.a./HUN*, Urt. v. 10.03.2015, 14097/12 u.a., Rn. 74, 77.

561 In der Terminologie des Gerichtshofs ist der Begriff der „*cumulative effects*“ als Oberbegriff sowohl für erschwerende als auch für kompensatorische Faktoren zu verstehen. Da es hier um die Widerlegung der Vermutung einer Verletzung von Art. 3 EMRK geht, sind hier *in concreto* kompensatorische Elemente gemeint.

562 EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 121 m.V.z. EGMR – *Ananyev u.a./RUS*, Urt. v. 10.01.2012, 42525/07 u. 60800/08, Rn. 166; EGMR – *Orchowski/POL*, Urt. v. 22.10.2009, 17885/04, Rn. 135; EGMR – *Lind/RUS*, Urt. v. 06.12.2007, 25664/05, Rn. 59 ff.; EGMR – *Kokoshkina/RUS*, Urt. v. 28.05.2009, 2052/08, Rn. 62 f.

563 Vgl. bspw. EGMR (GK) – *Idalov/RUS*, Urt. v. 22.05.2012, 5826/03, Rn. 101; EGMR – *Iacov Stanciu/ROM*, Urt. v. 24.07.2012, 35972/05, Rn. 176 ff.; EGMR – *Asyanov/RUS*, Urt. v. 09.10.2012, 11677/11, Rn. 43; EGMR – *Neshkov u.a./BUL*, Urt. v. 27.01.2015, 36925/10 u.a., Rn. 246 ff.; EGMR – *Varga u.a./HUN*, Urt. v. 10.03.2015, 14097/12 u.a., Rn. 88.

564 EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 122 ff.

werde, da die Umstände des Einzelfalls wie etwa die Dauer der entsprechenden Unterbringung, die physischen und psychischen Auswirkungen, in gewissen Konstellationen auch das Geschlecht, das Alter oder der Gesundheitszustand, nach wie vor zu berücksichtigen sind.⁵⁶⁵ Eine Reduktion auf einen rein numerischen Standard würde gemäss EGMR zu kurz greifen und auch der gelebten Wirklichkeit im Strafvollzug nur ungenügend gerecht werden.⁵⁶⁶

Folglich gilt: Stehen einem Inhaftierten im konkreten Fall weniger als 3 m² persönlicher Platz zur Verfügung, soll fortan die starke Vermutung („*strong presumption*“) für das Vorliegen einer Verletzung von Art. 3 EMRK greifen.

Im Bewusstsein um das Abweichen vom durch das CPT vorgeschlagenen Standard von 4 m² behält sich der Gerichtshof zusätzlich auch in Zukunft vor, den vom CPT gesetzten Standard im Auge zu behalten, und gibt an, die Fälle, die unter die vom CPT vorgeschlagenen 4 m² fallen, *besonders genau* zu betrachten:

„[...] *it (the Court) gives careful scrutiny to cases where the particular conditions of detention fall below the CPT's standard of 4 sq. m.*“

Was genau der Gerichtshof unter einer „besonders genauen Betrachtung“ – insbesondere in Abgrenzung zum Gelten einer starken Vermutung – versteht, ist nicht abschliessend geklärt. Wahrscheinlich ist, dass der Gerichtshof sich in diesen Fällen selbst eine erhöhte Prüfungsdichte und -tiefe auferlegt.

2. Prüfungsmethodik des EGMR – Analyse

2.1 Vermutungswirkungen – Widerlegbarkeit – Beweismass und -last

Nachdem das Gelten einer starken Vermutung bei der Prüfung eines Verstosses gegen Art. 3 EMRK als zentrales Kriterium identifiziert wurde, wird im Folgenden näher auf die konkreten weiteren *Wirkungen* des Vermutungseintritts eingegangen.

565 EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 122.

566 EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 123. Die damit einhergehenden relativierten Rechtswirkungen der Unterschreitung des 3-m²-Standards (prüfungsmethodisches Vorgehen des Gerichtshofs) haben direkte Wirkungen auf den Menschenrechtsschutz des Betroffenen.

Die Vermutungsregelung hat direkte Auswirkungen auf die Frage der *Beweislast*. Die Vermutung soll eine gewichtige, nicht aber eine unwiderlegbare sein („a *weighty but not irrebuttable presumption*“).⁵⁶⁷ Das Unterschreiten der 3 m² und damit der Eintritt der Vermutung einer Verletzung von Art. 3 EMRK führt dazu, dass es fortan an der Regierung liegt, überzeugend darzulegen, dass andere *positive* Umstände die knappen Platzverhältnisse adäquat *kompensieren*.⁵⁶⁸ Gelingt dies der Regierung, gilt die starke Vermutung als widerlegt; gelingt es der Regierung jedoch nicht, stellt der Gerichtshof einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK fest.⁵⁶⁹ Die Anforderungen an die vorzubringenden kompensierenden Elemente variieren dabei; sie sind umso höher, je gravierender die 3-m²-Grenze unterschritten wird.⁵⁷⁰

Die vom Gerichtshof aufgestellte Vermutungsregelung ist im Lichte der allgemein gültigen Beweisregeln in Strafvollzugssituationen zu beurteilen. Schon im Allgemeinen hat der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung prozessuale Besonderheiten zu Gunsten des Inhaftierten mit Blick auf seine besondere Verletzlichkeit und die aus dem Freiheitsentzug resultierende Beweisnot aufgestellt. Der Inhaftierte hat folglich von vorneherein nur einen Anscheinsbeweis, also einen *Prima facie*-Beweis⁵⁷¹ (Beweismass) zu erbringen, dass er im Vollzug erniedrigenden oder unmenschlichen Bedingungen ausgesetzt ist. Dieser Anscheinsbeweis verlangt dennoch ein detailliertes und konsistentes Vorbringen zu der erlittenen Behandlung.⁵⁷² Gelingt ein solcher Anscheinsbeweis, ist es fortan an der Regierung, welche Zugang zu sämtlichen relevanten Informationen zur Situation des Strafgefangenen hat, diesen Anscheinsbeweis wieder auszuräumen (Exkul-

567 EGMR (GK) – *Muršič*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 125.

568 EGMR (GK) – *Muršič*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 126.

569 EGMR (GK) – *Muršič*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 126.

570 Implizit: EGMR (GK) – *Muršič*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 125.

571 Zum *Prima facie*-Beweis vgl. auch etwa: SK-StPO/MEYER Verfahrensrecht (EMRK) Rn. 254.

572 Vgl. auch EGMR (GK) – *Muršič*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 127: Es können Beweise wie etwa schriftliche Aussagen von Mitgefangenen oder gar Fotografien beigelegt werden.

pationsbeweis).⁵⁷³ Die Beweislast⁵⁷⁴ trägt dann die Regierung: „[T]he burden of proof is shifted to the respondent Government.“⁵⁷⁵

Die spezifisch für Überbelegungssituationen konstruierte Vermutungsregelung bringt mit Blick auf die allgemeingültigen Beweisregeln für den Inhaftierten den Vorteil, dass das Vorbringen der knappen Platzverhältnisse (weniger als 3 m²) für sich alleine den Anforderungen des Anscheinsbeweises für eine Verletzung von Art. 3 EMRK genügt. Eine weitere Substantiierung zu weiteren inadäquaten Bedingungen ist in diesen Fällen nicht mehr notwendig, um die Vermutungswirkung eintreten zu lassen.

Betrachtet man die allgemeinen *Konsequenzen* eines gelungenen Anscheinsbeweises, unterscheiden sich diese nicht von der hier aufgestellten Vermutungsregel der „*strong presumption*“. Sowohl Vermutungseintritt als auch das Gelingen des allgemeinen Anscheinsbeweises führen durch die Widerlegungsmöglichkeit resp. durch die Notwendigkeit des Erbringens eines Exkulpationsbeweises zu einer Umkehr der objektiven Beweislast; die Regierung trägt das Risiko der Folgen der Beweislosigkeit. Gelingt die Widerlegung resp. der Exkulpationsbeweis nicht, kann der Gerichtshof daraus Schlüsse zu Ungunsten der Regierung ziehen. Die *konkrete Anforderung* an die Widerlegung der Vermutung und die Anforderung an einen erfolgreichen Exkulpationsbeweis scheinen sich dabei nicht voneinander zu unterscheiden. Die Regel der „*strong presumption*“, dass an die Widerlegung umso höhere Anforderungen zu stellen sind, je gravierender die Umstände sind, entspricht nämlich auch den allgemeinen Anforderungen an den Exkulpationsbeweis. Mit Blick auf die Widerlegbarkeit der Vermutung ist dem Inhaftierten in der Praxis deshalb wohl weiterhin zu raten, über das Vorbringen des Unterschreitens der 3-m²-Grenze hinaus sämtliche Rügen und Beweise zu weiteren inadäquaten Bedingungen vorzubringen, obwohl die Vermutungswirkung auch ohne diese eintreten würde. Denn je prekärer die vorgetragenen Haftumstände, desto stärker ist die Vermutung und desto höher werden die Voraussetzungen zu de-

573 EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 128: Der Gerichtshof hat sich nicht nur auf die von den Parteien vorgetragenen Beweise zu stützen. Er kann vielmehr auch weitere Quellen wie etwa Informationen anderer internationaler Institutionen (wie etwa des CPT) beziehen, wenn er zu beurteilen hat, ob Art. 3 EMRK verletzt wurde.

574 Gemeint ist immer die objektive Beweislast, d.h. das Tragen des Risikos der Folgen der Beweislosigkeit. Eine subjektive Beweislast (eine Beweisführungslast) gibt es vor dem Gerichtshof nicht, da der Gerichtshof von Amtes wegen ermittelt. Vgl. dazu SK-StPO/Meyer Verfahrensrecht (EMRK) Rn. 252.

575 EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 128.

ren Widerlegung. Alleine das Gelingen des Anscheinsbeweises nützt dem Inhaftierten nämlich wenig, wenn die Vermutung vom Staat widerlegt werden kann. Dies dürfte umso wichtiger sein, je geringer die Unterschreitung der 3-m²-Grenze im konkreten Fall ist, weil die Anforderungen an die Widerlegung der Vermutung dann umso geringer sind.

Vor dem Hintergrund der allgemeinen Regelungen zu Beweismass und Beweislast in Strafvollzugskonstellationen ist der Mehrwert der aufgestellten Vermutungsregelung in Überbelegungskonstellationen bei weniger als 3 m² Platz relativ gering. Einziger Vorteil ist, dass die Hürden für den Eintritt der Umkehr der Beweislast insofern noch einmal gesenkt wurden (Vorbringen kann sich auf die Platzverhältnisse beschränken). Da die Hürden eines Anscheinsbeweises aber ohnehin nicht hoch waren (Beweismass) und dem Inhaftierten in der Praxis mit Blick auf die Widerlegbarkeit der Vermutung dennoch geraten ist, sämtliche inadäquaten Umstände neben den prekären Platzverhältnissen vorzutragen, sind die Auswirkungen in der Praxis wohl nur von geringer Bedeutung. Es handelt sich mehr um eine Spezifizierung der allgemeinen Regelung als um eine Anpassung. Anders wäre die Situation zu beurteilen gewesen, wenn die 3 m² absolut gelten würden, die Vermutung also eine Unwiderlegbare wäre; eine Exkulpation käme dann nicht mehr in Frage, so dass der Inhaftierte sich bei seinem Vorbringen auch tatsächlich allein auf die mangelhaften Platzverhältnisse stützen könnte.

2.2 Vermutungswirkungen, Voraussetzungen an die Kompensation zur Widerlegung

Im Sinne einer Kompensation kommen im Falle der grundsätzlichen Widerlegbarkeit der starken Vermutung gemäss dem Gerichtshof Faktoren wie genügende („sufficient“) Bewegungsmöglichkeiten, adäquate („adequate“) Outdoor-Aktivitäten als auch die Unterbringung in einer insgesamt angemessenen Haftanstalt („confinement in, viewed generally, an appropriate detention facility“) in Betracht.⁵⁷⁶ Widerlegt werden kann – so der Gerichtshof – die Vermutung in der Regel („normally“) nur, wenn die genannten kompensierenden Faktoren *kumulativ* vorliegen. Zwingend ist das kumulative Vorliegen dieser Voraussetzungen folglich nicht; auch hier wird also Raum für Ausnahmen geöffnet.

576 EGMR (GK) – *Mursić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 132.

Wurden die Kompensationsfaktoren benannt, stellt sich in einem nächsten Schritt die Frage nach den Voraussetzungen an diese Faktoren. Konkret ist zu fragen, was der Gerichtshof unter „*sufficient*“, „*adequate*“ und „*appropriate*“ versteht. Das Vorliegen *genügender* Bewegungsmöglichkeiten und *adäquater* Outdoor-Aktivitäten beurteilt der Gerichtshof mit Blick auf den CPT-Standard.⁵⁷⁷ Das CPT sieht vor, dass jeder Inhaftierte täglich die Möglichkeit haben sollte, mindestens eine Stunde an der frischen Luft zu verbringen, wenn möglich mit einem genügenden Angebot an Outdoor-Aktivitäten. Zudem muss das Platzangebot an der frischen Luft ausreichen („*reasonably spacious*“) sowie Schutz vor schlechter Witterung bieten. Der Gerichtshof stellt dann ohne weitere Spezifikation fest, dass internationale Standards vorsehen, dass Gefangenen die Möglichkeit zukommen sollte, einen angemessenen Teil des Tages („*reasonable part of the day*“) ausserhalb der Zelle zu verbringen und unterschiedlichen Aktivitäten nachzugehen (Arbeit, Erholung, Bildung).⁵⁷⁸

Die Umschreibung der Anforderungen an die Kompensationskriterien „*sufficient*“ und „*adequate*“ bleibt zumindest im Urteil der Grossen Kammer *Muršić/CRO* wenig konkret. Ist im allgemeinen Sprachgebrauch bereits dem Begriff der Kompensation inhärent, dass höhere, d.h. über dem Mindeststandard liegende Umstände gewährt werden müssen, scheint dies für die Grosse Kammer zur Erzielung der Kompensationswirkungen nicht zwingend erforderlich zu sein. Schon die Gewährung der Mindeststandards in anderen Bereichen der Haftbedingungen (*genügend* Bewegungsmöglichkeiten und *adäquate* Outdoor-Aktivitäten) soll eine kompensierende Wirkung erzielen können.⁵⁷⁹ Diese tiefen Anforderungen des Gerichtshofs an die Kompensation lassen vermuten, dass der Gerichtshof der Annahme folgt, beim Unterschreiten der 3-m²-Grenze seien in der Regel auch die weiteren Haftbedingungen ungenügend resp. inadäquat, so dass er es für besonders positiv zu werten hält, wenn dies wider Erwarten nicht der Fall sein sollte.

Die weitere Voraussetzung der Unterbringung in einer insgesamt angemessenen Haftanstalt („*overall appropriateness of the detention facility*“) beurteilt der Gerichtshof vor dem Hintergrund seines eigenen Fallrechts,

577 EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urte. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 133.

578 EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urte. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 133.

579 Kritisch dazu Richter *Sajó, López Guerra* u. *Wojtyczek*, joint partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urte. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 8; Richter *Lazarova Trajkovska, de Gaetano* u. *Grozev*, joint partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urte. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 10.

insbesondere seiner bisherigen Piloturteile und des internationalen Standards.⁵⁸⁰ Die Unterbringung und die gesamten Umstände dürfen – in Anlehnung an das „*no more harm principle*“ – keine weiteren zusätzlichen erschwerenden Elemente beinhalten „*Accordingly, in addition to sufficient freedom of movement and adequate out-of-cell activities, no violation of Article 3 would be found where no other aggravating circumstance arises with regard to general conditions of an applicant’s detention.*“⁵⁸¹

Diese letzte Voraussetzung zur Widerlegung der Vermutung beinhaltet folglich von vorneherein keine kompensierenden Elemente im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs, sondern ist vielmehr als *Negativ*-Voraussetzung zu verstehen, welche die kompensierenden Faktoren flankieren soll, damit sich deren *kompensierende* Wirkung überhaupt erst entfalten kann. Auch hier gilt allerdings, dass eine Widerlegung auch beim Fehlen dieser Voraussetzung nicht zwingend ausgeschlossen ist (vgl. „*normally*“).⁵⁸²

Nach Feststellung der grundsätzlichen Widerlegbarkeit und deren Anforderungen wird nun auf mögliche Grenzen der Widerlegbarkeit eingegangen. Besondere Bedeutung kommt hier dem Element der Dauer der Behandlung zu.

2.3 Vermutungswirkung und Grenze der Widerlegbarkeit – Element der Dauer

Widerlegbar soll die Vermutung in der Regel („*normally*“) von vorneherein nur dann sein, wenn die Unterschreitung des Mindestmasses an Platz nur für eine kurze Dauer erfolgt und es sich nur um eine gelegentliche und geringe Unterschreitung der notwendigen Platzanforderungen handelt: „*only short, occasional and minor reductions in the required personal space*“⁵⁸³.

580 EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 134 m.V.z.; EGMR – *Alver*/EST, Urt. v. 08.11.2005, 64812/01, Rn. 53; EGMR – *Andrei Georgiev*/BUL, Urt. v. 26.07.2007, 61507/00, Rn. 61; EGMR – *Dolenec*/CRO, Urt. v. 26.11.2009, 25282/06, Rn. 134.

581 EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 134.

582 Zur Kritik zu diesem Kriterium vgl. auch Richter *Pinto de Albuquerque* partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 53.

583 EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 130; vgl. auch EGMR – *Fetisov* u.a./RUS, Urt. v. 17.01.2012, 43710/07 u.a., Rn. 134 ff.; EGMR – *Dmitriy Rozhin*/RUS, Urt. v. 23.10.2012, 4265/06, Rn. 52 f.; EGMR – *Vladimir Belyayev*/RUS, Urt. v. 17.10.2013, 9967/06, Rn. 33 ff.; EGMR – *Kurkowski*/POL, Urt. v. 09.04.2013, 36228/06, Rn. 66 f.

Dies deutet darauf hin, dass die Vermutung nur *beschränkt widerlegbar* sein soll, wobei der Gerichtshof sich auch hier von einer absoluten Geltung dieses Grundsatzes distanziert und wiederum Raum für Ausnahmen schafft („normally“). Die kurze Dauer für sich alleine genügt allerdings nicht, die Vermutung zu widerlegen; das zeitliche Element ist vielmehr kumulativ zu den kompensierenden Massnahmen und den insgesamt angemessenen Umständen. Das zeitliche Element enthält für sich alleine denn auch keine kompensierende Komponente.

Betreffend die Dauer der Behandlung – als wichtiger Faktor der Art. 3 EMRK-Beurteilung⁵⁸⁴ – stellen sich im Wesentlichen zwei Fragen: (1) Ab welcher Zeitdauer geht der Gerichtshof nicht mehr von einer kurzen Dauer aus und (2) wie sind zeitliche Unterbrechungen der Situation (zu wenig Platz, genügend Platz, zu wenig Platz) zu würdigen?

Keine Verletzung von Art. 3 EMRK erkannte der Gerichtshof etwa in *Kurkowski/POL*⁵⁸⁵ (4 Tage mit 2,1 m² persönlichem Platz und dann nochmals 4 Tage mit 2,6 m² Platz), in *Dmitriy Rozhin/RUS*⁵⁸⁶ (11 Tage mit 2 m² persönlichem Platz [in Disziplinarzelle]), in *Fetisov u.a./RUS*⁵⁸⁷ (19 Tage mit 2 m² persönlichem Platz) oder in *Vladimir Belyayev/RUS*⁵⁸⁸ (10 Tage mit 2,95 m² persönlichem Platz, dann zwei Tage mit 2,65 m² und noch 26 Tage mit 2,97 m²).

In *Muršić/CRO* nahm die Grosse Kammer eine relativ kurze Dauer („relatively short duration“) bei Zeitspannen von einem Tag (bei 2,62 m²), bei zwei Tagen (bei 2,62 m²), drei Tagen (bei 2,62 m² resp. 2,55 m²) und bei acht Tagen (bei 2,55 m²) an, so dass für diese Zeiträume keine Verlet-

584 Vgl. auch EGMR – *Kalashnikov/RUS*, Ur. v. 15.07.2002, 47095/99, Rn. 102: „combined with the length of the period“; EGMR – *Kebayov/BUL*, Ur. v. 18.01.2005, 41035/98, Rn. 64: „When assessing conditions of detention, account has to be taken of the cumulative effects of those conditions and the duration of the detention“; EGMR – *Novoselov/RUS*, Ur. v. 02.06.2005, 66460/01, Rn. 39; EGMR – *Alver/EST*, Ur. v. 08.11.2005, 64812/01, Rn. 50; EGMR (GK) – *Idalov/RUS*, Ur. v. 22.05.2012, Rn. 94; EGMR – *Orchowski/POL*, Ur. v. 22.10.2009, 17885/04, Rn. 121; EGMR – *Torregiani u.a./ITA*, Ur. v. 08.01.2013, 43517/09 u.a., Rn. 66; EGMR – *Ananyev u.a./RUS*, Ur. v. 10.01.2012, 42525/07 u. 60800/08, Rn. 142.

585 EGMR – *Kurkowski/POL*, Ur. v. 09.04.2013, 36228/06, Rn. 66 f.

586 EGMR – *Dmitriy Rozhin/RUS*, Ur. v. 23.10.2012, 4265/06, Rn. 49 ff., 52 f.: Bezüglich des direkt vorangehenden Zeitraums von rund 4,5 Monaten, in welchem dem Inhaftierten zwischen 1,1 m² und 2 m² zur Verfügung standen, erkannte der Gerichtshof demgegenüber einen Verstoss gegen Art. 3 EMRK.

587 EGMR – *Fetisov u.a./RUS*, Ur. v. 17.01.2012, 43710/07 u.a., Rn. 134 ff.

588 EGMR – *Vladimir Belyayev/RUS*, Ur. v. 17.10.2013, 9967/06, Rn. 33 ff.

zung von Art. 3 EMRK festgestellt wurde.⁵⁸⁹ Anders wurde dies bei einer Zeitspanne von 27 Tagen (bei 2,62 m²) beurteilt. Diese erfüllte für den Gerichtshof die Anforderungen einer kurzen, geringfügigen Unterschreitung („*short and minor reduction*“) nicht mehr, so dass eine Widerlegung der Vermutung durch kompensierende Faktoren nicht mehr in Frage kam und für diesen Zeitraum eine Verletzung von Art. 3 EMRK festgestellt wurde.⁵⁹⁰

Sind die Kriterien der kurzen und geringfügigen Unterschreitung als kumulative Voraussetzungen zu verstehen („*short and minor reduction*“), macht der Gerichtshof dennoch ihre Definition vom jeweils anderen Kriterium abhängig, so dass „*short*“ und „*minor*“ immer im Lichte des jeweils anderen Kriteriums zu beurteilen sind. Je schwerwiegender die Unterschreitung der 3 m², desto schneller ist nicht mehr von einer kurzen Dauer der Behandlung auszugehen. Mit Blick auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs scheint die Grenze zwischen einer kurzen und einer langen Dauer, immer relativ zur Schwere der Unterschreitung, bei etwa einem Monat zu liegen (vgl. 27 Tage bei *Mursić/CRO*).

Die Analyse der Rechtsprechung des Gerichtshofs zeigt weiter, dass der persönliche Platz, welcher dem betroffenen Inhaftierten zusteht, häufigen Schwankungen unterliegt.⁵⁹¹ Diese können auf Verlegungen in andere Zellen oder andere Haftanstalten oder auf wechselnde Zellenbelegung zurückzuführen sein (der Betroffene verbleibt in derselben Zelle, diese teilt er aber mit unterschiedlich vielen Inhaftierten).⁵⁹² Letzteres dürfte in der Praxis wohl häufiger der Fall sein. Diese Schwankungen veranlassen den Gerichtshof, die einzelnen Zeitspannen zumindest in Bezug auf ihre Dauer separat voneinander zu prüfen.⁵⁹³

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das zeitliche Element der Widerlegbarkeit der Vermutung Grenzen setzt. Wird der persönliche Platz von 3 m² (Auslösung für die Vermutung) für eine nicht bloss kurze Dauer unterschritten, kommen kompensierende Massnahmen zur Widerlegung der Vermutung von vorneherein nicht mehr in Betracht, so dass die Verletzung von Art. 3 EMRK zwingend direkt festzustellen ist. Die Beurteilung,

589 EGMR (GK) – *Mursić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 149 f.

590 EGMR (GK) – *Mursić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 151 ff.

591 Vgl. etwa EGMR (GK) – *Mursić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 146; EGMR – *Vladimir Belyayev/RUS*, Urt. v. 17.10.2013, 9967/06, Rn. 33 ff.

592 Gerade Überbelegungssituationen können dazu führen, dass es zu organisationsbedingten Verlegungen kommt, um die vorhandenen Kapazitäten optimal auszunutzen. Vgl. dazu auch DEVRESSE, *Droit et Société* 2013, 339 (351).

593 EGMR (GK) – *Mursić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 149.

ob eine kurze Dauer vorliegt, erfolgt mit Blick auf die Schwere der Unterschreitung der 3-m²-Grenze und ist insofern relativ. Die Rechtsprechungsanalyse lässt vermuten, dass ab ca. einem Monat nicht mehr von einer kurzen Behandlung auszugehen ist.

2.4 Prüfungsmethodisches Vorgehen des Gerichtshofs und Auswirkungen auf den Grundrechtsschutz

Der Gerichtshof betont in prüfungsmethodischer Hinsicht die *Relativität* des Massstabes und nimmt eine Gesamtbetrachtung der Umstände vor.⁵⁹⁴ Diese Gesamtbetrachtung manifestiert sich wie aufgezeigt entweder in der *Kumulation* aggravierender Umstände oder aber bei Eintritt der Vermutungswirkung in der *Kompensationsmöglichkeit*. In demselben Fall können auch gleichzeitig Kumulations- und Kompensationselemente vorliegen; komplexe Gewichtungsfragen sind die Folge. Dieses prüfungsmethodische Vorgehen der Gesamtbetrachtung wird im Folgenden mit Blick auf seine Menschenrechtswirkung und insbesondere betreffend Schutzniveau kritisch analysiert, wobei die Kumulationswirkung und die Kompensationswirkung separat voneinander zu beurteilen sind.

a Kumulation und Menschenrechtsschutz

Treffen mehrere ungenügende materielle Haftbedingungen aufeinander, kommt es zu einer Kumulation im Sinne einer Addition der negativen Umstände.⁵⁹⁵ Wäre ein einzelner dieser Umstände für sich alleine so schwer, dass er als solcher schon als Verstoß gegen Art. 3 EMRK anzuse-

594 Der EGMR nimmt nicht nur bei Art. 3 EMRK und in Bezug auf Haftbedingungen eine Gesamtbetrachtung vor. Ein solches Vorgehen findet sich auch etwa bei der Art. 6 EMRK-Prüfung „*overall fairness*“. Vgl. dazu SK-StPO/MEYER Art. 6 EMRK Rn. 32; EGMR (GK) – *Ibrahim* u.a./GBR, Urt. v. 13.09.2016, 50541/08 u.a., Rn. 274: Faktoren welche bei der Gesamtbewertung der Fairness i.S.v. Art. 6 EMRK berücksichtigt werden können; EGMR (GK) – *Schatschaschwili*/GER, Urt. v. 15.12.2015, 9154/10, Rn. 113: Möglichkeit zur Abweichung von der Prüfungsreihenfolge aufgrund der „*overall fairness*“.

595 Zur Belastungskumulation im völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz vgl. auch RUSCHEMEIER S. 230 ff.; zu kumulierenden Haftbedingungen auch BRADE S. 43 ff. m.V.z. Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts etwa betr. Wechselwirkungen von besonderen Sicherungsvorkehrungen; zur Dogmatik kumulierender Belastungen ausf.: KROMREY I. S. 105.

hen ist, ändert die Kumulation nichts am Ausgang des Verfahrens. Würden hingegen die einzelnen berücksichtigten Umstände für sich alleine noch nicht so gravierend sein, dass sie eine Menschenrechtsverletzung bilden würden, ist die Möglichkeit der Kumulation entscheidend für den Ausgang des Verfahrens; erst durch diese ist die Verletzung von Art. 3 EMRK festzustellen. Argumentiert wird damit, dass erst durch die Gesamtbetrachtung, d.h. durch die Berücksichtigung sämtlicher Haftumstände, die *Wirkungen* des Vollzugs auf den Betroffenen angemessen beurteilt werden können.⁵⁹⁶

Statuieren Menschenrechte in unterschiedlichen Dimensionen Ansprüche des Individuums gegenüber dem Konventionsstaat (Freiheitsrechte, Schutzrechte, Leistungsrechte) und sind die Individuen ihrerseits demgegenüber nie Menschenrechtsverpflichtete⁵⁹⁷ (keine Ansprüche des Staates gegenüber dem Individuum aufgrund eines Menschenrechts), führt dies dazu, dass die Berücksichtigung der kumulierenden Wirkung einzelner Haftumstände den Konventionsstaat vermehrt in die Pflicht nimmt. Mit Blick auf die Schutzrichtung des Art. 3 EMRK ist die Berücksichtigung kumulierender Elemente geradezu geboten. Im Ergebnis führen sie zu einem erhöhten Schutzniveau.

b Kompensation und Menschenrechtsschutz

Ist der Strafvollzug aber einerseits durch ungenügende Bedingungen geprägt und liegen andererseits in anderen Bereichen der Haft genügende Bedingungen vor bzw. gehen einzelne Kriterien sogar über das erforderliche Mass hinaus, führt die Gesamtbetrachtung i.S.e. *Neutralisierungswirkung* zu Kompensationsmöglichkeiten. Diese manifestieren sich darin, dass die Unterschreitung der Platzanforderungen i.d.R. bloss die Vermutung einer Verletzung von Art. 3 EMRK auslöst, welche durch kompensierende Massnahmen widerlegt werden kann. Der Relativierungsaspekt der Gesamtbetrachtung führt mit anderen Worten dazu, dass beim Vorliegen von Kompensationsmöglichkeiten die Konformität mit Art. 3 EMRK festgestellt werden muss, während ohne diese für sich alleine betrachtet von

596 EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 123; vgl. auch Richter *Pinto de Albuquerque* partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 49 f.

597 Zur Partei- und Prozessfähigkeit und zur Grundrechtsberechtigung vgl. auch SK-StPO/MEYER Verfahrensrecht (EMRK) Rn. 32 ff.

einer Verletzung von Art. 3 EMRK auszugehen wäre. Bei der Anwendung der Kompensationskriterien als Teilaspekt der Gesamtbetrachtung wird – wie schon bei den kumulierenden Wirkungen – argumentiert, dass nur die Berücksichtigung aller Aspekte die Beurteilung der Wirkungen auf den Einzelnen zulassen würde.⁵⁹⁸ Gegen die Beurteilung nur eines einzelnen Kriteriums ohne Berücksichtigung des Gesamtkontextes wird vorgetragen, dass ein starrer Standard zu kurz greifen würde und mithin zu einer zu formalistischen Herangehensweise führen würde, welche darüber hinaus auch den Grundprinzipien des Fallrechts des Gerichtshofs widerspräche.⁵⁹⁹

Die Bedeutung der einzelnen Haftumstände wird durch die Berücksichtigung derer Wechselwirkungen gleichwohl insgesamt abgeschwächt. Kompensationsmöglichkeiten können deshalb die Gefahr der Senkung des menschenrechtlichen Schutzniveaus beinhalten, weil sie den Standard der einzelnen Kriterien aufweichen. Dies würde der Schutzrichtung von Art. 3 EMRK zuwiderlaufen. Sieht man in der Kompensationsmöglichkeit aber einen Anreiz für den Konventionsstaat, ungenügende Bedingungen zumindest durch alternative Massnahmen auszugleichen, könnte die Kompensationsmöglichkeit auch dahingehend interpretiert werden, dass sie dem Inhaftierten zugute kommt. Dies gilt zumindest solange, als sich der Staat durch die Kompensationsmöglichkeit nicht davon entbunden sieht, auch der Nichterfüllung des Kriteriums selbst abzuweichen.

Insbesondere mit Blick auf den absoluten Charakter von Art. 3 EMRK stellt sich die grundsätzliche Frage der Zulässigkeit von Kompensationsmöglichkeiten, wie sie vom Gerichtshof vorgesehen sind. Wie ausgeführt, ist aufgrund der absoluten Natur von Art. 3 EMRK bei einem Eingriff in den Schutzbereich die Grundrechtsverletzung festzustellen; eine Rechtfertigung kommt aufgrund des Anwendbarkeitskriteriums nicht in Betracht. Bei der Schutzbereichsbestimmung dürfen jedoch *relative* Kriterien berücksichtigt werden, sofern sie sich auf den Grad des erlittenen Leidens bzw. die Schwere der zugefügten Behandlung auswirken. Die Kompensationsprüfung, wie sie vom EGMR durchgeführt wird, erfolgt *formell* auf der Ebene der Schutzbereichsprüfung, weshalb dies hinsichtlich des Anwendbarkeitskriteriums von vorneherein unproblematisch scheint. Es

598 EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 123 ff.: „[...] only a comprehensive approach to the particular conditions of detention can provide an accurate picture of the *reality* for detainees.“

599 Im Kontext der Überbelegung und eines absoluten Anspruchs auf eine Mindestfläche an persönlichen Platz: EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 85 (Vorbringen der Regierung Kroatiens).

stellt sich hier jedoch die Frage, ob unter dem Deckmantel der Ermittlung des notwendigen Mindestmasses an Schwere die Essenz des Anwendbarkeitskriteriums unterwandert wird, ob also das Zulassen von Kompensationsmöglichkeiten *materiell* einer Rechtfertigungsprüfung gleichkommt. Dies ist vorliegend zu verneinen, werden doch bei den kompensierenden Elementen keine Argumente der Regierung berücksichtigt, welche die ungenügende Bedingung *rechtfertigen* sollen, sondern vielmehr Umstände, welche diesen prekären Umstand *ausgleichen* sollen. Die berücksichtigten Kriterien wirken sich somit auf den Grad des erlittenen Leidens aus, weshalb sie auch bei absoluten Rechten berücksichtigt werden sollen.

Mit Blick auf das Spezifitätskriterium absoluter Rechte, welches auf die besondere Bedeutung eines konkreten Massstabes vorbehaltloser Rechte hinweist, ist gleichwohl festzuhalten, dass die Berücksichtigung von nicht näher definierten Kompensationselementen als Variablen bei der Schutzbereichsbestimmung zu einer Variabilität des Ergebnisses führt, welche eine gewisse Rechtsunsicherheit zur Folge hat, da nicht mehr von vorneherein klar ist, was denn nun durch Art. 3 EMRK absolut gewährleistet ist. Das prüfungsmethodische Vorgehen ist deshalb nicht unproblematisch, weshalb Kompensationsmechanismen schon deshalb nur restriktiv angewandt werden sollten. Gleichwohl muss auch erkannt werden, dass durch das Vorsehen von Kompensationsmechanismen auch Raum für die Einzelfallprüfung und eine Weiterentwicklung des Standards geschaffen wird.

3. Dogmatische Einordnung der Überbelegung durch den EGMR

Während der Schwerpunkt der bisherigen Analyse darauf lag, den materiellen Kern des EGMR-Standards im Lichte von Art. 3 EMRK als solchem und das vom EGMR angewandte Prüfprogramm zu eruiieren, wird in einem zweiten Schritt der Blick auf die dogmatische Einordnung der Überbelegung innerhalb von Art. 3 EMRK (zu den Begriffsmerkmalen der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung im Allgemeinen vgl. Teil 2 Kap. 3 II. 1.) sowie auf die Kriterien des Gerichtshofs bei der Standardbildung gerichtet.

3.1 Überbelegung – unmenschlich oder erniedrigend?

Im Piloturteil *Ananyev u.a./RUS* führte der Gerichtshof im Allgemeinen in Übereinstimmung mit den Begriffsmerkmalen der unmenschlichen resp.

der erniedrigenden Behandlung zunächst aus, dass das notwendige Mindestmass an Schwere in der Regel mit einer tatsächlichen Körperverletzung oder mit schwerem körperlichem oder geistigem Leiden verbunden sei.⁶⁰⁰ Selbst wenn dies jedoch nicht der Fall sei, könne eine Behandlung, welche eine Person herabsetze oder entwürdigte, einen Mangel an Respekt für ihre Menschenwürde zeige oder Gefühle der Angst oder Minderwertigkeit wecke, welche geeignet seien, den moralischen oder körperlichen Widerstand einer Person zu brechen, als erniedrigend i.S.v. Art. 3 EMRK bezeichnet werden.⁶⁰¹ Der Staat habe aufgrund von Art. 3 EMRK sicherzustellen, dass die Haftbedingungen mit der *Menschenwürde* vereinbar sind, dass die Art und Weise und die Methode der Durchführung den Betroffenen nicht einer Belastung oder Härte aussetzen, die *über das unvermeidbare Mass an Leiden*, welches mit der Haft verbunden ist, hinausgehen und dass die Gesundheit und das Wohlergehen angesichts der praktischen Anforderungen an die Haft angemessen gesichert sind.⁶⁰²

Die Nichterfüllung einer der drei kumulativen Voraussetzungen des *Ananyev*-Tests habe die starke Vermutung einer *erniedrigten* Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK zur Folge.⁶⁰³ Die Haftumstände im konkreten Fall qualifizierte der EGMR schliesslich, ohne die betreffenden Begriffsmerkmale noch einmal im Einzelnen aufzugreifen, als unmenschlich *und* erniedrigend i.S.v. Art. 3 EMRK.⁶⁰⁴

Im Urteil *Muršić*/CRO wiederholte der Gerichtshof die bereits in *Ananyev* u.a./RUS ausgeführten allgemeinen theoretischen Grundsätze zum erforderlichen Mindestmass an Schwere. Das Verbot der Folter, der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung sei ein zivilisatorischer Wert, welcher eng mit der Achtung der *Menschenwürde* verbunden sei.⁶⁰⁵ Im Zusammenhang mit dem Freiheitsentzug müsse der Staat sicherstellen, dass die Haftbedingungen die Menschenwürde wahren, dass die Art und Weise und die Methode der Durchführung den Beschwerdeführer nicht einer Härte aussetzen, welche das unvermeidbare Mass übersteigt, und dass angesichts der praktischen Anforderungen der Inhaftierung die Gesundheit und das Wohlergehen angemessen gesichert seien.⁶⁰⁶ Es sei zwar zu

600 EGMR – *Ananyev* u.a./RUS, Urt. v. 10.01.2012, 42525/07 u. 60800/08, Rn. 140.

601 EGMR – *Ananyev* u.a./RUS, Urt. v. 10.01.2012, 42525/07 u. 60800/08, Rn. 140.

602 EGMR – *Ananyev* u.a./RUS, Urt. v. 10.01.2012, 42525/07 u. 60800/08, Rn. 141.

603 EGMR – *Ananyev* u.a./RUS, Urt. v. 10.01.2012, 42525/07 u. 60800/08, Rn. 147.

604 EGMR – *Ananyev* u.a./RUS, Urt. v. 10.01.2012, 42525/07 u. 60800/08, Rn. 166.

605 EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 98; vgl. so auch schon EGMR (GK) – *Bouyid*/BEL, Urt. v. 28.09.2015, 23380/09, Rn. 81.

606 EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 99.

berücksichtigen, ob der Konventionsstaat mit oder ohne Absicht gehandelt habe, einen Inhaftierten durch die schlechte Behandlung herabzusetzen oder zu entwürdigen, gleichwohl sei eine entsprechende Absicht für die Feststellung eines Verstosses gegen Art. 3 EMRK keine zwingende Voraussetzung.⁶⁰⁷

Bei der folgenden systematischen Aufarbeitung seiner bisherigen Rechtsprechung greift der Gerichtshof zwar seine bisherigen unterschiedlichen Rechtsprechungslinien auf, sein Fokus liegt dabei allerdings beim zu gewährleistenden Mindeststandard im Lichte des Art. 3 EMRK als solchem resp. beim konkret anzuwendenden Prüfprogramm.⁶⁰⁸ Eine eingehende Auseinandersetzung damit, ob in der Vergangenheit die Überbelegungssituation an den Kriterien einer unmenschlichen oder aber einer erniedrigenden Behandlung geprüft wurde, fand durch den Gerichtshof nicht statt. Vielmehr scheint der Gerichtshof, ausgehend vom *Ananyev*-Test, von vorneherein die *Erniedrigung* ins Zentrum seiner Menschenrechtsprüfung zu rücken.⁶⁰⁹ Gleichwohl nimmt er aber bei seinen Ausführungen bisweilen sowohl auf Begriffsmerkmale der unmenschlichen als auch der erniedrigenden Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK Bezug.⁶¹⁰

Durchleuchtet man die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs, so wird klar, dass die Einordnung durch den Gerichtshof zur unmenschlichen resp. zur erniedrigenden Behandlung weder vor noch nach dem Urteil *Ananyev* u.a./RUS immer eindeutig ist.⁶¹¹ Der Gerichtshof qualifizierte zwar in zahlreichen Fällen – mit mal mehr, mal weniger ausführlichen Subsumtionen – Überbelegungssituationen im Ergebnis eindeutig als eine *erniedrigende* Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK,⁶¹² in einer Reihe

607 EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 100; vgl. unter vielen auch schon: EGMR – *Peers*/GRE, Urt. v. 19.04.2001, 28524/95, Rn. 74.

608 EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 116 ff.

609 EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 119, 128: „Once a credible and reasonably detailed description of the allegedly degrading conditions of detention, constituting a prima facie case of ill-treatment, has been made, the burden of proof is shifted to the respondent Government [...]“

610 EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 131: „[...] the Court has already held that, while the length of a detention period may be a relevant factor in assessing the *gravity of suffering* or *humiliation* caused to a detainee by the inadequate conditions of his or her detention [...]“

611 Vgl. auch SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 49; MORGENSTERN StV 2016, 395 (397, Fn. 34): Es komme dem Gerichtshof mehr auf die „Wesentlichkeitsschwelle“ an.

612 Vgl. unter vielen EGMR – *Varga* u.a./HUN, Urt. v. 10.03.2015, 14097/12 u.a., Rn. 89 ff.; EGMR – *Lin*/GRE, Urt. v. 06.11.2012, 58158/10, Rn. 53 f., 56;

von anderen Fällen stellte der Gerichtshof beim Unterschreiten des Mindestmasses an persönlichem Platz aber ohne nähere dahingehende Begründung auch immer wieder eine Verletzung von Art. 3 EMRK als solche⁶¹³ oder eine unmenschliche *und* erniedrigende Behandlung⁶¹⁴ fest. Die Feststellung sowohl einer unmenschlichen als auch einer erniedrigenden Behandlung kann zwar grundsätzlich Folge dessen sein, dass aufgrund der Gesamtbetrachtung bisweilen ganz unterschiedliche Eingriffe zusammen beurteilt werden. Es zeigt sich aber, dass die Gesamtbetrachtung nicht immer Ursache für die Feststellung sowohl einer unmenschlichen als auch einer erniedrigenden Behandlung ist. Vielmehr wird tatsächlich die Überbelegungssituation als solche als unmenschlich *und* erniedrigend i.S.v. Art. 3 EMRK qualifiziert.⁶¹⁵

Im Fall *Muršić/CRO* stellte der Gerichtshof vor diesem Hintergrund fest, dass eine 27-tägige Unterbringung mit 2,62 m² persönlichem Platz dem Beschwerdeführer eine Härte ausgesetzt hätte, welche über das unvermeidliche Mass an Leiden, das mit der Haft verbunden sei, hinausgehe und somit eine *erniedrigende* Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK vorliege.⁶¹⁶ Für weitere kürzere Zeitspannen der Unterbringung mit weniger als 3 m² Platz stellte der Gerichtshof fest, dass andere Haftumstände wie

EGMR – *Nieciecki/GRE*, Urt. v. 04.12.2012, 11677/11, Rn. 49 ff.; EGMR – *Shishkov/RUS*, Urt. v. 20.02.2014, 26746/05, Rn. 93; EGMR – *Karalevicius/LTU*, Urt. v. 07.04.2005, 53254/99, Rn. 36 ff.; in diesem Sinne vgl. auch SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 49: Die massive Überbelegung gehöre eindeutig zu den *erniedrigenden* Behandlungen.

613 Vgl. bspw. EGMR – *Torreggiani u.a./ITA*, Urt. v. 08.01.2013, 43517/09, Rn. 79; EGMR – *Orchowski/POL*, Urt. v. 22.10.2009, 17885/04, Rn. 135.

614 Vgl. unter vielen EGMR – *Neshkov u.a./BUL*, Urt. v. 27.01.2015, 36925/10 u.a., Rn. 247, 253; EGMR – *Trepashkin/RUS* (Nr. 2), Urt. v. 16.12.2010, 14248/05, Rn. 103 ff.; EGMR – *Ivakhnenko/RUS*, Urt. v. 04.04.2013, 12622/04, Rn. 36; EGMR – *Ayanov/RUS*, Urt. v. 09.10.2012, 25462/09, Rn. 43; EGMR – *Suldin/RUS*, Urt. v. 16.10.2014, 20077/04, Rn. 46.

615 Vgl. etwa EGMR – *Suldin/RUS*, Urt. v. 16.10.2014, 20077/04, Rn. 45: Der Gerichtshof prüft die übrigen Haftbedingungen nämlich kumulierend zur Überbelegung (und nicht für sich alleine genommen) an den Kriterien der Erniedrigung. Die Überbelegung scheint für die Erniedrigung damit massgebend zu sein. Stellt der Gerichtshof dann im Ergebnis zusätzlich eine unmenschliche Behandlung fest – ohne auch diese Begriffsmerkmale bei den übrigen Haftbedingungen thematisiert zu haben – kann der Gerichtshof *e contrario* nur aufgrund der Überbelegung auch zu diesem Schluss gelangt sein. Eine effektive Subsumtion unter die Begriffsmerkmale der *unmenschlichen* Behandlung nahm der Gerichtshof dazu allerdings nicht vor.

616 EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 153.

genügende Bewegungsmöglichkeiten als erheblich *erleichternde* Faktoren zu berücksichtigen seien und der Beschwerdeführer in einer insgesamt angemessenen Haftanstalt untergebracht gewesen sei, weshalb die strenge Vermutung eines Verstosses gegen Art. 3 EMRK widerlegt worden sei.⁶¹⁷ Das Mindestmass an Schwere für eine unmenschliche *oder* erniedrigende Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK sei damit trotz der nicht gänzlich adäquaten Platzverhältnisse nicht erreicht, weshalb der Gerichtshof zusammenfassend feststellte, dass in diesen Perioden *keine erniedrigende* Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK vorliege.⁶¹⁸

Zusammenfassend konzentriert sich der Gerichtshof vornehmlich auf die Frage, ob das Mindestmass an Schwere i.S.v. Art. 3 EMRK als solches erreicht sei. Die dogmatische Einordnung der Überbelegung zu einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK tritt in der Strassburger Rechtsprechung in den Hintergrund. Tendenziell scheint der Gerichtshof Überbelegungssituationen allerdings den *erniedrigenden* Behandlungen i.S.v. Art. 3 EMRK zuzuordnen.

Prima vista scheint die Frage, ob nun ein Konventionsverstoss vorliegt oder nicht, auch bedeutender zu sein als die Frage, ob es sich *in concreto* um eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung handelt. Diesbezügliche Unklarheiten sind aber nicht unproblematisch, setzt die Bestimmung des Mindestmasses an Schwere i.S.v. Art. 3 EMRK doch gerade Kenntnis über die Voraussetzungen voraus, anhand welcher man diese Mindestschwelle bemisst, selbst wenn dies sowohl für die unmenschliche als auch die erniedrigende Behandlung zu prüfen ist. Diese Voraussetzungen sind bei der unmenschlichen resp. erniedrigenden Behandlung aufgrund ihrer unterschiedlichen Art der Einwirkung auf den Betroffenen nämlich je andere. Mit anderen Worten muss erst klar sein, ob man die Voraussetzungen einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK prüft, um dann nach einer Subsumtion der konkreten Fakten im Einzelfall unter die entsprechenden Voraussetzungen zum Schluss zu gelangen, ob die je spezifischen Voraussetzungen der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung im konkreten Fall vorliegen oder nicht. Nur auf diese Weise lässt sich die Frage beantworten, ob das erforderliche Mindestmass an Schwere i.S.d. konkret zu prüfenden Tatbestandes erreicht ist oder nicht. Darüber hinaus sollte die konkrete Qualifikation als unmenschliche resp. erniedrigende Behandlung auch dem

617 EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 163 ff.

618 EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 170 f.

Konventionsstaat Klarheit darüber vermitteln, welcher Unrechtsgehalt in dem ihm vorgeworfenen Verhalten erkannt wird.

3.2 Kriterien der Standardbildung

Führt das Unterschreiten der 3 m² zur Vermutung einer *erniedrigenden Behandlung* i.S.v. Art. 3 EMRK, nimmt der Gerichtshof mit Blick auf die allgemeinen Begriffsmerkmale einer Erniedrigung mit anderen Worten an, dass das Unterschreiten von 3 m² persönlichem Platz i.d.R. beim Betroffenen in menschenwürderelevanter Hinsicht zu einem Demütigungsmoment führt und Gefühle der Angst, Furcht oder Unterlegenheit hervorgehoben werden bzw. der Betroffene in unzulässiger Weise herabgesetzt und sein physischer und psychischer Widerstand gebrochen wird. Wie auch bei anderen Fallgruppen verlangt der Gerichtshof aber gerade *keinen Nachweis der konkreten Auswirkungen* auf den Betroffenen. Vielmehr orientiert er sich bei der Definition dessen, was als eine *Erniedrigung* im Kontext von Überbelegungssituationen zu verstehen ist, an der Auslegungsdirektive des „*no more harm principle*“. Aufgrund von deren geringem Beschränkungspotential prüft der Gerichtshof allerdings nicht tatsächlich, ob die Haftbedingungen *de facto* verbessert werden könnten, sondern nimmt vielmehr eine eigens für Haftsituationen kreierte Zumutbarkeitsprüfung⁶¹⁹ vor. Der Gerichtshof stellt sich folglich implizit die Frage, ob die konkreten Haftbedingungen unter Berücksichtigung sämtlicher relativer Kriterien gegenüber dem Beschwerdeführer im konkreten Fall zu verantworten waren oder nicht.⁶²⁰ Verneint der Gerichtshof dies, stellt er – wiederum das „*no more harm principle*“ aufgreifend – fest, dass die Haftumstände über das Mass an Leiden hinaus gingen, welches dem Freiheitsentzug als solchem inhärent ist, womit eine erniedrigende Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK vorliegt.⁶²¹

619 Vgl. auch Dörr/Grote/Marauhn/BANK Kap. 11 Rn. 22.

620 Es handelt sich dabei folglich nicht um eine Zumutbarkeitsprüfung, wie sie bei Abwehrrechten bei der Verhältnismässigkeitsprüfung i.e.S. durchgeführt wird. Es erfolgt hier nämlich keine Abwägung zwischen privaten und öffentlichen Interessen.

621 EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 153: „[...] the conditions of the applicant’s detention subjected him to hardship going beyond the unavoidable level of suffering inherent in detention and thus amounting to degrading treatment prohibited by Article 3 of the Convention.“

Ausgangspunkt dieser Zumutbarkeitsprüfung sind die in *Ananyev* u.a./RUS festgelegten Kriterien (3 m² persönlicher Platz, individueller Schlafplatz, freie Bewegungsmöglichkeit zwischen den Einrichtungsgegenständen). Den Erwägungen des Gerichtshofs ist dabei nicht ausdrücklich zu entnehmen, ob diese Kriterien auf normativen oder faktischen Schlussfolgerungen beruhen. Eine eigene empirische, wissenschaftliche Untermauerung dieser Kriterien erfolgt jedenfalls nicht; sie scheinen vielmehr einer von der Menschenwürde her gedachten, normativ wertenden Beurteilung zu entspringen, welche ihrerseits aber soziomedizinische Überlegungen aufgreift. Ein ähnliches Bild zeigt sich auch bei den Voraussetzungen für die Widerlegung der Vermutung. Die kompensierenden Elemente basieren auf der Annahme soziomedizinischer Erleichterungs- resp. Erholungseffekte, ohne dass aber der Fokus auf wissenschaftlich belegte, *kausale* Effekte gelegt würde. Ob eine Kompensation, welche geeignet ist, die Vermutung zu widerlegen, vorliegt oder nicht, ist letztlich wiederum Ergebnis einer von der Menschenwürde her gedachten, normativ wertenden Betrachtung. Mit anderen Worten scheint der Gerichtshof soziomedizinischen Elementen mit Blick auf die Achtung der Menschenwürde einen gewissen normativen Wert in der Gesamtbetrachtung zuzuschreiben. Die soziomedizinische Annahme einer Belastung resp. der Erleichterungs- resp. Erholungswirkung ist damit lediglich, aber immerhin, Fundament der normativen Gesamtbewertung.

Zusammenfassend hat der Gerichtshof einen für Überbelegungssituationen spezifischen Prüfungsmechanismus kreiert, welcher im Ergebnis zu einer an der Menschenwürde orientierten, normativ geprägten Zumutbarkeitsprüfung geführt hat, welche ihrerseits zumindest teilweise auf soziomedizinischen Schlussfolgerungen beruht. Die *allgemeinen Begriffsmerkmale* der erniedrigenden Behandlung rücken bei dieser Zumutbarkeitsprüfung in den Hintergrund, was auch zur dogmatischen Unschärfe des Gerichtshofs bei der Zuordnung von Überbelegungssituationen zur unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung geführt haben dürfte. Das hier ausgemachte spezifische Prüfprogramm für Überbelegungssituationen und die vom Gerichtshof angewandten Kriterien dürfen allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass auf ihrer Basis letztlich eine normative Bewertung einer Situation an den je spezifischen Gehalten der erniedrigenden oder aber der unmenschlichen Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK erfolgt. Grundvoraussetzung auch dieses spezifischen Prüfprogramms ist folglich Kenntnis über die Voraussetzungen, anhand welcher man die normative Bewertung bei der „Zumutbarkeitsprüfung“ vornimmt. Eine Verselbstän-

digung der Prüfung, losgelöst von den Kriterien einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung, ist ausgeschlossen.

4. Notwendigkeit einer revidierten Prüfungsmethodik? – Ein Lösungsvorschlag

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen wird ein eigener Vorschlag gemacht, wie und anhand welcher Kriterien Überbelegungssituationen im Lichte des Art. 3 EMRK zu prüfen sind. Die Überbelegung ist aufgrund ihrer Einwirkungsweise, welche in der Regel den Demütigungsmoment in den Vordergrund rückt und einen besonders engen Konnex zur Menschenwürde aufweist, in der Regel anhand des Massstabs einer *erniedrigenden* Behandlung zu prüfen. Auch in diesem Vorschlag soll einem normativen Ansatz gefolgt werden, welcher soziomedizinische Faktoren bei seiner Bewertung aufgreift, ohne dass aber ein Nachweis der Auswirkungen auf den Einzelnen im konkreten Fall gefordert würde. In diesem Sinne wird grundsätzlich dem Gerichtshof gefolgt. Werden ausnahmsweise vom Beschwerdeführer konkrete und erhebliche, erlittene seelische und körperliche Qualen vorgebracht, ist die Feststellung (auch) einer unmenschlichen Behandlung keineswegs ausgeschlossen. Eine entsprechende Prüfung und Begründung der Voraussetzungen der unmenschlichen Behandlung hätten dann allerdings zwingend zu erfolgen.

Weil die Prüfungsmethodik der Gesamtbetrachtung des Gerichtshofs mit Blick auf den Menschenrechtsschutz nicht unproblematisch ist, wird hier eine leicht modifizierte bzw. ergänzte Prüfungsmethodik vorgeschlagen, welche sich aus den einzelnen Elementen der Vorgehensweise des Gerichtshofs zusammensetzt. Ziel dieser Modifikation ist, der Aufweichung der Standards bei den Haftbedingungen entgegenzutreten, ohne dabei einer Weiterentwicklung des Standards im Wege zu stehen. Mit anderen Worten soll der Standard in der Weise festgelegt werden, dass ganz im Sinn des Spezifitätskriteriums eine Konkretisierung des Standards stattfindet, womit es zu einer grösseren Rechtssicherheit kommt.

In Anerkennung der Wechselwirkungen zwischen den einzelnen Haftumständen wird in einem ersten Schritt an einer Gesamtbetrachtung festgehalten. Der Einbezug kumulierender und kompensierender Elemente führt zu einem umfassenden Bewertungsgegenstand, womit aus normativ wertender Sicht schliesslich Aussagen über eine Gesamtbelastung getroffen werden können. Bezüglich der kumulierenden Elemente soll weiter wie bisher verfahren werden, birgt dieses Vorgehen hinsichtlich des Schutzni-

veaus des Art. 3 EMRK doch keinerlei Risiko. Auch die kompensierenden Elemente sollen nicht ausser Acht gelassen werden, so dass am Vermutungsmodell des Gerichtshofs festgehalten wird. Dieses ist aber insoweit zu modifizieren, dass die Kompensation von vorneherein nur für eine genau bestimmte Unterschreitung des Massstabes möglich sein soll, der Widerlegbarkeit der Vermutung also in einem zweiten Schritt eine Grenze gesetzt wird. Der relative Massstab, bei welchem Kompensationen möglich sind, ist also durch einen auch in numerischer Hinsicht absoluten Massstab zu ergänzen (im Sinne eines absoluten Kerns der Garantie). Wo diese Grenze liegt, ist mit Blick auf die Kriterien der erniedrigenden Behandlung festzulegen. Es stellt sich die Frage, welcher Platz aufgrund normativ wertender Überlegungen trotz hypothetisch maximal vorliegender Kompensation und bei minimaler Dauer niemals unterschritten werden darf, weil damit in jedem Fall zwingend eine Herabsetzung und Geringschätzung des Betroffenen in seiner Person erfolgen würde, welche das Mindestmass an Schwere automatisch erreicht. Abweichungen von diesem absoluten Kern sollen keinesfalls mehr möglich sein (im Unterschied zum EGMR „normally“⁶²²). Weitere absolute Untergrenzen sollen mit Blick auf die Menschenwürde darüber hinaus weiterhin das zweite und das dritte Kriterium des *Ananyev*-Tests bleiben, dass also dem Inhaftierten ein eigener Schlafplatz und freie Bewegungsmöglichkeit zwischen den Einrichtungsgegenständen zugestanden werden muss. Letzteres wäre etwa dadurch sicherzustellen, dass beim Mindeststandard des persönlichen Platzes jener Platz, der von Einrichtungsgegenständen belegt wird, abgezogen wird – wie dies jetzt schon für die sanitären Anlagen der Fall ist.⁶²³

Weiter soll nur dann von einer Kompensation ausgegangen werden, welche geeignet ist, die Vermutung zu widerlegen, wenn die kompensierenden Faktoren klar *über* dem adäquaten resp. genügenden Mindeststandard liegen. Die blosser Einhaltung der übrigen Kriterien soll noch nicht als Kompensation qualifiziert werden.⁶²⁴ Dies gestützt auf die Überlegung, dass Erleichterungswirkungen als soziomedizinische Grundlage der nor-

622 EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 130; vgl. auch EGMR – *Fetisov* u.a./RUS, Urt. v. 17.01.2012, 43710/07 u.a., Rn. 134 ff.; EGMR – *Dmitriy Rozhin*/RUS, Urt. v. 23.10.2012, 4265/06, Rn. 52 f.; EGMR – *Vladimir Bebyayev*/RUS, Urt. v. 17.10.2013, 9967/06, Rn. 33 ff.; EGMR – *Kurkowski*/POL, Urt. v. 09.04.2013, 36228/06, Rn. 66 f.

623 Vgl. schon Richter *Pinto de Albuquerque* partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 52.

624 In diese Richtung auch bereits Richter *Sajó, López Guerra* u. *Wojtyczek*, joint partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 8.

mativen Bewertung bei gerade genügenden Haftbedingungen noch nicht angenommen werden können. Mit anderen Worten soll die Vermutung eines Demütigungsmoments resp. der Geringschätzung des Betroffenen aufgrund inadäquater Platzverhältnisse nicht durch die Einhaltung gerade genügender anderer Haftbedingungen widerlegt werden können. Als Kompensationsfaktoren sollen aber weiterhin sämtliche erleichternden Faktoren in Betracht kommen, welche sich auf den Grad des erlittenen Leidens bzw. die Schwere der zugefügten Behandlung auswirken können.⁶²⁵

Mit derselben Argumentation ist bei der Anwendung des Elementes der Dauer Abstand von der Praxis des Gerichtshofs zu nehmen. Eine separate Prüfung der Zeitspannen – wie sie vom Gerichtshof vorgenommen wird – überzeugt nämlich nur bedingt.⁶²⁶ Einerseits ist bei der Beurteilung der Dauer sicherzustellen, dass kumulierende Elemente und damit die Gesamtbelastung als soziomedizinische Basis der normativen Bewertung weiterhin berücksichtigt werden, und andererseits ist zu gewährleisten, dass keine kompensierende Wirkungen angenommen werden, wo gestützt auf soziomedizinischen Schlussfolgerungen gar keine positiven Effekte zu erwarten sind.

Unterbrechungen des bemängelten Umstandes sind also nur dann zu berücksichtigen, wenn sie geeignet sind, zu Erleichterungen zu führen.⁶²⁷ Dies setzt zum einen voraus, dass während dieser Zeit mindestens der garantierte Mindeststandard eingehalten wird, und zum anderen, dass der Unterbruch lange genug ist, um Erholungswirkungen überhaupt zu ermöglichen. In Situationen, bei welchen zwar ohne Unterbruch ungenügende Platzverhältnisse vorliegen und bloss das Mass der Unterschreitung variiert, wäre die Annahme, dass dies zu Erleichterungen führen würde, welche als soziomedizinische Basis dazu dienen könnten, die Vermutung einer Herabsetzung resp. Geringschätzung der Person zu widerlegen, ge-

625 A.A. Richter *Lazarova Trajkovska, de Gaetano* u. *Grozev*, joint partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršič/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 10: Als kompensierender Faktor komme von vorneherein nur ein grösseres Platzangebot in den Gemeinschaftsräumen in Betracht. Nur durch diese Beschränkung könne sichergestellt werden, dass der zur Verfügung stehende Platz Schlüsselement der Beurteilung von Art. 3 EMRK sei.

626 Kritisch zu dieser Vorgehensweise vgl. auch Richter *Pinto de Albuquerque* partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršič/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 54.

627 Vgl. auch Richter *Sajó, López Guerra* u. *Wojtyczek*, joint partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršič/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 9.

radezu befremdlich.⁶²⁸ Die für positive Effekte erforderliche Zeitspanne müsste auf jeden Fall in Relation zur Dauer der vorausgegangenen Zeitspanne mit ungenügenden Bedingungen und den effektiv erfahrenen Haftbedingungen stehen: Je länger die Zeitspanne mit ungenügenden Bedingungen und je gravierender die erfahrenen Haftbedingungen, desto länger hätte der Unterbruch zu sein, damit überhaupt von einer entlastenden Wirkung ausgegangen werden könnte. Mit Blick auf die soziomedizinische Belastung müsste weiter der Inkonstanz der Situation (ständige Wechsel, immer wieder neue Inhaftierte in der Zelle etc.) bei deren normativer Bewertung ein negativer Eigenwert zugeschrieben werden.⁶²⁹ Unterbrechungen sollen mit Blick auf die Missbrauchsgefahr (Umgehung des Mindeststandards durch Unterbrechungen der Unterschreitung des Standards) sodann im Allgemeinen nur restriktiv berücksichtigt werden.

Alternativ könnte dem Votum von Richter *Pinto de Albuquerque* gefolgt werden, und es könnten sämtliche Zeiträume unter ungenügenden Bedingungen zusammengerechnet und ins Verhältnis mit der gesamten Haftzeit gesetzt werden.⁶³⁰ Wird diesem prozentualen Ansatz gefolgt, müsste dieser allerdings zwingend mit einer absoluten zeitlichen Obergrenze kombiniert werden, da ansonsten insbesondere bei längeren Haftstrafen ein relativ geringer Prozentsatz die Gefahr birgt, über eine effektiv doch längere Zeitspanne mit ungenügenden Bedingungen hinwegzutäuschen, welche mit den Garantien von Art. 3 EMRK nicht mehr zu vereinbaren wäre.

Schliesslich hat der Eintritt der strengen Vermutung im Vergleich zur Erbringung eines Anscheinsbeweises durch den Beschwerdeführer auf beweisrechtlicher Ebene zu einer gesteigerten Begründungspflicht des Konventionsstaates zu führen, so dass zur Widerlegung der Vermutung auch hinsichtlich des Beweismasses generell höhere Anforderungen zu stellen wären als zur Erbringung eines Exkulpationsbeweises. Hinsichtlich dieser besonderen Begründungspflicht wird noch einmal deutlich, wie wichtig Klarheit darüber ist, ob dem Konventionsstaat eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung vorgeworfen wird und anhand welcher Kriterien deren Voraussetzungen beurteilt werden. Es ist dem Konventionsstaat

628 Vgl. auch bereits Richter *Sajó, López Guerra* u. *Wojtyczek*, joint partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršič*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 9.

629 Verlegungen sind für den Betroffenen insbesondere dann nicht in seinem Interesse, wenn ausgearbeitete Wiedereingliederungspläne oder andere Programme abrupt unterbrochen werden. Vgl. dazu auch DEVRESSE, *Droit et Société* 2013, 339 (351).

630 Richter *Pinto de Albuquerque* partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršič*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 54 ff.

nämlich nur bei Kenntnis über den ihm vorgeworfenen Unrechtsgehalt möglich, zielgerichtete Argumente und Beweise vorzubringen, um die entsprechende Vermutung zu widerlegen.

Durch das Fortbestehen des zweiteiligen Prüfungsmodells mit grundsätzlicher Zulässigkeit der Widerlegung der Vermutung, aber ergänzt um den absoluten Kern jedes einzelnen Kriteriums, würde sowohl den Wechselwirkungen zwischen den einzelnen Kriterien, welche der tatsächlichen Wirklichkeit entsprechen, als auch dem Fundamentalcharakter von Art. 3 EMRK Rechnung getragen. Letzteres, indem die Aufweichungsmöglichkeit der einzelnen Kriterien eingedämmt und so auch der Konkretisierungsforderung des Spezifitätskriteriums absoluter Rechte nachgekommen würde, ohne dabei die Relativität der Schutzbereichsbestimmung zu beschneiden. Mit anderen Worten würde durch das hier vorgeschlagene Prüfungsmodell sowohl der Konzeption der Einzelfallbetrachtung als auch dem Umstand, dass gerade der absolute Charakter nach einer gesteigerten Rechtssicherheit verlangt, Rechnung getragen werden. Die vorgeschlagenen Modifikationen sollen mit Blick auf das zu gewährleistende Schutzniveau weiter dazu führen, dass die Widerlegung der Vermutung die Ausnahme bleibt und nicht zur Regel wird.⁶³¹ Erleichterungs- und Erholungswirkungen als soziomedizinische Basis der normativen Bewertung dürfen bei kompensierenden Elemente nämlich keinesfalls leichtthin angenommen werden. Insgesamt ist von diesem prüfungsmethodischen Vorgehen auch zu erwarten, dass es nicht zuletzt durch mehr Klarheit und eine flankierende numerische absolute Grenze zu einer Erhöhung des Schutzniveaus kommt, was mit Blick auf einen effektiven Menschenrechtsschutz zu begrüßen wäre.

5. EGMR im Verhältnis zu anderen Standards und zu anderen Institutionen

Sowohl bei der materiellen Genese des Mindeststandards als auch beim prüfungsmethodischen Vorgehen nahm der Gerichtshof immer wieder Bezug zu anderen Regelungsinstrumentarien und Institutionen. Hinsichtlich der Wechselwirkungen zwischen Rechtsprechung und *Soft Law* sind von vorneherein zwei Ebenen zu unterscheiden: die Bezugnahme auf der Sach-

631 Plädoyer zur nur ausnahmsweisen Widerlegung der Vermutung: Richter *Sajó, López Guerra* u. *Wojtyczek*, joint partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 3.

verhaltsebene („*The Facts*“) und auf der Rechtsebene („*The Law*“⁶³²). Letzteres vor dem Hintergrund, dass Regelungswerke anderer Institutionen und Gremien dem Gerichtshof als Rechtserkenntnisquelle dienen.⁶³³

5.1 Einfluss anderer Institutionen auf die Rechtsprechung des EGMR bei der Überbelegung

a Rechtsebene

Implementiert der Gerichtshof auf der Rechtsebene *Soft Law* und formt dieses unter dem Gesichtspunkt von Art. 3 EMRK zu einem harten, einklagbaren Standard, wird von einem Transformationsprozess gesprochen. Es stellt sich die Frage, ob ein solcher Prozess, mit den damit einhergehenden Befürchtungen, im Bereich der Überbelegung tatsächlich stattfindet bzw. wie sich das *Soft Law* in der Rechtsprechung des Gerichtshofs tatsächlich auswirkt.⁶³⁴

Die Analyse der einschlägigen Regelungsinstrumentarien hat gezeigt, dass auf europäischer Ebene das Prinzip der Einzelunterbringung in den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen (EPR) prominent empfohlen wurde, während das CPT keine klare Präferenz zwischen Einzelunterbringung und einer Unterbringungsform mit zwei bis vier Inhaftierten äusserte. Zum zur Verfügung zu stellenden Platz nahmen die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze insofern eine zurückhaltende Position ein, als sie die Mitgliedstaaten lediglich auffordern, einen konkreten Mindeststandard zu setzen; Vorschläge für einen solchen sind ihnen jedoch nicht zu entnehmen. Das CPT positionierte sich zu dieser Fragestellung mit der Festlegung seines Mindeststandards und seines *desirable standard* klar.

632 Im hier verwendeten Sinne wird auch dann von einer Implementation auf *Rechtsebene* gesprochen, wenn die *Soft Law*-Dokumente zunächst auf der Ebene „*The Facts*“ aufgeführt werden, sie aber vom Gerichtshof bei seinen *rechtlichen* Ausführungen unter dem Kapitel „*The Law*“ ausdrücklich wieder aufgegriffen werden. Vgl. so etwa in EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 46 ff., Rn. 77 u. 111. Von einer Bezugnahme auf Sachverhaltsebene ist im hier verstandenen Sinne demgegenüber dann die Rede, wenn Dokumente anderer Gremien bei der Sachverhaltserstellung aufgegriffen werden.

633 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 44; SCHABAS S. 41.

634 Zum „*hardening of prison law*“ vgl. auch Richter *Pinto de Albuquerque* partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 34 ff.

Bei der Beurteilung der Konformität mit Art. 3 EMRK rezipiert der Gerichtshof diese Regelungsinstrumentarien,⁶³⁵ geht im Folgenden allerdings nicht mehr näher auf die Frage der konkreten Unterbringungsform (Einzelzelle vs. Mehrbettzelle) ein und beschränkt sich auf die Festlegung des konkret zur Verfügung zu stellenden Platzes, wobei er aber ausdrücklich vom CPT-Massstab abweicht. Im Urteil *Ananyev* u.a./RUS griff der EGMR die vom CPT vor allem in den Länderberichten statuierten 4 m² persönlicher Platz zwar auf, interpretiert sie aber nicht als Mindeststandard, sondern als wünschenswerten Standard („*desirable standard*“) und grenzt seinen Massstab in der Folge mit Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung explizit vom CPT-Standard ab.⁶³⁶ Im Urteil *Muršić/CRO* argumentiert der Gerichtshof dann anders. Die Argumentation aus *Ananyev* u.a./RUS hätte zum Urteilszeitpunkt von *Muršić/CRO* auch nicht mehr überzeugt. Spätestens mit der Herausgabe des konsolidierten Dokuments „*Living Space per Prisoner in Prison Establishments*“⁶³⁷ des CPT, ergibt sich nämlich unmissverständlich, dass die vorgeschlagenen 4 m² aus Sicht des CPT ein Mindeststandard und keinesfalls ein *desirable standard* sind. Begründet wird die Abweichung des Gerichtshofs vom Standard des CPT nun mit der unterschiedlichen Herangehensweise und der unterschiedlichen Rolle des Gerichtshofs und des CPT.⁶³⁸ Aus Sicht des Gerichtshofs sei es seine Aufgabe, sämtliche Umstände des *Einzelfalls* zu berücksichtigen, während das CPT aus Sicht des Gerichtshofs bestrebt sei, einen *generellen Massstab* festzulegen.⁶³⁹ Die Rolle des CPT und des Gerichtshofs würden sich damit konzeptionell unterscheiden.⁶⁴⁰ Während der EGMR für eine *justizielle Kontrolle* im Einzelfall zuständig ist, seien die Tätigkeiten des CPT im Verständnis des Gerichtshofs (*rein*) *präventiver Natur* und gerade nicht darauf gerichtet zu beurteilen, ob eine konkrete Situation unmenschlich oder erniedrigend sei.⁶⁴¹ Daraus folgert die Grosse Kammer im Urteil *Muršić/*

635 Vgl. etwa EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 46 ff.

636 EGMR – *Ananyev* u.a./RUS, Urt. v. 10.01.2012, 42525/07 u. 60800/08, Rn. 144 f.: „Whereas the provision [from the CPT] of four square meters remains the desirable standard of multi-occupancy accommodation, the Court has found that where the applicants have at their disposal less than three square meters of floor surface, the overcrowding must be considered to be so severe as to justify of itself a finding of a violation of Article 3.“

637 CPT – *Living Space per Prisoner* [CPT/Inf (2015) 44].

638 EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 112 f.

639 EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 112.

640 EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 112.

641 EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 113.

CRO, dass der vom CPT geforderte Standard schon von seiner Konzeption her ein *höherer Standard* zu sein hat als derjenige des EGMR.⁶⁴²

Ist dem Ergebnis zuzustimmen, dass je nach Fragestellung und je nach Institution aufgrund je anderer normativer Wertungen soziomedizinischer Gegebenheiten unterschiedliche Standards *möglich* sind, so scheinen die vom Gerichtshof beschriebenen Rollen von EGMR und CPT doch allzu stark vereinfacht. Die Prävention ist sicher Hauptaufgabe des CPT⁶⁴³; gleichwohl beurteilt dieses aber auch konkrete Fälle bzw. zumindest konkrete Strafvollzugsanstalten. Gerade in den Länderberichten des CPT werden nämlich spezifische Situationen hinsichtlich ihrer Konformität mit Art. 3 EMRK beurteilt.⁶⁴⁴ Auch im Dokument „*Living Space per Prisoner in Prison Establishments*“⁶⁴⁵, in welchem klar zwei unterschiedliche Standards aufgestellt wurden (der *Mindeststandard* und der *wünschenswerte Standard*), wird die Zielsetzung des CPT noch einmal ausdifferenziert: Der wünschenswerte Standard ist klar auf die *präventive* Funktion des CPT ausgerichtet,⁶⁴⁶ während der Mindeststandard nicht nur auf diese Funktion beschränkt ist.⁶⁴⁷ So sieht auch das CPT selbst seine Aufgabe als integrierten Bestandteil des Europaratssystems zum Schutz der Menschen-

642 EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 113.

643 Vgl. bereits den Namen des Komitees: European Committee for the *Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*; vgl. auch CPT – 26th General Report [CPT/Inf (2017) 5], S. 45: „The CPT implements *its essentially preventive function* through two kinds of visits – periodic and ad hoc.“

644 Vgl. bspw. CPT – 27th General Report [CPT/Inf (2018) 4], Rn. 31 mit Verweis auf den Länderbericht zu seinem Besuch in Frankreich im Jahr 2015: „The CPT’s report notes that the three remand prisons visited (Fresnes, Nîmes and Villepinte) were *affected by severe overcrowding*. In particular, in the CPT’s view, the conditions of detention (e.g. lack of living space per prisoner in cells, insufficient number of beds and lack of out-of-cell activities) *could be considered inhuman and degrading*.“

645 CPT – *Living Space per Prisoner* [CPT/Inf (2015) 44].

646 CPT – *Living Space per Prisoner* [CPT/Inf (2015) 44], Rn. 18: „The CPT encourages all Council of Europe member states to apply these higher standards, in particular when constructing new prisons.“

647 Hier sei auf die 4. Hauptschlussfolgerung des CPT zu seinem präventiven Charakter im 1. General Report verwiesen, wo auch das CPT folgerte, dass bei der Prüfung einer Verletzung von Art. 3 EMRK sein Standard ein höherer zu sein habe als jener vom EGMR: CPT – 1st General Report [CPT/Inf (91) 3], Rn. 51. Dazumals hatte das CPT allerdings noch keine Differenzierung zwischen Mindeststandard und wünschenswertem Standard vorgenommen. Seitdem diese Differenzierung nun aber besteht, kann diese Schlussfolgerung für den Mindeststandard nicht mehr ohne Weiteres gezogen werden.

rechte, welche es neben dem EGMR wahrnimmt.⁶⁴⁸ Die Beurteilung der Einzelfälle durch den Gerichtshof beschränkt sich sodann nicht immer auf rein *individuell-konkrete* Wirkungen; eine Präventionsfunktion für ähnlich gelagerte Fälle ist auch der Rechtsprechungsaktivität inhärent.

Es blieb denn auch in der Praxis nicht ohne Kritik, dass der Gerichtshof die massgebliche Grenze bei 3 m² persönlichem Platz festlegt. Selbst in Anerkennung *gewisser* Unterschiede betreffend Funktion und Aufgabe des CPT und des Gerichtshofs wird von einzelnen Richtern des Gerichtshofs bisweilen gefordert, die Grenze dennoch in Übereinstimmung mit dem Mindeststandard des CPT bei 4 m² zu setzen.⁶⁴⁹ Untermauert wird die Notwendigkeit zur Anlehnung des Gerichtshofs an das CPT mit der besonderen Expertise des CPT in diesem Bereich und dem Beizug von sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen, welche die Auswirkungen von geringem Platz auf die Betroffenen aufzeigen würden.⁶⁵⁰ Werde leichthin vom CPT-Standard abgewichen, würde die Bedeutung seiner Arbeit herabgesetzt.⁶⁵¹ Gerade im Bereich der Haftbedingungen sei aufgrund der Komplexität des Gebietes und auch mit Blick auf die Effektivität des Standards ein klarer Massstab notwendig, weshalb der Gerichtshof angehalten wird, seinen Mindeststandard mit demjenigen anderer Akteure zu synchronisieren.⁶⁵² Hinzu komme, dass selbst die 4 m², wenn auch die momentan beste Alternative, mit Blick auf den *desirable standard* des CPT noch nicht vollständig überzeugend.⁶⁵³

Auch meines Erachtens überzeugt die Argumentation des Gerichtshofs nicht vollständig. Weder Funktion noch Aufgabe des Gerichtshofs (im

648 CPT – 26th General Report [CPT/Inf (2017) 5], S. 45: „The work of the CPT is designed to be an integrated part of the Council of Europe system for the protection of human rights, placing a proactive non-judicial mechanism alongside the existing reactive judicial mechanism of the European Court of Human Rights.“

649 Vgl. etwa Richter *Sajó, López Guerra u. Wojtyczek*, joint partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 5.

650 Richter *Sajó, López Guerra u. Wojtyczek*, joint partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 4 f.; Richter *Lazarova Trajkovska, de Gaetano u. Grozev*, joint partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 9.

651 Richter *Pinto de Albuquerque* partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 36.

652 Richter *Lazarova Trajkovska, de Gaetano u. Grozev*, joint partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 3: „overall effectiveness“ und „clarity of the standards“.

653 Richter *Sajó, López Guerra u. Wojtyczek*, joint partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 5.

Vergleich zum CPT) sind genügende Begründung für den vom EGMR festgesetzten Standard. Sowohl der vom CPT festgesetzte Masstab von 4 m² als auch der 3-m²-Masstab des Gerichtshofs beruhen auf einer von der Menschenwürde her gedachten normativen Bewertung, welche auf soziomedizinischen Schlussfolgerungen beruht. Inwieweit sich bei einer solchen Beurteilung gewisse Unterschiede bei Funktion und Aufgabe von CPT und EGMR auswirken sollen, legt der Gerichtshof nicht schlüssig dar. Aus seiner Begründung lässt sich darüber hinaus schon gar nicht ableiten, wie viel tiefer der Standard des Gerichtshofs denn anzulegen sei.

Konzentriert man sich auf die Berechnungsmodalitäten sowie die Methodik der Beurteilung einer Verletzung von Art. 3 EMRK, wird deutlich, dass CPT und Gerichtshof sehr ähnlich vorgehen. Bei beiden wird der Platz für die sanitären Einrichtungen zum Mindeststandard hinzugezählt, während der Platz für Einrichtungsgegenstände in diesem bereits inkludiert ist. Sowohl CPT als auch Gerichtshof nehmen sodann eine Gesamtbetrachtung der Haftumstände vor und berücksichtigen Kompensationsmöglichkeiten, wobei sich auch die Kompensationsfaktoren weitgehend decken.

Bewertungskriterien und Betrachtungsgegenstand scheinen bei CPT und EGMR damit identisch zu sein, so dass die Festlegung des Mindeststandards durch den Gerichtshof bei 3 m² persönlichen Platzes ohne weitergehende sozialwissenschaftliche Studien zu den Folgen dieses Platzangebotes auf den Betroffenen oder eingehendere normative Begründung schon fast willkürlich erscheint.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Gerichtshof bei der Frage der Unterbringungsform nicht der Tendenz des *Soft Law* (insbesondere der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze) folgt und im Rahmen von Art. 3 EMRK keine klare Präferenz für die Einzelunterbringung fordert. Hinsichtlich des minimal zur Verfügung zu stellenden Platzes grenzt sich der Gerichtshof bewusst vom klaren CPT-Standard ab. Sowohl der von der Menschenwürde her gedachte wertende Begründungsansatz, welcher soziomedizinische Erkenntnisse aufgreift, als auch die Berechnungsmodalitäten und das methodische Vorgehen vom EGMR und CPT sind jedoch sehr ähnlich. Begründet wird die Abweichung vom Mindeststandard des CPT hinsichtlich des minimal zur Verfügung zu stellenden Platzes vom EGMR mit ihren je unterschiedlichen Aufgaben und Funktionen. Diese Argumentation greift allerdings zu kurz; insbesondere eine Reduktion um 1 m² Platz (von 4 m² beim CPT auf 3 m² bei Art. 3 EMRK) lässt sich ohne weitergehende sozialwissenschaftliche Studien zu den Folgen dieses

Platzangebotes auf den Betroffenen oder eine eingehendere normative Begründung jedenfalls nicht plausibel machen.

Insgesamt kann zum Schluss gelangt werden, dass im Bereich der Überbelegung die CPT-Dokumente für den Gerichtshof eine wichtige Rechtskenntnisquelle sind. Ein Transformationsprozess von *Soft Law* zu *Hard Law* findet im Bereich der Festlegung des notwendigen persönlichen Platzes in der Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK aber, zumindest was einen präzisen Mindeststandard des zur Verfügung zu stellenden Platzes anbelangt, nicht statt. Durch die Rezeption des CPT-Massstabes hinsichtlich Berechnungsmodalitäten und Prüfungsmethodik könnte gleichwohl argumentiert werden, dass die CPT-Empfehlungen einen gewissen Härtingsprozess durchlaufen und deren Normativität durch die EGMR-Rechtsprechung zunimmt.

b Sachverhaltsebene

Im Allgemeinen gilt, dass sich der EGMR bei divergierenden Vorbringen der Parteien bei der Sachverhaltserstellung mit den gleichen Schwierigkeiten konfrontiert sieht wie ein erstinstanzliches Gericht.⁶⁵⁴ Auch vor dem Gerichtshof gilt das Prinzip der freien Beweiswürdigung.⁶⁵⁵ Berichte anderer Institutionen sind damit, wie alle anderen Beweismittel auch, hinsichtlich des Beweiswertes zu beurteilen. Hinsichtlich des Beweismasses hat der Beschwerdeführer zunächst nur einen Anscheinsbeweis zu erbringen, dem Beschwerdegegner steht in der Folge der Exkulpationsbeweis offen. Lässt sich der Sachverhalt nicht erstellen, regelt die Beweislast die Folgen der Beweislosigkeit.⁶⁵⁶

Nachdem im Allgemeinen schon aufgezeigt wurde, dass *Soft Law* durch nachgelagerte Implementierungskontrollen praktische Wirksamkeit erlangen kann und dass gerade im Rahmen der stetigen Kontrolle des Umsetzungsstandes eine entsprechende (öffentliche) Berichterstattung erfolgt, stellt sich die Frage, ob diese Monitoringberichte hinsichtlich Überbelegungssituationen auch tatsächlich zur Sachverhaltserstellung genutzt werden.

Im Bereich der Feststellung von Haftbedingungen greift der EGMR tatsächlich Berichte anderer Institutionen auf, wobei vornehmlich den Be-

654 EGMR – *Yunusova* u. *Yunusov/AZE*, Urt. v. 02.06.2016, 59620/14, Rn. 139.

655 EGMR – *Yunusova* u. *Yunusov/AZE*, Urt. v. 02.06.2016, 59620/14, Rn. 139.

656 EGMR – *Yunusova* u. *Yunusov/AZE*, Urt. v. 02.06.2016, 59620/14, Rn. 139.

richten des CPT besondere Bedeutung zukommt.⁶⁵⁷ So hält der Gerichtshof bisweilen etwa fest, dass er zwar selbst keinen Besuch vor Ort durchgeführt habe, die Behauptungen des Beschwerdeführers jedoch mit den Schlussfolgerungen des CPT-Berichts übereinstimmen würden, weshalb in der Folge von einer schweren Überbelegung und fehlenden Schlafmöglichkeiten ausgegangen werde.⁶⁵⁸ Der Anscheinsbeweis des Beschwerdeführers gelang damit, so dass es am Konventionsstaat gewesen wäre, den Exkulpationsbeweis zu erbringen.

CPT-Berichte werden im Einzelfall vom EGMR selbst dann zur Sachverhaltserstellung hinzugezogen, wenn die Inhaftierung des Beschwerdeführers nicht genau den Berichtszeitraum betraf, aber wenn gleichwohl davon ausgegangen werden muss, dass die ungenügenden Umstände unverändert sind.⁶⁵⁹ Auch werden Berichte zu anderen Haftanstalten des Konventionsstaates bei der Sachverhaltserstellung beigezogen, zumindest sofern unbestritten ist, dass in der besuchten und der verfahrensgegenständlichen Haftanstalt ähnliche Bedingungen herrschen.⁶⁶⁰

Es deutet alles darauf hin, dass der Beweiswert von CPT-Berichten vom EGMR als grundsätzlich gross eingestuft wird. Die Verlässlichkeit der Informationen von CPT-Berichten darf in aller Regel denn auch ange-

657 Vgl. bspw.: EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 54; EGMR – *Dougoz*/GRE, Urt. v. 06.03.2001, 40907/98, Rn. 46 f.: Die Ausführungen betreffen hier Sachverhaltselemente, selbst wenn sie formell unter der rechtlichen Würdigung „En Droit“ ausgeführt werden. EGMR – *Peers*/GRE, Urt. v. 19.04.2001, 28524/95, Rn. 61.

658 Vgl. etwa EGMR – *Dougoz*/GRE, Urt. v. 06.03.2001, 40907/98, Rn. 46.

659 EGMR – *Neshkov* u.a./BUL, Urt. v. 27.01.2015, 36925/10 u.a., Rn. 246: Der Besuch des CPT erfolgte fünf Jahre nach der Inhaftierung des Beschwerdeführers in der betreffenden Haftanstalt. Es gebe aber keine Hinweise darauf, dass sich in diesen Jahren etwas geändert hätte resp. dass die Belegungssituation eine andere gewesen sei. Vgl. ferner EGMR – *Dougoz*/GRE, Urt. v. 06.03.2001, 40907/98, Rn. 46 f.: Der Beschwerdeführer war von Juli 1997 bis Dezember 1998 inhaftiert. Herangezogen wurden CPT-Schlussfolgerungen von 1994. Aufgrund eines weiteren Besuchs von 1997 habe es das CPT weiter für notwendig gehalten, das betreffende Gefängnis 1999 erneut zu besuchen.

660 EGMR – *Dougoz*/GRE, Urt. v. 06.03.2001, 40907/98, Rn. 46 f.: Der EGMR zog einen Bericht über das Alexandras-Avenue-Polizeigefängnis von 1994 hinzu, wobei die Regierung Griechenlands die Bedingungen in diesem Gefängnis gleich beschrieb wie die Bedingungen in der verfahrensgegenständlichen Haftanstalt des Polizeigefängnisses in Drapetsona. Der EGMR fügte dann aber weiter an, dass auch die verfahrensgegenständliche Haftanstalt vom CPT bereits besucht und auch anlässlich dieses Besuchs die Notwendigkeit eines erneuten Besuchs festgestellt worden sei.

nommen werden, handelt das CPT doch als unabhängiger Akteur mit im Wesentlichen gleicher Zielsetzung wie der Gerichtshof (Schutz der Inhaftierten vor Verletzungen von Art. 3 EMRK). Es hat sich aufgrund jahrelanger Erfahrung als Expertenkomitee auf dem Gebiet der Haftbedingungen etabliert.

Zusammenfassend wird deutlich, welche grosse Bedeutung der EGMR den CPT-Berichten hinsichtlich der Sachverhaltserstellung zuzuschreiben ist. Informationen des CPT zur allgemeinen Lage im Strafvollzug werden als wichtiges Indiz auch hinsichtlich der Lage des konkret Betroffenen gesehen, weshalb der Gerichtshof immer wieder von der Gesamtsituation auf die Situation im konkret zu beurteilenden Fall schliesst.

5.2 Zukunftsperspektiven des Soft Law in Bezug auf prekäre Platzbedingungen

Bezüglich der konkreten Unterbringungsform werden die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze wohl auch in Zukunft an der Empfehlung der grundsätzlichen Einzelunterbringung festhalten und damit versuchen, die europäische Strafvollzugspolitik zu beeinflussen. Es ist allerdings in näherer Zukunft kaum zu erwarten, dass der Gerichtshof diese Empfehlung im Rahmen von Art. 3 EMRK aufgreifen wird, da eine Unterbringung in Mehrbettzellen wohl kaum *a priori* die Mindestschwelle einer Verletzung von Art. 3 EMRK erreichen wird, zumindest solange es sich bei der Unterbringungsform nicht um Grossraumschlafräume handelt.

Es ist zwar auch in Zukunft zu erwarten, dass der Gerichtshof die Entwicklung des Standards anderer europäischer Regelgeber beobachten und bisweilen auch in seiner Argumentation aufgreifen wird. Eine Anpassung des Standards des Gerichtshofs von 3 m² auf 4 m² im Sinne des CPT-Standards ist aber (noch) nicht absehbar, scheint sich der 3-m²-Standard doch mit dem Urteil *Muršić/CRO* (vorerst) gefestigt zu haben. Gleichwohl ist für die Zukunft eine erneute Auseinandersetzung des Gerichtshofs zum materiellen Kern des Mindeststandards anzuregen, wobei der gesetzte Standard von 3 m² persönlichem Platz nicht zuletzt mit Blick auf den CPT-Standard noch einmal hinsichtlich seiner Auswirkungen auf den Einzelnen und seines normativen Gehalts – gemessen an den Kriterien einer *erniedrigenden* Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK – zu überdenken ist.

Hinsichtlich der Sachverhaltserstellung ist auch in Zukunft zu erwarten, dass Umsetzungsberichten anderer Institutionen – insbesondere des CPT – weiterhin eine gewichtige Bedeutung zukommt.

6. Zwischenfazit

Die Grosse Kammer hat sich, ausgehend vom *Ananyev*-Test und mit Blick auf die bislang mäandernde Rechtsprechung im Urteil *Muršić*/CRO, nicht nur in materieller Hinsicht, sondern auch in prüfungsmethodischer Hinsicht positioniert. Nicht immer eindeutig ist demgegenüber die dogmatische Einordnung von Überbelegungssituationen durch den Gerichtshof zur unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK. In der Tendenz scheint der Gerichtshof bei Überbelegungssituationen allerdings von einer *erniedrigenden* Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK auszugehen. In Zukunft wäre vom Gerichtshof mehr Bewusstsein für die Relevanz dieser Zuordnung für die zu prüfenden je spezifischen Voraussetzungen zu fordern, unterscheiden sich die unmenschliche und erniedrigende Behandlung doch nicht allein aufgrund der Intensität des Eingriffs, sondern eben auch aufgrund ihrer je anderen Einwirkungsweise auf den Einzelnen.

Der Mindeststandard wurde anhand einer von der Menschenwürde her gedachten, normativen Bewertung bei 3 m² persönlichem Platz festgelegt. Dabei wurden auch soziomedizinische Faktoren aufgegriffen, ohne aber einen konkreten Nachweis tatsächlich erlittener Auswirkungen auf das Opfer zu fordern. Das Unterschreiten dieser Grenze führt für sich alleine jedoch noch nicht zu der Feststellung eines Verstosses gegen Art. 3 EMRK, sondern nur zur Geltung einer starken Vermutung für einen solchen. Für jene Fälle, bei welchen zwar der CPT-Standard von 4 m² unterschritten wird, aber noch keine Unterschreitung der 3 m² vorliegt, auferlegt sich der Gerichtshof bei der Beurteilung des konkreten Einzelfalls zumindest eine erhöhte Prüfungsdichte und -tiefe.

Beim Unterschreiten der 3-m²-Grenze hat der Vermutungseintritt eine Beweislastumkehr zur Folge. Vor dem Hintergrund der allgemeinen Regelungen zu Beweismass und Beweislast in Strafvollzugskonstellationen ist der Mehrwert der aufgestellten Vermutungsregelung in Überbelegungskonstellationen bei weniger als 3 m² Platz für den Inhaftierten allerdings relativ gering.

Für die Widerlegbarkeit an sich setzt der Gerichtshof *normalerweise* voraus, dass die Unterschreitung der 3-m²-Grenze nur eine geringe, kurzzeitige und gelegentliche war. Durch die separate Berücksichtigung der einzelnen Zeitspannen setzt der Gerichtshof hier allerdings keinen hohen Standard, wobei die gesonderte Berücksichtigung einzelner Zeitspannen ohnehin nicht richtig in das Konzept der Gesamtbetrachtung passt, so dass dieses Vorgehen auch prüfungsmethodisch zu einer Inkonsistenz führt. Der Konventionsstaat kann die Vermutung sodann *normalerweise* nur dann

widerlegen, wenn kompensierende Elemente aufgezeigt werden können und die Unterbringung gesamthaft angemessen war. An die kompensierenden Elemente setzt der Gerichtshof allerdings keine hohen Anforderungen, so dass zumindest in Frage steht, in wie weit diese überhaupt geeignet sind, für den Betroffenen Erleichterungswirkung herbeizuführen, welche als soziomedizinische Basis bei der normativen Bewertung zu berücksichtigen wären. In Zukunft wird mit Blick auf die Gewährung eines effektiven Menschenrechtsschutzes darauf zu achten sein, dass die Widerlegung der Vermutung von der Ausnahme nicht zur Regel wird. Alles andere würde auch dem vom Gerichtshof aufgestellten Bekenntnis, dass Platzmangel ein wichtiger Aspekt bei der Frage der Konformität mit Art. 3 EMRK ist, zuwiderlaufen.

Die prüfungsmethodische Herangehensweise der Gesamtbetrachtung der Haftumstände kann sich im Einzelfall sowohl zu Gunsten als auch zu Ungunsten des Betroffenen auswirken. Ersteres, indem kumulative Effekte mehrerer negativer Merkmale berücksichtigt werden – Letzteres durch die Möglichkeit der Berücksichtigung kompensierender Massnahmen. Während die Schutzrichtung von Art. 3 EMRK die Berücksichtigung kumulierender Elemente geradezu gebietet, ist die Berücksichtigung kompensierender Elemente nicht unproblematisch. Die faktische Wechselwirkung einzelner Kriterien im Strafvollzug (etwa Platzangebot in der Zelle und Aufschlusszeiten) ist zwar nicht in Abrede zu stellen; dennoch bleibt anzumerken, dass der Gerichtshof auf diese Weise Scheu zeigt, einen klaren anzuwendenden Mindeststandard festzusetzen. Dies ist insbesondere auch mit Blick auf den absoluten Charakter von Art. 3 EMRK zu bedauern. Der eigene Lösungsvorschlag, wonach flankierend zur Gesamtbetrachtung eine absolute numerische Untergrenze festzusetzen wäre, würde hier Abhilfe schaffen.

Soft Law-Regulatorien und die Arbeit der anderen internationalen Akteure werden vom Gerichtshof immer wieder aufgegriffen. Der Gerichtshof folgt im Rahmen seiner Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK auf Rechtsebene allerdings weder der Tendenz des *Soft Law* hin zu einer Einzelunterbringung, noch folgt er – was den zur Verfügung zu stellenden Platz angeht – dem klaren CPT-Standard, wonach dem Inhaftierten mindestens 4 m² Platz zu gewähren wären. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass CPT und EGMR dieselben Bewertungskriterien anwenden und denselben Bewertungsgegenstand beurteilen, rechtfertigt sich ein Abweichen des EGMR vom CPT-Standard ohne weitergehende sozialwissenschaftliche Studien oder normative Begründung hinsichtlich des Mindestmasses an zu gewährendem persönlichem Platz allerdings nicht. Ein Verweis auf

unterschiedliche Rollen und Aufgaben sind jedenfalls keine ausreichende Begründung für eine Senkung des vom CPT festgesetzten Standards um 1 m². Ein Transformationsprozess von *Soft Law* zu *Hard Law* kann hinsichtlich dieser Fragen jedenfalls nicht festgestellt werden und ist in näherer Zukunft auch nicht zu erwarten. Anders ist die Situation hinsichtlich der Berechnungsmodalitäten sowie der Prüfungsmethodik zu beurteilen. Indem der EGMR diesbezüglich die CPT-Empfehlungen aufgreift, könnte geschlossen werden, dass die CPT-Empfehlungen durch die Rechtsprechung des EGMR hier einen Härtingsprozess durchlaufen und die Normativität der CPT-Empfehlungen dadurch zunimmt.

Von grosser Bedeutung sind bei der Sachverhaltserstellung die Umsetzungsberichte des CPT, welchen in Anerkennung der Arbeit des CPT insgesamt ein grosser Beweiswert zugemessen wird.

V. Situation in der Schweiz

Vor dem Hintergrund der europäischen resp. internationalen Regelwerke sowie der detaillierten Rechtsprechung des EGMR stellt sich die Frage nach deren nationaler Umsetzung, sind es doch die Nationalstaaten, welche Haftstrafen vollziehen. Wie eine solche nationale Umsetzung sowohl auf legislativer als auch auf judikativer Ebene aussehen kann, wird im Folgenden anhand einer Analyse der Situation in der Schweiz aufgezeigt.

Aufgrund der europarechtlichen Empfehlungen, welche auch für die Schweiz gelten, ist im nationalen schweizerischen Recht eine klare Normierung des Mindeststandards zu erwarten, auch was den zur Verfügung zu stellenden Platz angeht (vgl. insb. Regel 18.3 EPR [2006]). Dass auf nationaler Ebene ein höherer Standard möglich ist als der Standard, welcher durch die EMRK garantiert wird, ergibt sich aus Art. 53 EMRK, in welchem das Günstigkeitsprinzip statuiert wird: Garantien der EMRK vermögen als festgelegte *Mindestgarantien* die in einzelnen Konventionsstaaten vorgesehenen höheren Standards in keiner Weise zu beschränken oder zu beeinträchtigen.⁶⁶¹

⁶⁶¹ Vgl. Karpenstein/Mayer/THIENEL Art. 53 Rn. 2: Ein Anspruch auf Ausschliesslichkeit für die Gewährung von Grundrechten erhebe die EMRK nicht. Vgl. auch MEYER-LADEWIG/RENGER Art. 53 Rn. 1.

1. Materieller Mindeststandard – Analyse der Gesetzeslage in der Schweiz

Aus den bundesrechtlichen Vollzugsgrundsätzen ergibt sich zwar ein Normalisierungsprinzip; konkrete Vorgaben bezüglich der Unterbringungsform und des zur Verfügung zu stellenden Platzes finden sich allerdings nicht. Auch in den interkantonalen Strafvollzugskonkordaten finden sich diesbezüglich keine spezifischen Normen, weshalb der Blick im Folgenden auf die kantonale Ebene gerichtet wird am Beispiel der Kantone Zürich und Genf. Diese Auswahl scheint deshalb besonders geeignet, weil mit dem Kanton Zürich ein Kanton herausgegriffen wird, in dem im Bereich des Strafvollzugsrechts grundsätzlich umfassend legiferiert wurde, und mit dem Kanton Genf einer, in welchem dies grundsätzlich nur rudimentär geschah. Die Strafvollzugsanstalten des Kantons Genf sind denn auch jene, welche in menschenrechtlicher Hinsicht am meisten kritisiert werden (vgl. sogleich).

Im Kanton Zürich liegt die Regelungskompetenz für den Vollzug freiheitsentziehender Sanktionen, insbesondere für die Rechte und Pflichten der Verurteilten im Anstaltsalltag, beim Regierungsrat (§ 31 lit. b StJVg ZH). In der Justizvollzugsverordnung wird in § 98 Abs. 1 JVV ZH statuiert, dass verurteilte Personen i.d.R. in einer Einzelzelle resp. in einem Einzelzimmer untergebracht werden.⁶⁶² Eine Unterbringung in Mehrbettzellen oder Mehrbettzimmern ist insbesondere *für den Fall der Überbelegung* vorgesehen. Spezifische Vorschriften zum zu gewährenden persönlichen Platz wurden in Zürich nicht erlassen.

Im Kanton Genf findet das *Règlement sur le régime intérieur de la prison et le status de personnes incarcérées* (RRIP) Anwendung. Auch dieses statuiert für den Normalvollzug das Prinzip der Einzelunterbringung, sofern es das Platzangebot zulässt (Art. 52 RRIP). Ausnahmen von diesem Prinzip aus *logistischen* Gründen sind folglich auch im Kanton Genf möglich. Spezifische Vorschriften zum zu gewährenden persönlichen Platz wurden auch im Kanton Genf nicht erlassen.⁶⁶³

Mit der Einzelunterbringung folgt die Schweiz dem in den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen von 2006 empfohlenen Grundsatz. Die im nationalen Recht vorgesehenen Abweichungsmöglichkeit von diesem

662 Dieser Grundsatz gilt v.a. für den geschlossenen Vollzug. Für die Halbgefängenschaft und den offenen Vollzug sieht § 98 Abs. 1 JVV die Möglichkeit einer Unterbringung in Mehrbettzellen/Mehrbettzimmern vor.

663 Zur genferischen Rechtslage vgl. auch die Ausführungen des Bundesgerichts in BGer 1B_335/2013, Urt. v. 26.02.2014, E. 3.1.

Prinzip im Falle der Überbelegung entsprechen allerdings nicht mehr den Anforderungen der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze von 2006, welche seit ihrer Revision eine Abweichung grundsätzlich nur dann vorsehen, wenn eine Unterbringung in einer Mehrbettzelle *dem Strafgefangenen selbst Vorteile* verschafft; logistische Gründe alleine genügen somit grundsätzlich nicht. Den Anforderungen des CPT entsprechen die Kantone Zürich und Genf mit ihren Regelungen zumindest so lange, als die Mehrbettzellen nicht als Grossraumschlafräume ausgestaltet werden. Der Forderung der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze, dass im nationalen Recht auch hinsichtlich des zur Verfügung zu stellenden Platzes ein konkreter Massstab niedergelegt werden sollte, kommen diese beiden Kantone nicht nach.

Es bleibt damit auch auf nationaler Ebene der Konkretisierung durch die Rechtsprechung überlassen, den Mindeststandard der Platzverhältnisse aus schweizerischer Perspektive festzulegen. Im Sinne der *Rechtssicherheit* besteht Handlungsbedarf. Aus schweizerischer Sicht wäre damit eine gesetzliche Regel *de lege ferenda* wünschenswert.

2. Rechtsprechung in der Schweiz – Analyse

2.1 Materieller Kern des Standards

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung verdeutlicht die menschenrechtliche Relevanz der Mindeststandards materieller Haftbedingungen auch für schweizerische Strafvollzugsanstalten. Insbesondere die Haftbedingungen in der grössten Genfer Haftanstalt Champ-Dollon sind vom Bundesgericht mehrfach gerügt und als Verletzung von Art. 3 EMRK befunden worden.⁶⁶⁴ Das Bundesgericht erkannte im Februar 2014 gleich in zwei Urteilen erstmals überhaupt aufgrund von Haftbedingungen in schweizerischen Vollzugsanstalten einen Verstoss gegen Art. 3 EMRK.⁶⁶⁵ Das Bun-

664 Vgl. etwa BGE 140 I 125; BGer 1B_335/2013, Urt. v. 26.02.2014; BGer 1B_239/2015, Urt. v. 29.09.2015; BGer 1B_152/2015, Urt. v. 29.09.2015; BGer 6B_456/2015, Urt. v. 21.03.2016; BGer 6B_71/2016, Urt. v. 05.04.2017. Rügen bezüglich materieller Haftbedingungen beschränkten sich jedoch nicht nur auf Genfer Haftanstalten: vgl. etwa BGer 1B_325/2017, Urt. v. 14.11.2017 (Kanton Waadt).

665 BGE 140 I 125: Der Beschwerdeführer war während 199 Tagen (davon 157 aufeinanderfolgende Tage) in einer Zelle von 23 m² untergebracht worden. Die Zelle teilte er mit fünf weiteren Inhaftierten, so dass ihm für die entsprechende Zeitspanne ein persönlicher Platz von 3,83 m² zur Verfügung stand. Während

desgericht hält zur Situation der Genfer Strafvollzugsanstalt fest, dass die Überbelegung schon seit Jahren ein schweres und chronisches Ausmass („*un état grave et chronique*“) erreicht habe.⁶⁶⁶

Hinsichtlich der Platzverhältnisse hält das Bundesgericht konkret fest, dass eine Unterbringung mit 4 m² persönlichem Platz (inkl. Platz für die Einrichtungsgegenstände) zwar eine beschwerliche Unterbringung sein kann, aber noch nicht automatisch eine Verletzung von Art. 3 EMRK bedeute.⁶⁶⁷ Anders sei die Situation, wenn dem Inhaftierten während längerer Zeit lediglich 3,83 m² persönlicher Platz zur Verfügung stehen und weitere erschwerende Umstände hinzukommen würden.⁶⁶⁸ Eine beinahe dreimonatige Unterbringung (89 Tage) erachtete das Bundesgericht als lange Dauer und eine tägliche Einschlusszeit von 23 Stunden in der Zelle als erschwerenden Umstand.⁶⁶⁹ Auch eine Unterbringung von drei Personen in einer 10-m² Zelle (persönlicher Platz damit: 3,3 m²) während 328 Tagen mit nur einer täglich einstündigen Möglichkeit für Bewegung an der frischen Luft wurde als Verstoss gegen Art. 3 EMRK befunden.⁶⁷⁰ Dies bisweilen unabhängig davon, ob der Betroffene eine Arbeitsmöglichkeit, welche ihm mehr Zeit ausserhalb der Zelle ermöglicht hätte, ablehnte.⁶⁷¹

weiterer 27 Tage war er in einer 12-m²-Zelle untergebracht. Diese Zelle, welche der Beschwerdeführer mit zwei weiteren Inhaftierten teilte, verfügte dabei über zwei Betten sowie über eine am Boden liegende Matratze. Welcher der Inhaftierten die Matratze nutzte, wurde nicht dokumentiert. BGer 1B_335/2013, Urt. v. 26.02.2014: Der Beschwerdeführer verbrachte unter denselben Platzbedingungen wie im Urteil BGE 140 I 125 89 Tage. Die Beschwerdeführer verbrachten dabei 23 Stunden pro Tag in der Zelle und hatten während einer Stunde täglich die Möglichkeit, sich im Freien zu bewegen.

666 BGE 140 I 125, E. 3.6.3; BGer 1B_335/2013, Urt. v. 26.02.2014, E. 3.6.3.

667 BGE 140 I 125, E. 3.6.3; BGer 1B_335/2013, Urt. v. 26.02.2014, E. 3.6.3; BGer 1B_152/2015, Urt. v. 29.09.2015, E. 2.4.

668 BGE 140 I 125, E. 3.6.3; BGer 1B_335/2013, Urt. v. 26.02.2014, E. 3.6.3: Im vorliegenden Fall ging es um präventive Haft, wobei das Bundesgericht hierzu ausdrücklich festhielt, dass präventive Haft aufgrund der Flucht- oder Kollisionsgefahr sowie aufgrund von Sicherheitsbedenken grundsätzlich restriktivere Haftbedingungen erlaube. Bei einer längeren Unterbringung in präventiver Haft (über drei Monate) sei von diesen an sich zulässigen Restriktionen aber abzusehen. Aufgrund der langen Zeitspanne der präventiven Haft im vorliegenden Fall wurde die Unterbringung demzufolge am Standard des Normalvollzugs gemessen.

669 BGer 1B_335/2013, Urt. v. 26.02.2014, E. 3.6.3; BGE 140 I 125, E. 3.6.3.

670 BGer 1B_239/2015, Urt. v. 29.09.2015, E. 2.5.2 f.

671 BGer 1B_239/2015, Urt. v. 29.09.2015, E. 2.5.2 f.: Der Beschuldigte hätte vorliegend jede zweite Woche die Möglichkeit gehabt, täglich eine bis 5¼ Stunden zu arbeiten.

Eine Arbeitsmöglichkeit könne zwar zu einer Erleichterung der Bedingungen führen; im vorliegenden Fall hätte diese aber nicht ausgereicht, um wieder einen menschenrechtskonformen Zustand herzustellen.⁶⁷² In einer am Boden liegenden Matratze als Schlafmöglichkeit erkennt das Bundesgericht nicht zwingend einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK, insbesondere dann nicht, wenn seitens des Beschwerdeführers nicht auch vorgebracht wird, dass die Bettwäsche nicht regelmässig gewechselt würde.⁶⁷³ Hinsichtlich der Berechnungsmodalitäten hält das Bundesgericht konstant fest, dass der sanitäre Bereich nicht dem persönlich zur Verfügung stehenden Platz anzurechnen ist.⁶⁷⁴

Das Bundesgericht gewährt in Bezug auf den konkret zur Verfügung zu stellenden Platz mit seiner 4-m²-Marke in materieller Hinsicht einen höheren Standard als der EGMR, welcher zumindest seit dem Urteil *Muršić/CRO* die 3-m²-Grenze für massgebend erachtet. Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass sich die Rechtsprechungslinie des Bundesgerichts zu einer Zeit entwickelte, als der Europäische Gerichtshof sich noch nicht festgelegt hatte und mal 3 m², mal 4 m² als massgebend bezeichnete. Post-*Muršić* greift das Bundesgericht diesen Entscheid auf, folgt ihm hinsichtlich der 3-m²-Grenze bisher aber nicht.⁶⁷⁵ Im Sinne

672 BGer 1B_239/2015, Urt. v. 29.09.2015, E. 2.5.3. Selbst wenn die angebotene Arbeitstätigkeit ausgereicht hätte, um wieder zu einer mit Art. 3 EMRK konformen Situation zu führen, dürfte diese nicht in hypothetischer Weise angerechnet werden, wenn der Inhaftierte sie zuvor abgelehnt und nicht ausgeführt hat. Dies würde im Ergebnis nämlich zu einem Verzicht auf die Garantien von Art. 3 EMRK führen, was unzulässig ist. Zur Frage des Menschenrechtsverzichts ausf.: SK-StPO/MEYER Methodik der Grundrechtsanwendung (EMRK) Rn. 59 ff. In Abwesenheit anderer Kompensationsmöglichkeiten könnte dies eine Arbeitspflicht des Beschuldigten zur Folge haben. Hinsichtlich einer Arbeitspflicht stellen sich dann Fragen im Zusammenhang mit Art. 4 EMRK, wobei der Gerichtshof festgehalten hat, dass eine Arbeitsverpflichtung im Strafvollzug – selbst über das Rentenalter hinaus – zulässig ist: vgl. EGMR – *Meier/SUI*, Urt. v. 09.02.2016, 10109/14, Rn. 31.

673 BGer 6B_1244/2016, Urt. v. 31.10.2017, E. 2.3, 2.6; BGE 140 I 125, E. 3.6.4.

674 BGer 6B_456/2015, Urt. v. 21.03.2016, E. 2.4.2.

675 BGer 1B_325/2017, Urt. v. 14.11.2017, E. 3.3: „Depuis lors, le Tribunal fédéral – s’inspirant également de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme [...] – s’en est tenu au critère de la surface individuelle inférieure à 4 m² [...]. Dans un arrêt de principe *Muršić contre Croatie* du 20 octobre 2016 [...], la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l’homme s’est cependant écartée de cet ordre de grandeur de 4 m², déduit des normes établies par le CPT: désormais, la Cour retient qu’une surface de 3 m² au sol par détenu constitue la norme minimale pertinente.“ Dabei verweist das Bundesgericht auf

eines effektiven Menschenrechtsschutzes und vor dem Hintergrund der am EGMR-Massstab angebrachten Kritik ist dies zu begrüßen. Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht auch in Zukunft seinen Schutzstandard nicht mit Blick auf die Strassburger Rechtsprechung von 4 m² auf 3 m² senken wird. Das Genügenlassen einer auf dem Boden liegenden Matratze als individueller Schlafplatz ist in Zukunft weiter zu beobachten.⁶⁷⁶ Nach dem heutigen Stand würde der EGMR hier im Rahmen von Art. 3 EMRK wohl aber auch nicht weiter gehen und darin auch keinen Verstoss gegen Art. 3 EMRK erkennen, weshalb die Schweiz hier momentan wohl keine Verurteilungen durch den Gerichtshof zu befürchten hätte.

2.2 Prüfungsmethodik des Schweizerischen Bundesgerichts und Vergleich mit dem EGMR

Wie schon der EGMR nimmt das Bundesgericht die Quadratmeterzahl des zur Verfügung stehenden persönlichen Platzes zwar als Ausgangspunkt der Prüfung von Art. 3 EMRK, stellt diese dann aber mit der Berücksichtigung sowohl aggravierender⁶⁷⁷ als auch kompensierender⁶⁷⁸ Elemente in einen Gesamtkontext.

Hinsichtlich der kompensierenden Elemente führt das Bundesgericht aus, dass insbesondere längere Aufschlusszeiten einen Erleichterungseffekt für den Inhaftierten hätten.⁶⁷⁹ Eine genügende Kompensation, um trotz

den kritischen Beitrag zu diesem Entscheid: TULKENS RTDH 2017, 989 ff.; vgl. auch BGer 6B_1244/2016, Urt. v. 31.10.2017, E. 2.5.

676 Ein Bett, wie es von den Europäischen Strafvollzugssätzen vorgesehen ist, ist nicht nur aufgrund des subjektiven Gefühls, welche es einem Strafgefangenen vermittelt, zu bevorzugen. Es hat auch den Vorteil, dass der Platz unter dem Bett als Stauraum genutzt werden kann und das Bett gleichzeitig eine bequeme Sitzgelegenheit bietet. Dies ist umso wichtiger, als der Platz für Einrichtungsgegenstände vom zur Verfügung zu stellenden Platzes nicht abgezogen wird. Umgekehrt kann die Matratze leichter aufgestellt werden, womit auch wieder Platz geschaffen werden kann, um sich frei zu bewegen.

677 BGer 1B_335/2013, Urt. v. 26.02.2014, E. 3.6.3; BGer1B_325/2017, Urt. v. 14.11.2017, E. 3.5, BGer 6B_1244/2016, Urt. v. 31.10.2017.

678 BGer 1B_152/2015, Urt. v. 29.09.2015, E. 2.5.3: „La possibilité de sortir de la cellule, entre 1h00 par jour et 5h45 par jour une semaine sur deux, est certes susceptible d’alléger les conditions de détention.“ Im Folgenden wurde im konkreten Fall aber festgehalten, dass diese Erleichterung hier noch nicht ausreichte, um wieder einen mit Art. 3 EMRK konformen Zustand herzustellen.

679 BGer 1B_394/2016, Urt. v. 25.04.2017, E. 2.2.1.

prekärer Platzverhältnisse von menschenrechtskonformen Haftbedingungen auszugehen, nimmt das Bundesgericht nicht leichthin an: Die Möglichkeit, sich 3½ Stunden oder 5½ Stunden ausserhalb der Zelle aufzuhalten, genügt nicht unbedingt.⁶⁸⁰ Kommen aber weitere erleichternde Faktoren hinzu, geht auch das Bundesgericht von einer genügenden Kompensation aus, wenn nicht gleichzeitig zu den prekären Platzbedingungen weitere erschwerende Bedingungen vorgebracht werden.⁶⁸¹ Bei den Aufschlusszeiten dürften neben den Aufschlusszeiten des Inhaftierten auch jene der Mitinhaftierten berücksichtigt werden.⁶⁸² Während der Zeit, welche die Mitinhaftierten ausserhalb der Zelle verbringen würden, stünde nämlich den in der Zelle verbleibenden Inhaftierten mehr persönlicher Platz zur Verfügung. Die kurze Dauer dieser Erleichterung führe allerdings dazu, dass Aufschlusszeiten der Mitinhaftierten in der Regel für eine Annahme einer kompensierenden Wirkung nicht ausreichen.⁶⁸³

Wie schon für den EGMR ist auch für das Bundesgericht die Dauer der Unterbringung eines der entscheidenden Kriterien.⁶⁸⁴ Bei einer Zeitdauer von rund drei Monaten sei von einer langen Dauer auszugehen.⁶⁸⁵ Die drei Monatsgrenze gelte aber nicht absolut, sie sei vielmehr als Indikation bei der Betrachtung der gesamten Haftumstände zu berücksichtigen.⁶⁸⁶ Dies bedeutet, dass vom Bundesgericht auch längere Zeitspannen mit weniger als 4 m² als konform mit Art. 3 EMRK qualifiziert werden können, im Einzelfall ohne weitere erschwerende Elemente, aber auch ohne wirklich kompensierende Elemente.⁶⁸⁷ Bei der Berechnung der relevanten Dauer berücksichtigt das Bundesgericht grundsätzlich zusammenhängende Zeitspannen, in denen der Inhaftierte der fraglichen Situation ausgesetzt ist. Kleinere Unterbrüche, in welchen dem Inhaftierten vorübergehend bessere Haftbedingungen gewährt werden, führen allerdings nicht dazu, dass die Zeitspannen mit ungenügenden Bedingungen nicht zusammenzurech-

680 BGer 1B_84/2016, Urt. v. 27.07.2016, E. 2.4; vgl. aber auch BGer 6B_1085/2016, Urt. v. 28.08.2017, E. 3.2: Das Bundesgericht sah hier in einem durchschnittlich fünfständigen täglichen Aufschluss der Zelle eine genügende Kompensation für die Unterschreitung der 4-m²-Grenze während 201 Tagen.

681 BGer 1B_394/2016, Urt. v. 25.04.2017, E. 2.4

682 BGer 1B_394/2016, Urt. v. 25.04.2017, E. 2.4.

683 Vgl. bspw. BGer 1B_325/2017, Urt. v. 14.11.2017, E. 3.5.

684 Vgl. etwa BGer 1B_335/2013, Urt. v. 26.02.2014, E. 3.6.3.

685 BGE 140 I 125, E. 3.6.3.

686 BGE 140 I 125, E. 3.6.3.

687 BGer 6B_1314/2015, Urt. v. 10.10.2016, E. 4.2: 3,39 m² persönlicher Platz während 98 Tagen wurden als mit Art. 3 EMRK konform befunden.

nen sind.⁶⁸⁸ Auch hinsichtlich der Unterbrechungsdauer setzt das Bundesgericht keine fixe Grenze, wann die Zeitspannen nicht mehr zusammenzurechnen, sondern separat zu betrachten wären. Im Einzelfall hatte das Bundesgericht auch bei einer Unterbrechung von 45 Tagen nicht von einer Addition der Zeitspannen abgesehen; in der Folge wurde auf eine „lange Dauer“ erkannt.⁶⁸⁹

Das Bundesgericht geht in prüfungsmethodischer Hinsicht ähnlich vor wie der EGMR, indem es von einer festgelegten Quadratmeterzahl ausgehend kumulierende und kompensierende Elemente würdigt. Die Grundrechtsprüfung des Bundesgerichts scheint allerdings insofern weniger formalisiert zu sein als jene des EGMR, als nicht mit dem Eintritt einer starken Vermutung, welche es zu widerlegen gilt, argumentiert, sondern einfach eine Gesamtbetrachtung vorgenommen wird. Die beweisrechtlichen Wirkungen des Vermutungseintritts sind ohnehin gering, weshalb die beiden Herangehensweisen im Kern dieselben sind. Auch die berücksichtigten Kompensationsfaktoren sind die gleichen, wenngleich die Anforderungen an eine kompensierende Wirkung vom Bundesgericht höher angesetzt werden. Auch das Element der Dauer wird sowohl vom EGMR als auch vom Bundesgericht als zentrales Kriterium betrachtet. Beiden gemein ist, dass eine Zeitspanne ab etwa drei Monaten als lange angesehen wird, wobei der EGMR bei Unterbrüchen die beiden Zeitspannen separat betrachtet, während das Bundesgericht bei kurzen Unterbrüchen die Zeitspannen addiert. Das Berechnungsmodell des Bundesgerichts fügt sich jedenfalls besser in das angewandte Gesamtbetrachtungsmodell ein.

Das nationale Schutzniveau ist damit nicht nur aufgrund eines höheren Masstabes hinsichtlich der für entscheidend befundenen Quadratmeterzahl, sondern auch aufgrund der höheren Anforderungen an kompensierende Wirkungen und der Addition von unterschiedlichen Zeitspannen bei kurzen Unterbrüchen höher als dasjenige des EGMR. Unter dem Gesichtspunkt eines effektiven Grundrechtsschutzes ist dies zu begrüßen. Dennoch ist auch an das Bundesgericht zu appellieren, klarere, absolut

688 BGer 1B_152/2015, Urt. v. 29.09.2015, E. 2.5.1.f.: Dem Beschwerdeführer wurde zwischen zwei Zeitspannen mit ungenügenden Haftbedingungen während 14 Tagen, 5–18 m² persönlicher Platz gewährt. Die Zeitdauer der ungenügenden Haftbedingungen wurde gleichwohl addiert.

689 BGer 1B_325/2017, Urt. v. 14.11.2017, E. 3.5: Die einzelnen Zeitspannen von 98, 250 und 300 Tagen hätten im konkreten Fall aber auch bei einer separaten Würdigung jeweils für sich genommen die Voraussetzungen einer „langen Dauer“ erfüllt.

geltende Anforderungen zu stellen, um so mit Blick auf den absoluten Charakter von Art. 3 EMRK noch mehr Rechtssicherheit zu schaffen.

2.3 Dogmatische Einordnung der Überbelegung durch das Bundesgericht und Kriterien der Standardbildung

Bereits in den ersten beiden Urteilen des Bundesgerichts zu inadäquaten Platzverhältnissen in der Strafvollzugsanstalt Champ-Dollon qualifizierte es die Unterbringung der Beschwerdeführer ausdrücklich als eine *erniedrigende* Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK.⁶⁹⁰ Eine solche Inhaftierung führe nämlich dazu, dass der Inhaftierte eine Härte erleiden müsse, welche über das hinausgehe, was dem Freiheitsentzug von vorneherein inhärent sei. Damit würden die Haftbedingungen nicht den Anforderungen an die Achtung der *Menschenwürde* und der Privatsphäre entsprechen.⁶⁹¹ Auch in den Folgeurteilen griff das Bundesgericht diese Ausführungen auf und prüfte die Haftbedingungen an den Voraussetzungen einer erniedrigenden Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK,⁶⁹² woran auch der Umstand nichts zu ändern vermag, dass das Bundesgericht im Ergebnis zusammenfassend in der Regel nur noch festhielt, dass die Haftbedingungen (nicht) dem Mindeststandard entsprachen, ohne die Erniedrigung hier noch einmal zu nennen.⁶⁹³

Greift das Bundesgericht das „*no more harm principle*“ auf und führt dabei aus, dass ein Verstoss gegen Art. 3 EMRK nur dann vorliege, wenn die materiellen Haftbedingungen ein höheres Mass an *Demütigung* oder *Erniedrigung* verursachen würden als mit dem Freiheitsentzug üblicherweise verbunden sei, ist dies wiederum als blosser Auslegungsdirektive zu verstehen.⁶⁹⁴ Im Kern prüft das Bundesgericht nämlich auch hier nicht etwa,

690 BGer 1B_335/2013, Urt. v. 26.02.2014, E. 3.6.3; BGE 140 I 125, E. 3.6.3.

691 BGer 1B_335/2013, Urt. v. 26.02.2014, E. 3.6.3; BGE 140 I 125, E. 3.6.3.

692 BGer 1B_239/2015, Urt. v. 29.09.2015, E. 2.4; BGer 1B_152/2015, Urt. v. 29.09.2015, E. 2.4; BGer 1B_394/2016, Urt. v. 25.04.2017, E. 2.2.1; BGer 6B_1244/2016, Urt. v. 31.10.2017, E. 2.1; BGer 1B_325/2017, Urt. v. 14.11.2017, E. 3.3 (Im Unterschied zum Bundesgericht hatte die Vorinstanz offenbar mit dem Begriff der unmenschlichen Behandlung operiert.).

693 BGer 1B_239/2015, Urt. v. 29.09.2015, E. 2.6; BGer 1B_152/2015, Urt. v. 29.09.2015, E. 2.6; BGer 1B_325/2017, Urt. v. 14.11.2017, E. 3.6; BGer 1B_394/2016, Urt. v. 25.04.2017, E. 2.5 (keine Verletzung von Art. 3 EMRK).

694 BGer 1B_335/2013, Urt. v. 26.02.2014, E. 3.5; BGE 140 I 125, E. 3.5; vgl. auch BGE 141 I 141, E. 6.3.4.

ob bessere Haftbedingungen denkbar wären. Das Bundesgericht setzt seinen Masstab für das Vorliegen einer erniedrigenden Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK vielmehr von der Menschenwürde her gedacht anhand einer normativ wertenden Beurteilung fest, welche soziomedizinische Schlussfolgerungen⁶⁹⁵ aufgreift. Ein Nachweis tatsächlicher Auswirkungen auf den Beschwerdeführer wird der normativen Wertung entsprechend nicht gefordert.

Unklarer ist die Einordnung des Bundesgerichts hingegen, wenn es um die Beurteilung geht, ob eine am Boden liegende Matratze als individueller Schlafplatz genügen soll, wenn die Bettwäsche regelmässig gewechselt wird.⁶⁹⁶ So hielt das Bundesgericht in seinem Leitentscheid fest, dass dies nicht zwingend eine *unmenschliche* Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK sei, ohne dabei aber näher auf deren spezifische Begriffsmerkmale einzugehen.⁶⁹⁷ In der Folgerechtsprechung führte das Bundesgericht mit Verweis auf seinen Leitentscheid aus, dass das Schlafen auf einer am Boden liegenden Matratze nicht die ausreichende Schwere erreiche, um eine *unmenschliche oder erniedrigende* Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK zu sein.⁶⁹⁸

Insbesondere vor dem Hintergrund der ausgemachten dogmatischen Unschärfe des EGMR bei der Frage, ob er inadäquate Platzverhältnisse nun an den Kriterien einer unmenschlichen oder einer erniedrigenden Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK prüfte, sticht die diesbezügliche klare Positionierung des Bundesgerichts positiv heraus. Irritierend sind demgegenüber diesbezügliche Unklarheiten bei der Beurteilung des Schlafplatzes, zumal das Bundesgericht das Heranziehen (auch) der unmenschlichen Behandlung nicht weiter begründet und auch auf deren Voraussetzungen nicht eingeht. Auch vor dem Hintergrund, dass das Bundesgericht eine Gesamtbetrachtung vornimmt, erscheint es unstimmig, für diesen Einzelaspekt auf die Kriterien einer unmenschlichen Behandlung abstellen zu wollen. Im Ergebnis scheint die Schlafsituation nämlich vielmehr ein Aspekt der bundesgerichtlichen Prüfung einer erniedrigenden Behandlung im Gesamten zu sein.

695 Das Aufgreifen soziomedizinischer Schlussfolgerungen zeigt sich besonders deutlich, wenn das Bundesgericht beim Heranziehen kompensierender Elemente auf Erleichterungs- resp. Erholungseffekte abstellt.

696 BGer 6B_1244/2016, Urt. v. 31.10.2017, E. 2.3, 2.6; BGE 140 I 125, E. 3.6.4.

697 BGE 140 I 125, E. 3.6.4.

698 BGer 6B_1244/2016, Urt. v. 31.10.2017, E. 2.3, 2.6.

3. Bundesgerichtliche Rechtsprechung und das Soft Law

3.1 Rechtsebene

Das Bundesgericht rezipiert in seiner Rechtsprechung, wenn es international *rechtsverbindliche* Normen oder national geltendes Vollzugsrecht anwendet, immer wieder *Soft Law*-Bestimmungen.⁶⁹⁹ In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung finden die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze (2006) und die Empfehlungen des CPT besondere Beachtung.⁷⁰⁰ Zu deren Rechtsnatur führt das Bundesgericht aus, dass diese Spiegelbild der gemeinsamen Rechtstradition der Mitgliedstaaten des Europarates seien, weshalb sie bei der Verwirklichung der persönlichen Freiheit und anderer durch die Verfassung und die EMRK garantierter Grundrechte berücksichtigt würden, wenngleich sie den Charakter von blossen Leitlinien hätten.⁷⁰¹ Die Bestimmungen des *Soft Law*, welche für die Behörden gleichwohl „relativ verbindlich“ seien („*relativement contraignante pour les autorités*“), hätten im Gegensatz zu den einschlägigen Bundes- und Kantongesetzen den Vorteil, Präzisierungen zu enthalten, etwa zu dem jedem Inhaftierten zur Verfügung zu stellenden Platz.⁷⁰²

Hinsichtlich des notwendigerweise zur Verfügung zu stellenden persönlichen Platzes setzt das Bundesgericht seinen Mindeststandard in Übereinstimmung mit den Empfehlungen des CPT bei 4 m² fest. Das Bundesgericht greift dazu zunächst die Empfehlungen des CPT auf und führt die von diesem vorgeschlagenen Mindeststandards für Einzelzellen sowie für Mehrbettzellen im Einzelnen aus, wobei es auch auf die vom CPT vorgenommene Gesamtbetrachtung eingeht.⁷⁰³ Mögliche unterschiedliche Aufgaben und Funktion von Bundesgericht und CPT werden in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht thematisiert, so dass – im Un-

699 Vgl. etwa BGer 1B_152/2015, Urt. v. 29.09.2015, E. 2.2.; BGer 1B_335/2013, Urt. v. 26.02.2014, E. 3.2.; BGer 6B_456/2015, Urt. v. 21.03.2016.

700 Vgl. etwa BGer 1B_152/2015, Urt. v. 29.09.2015, E. 2.2.; BGer 1B_335/2013, Urt. v. 26.02.2014, E. 3.2.; BGer 6B_456/2015, Urt. v. 21.03.2016.

701 BGE 140 I 125, E. 3.2.; BGer 1B_335/2013, Urt. v. 26.02.2014, E. 3.2.; BGer 1B_152/2015, Urt. v. 29.09.2015, E. 2.2.; BGer 1B_239/2015, Urt. v. 29.09.2015, E. 2.2.

702 BGE 140 I 125, E. 3.2.; BGer 1B_335/2013, Urt. v. 26.02.2014, E. 3.2.; BGer 1B_152/2015, Urt. v. 29.09.2015, E. 2.2.; BGer 1B_239/2015, Urt. v. 29.09.2015, E. 2.2.

703 BGE 140 I 125, E. 3.2.; BGer 1B_335/2013, Urt. v. 26.02.2014, E. 3.2.; BGer 1B_152/2015, Urt. v. 29.09.2015, E. 2.2.; BGer 1B_239/2015, Urt. v. 29.09.2015, E. 2.2.

terschied zum EGMR – auch kein Anlass gesehen wird, mit Blick auf eine erniedrigende Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK eine andere normative Bewertung der erforderlichen minimalen Platzverhältnisse vorzunehmen. Ein Transformationsprozess der CPT-Empfehlungen von *Soft Law* zu *Hard Law* setzt ein. Das *Soft Law* erlangt praktische Wirksamkeit.

Da der Auslegungskanon der EMRK die Berücksichtigung von *Soft Law* auch bei absoluten Rechten zulässt und das Bundesgericht für die einzelnen *Soft Law*-Normen sorgfältig zu prüfen scheint, ob nach seinem eigenen Verständnis die *Soft Law*-Forderung vom menschenrechtlichen Gehalt von Art. 3 EMRK tatsächlich umfasst wird,⁷⁰⁴ ist diesem Vorgehen nichts entgegenzuhalten. Vielmehr ist es positiv zu werten, dass sich das Bundesgericht hinsichtlich des minimal zu gewährleistenden Platzes an den Empfehlungen des CPT orientiert und diesen in der Praxis zum Durchbruch verhilft.

Selbst wenn das Bundesgericht auch die überragende Bedeutung der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze bei der Konkretisierung der verfassungsmässigen Garantien anerkennt,⁷⁰⁵ weicht es bisweilen doch ausdrücklich von diesen ab.⁷⁰⁶ Begründet wird dies mit dem reinen Empfehlungskarakter des *Soft Law* und damit, dass ein Abweichen von den Empfehlungen nicht zwingend eine Verletzung von Art. 3 EMRK begründe.⁷⁰⁷ In Anbetracht des Erfordernisses der Mindestschwere der unmenschlichen bzw. erniedrigenden Behandlung unter dem Blickwinkel von Art. 3 EMRK ist dem wohl auch zuzustimmen, wenngleich eine Umsetzung der Empfehlungen im Allgemeinen wünschenswert bleibt.

704 Dies zeigt sich etwa darin, dass das Bundesgericht einzelne Forderungen der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze nicht von Art. 3 EMRK umfasst sieht, bei der Quadratmeterzahl des CPT dann aber zu einem anderen Schluss gelangt.

705 Vgl. etwa BGE 140 I 125, E. 3.2; BGer 1B_152/2015, Ur. v. 29.09.2015, E. 2.2.

706 BGE 140 I 125, E. 3.6.2. Die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze empfehlen einen Schlafplatz bestehend aus einem separaten Bett mit Bettwäsche, welche genügend oft gewechselt werden muss. Der erläuternde Bericht zu den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen hält sodann fest, dass unter einem Bett ein Bettrahmen mit Matratze verstanden wird. Das Bundesgericht hat im Rahmen von Art. 3 EMRK demgegenüber eine am Boden liegende Matratze als mit Art. 3 EMRK konform befunden.

707 In konstanter Rechtsprechung vgl. etwa BGE 140 I 125, E. 3.6.2.

3.2 Sachverhaltsebene

Auch vor Bundesgericht können Umsetzungsberichte internationaler und nationaler Gremien Beachtung finden.⁷⁰⁸ Im Vergleich zu deren Bedeutung bei der Sachverhalterstellung vor dem EGMR kommt ihnen vor dem Bundesgericht allerdings weit weniger Bedeutung zu. Die unterschiedliche Relevanz dieser Berichte dürfte darauf zurückzuführen sein, dass das Bundesgericht seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde legt, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Gemäss Art. 105 Abs. 2 BGG kann das Bundesgericht die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung i.S.v. Art. 95 BGG beruht. Der Beschwerdeführer kann die Feststellung des Sachverhalts gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG vor Bundesgericht sodann nur rügen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann. Die Sachverhalterstellung als solche ist damit vor dem Bundesgericht weit weniger oft relevant als vor dem EGMR.

4. Zwischenfazit

Hinsichtlich der Unterbringungsform ist auf kantonaler Ebene sowohl in Zürich als auch in Genf der Grundsatz der Einzelunterbringung festgehalten. Logistische Gründe dürfen allerdings zu Abweichungen von diesem Grundsatz führen. Hinsichtlich des konkret zur Verfügung zu stellenden Platzes finden sich weder auf Bundes- noch auf kantonaler Ebene generell-abstrakte Regelungen. Die Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt aber erkennen, dass das Schutzniveau sowohl im materiellen Kern selbst als auch bedingt durch die Prüfungsmethodik höher ist als beim EGMR. Prüfungsmethodisch führen die strengeren Anforderungen an eine Kompensation einerseits und die Zusammenrechnung der einzelnen ungenügenden Zeitspannen beim Element der langen Dauer andererseits dazu, dass das Unterschreiten der Mindestgrenze an persönlichem Platz nicht leichthin kompensiert werden kann und dass deshalb früher von einer *erniedrigenden* Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK ausgegangen wird

708 Vgl. etwa BGer 1B_335/2013, Urt. v. 26.02.2014, E. 3.6.1: Das Bundesgericht setzt sich mit einem Monitoringbericht der Nationalen Kommission zur Verhütung von Folter auseinander.

als vor dem EGMR. Dennoch sieht auch das Bundesgericht viele Relativierungsmöglichkeiten vor; hier ist ein klarer Standard für die Zukunft wünschenswert. Auch das Bundesgericht berücksichtigt *Soft Law*, wobei es dieses genau auf dessen menschenrechtlichen Gehalt prüft. Nur dort, wo das Bundesgericht eine Relevanz der *Soft Law*-Bestimmung für Art. 3 EMRK erkennt, greift es bei der Schutzbereichsbestimmung auf diese zurück. Dieses Vorgehen ist zu begrüßen, entspricht das Bundesgericht mit der Berücksichtigung des europäischen Konsenses doch dem Auslegungskanon der EMRK. Eine klare Ursache für den im Vergleich zum EGMR höheren Standard lässt sich nicht abschliessend bestimmen. Mitursächlich dürfte jedenfalls sein, dass das Bundesgericht dem *Soft Law*, insbesondere den Empfehlungen des CPT, eine grössere Bedeutung beimisst als der EGMR. Letztlich ist der höhere Standard beim Bundesgericht Ergebnis der normativen Bewertung des konkret erforderlichen Mindestmasses an Schwere. Dies mit Blick auf die Voraussetzungen einer erniedrigenden Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK.

Kapitel 3: Gesundheitsversorgung im Strafvollzug

Art. 3 EMRK geht hinsichtlich der Gesundheitsversorgung einerseits inhaltlich weiter als der reine Lebensschutz⁷⁰⁹, garantiert andererseits aber kein allgemeines Recht auf Gesundheit⁷¹⁰. Es stellt sich deshalb die Frage, welchen Standard der Staat jedem einzelnen Strafgefangenen aus der positivrechtlichen Dimension und insbesondere aus dem leistungsrechtlichen Gehalt des Art. 3 EMRK aufgrund des besonderen Näheverhältnisses und der Fürsorgepflicht in medizinischen Belangen zu gewährleisten hat. Untersucht werden sowohl die Anforderungen an die Phase des Haftenrittes hinsichtlich der Dokumentation des Gesundheitszustandes, die Anforderungen an die Gesundheitsversorgung während der ganzen Dauer des Strafvollzugs sowie allfällige bezüglich Art. 3 EMRK relevante Pflichten im Hinblick auf die Phase der Haftentlassung.

Ist das erforderliche Mindestmass an Schwere für eine Verletzung von Art. 3 EMRK nicht erreicht, bliebe jedenfalls eine Prüfung von Art. 8 EMRK denkbar, worauf im Folgenden aber nicht näher eingegangen

709 SCHÄFER S. 52.

710 LINES International Journal of Prisoner Health 2006, 269 (276); EGMR – *Rohde/DEN*, Urt. v. 21.07.2005, 69332/01; EGMR (GK) – *Kudła/POL*, Urt. v. 26.10.2000, 30210/96; EGMR – *Melnik/UKR*, Urt. v. 28.03.2006, 72286/01.

wird.⁷¹¹ Nicht behandelt wird sodann die Frage, wann besonders bedenkliche andere materielle Haftbedingungen, die zu einer gesundheitlichen Beeinträchtigung führen, eine Verletzung von Art. 3 EMRK bilden. Ferner wird hier nicht der Frage nachgegangen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Gesundheitszustand eines Inhaftierten im Rechtshilfeverkehr unter Art. 3 EMRK-Gesichtspunkten von Relevanz ist.

Die Gesundheitsversorgung ist folglich als eigenständige Fallgruppe materieller Haftbedingungen zu betrachten und für sich alleine an Art. 3 EMRK zu messen. Wechselwirkung zwischen der Gesundheitsversorgung im Strafvollzug und weiteren Haftbedingungen werden aber nicht von der Hand gewiesen.⁷¹²

I. Gesundheitsversorgung im Strafvollzug – Einführung, Definition und Auswirkungen

Die Begriffe Gesundheitsversorgung und medizinische Versorgung werden in diesem Kapitel als Synonyme verwendet und weit ausgelegt. Sie umfassen nicht nur die rein ärztliche Versorgung im Krankheitsfall, sondern sollen zum einen auch den Bereich der Prävention umfassen und zum anderen die Versorgung durch weitere medizinische Leistungsträger einschließen. So sind auch weitere Massnahmen, welche auf den Gesundheitszustand des einzelnen Strafgefangenen gerichtet sind (geeignete Diäten, Physiotherapien, Rehabilitationsmassnahmen etc.), vom hier verwendeten Begriff umfasst.

711 SK-StPO/MEYER ART. 8 EMRK Rn. 11. Vgl. auch Pösl S. 53, welcher darauf hinweist, dass der gewährte Schutz unter Art. 8 EMRK auch aufgrund der Schrankenbestimmungen in Art. 8 Abs. 2 EMRK erheblich geringer sei.

712 So ist etwa der Zusammenhang zwischen der Problematik der Überbelegung und der medizinischen Versorgung bzw. der Behandlungsbedürftigkeit der Strafgefangenen evident. Überbelegte Zellen haben nachweislich Folgen, sowohl auf den mentalen als auch auf den physischen Zustand sowohl des gesunden als auch des bereits gesundheitlich angeschlagenen Inhaftierten. Weitere Haftbedingungen können darüber hinaus auch besondere Anforderungen an die Gesundheitsversorgungen im Strafvollzug stellen, zu denken ist etwa an die Anforderungen an die Behandlung ansteckender Krankheiten, bei welchen die Unterbringungsmodalitäten (Einzelzelle, Mehrbettzellen etc. oder mögliche Überbelegungen) eine wichtige Rolle spielen. Vgl. auch etwa EGMR – *Raffray Tadei/FRA*, Urt. v. 21.12.2010, 36435/07: Der EGMR hielt fest, dass mehrere Verlegungen des Beschwerdeführers aufgrund seines gesundheitlich labilen Zustands nicht konform mit Art. 3 EMRK waren.

Die Gesundheitsversorgung im Strafvollzug ist mit Blick auf Art. 3 EMRK auch deshalb von besonderer Relevanz, weil Inhaftierte häufig mehr gesundheitliche Probleme haben als Personen ausserhalb des Vollzugs.⁷¹³ Gründe dafür können sowohl das Vorleben der Gefangenen – häufig können die Inhaftierten im Freiheitsentzug erstmals medizinisch erreicht werden –⁷¹⁴ als auch das Umfeld des Strafvollzugs sein.⁷¹⁵ Statistisch gesehen haben Strafgefangene folglich einen höheren Bedarf an Gesundheitsversorgung, wobei gewisse Krankheitsbilder im Strafvollzug besonders häufig vertreten sind.⁷¹⁶ Ferner ist der Strafvollzug *prima vista* ein atypisches Umfeld für die Gesundheitsversorgung und zur Genesung.⁷¹⁷

-
- 713 LINES International Journal of Prisoner Health 2006, 269 (271 f.); CHARLES/DRAPER Journal of Medical Ethics 2012, 215 (216); JOTTERAND/WANGMO The American Journal of Bioethics 2014/7, 4 ff.; Vademekum: Übertragbare Krankheiten und Abhängigkeiten im Gefängnis, zuletzt abgerufen am 16.02.2020; WOLFF/SEBO/HALLER/EYTAN/NIVEAU/BERTRAND/GÉTAZ/CÉRUTTIN BMC Public Health 11, 245 (2011), 1 ff.; HILLENKAMP in: Hillenkamp/Tag, S. 11 (12 f.); vgl. SAMW – Stellungnahme der Zentralen Ethikkommission (ZEK) der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) betreffend Finanzierung medizinischer Leistungen im Gefängnis, S. 1 ff.; zur erhöhten Prävalenz an Infektionskrankheiten insb. HIV- und Hepatitisvirusinfektionen in der Gefängnispopulation vgl. KÜNZLI/ACHERMANN S. 7.
- 714 SAMW – Stellungnahme der Zentralen Ethikkommission (ZEK) der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) betreffend Finanzierung medizinischer Leistungen im Gefängnis, S. 2; vgl. auch HILLENKAMP in: Hillenkamp/Tag, S. 11 (14).
- 715 JOTTERAND/WANGMO The American Journal of Bioethics 2014/7, 4 (10); KÜNZLI/ACHERMANN S. 7, insb. Hafteinrichtungen in mittel- und osteuropäischen Staaten würden als „Herde der Tuberkuloseinfektion“ gelten, auch Schweizer Strafvollzugsanstalten seien Risikoorde für schwere Infektionskrankheiten. Vgl. auch HILLENKAMP in: Hillenkamp/Tag, S. 11 (14 f.); LIGTHART/VAN OPLOO/MEIJERS/MEYNEN/KOOIJMANS NJECL 2019, 287 (292 f.): Eine Studie in einem niederländischen Untersuchungsgefängnis hat gezeigt, dass das reizarme Umfeld des Vollzugs schon nach drei Monaten negative neurokognitive Auswirkungen hat. Hirnfunktionen, welche für die Selbstregulierung zuständig seien, würden dann abnehmen.
- 716 NIVEAU Journal of Medical Ethics 2007, 610 (611): Gemäss NIVEAU sind dies etwa: Hepatitis, HIV, Tuberkulose sowie Geschlechtskrankheiten, woraus schon eine andere Schwerpunktsetzung bei der Gesundheitsversorgung zu folgen habe. Gerade hier sei auch die Prävention im Gefängnis besonders bedeutend.
- 717 CHARLES/DRAPER Journal of Medical Ethics 2012, 215 (216); NIVEAU Journal of Medical Ethics 2007, 610 (611 f.): Eine Äquivalenz der psychiatrischen Behandlung könne nicht erreicht werden, denn der Strafvollzug biete für eine solche kein geeignetes Umfeld, und die wichtigsten Elemente wie stabile Familienbeziehungen, ein stabiles Umfeld, eine erfüllende Arbeit und Freiheit könnten

Situationen, die für Art. 3 EMRK relevante sind, können sich etwa aus dem potentiellen Spannungsverhältnis zwischen den Aufgaben und Zielen des Vollzugs wie Kontrolle und Überwachung und den Zielen der Gesundheitsversorgung wie Pflege und Behandlung ergeben.⁷¹⁸

Die Gesundheitsversorgung im Strafvollzug hat nicht nur für den betroffenen Inhaftierten Auswirkungen, sondern indirekt auch für deren Familien, Freunde, die Mitarbeiter der Strafvollzugsanstalt, Mitinhaftierte und sämtliche weiteren Personen, mit denen der Strafgefangene Kontakt aufnimmt.⁷¹⁹ Betroffen sind – insbesondere bei ansteckenden Krankheiten – sämtliche Bereiche des Vollzugs (Schlaf- und Bewegungsmöglichkeiten, Möglichkeit von und Zugang zu Aktivitäten inner- und ausserhalb der Zelle, hygienische Bedingungen etc.). Es gilt, den Bedürfnissen des kranken Inhaftierten Rechnung zu tragen und insbesondere bei ansteckenden Krankheiten die Kontaktpersonen zu schützen sowie den Haftalltag für die weiteren Inhaftierten aufrechtzuerhalten. Schwerpunkt der folgenden Analyse von Art. 3 EMRK sind die Auswirkungen auf den Betroffenen selbst.

II. Gesundheitsversorgung im Strafvollzug – Prinzipien

Bevor die einzelnen Regelungsinstrumente und die Rechtsprechung analysiert werden, ist zunächst auf drei Prinzipien einzugehen, welche sich mit Blick auf Art. 3 EMRK als prägend erweisen werden; das Äquivalenzprinzip, das Freiwilligkeitsprinzip und das Vertrauensprinzip.

nicht gewährt werden. Vgl. ferner JOTTERAND/WANGMO *The American Journal of Bioethics* 2014/7, 4 (5, 8).

718 Zu diesem Spannungsverhältnis allgemein: JOTTERAND/WANGMO *The American Journal of Bioethics* 2014/7, 4 (8): Widerspruch zwischen den Zielen. Dies geht meines Erachtens aber zu weit. Zu bedenken ist, dass die Ziele des Strafvollzugs sich bei einer zeitgemässen Betrachtung keineswegs auf Kontrolle und Überwachung beschränken.

719 MELIS *International Journal of Prisoner Health* 2009, 303 (304); vgl. auch Schweizerisches Kompetenzzentrum für den Justizvollzug – Gesundheit, zuletzt abgerufen am 23.12.2019; SAMW – Stellungnahme der Zentralen Ethikkommission (ZEK) der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) betreffend Finanzierung medizinischer Leistungen im Gefängnis, S. 2.

1. Äquivalenzprinzip

Das Äquivalenzprinzip statuiert, dass das Niveau der Gesundheitsversorgung in der Strafvollzugsanstalt demjenigen in der freien Gesellschaft zu entsprechen hat.⁷²⁰ Gleichwertig haben sowohl ärztliches, pflegerisches und technisches Personal als auch die für die Gesundheitsversorgung notwendigen Räumlichkeiten, Installationen und Ausrüstungen zu sein.⁷²¹ Sowohl die somatische als auch die psychiatrische Versorgung werden von diesem Prinzip umfasst.

Der Grundsatz der Gleichwertigkeit wurzelt in *ethischen* Gesichtspunkten.⁷²² In der *normativen Ethik* wird das Prinzip der Äquivalenz als einer der Grundpfeiler der Gesundheitsversorgung im Strafvollzug aufgeführt.⁷²³ In der *angewandten Ethik* wird im Äquivalenzprinzip die Verwirklichung der Gerechtigkeit und der Solidarität gesehen.⁷²⁴ In der *Medizin-Ethik* ist das Äquivalenzprinzip Ausdruck des Postulats, dass der Arzt für das Wohl des Kranken besorgt zu sein hat.⁷²⁵ Dabei gebietet es die *berufsethische Pflicht* des Arztes, dass er nicht aufgrund des Status des Kranken differenziert.⁷²⁶

Auf *rechtsphilosophischer* Ebene wird das Äquivalenzprinzip durch die Grundprinzipien der Billigkeit „equity“ und der distributiven Gerechtigkeit (Verteilungsgerechtigkeit; „distributive justice“) gestützt.⁷²⁷

Das Äquivalenzprinzip bringt zum Ausdruck, dass auch der Inhaftierte Teil der Gesellschaft bleibt,⁷²⁸ womit es auch Ausdruck der Umsetzung des *Normalisierungsgebotes*⁷²⁹ resp. des „no more harm principles“ ist. Die Bestrafung erfolgt durch die Beschränkung der Freiheit und nicht durch weitere prekäre Haftbedingungen, weshalb auch im Strafvollzug eine ad-

720 LINES International Journal of Prisoner Health 2006, 269 ff.

721 Vgl. etwa MEIER in: Keppler/Stöver, S. 76 ff.; PONT International Journal of Prisoner Health 2006, 259 (264).

722 NIVEAU Journal of Medical Ethics 2007, 610 ff.

723 NIVEAU, Journal of Medical Ethics 2007, 610 ff.

724 NIVEAU, Journal of Medical Ethics 2007, 610 ff.

725 MEIER in: Keppler/Stöver, S. 76 ff.

726 MEIER in: Keppler/Stöver, S. 76 (77): Kommt es zu einer Differenzierung sei diese aus medizinethischer Sicht zu begründen. Im Unterschied dazu sei eine äquivalente Behandlung nicht begründungsbedürftig.

727 CHARLES/DRAPER Journal of Medical Ethics 2012, 215 ff.

728 MELIS International Journal of Prisoner Health 2009, 303 (305).

729 NAGLER S. 36.

äquate medizinische Versorgung zu gewährleisten ist.⁷³⁰ Ein äquivalenter Massstab der Gesundheitsversorgung sei auch ein „sichtbares Zeichen des Niveaus der Menschlichkeit und der Fürsorge in dem betroffenen Gefängnisssystem“.⁷³¹

Die Anwendung des Äquivalenzprinzips leuchtet *prima vista* ein. Deshalb werden im Folgenden dessen Inhalt und dessen rechtliches Potential näher untersucht. Fragen drängen sich zum einen bei der Ermittlung des Referenzmassstabes und zum anderen bei den Beurteilungskriterien der Gleichwertigkeit auf.

Besteht ein einheitlicher medizinischer Standard in der freien Gesellschaft, wird dieser evidenterweise als Referenzmassstab beizuziehen sein. Besteht kein einheitlicher Standard in der freien Gesellschaft, könnte entweder der *durchschnittlich* angebotene Standard in der Gesellschaft, der *höchste* angebotene Standard in der Gesellschaft oder der hypothetische Standard, welcher dem konkret Betroffenen in der freien Gesellschaft zu Teil werden würde (*individualisierter* Massstab), als Referenzmassstab dienen.

Schon die Beantwortung der Frage, ob ein einheitlicher Massstab vorliegt oder nicht, setzt die Festlegung einer Vergleichsgruppe voraus. Hier ist meines Erachtens zu differenzieren: Wird das Äquivalenzprinzip auf europäischer Ebene statuiert, werden alle Europaratsstaaten zu dieser gehören. Wird das Äquivalenzprinzip demgegenüber auf nationaler Ebene gefordert, wird die Vergleichsgruppe die freie Gesellschaft dieses Staates sein. Je grösser die Vergleichsgruppe, desto weniger wahrscheinlich ist ein einheitlicher Massstab, und je heterogener die Gruppe, desto schwieriger wird es sein, einen sinnvollen Referenzmassstab zu eruieren.

Bei der Beurteilung müsste darauf geachtet werden, dass man die Personen im Strafvollzug immer mit einer Kontrollpopulation vergleicht, die auch versicherungstechnisch den Inhaftierten gleichgestellt ist. Geht es um einen menschenrechtlichen Mindeststandard, dürften jegliche Leistungen aus Zusatzversicherung von vorneherein nicht mitberücksichtigt werden.

Nimmt man den durchschnittlichen resp. den höchsten angebotenen Standard, kann es sein, dass das Äquivalenzprinzip dazu führt, dass der konkreten Person im Einzelfall im Strafvollzug eine bessere oder bisweilen wohl auch eine schlechtere medizinische Versorgung zukommt als in

730 MEIER in: Keppler/Stöver, S. 76 ff.; JOTTERAND/WANGMO *The American Journal of Bioethics* 2014/7, 4 ff.; CHARLES/DRAPER *Journal of Medical Ethics* 2012, 215 ff.; STÖVER in: Keppler/Stöver, S. 301 ff.

731 VÓKÓ S. 155 f.

der freien Gesellschaft.⁷³² Ein individualisierter Massstab würde dies zwar vermeiden, hätte allerdings auch zur Folge, dass eine benachteiligte gesellschaftliche Position im Strafvollzug perpetuiert würde. Solche individualisierten Massstäbe liessen sich jedenfalls aus einer menschenrechtlichen Perspektive nicht begründen.

Neben der Festlegung des Referenzmassstabes stellen sich auch bei der Beurteilung der Äquivalenz besondere Fragen.⁷³³ Von einer Gleichwertigkeit kann etwa dann ausgegangen werden, wenn die gewährten *Leistungen* innerhalb und ausserhalb des Strafvollzugs dieselben sind. Gleichwertigkeit könnte aber auch erst dann vorliegen, wenn nicht nur die gewährten Leistungen, sondern auch das erzielte *Ergebnis* das Gleiche ist.⁷³⁴ Die Gleichwertigkeit des Ergebnisses bedingt häufig eine höhere bzw. eine bessere medizinische Leistung, da im Strafvollzug im Vergleich zur freien Gesellschaft mit mehr und schwerwiegenderen Krankheitsfällen zu rechnen ist, welche komplexere Therapien erfordern.⁷³⁵ Würde ein gleiches Ergebnis gefordert, hätte dies zur Folge, dass auch bei Einhaltung einer äquivalenten Gesundheitsleistung die Rechte des Strafgefangenen verletzt sein könnten.⁷³⁶ Die Erzielung eines gleichwertigen Ergebnisses bedeutet aber nicht immer eine *erhöhte* Leistung; bisweilen erfordert ein gleichwertiges Ergebnis eher eine an die Umstände des Strafvollzugs *angepasste* Leistung.⁷³⁷ Beispielhaft kann hier die Verschreibung von Opiatanalgetika und Sedativa erwähnt werden. Dabei darf nicht ausser Acht gelassen werden, welches Missbrauchspotential solche Substanzen innerhalb einer Strafvoll-

732 NIVEAU *Journal of Medical Ethics* 2007, 610 (612): Gerade bei der Population der Strafgefangenen sei davon auszugehen, dass diese in der freien Gesellschaft eher eine unterdurchschnittliche Gesundheitsversorgung erhalten würden.

733 Zu methodischen Schwierigkeiten für einen empirischen Vergleich intra- und extramuraler Versorgung sowie zu validen Indikatoren für einen solchen Vergleich vgl. auch MEIER in: Hillenkamp/Tag, S. 35, 42 ff.

734 CHARLES/DRAPER *Journal of Medical Ethics* 2012, 215 ff.; JOTTERAND/WANGMO *The American Journal of Bioethics* 2014/7, 4 ff. In englischer Terminologie wird hier zwischen „*equivalence of the process of care*“ und „*equivalence of outcomes of care*“ unterschieden.

735 LINES *International Journal of Prisoner Health* 2006, 269 (271 f.): Als Beispiele somatischer Krankheiten werden etwa die Tuberkulose und HIV-Infektionen angeführt. Eine Häufung besteht aber auch bei psychischen Krankheiten. Vgl. auch CHARLES/DRAPER *Journal of Medical Ethics* 2012, 215 (216); JOTTERAND/WANGMO *The American Journal of Bioethics* 2014/7, 4 ff.

736 LINES *International Journal of Prisoner Health* 2006, 269 (270).

737 CHARLES/DRAPER *Journal of Medical Ethics* 2012, 215 (216).

zugsanstalt haben.⁷³⁸ Angepasste Leistungen können weiter auch aufgrund von Sicherheitsüberlegungen erforderlich sein, wobei Gefahrenanalysen mit entsprechenden Sicherheitskonzepten insbesondere bei Verlegungen in externe Behandlungseinrichtungen von besonderer Relevanz sein dürfen.

Eine höhere Leistungsverpflichtung wird bisweilen aus der besonderen Schutzpflicht abgeleitet. Argumentiert wird, dass zwar kein allgemeines Recht auf Gesundheit in der freien Gesellschaft besteht, wohl aber während des Strafvollzugs, was aus der besonderen Fürsorgepflicht des Staates während der Dauer des Vollzugs abzuleiten ist.⁷³⁹

In vielen Situationen kann die Gleichwertigkeit des Ergebnisses aber einer ausgleichenden Gerechtigkeit entsprechen, weil auf diese Weise vorbestehende Nachteile ausgeglichen werden können. Eine Gleichwertigkeit ist aber keineswegs unter allen Bedingungen anzustreben, zum Beispiel bei der vertraulichen Handhabung einer Diagnose.⁷⁴⁰ Auch Befürworter des ergebnisorientierten Ansatzes räumen deshalb ein, dass nicht sämtliche Unterschiede zwischen Strafgefangenen und der freien Gesellschaft ausgeglichen werden müssen.⁷⁴¹ Eine Äquivalenz im Ergebnis sei nur insofern anzustreben, als sie „*unfair or avoidable difference[s]*“ betreffe.⁷⁴² Lässt sich noch relativ leicht eruieren, ob der Unterschied vermeidbar ist, wird näher zu konkretisieren sein, was ein unfairen und damit auszugleichender Unterschied ist.

738 CHARLES/DRAPER *Journal of Medical Ethics* 2012, 215 (217): Es sei bekannt, dass solche Substanzen im Gefängnis sowohl für den persönlichen Gebrauch als auch aus ökonomischer Sicht zum Tausch von anderen Produkten gebraucht würden.

739 PONT *International Journal of Prisoner Health* 2006, 259 (264): Dies werde insbesondere bei einem ungenügenden Standard in der freien Gesellschaft relevant. Vgl. auch JOTTERAND/WANGMO *The American Journal of Bioethics* 2014/7, 4ff.; LINES *International Journal of Prisoner Health* 2006, 269 (276): „This higher standard of health care is owed by virtue of the custodial relationship between keepers and the kept.“

740 Vgl. etwa das Beispiel von: CHARLES/DRAPER *Journal of Medical Ethics* 2012, 215 (217): Zu denken sei etwa an den Aspekt der Vertraulichkeit der Patientendaten. Der Entscheid über ihre Offenlegung erfolge nach einer Abwägung zwischen den Interessen des Patienten an der Vertraulichkeit der Daten und den öffentlichen Interessen, zu denen etwa auch Sicherheitsanliegen gehören würden. Diese Abwägung werde im Strafvollzug im Ergebnis häufiger zu Gunsten der öffentlichen Interessen ausfallen. Eine Gleichwertigkeit des Ergebnisses sei hier nicht anzustreben.

741 CHARLES/DRAPER *Journal of Medical Ethics* 2012, 215 (218).

742 CHARLES/DRAPER *Journal of Medical Ethics* 2012, 215 (218).

Es lässt sich somit nicht allgemein festlegen, ob die Gleichwertigkeit der *Leistung* oder jene des *Ergebnisses* anzustreben sei.

Die Gleichwertigkeit der Leistung, oder auch des Ergebnisses, soll etwa durch institutionelle und personelle Vorkehrungen sichergestellt werden. Aus dem Äquivalenzprinzip wird nämlich abgeleitet, dass die Gesundheitsversorgung des Gefängnisses institutionell soweit wie möglich in die generelle öffentliche Gesundheitsversorgung eingebettet sein sollte.⁷⁴³ Von einer Zuständigkeitskonzentration sowohl für die Gesundheitsversorgung im Strafvollzug als auch für die Gesundheitsversorgung in der freien Gesellschaft wird eine inhaltliche Annäherung durch einheitliche medizinische Entscheide erhofft.⁷⁴⁴ Ferner wird aus dem Gleichwertigkeitsgebot abgeleitet, dass ein im Gefängnis praktizierender Arzt weiterhin auch in der freien Gesellschaft praktizieren sollte.⁷⁴⁵ Auf diese Weise sei die Unvoreingenommenheit und die Neutralität des Arztes sicherzustellen, was zu einer möglichst natürlichen Arzt-Patienten-Beziehung führen soll.⁷⁴⁶ Hinzu komme, dass auf diese Weise auch der aktuellste Standard der medizinischen Versorgung ausserhalb des Krankenhauses dem Arzt bekannt sei.⁷⁴⁷ Vom Äquivalenzprinzip jedoch anerkanntermassen nicht umfasst ist die freie Arztwahl.⁷⁴⁸

Unabhängig davon, welcher Methode man bei der Festsetzung des Referenzmassstabes folgt, und ebenso unabhängig davon, ob die Gleichwertigkeit der Leistung oder die Gleichwertigkeit des Ergebnisses massgebend ist, wird der Massstab, der aus dem Äquivalenzprinzip folgt, immer ein relativer sein. Kommt im konkreten Fall hinzu, dass in der freien Gesellschaft prekäre Bedingungen bei der Gesundheitsversorgung herrschen – weil etwa grössere Teile der Gesellschaft nicht (pflicht-)versichert sind –, stellt sich zusätzlich die Frage des Genügens des Referenzmassstabes aus einer menschenrechtlichen Perspektive.

Es stellt sich deshalb die Frage, ob das Äquivalenzprinzip aus einem *menschenrechtlichen* Blickwinkel ein *geeigneter* und ein *genügender* Standard

743 CHARLES/DRAPER *Journal of Medical Ethics* 2012, 215 (216); eine „fachlich medizinische“ Verknüpfung und keine Abkoppelung fordert auch: MEIER in: Keppler/Stöver, S. 76 ff.

744 Zur Situation in Grossbritannien etwa: CHARLES/DRAPER *Journal of Medical Ethics* 2012, 215 (216).

745 JOTTERAND/WANGMO *The American Journal of Bioethics* 2014/7, 4 (8).

746 NIVEAU *Journal of Medical Ethics* 2007, 610 (611).

747 JOTTERAND/WANGMO *The American Journal of Bioethics* 2014/7, 4 (8).

748 NIVEAU *Journal of Medical Ethics* 2007, 610 (611); JOTTERAND/WANGMO *The American Journal of Bioethics* 2014/7, 8.

ist, um die Mindestbedingungen einer medizinischen Versorgung im Strafvollzug festzulegen (vgl. dazu näher Teil 3 Kap. 3 IV. 3.2.).⁷⁴⁹

2. Freiwilligkeitsprinzip im Strafvollzug – das Prinzip der Einwilligung (informed consent)

Selbstbestimmungsrecht und Autonomie des Patienten gebieten es, dass eine medizinische Untersuchung und Behandlung erst nach genügender *Aufklärung* und *Einwilligung* des Patienten erfolgt (vgl. auch die Garantien des Art. 8 EMRK).⁷⁵⁰ Beim *informed consent* handelt es sich um einen *medizinethischen* Grundsatz. Das Freiwilligkeitsprinzip wird in der Praxis allerdings immer wieder eingeschränkt; es erfolgt beispielsweise häufig schon bei Haftantritt eine *obligatorische* medizinische Untersuchung des Inhaftierten. Dabei wird versucht, vom Insassen eine Einverständniserklärung zu erlangen. Gelingt dies jedoch nicht, wird die Untersuchung bisweilen auch gegen den Willen des Strafgefangenen vorgenommen.⁷⁵¹

Für das Obligatorium zur Eintrittsuntersuchung sind mehrere Gründe denkbar. Die Dokumentation zur Eintrittsuntersuchung kann etwa der Strafvollzugsanstalt in möglichen späteren Verfahren hinsichtlich vorbestehender gesundheitlicher Beeinträchtigungen als Beweis dienen, was insbesondere durch die aus dem Sonderstatusverhältnis des Inhaftierten resultierende Beweislastumkehr von besonderer Bedeutung ist. Insofern dient die Eintrittsuntersuchung mit entsprechender Dokumentation der Strafvollzugsanstalt als Schutz vor späteren ungerechtfertigten Vorwürfen. Sind die prozessualen Regelungen zu Gunsten des Strafgefangenen konzipiert worden (Beweiserleichterungen), stehen sie in diesem Fall gleichwohl in einem Spannungsverhältnis zur Autonomie des Strafgefangenen als Patient. Die Haftantrittsuntersuchung erfolgt aber auch aus dem Gesichtspunkt der besonderen Obhuts- und Fürsorgepflicht des Staates, können in der Untersuchung doch allfällige besondere Bedürfnisse des Inhaftierten festgehalten werden.⁷⁵² Die Untersuchung ist folglich in der Regel

749 In diese Richtung auch bereits: LINES International Journal of Prisoner Health 2006, 269 (270).

750 Vgl. auch hinsichtlich des Selbstbestimmungsrechts und des gezielten Hungerstreiks: SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 41.

751 JOTTERAND/WANGMO The American Journal of Bioethics 2014/7, 4 (8).

752 Immer vorausgesetzt ist dabei selbstverständlich, dass die Hafterstehungsfähigkeit sichergestellt ist.

auch im Interesse des Betroffenen selbst.⁷⁵³ Darüber hinaus kommt die Strafvollzugsanstalt mit einer obligatorischen Eintrittsuntersuchung auch ihren Pflichten gegenüber den künftigen Mitinhaftierten und den Strafvollzugsbeamten nach, welche ihrerseits auch zum Staat in einem Sonderstatusverhältnis stehen, weshalb auch ihnen gegenüber besondere Obhuts- und Fürsorgepflichten greifen.

Die Autonomie und der Wille des Strafgefangenen stehen hier folglich in einem besonderen Spannungsverhältnis zu prozessualen Vorschriften zum einen und Interessen von Dritten zum anderen. Hinsichtlich der entgegenstehenden Interessen des Staates aufgrund der Beweislastumkehr könnte sich in Abwägung mit dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen eine Lösung abzeichnen, wenn die Antrittsuntersuchung nicht als Pflicht, sondern als Obliegenheit ausgestaltet werden könnte: Unterzieht sich der Strafgefangene der Untersuchung, kommen ihm die prozessualen Vorteile der Beweislastumkehr zugute; verweigert er indes eine solche, gelten die allgemeinen Beweislastregeln, die auch ausserhalb von Sonderstatusverhältnissen gelten (keine Beweislasteasierungen für den Inhaftierten und damit Anwendung des allgemeinen Grundsatzes „*affirmanti incumbit probatio*“). Fehlt eine Einwilligung des Strafgefangenen, ist dies zu dokumentieren, und es ist sicherzustellen, dass der Inhaftierte die Folgen dessen versteht. Es ist explizit darauf hinzuweisen, dass er auf seine Entscheidung jederzeit zurückkommen kann, eine nachträgliche Untersuchung also möglich bleibt.⁷⁵⁴

Auf diese Weise würde dem Selbstbestimmungsrecht des Inhaftierten so weit als möglich Rechnung getragen; ob es sich bei der Einwilligung unter diesen Voraussetzungen allerdings tatsächlich um eine freiwillige (autonome Wille) handelt, ist zumindest anzuzweifeln. Besteht das Spannungsverhältnis aber auch gegenüber Rechten von Dritten, scheint dieser Vorschlag ohnehin keine valable Lösung zu sein, so dass wohl auch in Zukunft an einer obligatorischen Eintrittsuntersuchung festzuhalten sein wird. Dabei bleibt weiterhin möglichst auf das Einverständnis des Inhaf-

753 NIVEAU *Journal of Medical Ethics* 2007, 610 (611).

754 Zur allgemeinen medizinischen Behandlung im Strafvollzug: PONT *International Journal of Prisoner Health* 2006, 259 (264). Im Zusammenhang mit der Eintrittsuntersuchung macht eine spätere Untersuchung in Bezug auf die Beweislast von im Vollzug entstandenen Verletzungen vor allem so lange Sinn, als sie gerade noch nicht entstanden sind. Wenn bereits Verletzungen entstanden sind, kann die Untersuchung zu Beweis Zwecken immer noch sinnvoll sein, zum einen zur Dokumentation der entstandenen Verletzungen, zum anderen aber auch für den Fall, dass weitere Verletzungen dazukommen sollten.

tierten hinzuwirken, indem ihm etwa die Gründe der Untersuchung und deren Vorteile für ihn selbst erläutert werden.

Die medizinische Versorgung *während* der Haft hat in aller Regel, wie in der freien Gesellschaft auch, erst nach einer Einverständniserklärung des urteilsfähigen Inhaftierten zu erfolgen. Ausnahmen können sich unter Umständen bei der Diagnostik und Behandlung ansteckender und lebensbedrohlicher Krankheiten ergeben (im Einzelnen Teil 3 Kap. 3 IV. 1.). Bei Ersterem ist zu berücksichtigen, dass die Umstände des Strafvollzugs – viele Personen auf relativ engem geschlossenem Raum – ein erhöhtes Verbreitungsrisiko bergen, wobei wiederum der besonderen Fürsorgepflicht gegenüber den weiteren Inhaftierten Rechnung zu tragen ist.

Sind weder die Interessen des Inhaftierten noch unmittelbare Dritinteressen (insb. bzgl. Mitinhaftierte, Strafvollzugsbeamten etc.) berührt, sondern geht es vielmehr um allgemeine medizinische Versuche resp. Forschung, hat das Einwilligungsprinzip einschränkungslos zu gelten, wobei auch hier auf die besondere Fürsorgepflicht des Staates gegenüber dem konkret Betroffenen zu verweisen ist.

3. Vertrauensprinzip und Vertraulichkeit im Strafvollzug – Arzt-Patienten-Beziehung

Mit dem Prinzip der Einwilligung, d.h. der Freiwilligkeit der medizinischen Versorgung, eng verknüpft sind das Vertrauensprinzip und der Grundsatz der Vertraulichkeit. Strafvollzugsbedingte Ausnahmen bleiben auch hier möglich.

Die Arzt-Patienten-Beziehung sollte durch *Vertrauen* geprägt sein. Wie gesehen, umfasst das Äquivalenzprinzip gerade keine freie Arztwahl; der Arzt wird vielmehr durch die Vollzugsbehörde bestimmt – meist der Arzt, der für die konkrete Strafvollzugsanstalt zuständig ist. Sowohl das Fehlen der freien Arztwahl im Allgemeinen als auch das Verhältnis des Arztes zur Strafvollzugsanstalt können zu einem gewissen Spannungsverhältnis führen, weshalb der Aufbau des Vertrauensverhältnisses nicht immer einfach ist.⁷⁵⁵ Führt ein fehlendes Vertrauensverhältnis dazu, dass der Inhaftierte

755 Zu diesem Spannungsverhältnis vgl. ausf. auch HILLENKAMP in: Hillenkamp/Tag, S. 11 (20 ff.), der für das „Primat der Medizin“ eintritt. Vgl. auch TAG in: Hillenkamp/Tag, S. 89, welche dieses Spannungsverhältnis mit einem Überschneiden der Pflichtenkreise aus vollzugsorientierter Tätigkeit und aus der

eine Behandlung durch den zur Verfügung stehenden Arzt ablehnt⁷⁵⁶, kann dies weitreichende Konsequenzen für den Betroffenen haben, wobei sich insbesondere die Frage stellt, wann ein Beizug eines anderen externen Arztes erforderlich wird.

Der Aufbau eines Vertrauensverhältnisses hängt nicht zuletzt von der Gewährung der *Vertraulichkeit* der medizinischen Daten des Inhaftierten gerade auch gegenüber der Vollzugsanstalt ab, insbesondere wenn der Arzt von der Strafvollzugsanstalt bestimmt wird. Grundsätzlich gilt, wie in der freien Gesellschaft auch, dass der Arzt einem Berufsgeheimnis unterliegt, d.h., dass er ohne die Einwilligung des Inhaftierten grundsätzlich keine Informationen, welche er in Ausübung seines Berufes erfahren hat, an Dritte (auch nicht an die Leitung der Strafvollzugsanstalt) weitergeben darf.⁷⁵⁷ Auch das Prinzip der Vertraulichkeit dieser besonders sensiblen Informationen gilt jedoch nicht in jedem Fall.⁷⁵⁸ Der Grundsatz der Vertraulichkeit steht dabei wiederum in einem Spannungsverhältnis mit Drittinteressen. Zu denken ist beispielsweise an das Vorliegen ansteckender Krankheiten, aber auch etwa an Sicherheitsinteressen (für die Zeit während des Vollzugs aber auch für die Zeit nach dem Vollzug). Dieses Spannungsverhältnis gilt es im Einzelfall aufzulösen.

4. Zwischenfazit

Die Gesundheitsversorgung während des Strafvollzugs ist vom Prinzip der Äquivalenz geprägt, welches insbesondere auf ethischen, aber auch auf rechtsphilosophischen Grundsätzen beruht und welches aus dem Normalisierungsgebot und dem „*no more harm principle*“ abgeleitet werden kann. Im Strafvollzug soll die Gesundheitsversorgung damit gleichwertig mit jener in der freien Gesellschaft sein. Sowohl hinsichtlich der Festlegung des Referenzrahmens als auch bei der Frage der Beurteilungskriterien der Gleichwertigkeit besteht allerdings weiterer Konkretisierungsbedarf. Wei-

allgemeinen Gesundheitsfürsorge beschreibt. Vgl. ferner PONT International Journal of Prisoner Health 2006, 259 ff.

756 NIVEAU Journal of Medical Ethics 2007, 610 (611).

757 Entsprechende Vorschriften können sich aus dem jeweiligen nationalen Strafgesetzbuch ergeben oder auf berufsethischen Pflichten des Arztes beruhen. Vgl. auch TAG in: Hillenkamp/Tag, S. 89 (90 f.).

758 CHARLES/DRAPER Journal of Medical Ethics 2012, 215 (217); zur anstaltsärztlichen Schweigepflicht und deren Grenzen im deutschen Kontext vgl. ausf. TAG in: Hillenkamp/Tag, S. 89 (91 ff., 97 ff.).

ter wurde deutlich, dass weder das Äquivalenzprinzip noch die weiteren Prinzipien der Freiwilligkeit und der Vertraulichkeit im Strafvollzug in jedem Fall Geltung beanspruchen. Gerade die Besonderheiten des Strafvollzugs führen zu Ausnahmen, insbesondere aufgrund der besonderen Fürsorgepflichten des Staates. Gleichwohl ist zu fordern, dass nie leichthin von den Grundprinzipien der Freiwilligkeit und der Vertraulichkeit abgewichen werden darf und Ausnahmen mithin nur bei klar umrissenen Konstellationen zur Anwendung kommen dürfen. Dies, um nicht Gefahr zu laufen, diese rechtlichen Grundprinzipien zu unterwandern.

III. Regelungsinstrumente zur Gesundheitsversorgung – vorgeschlagene bzw. gesetzte Standards

Die medizinische Versorgung ist nicht erst heute, sondern war auch schon in der Vergangenheit, Gegenstand von Regulierungsmechanismen und Empfehlungen auf verschiedenen Ebenen. Von ihnen werden einige zentrale in diesem Kapitel aufgegriffen, wobei der Fokus – wie schon bei der Überbelegungsproblematik – auf Entwicklungstendenzen, Gemeinsamkeiten und Unterschieden liegt. Besonderes Augenmerk wird weiter auf die Implementierung der vorgenannten Grundprinzipien gerichtet.

1. Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I)

Art. 12 Abs. 1 UNO-Pakt I statuiert ein allgemeines Recht auf Gesundheit, welches das individuell erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit umfasst. Zu beachten bleibt allerdings die Geltung von Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt I, wonach auch Art. 12 UNO-Pakt I einer progressiven Verwirklichung unterliegt, bei welcher die verfügbaren Ressourcen stets zu berücksichtigen bleiben. Verwirklicht werden soll dieses allgemeine Recht in den Konventionsstaaten etwa durch die Schaffung der Voraussetzungen, die für *jedermann* im Krankheitsfall den Genuss medizinischer Einrichtungen und ärztlicher Betreuung sicherstellen (Art. 12 Abs. 2 lit. d UNO-Pakt I).

Der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte als Überwachungsorgan des UNO-Pakts I erkennt in dieser Garantie die Verpflichtung des Staates, qualitativ und quantitativ genügende öffentliche Gesundheitsinfrastruktur (Gesundheitseinrichtungen, Gesundheitsgüter,

Gesundheitsdienstleistungen und Gesundheitsinformationen) *verfügbar* zu machen („*availability*“) und den *Zugang* zu diesen für alle Personen sicherzustellen („*accessibility*“).⁷⁵⁹ Aufgrund des gewährleisteten diskriminierungsfreien Zugangs zur Gesundheitsinfrastruktur gelten diese Garantien für die Gruppe der Strafgefangenen gleichermaßen wie für den Rest der Gesellschaft. Das Verfügbarmachen von Gesundheitsinfrastruktur i.S.v. Art. 12 UNO-Pakt I umfasst insbesondere auch die Bereitstellung elementarer Arzneimittel sowie den Erlass und die Durchsetzung einer nationalen Gesundheitsstrategie und eines Aktionsplanes.⁷⁶⁰ Der gewährleistungsrechtliche Gehalt von Art. 12 UNO-Pakt I fordert von den Konventionsstaaten weiter, das Recht auf Gesundheit im eigenen Nationalstaat zu postulieren und diesem am besten durch gesetzgeberische Massnahmen Geltung zu verschaffen.⁷⁶¹

Dieses allgemein gehaltene Postulat zeigt die grosse Bedeutung auf, welche die Vereinten Nationen der Gesundheitsversorgung im Allgemeinen zumessen, und ist Ankerpunkt für weitere, spezifischere Regelwerke.

2. UN-Mindestgrundsätze für die Behandlung von Gefangenen und Nelson-Mandela-Regeln

2.1 UN-Mindestgrundsätze für die Behandlung von Gefangenen

Schon in den UN-Mindestgrundsätzen für die Behandlung von Gefangenen aus dem Jahr 1955 finden sich umfassende Empfehlungen rund um die Gesundheitsversorgung Inhaftierter (insb. Regeln 22 ff., 53 Abs. 3, 62, 91) und zum Umgang mit kranken Inhaftierten (Regel 82 f.) sowie zum Recht des Inhaftierten auf Information seiner Angehörigen im Krankheitsfall (Regel 44).

In den UN-Mindestgrundsätzen von 1955 wird festgehalten, dass jeder Inhaftierte so rasch als möglich nach Haftantritt medizinisch zu unter-

759 Zum Ganzen vgl. WSK-Ausschuss, General Comment No. 14, insb. Ziff. 12: Das Erfordernis der Zugänglichkeit setze sich aus einer diskriminierungsfreien Zugänglichkeit, einer physischen Zugänglichkeit, einer ökonomischen Zugänglichkeit sowie einer Informationszugänglichkeit zusammen. Vgl. auch KÜNZLI/EUGSTER/SPRING S. 45, S. 47; ausf. auch KÄLIN/KÜNZLI S. 353, 368 ff.

760 WSK-Ausschuss, General Comment No. 14, Ziff. 43; KÜNZLI/EUGSTER/SPRING S. 47.

761 WSK-Ausschuss, General Comment No. 14, Ziff. 60; KÜNZLI/EUGSTER/SPRING S. 45.

suchen ist (Regel 24). Bei der Eintrittsuntersuchung sind Gefangene mit Verdacht auf Infektionskrankheiten oder andere ansteckende Krankheiten zu separieren. Alle festgestellten physischen oder psychischen Krankheiten sind festzuhalten und die notwendigen Massnahmen zu treffen. Ferner sind Krankheiten, welche die Rehabilitation erschweren könnten, und die Arbeitsfähigkeit eines jeden Inhaftierten festzustellen (Regel 24). Damit gehen die UN-Mindestgrundsätze von einer obligatorischen Eintrittsuntersuchung aus, unabhängig von einer Einwilligung des Inhaftierten.

Für die Gesundheitsversorgung während der Dauer der Haft wird in Regel 22 gefordert, dass in jeder Strafvollzugsanstalt ein Arzt⁷⁶² verfügbar sein muss. Im Weiteren wird die Ausgestaltung der Gesundheitsversorgung näher definiert: Die Gesundheitsdienste sind in enger Zusammenarbeit mit den Gesundheitsdiensten der freien Gesellschaft zu organisieren (Regel 22 Abs. 1). Ist eine spezialisierte Behandlung erforderlich, muss der Inhaftierte an eine spezialisierte Institution oder in ein ziviles Krankenhaus überwiesen werden (Regel 22 Abs. 2). Erfolgt die Behandlung in einer haft-eigenen Krankenstation, haben die Einrichtung, die Ausstattung und die Medikation der medizinischen Behandlung angemessen zu sein (Regel 22 Abs. 2). Damit orientieren sich die UN-Mindestgrundsätze von 1955 an Einzelaspekten des *Äquivalenzprinzips*. Sowohl die Zusammenarbeit mit als auch die Überweisungsmöglichkeit zu den medizinischen Diensten der freien Gesellschaft zielen dabei auf eine gleichwertige Gesundheitsversorgung inner- und ausserhalb des Vollzugs ab. Erfolgt keine Überweisung in eine zivile Klinik, wird eine *angemessene* haftinterne medizinische Versorgung gefordert.

Zur Festsetzung, was die *Angemessenheit* der Gesundheitsversorgung beinhaltet, enthalten die UN-Mindestgrundsätze zahlreiche weitere konkretisierende inhaltliche Garantien. So wird etwa gefordert, dass der Arzt täglich bei allen kranken Inhaftierten und bei all jenen, die über eine Krankheit klagen, Visite abzuhalten hat (Regel 25 Abs. 1). Weiter hat für alle Strafvollzugsanstalten auch jederzeit ein Zahnarzt verfügbar zu sein (Regel 22 Abs. 3). Auch die besonderen Anforderungen an die Gesundheitsversorgung von schwangeren Frauen im Strafvollzug werden geregelt (Regel 23).

Mit Blick auf das Vertrauensprinzip und den Vertraulichkeitsgrundsatz ist insbesondere auf die Informationspflichten des Arztes gegenüber der Gefängnisdirektion hinzuweisen. Die UN-Mindestgrundsätze fordern et-

762 Dieser Arzt muss zumindest auch Kenntnisse über psychische Krankheiten haben (Regel 22 Abs. 1: „some knowledge of psychiatry“).

wa, dass der Arzt Informationen, welche die Haftfähigkeit der Inhaftierten betreffen könnten, an die Direktion weiterzuleiten habe (Regel 25 Abs. 2). Der Arzt soll gemäss den UN-Mindestgrundsätzen zudem eine wichtige *Hinweisfunktion* bezüglich weiterer materieller Haftumstände innehaben (Regel 26 Abs. 1 lit. a–e). Der Arzt hat regelmässig die Nahrung, die Sauberkeit und Hygiene, die sanitären Umstände, die Lüftung und Heizung, die Eignung und Sauberkeit der Kleidung und Bettwäsche sowie bisweilen auch die Regeln zur körperlichen Betätigung und zur Ausübung von Sport zu betrachten und der Direktion Rückmeldung mit diesbezüglichen Ratschlägen zu erteilen. Stimmt die Direktion den Empfehlungen des Arztes zu und liegt deren Umsetzung innerhalb ihrer Kompetenz, setzt sie diese sofort um. Ist die Direktion jedoch mit den Empfehlungen des Arztes nicht einverstanden oder liegt deren Umsetzung ausserhalb ihrer Kompetenz, hat die Direktion selbst einen Bericht zu verfassen, welcher gemeinsam mit dem Bericht des Arztes an eine höhere Stelle („*higher authority*“) weiterzuleiten ist (Regel 26 Abs. 2).

Die *ratio* der Informationspflichten des Arztes gegenüber der Gefängnisdirektion ist im Schutz des Inhaftierten zu sehen; nichtsdestotrotz kann das bestehende (Austausch-)Verhältnis zwischen Arzt und Direktion im Einzelfall die Gefahr bergen, sich negativ auf die Bildung eines Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und inhaftiertem Patienten auszuwirken.

2.2 Die Nelson-Mandela-Regeln

Auch die Nelson-Mandela-Regeln sehen eine Eintrittsuntersuchung vor (Regel 30). Regel 30 entspricht dabei im Wesentlichen der Regelung in den UN-Mindestgrundsätzen von 1955. Als allgemeine Regel wird mit Blick auf das Äquivalenzprinzip und mit Blick auf die Arzt-Patient-Beziehung nun aber ausdrücklich das *Informed consent*-Prinzip statuiert (Regel 32 lit. b). Nicht explizit geregelt sind Möglichkeiten zu Ausnahmen von diesem Prinzip. Was dies mit Bezug auf die Eintrittsuntersuchung zu bedeuten hat, scheint damit nicht abschliessend geklärt. Ein absolutes Verbot sehen die Nelson-Mandela-Regeln bezüglich jeglicher medizinischer oder wissenschaftlicher Versuche vor, die nicht im Einklang mit der Gesundheit des Inhaftierten stehen und welche Folter oder eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung zur Folge haben könnten, wobei hierbei ausdrücklich die Entnahme von Zellen, Gewebe oder Organen genannt werden (Regel 32 lit. d).

Hinsichtlich der medizinischen Versorgung während des Strafvollzugs konsolidieren die Nelson-Mandela-Regeln das *Äquivalenzprinzip*, welches in Regel 24 wieder aufgenommen wird:

„Prisoners should enjoy the same standards of health care that are available in the community, and should have access to necessary health-care services free of charge without discrimination on the grounds of their legal status.“

Die Gesundheitsversorgung in der Strafvollzugsanstalt ist weiterhin in enger Zusammenarbeit mit den zivilen Institutionen zu organisieren, wobei insbesondere der Grundsatz der Kontinuität der Behandlung zu beachten ist (Regel 24 Abs. 2). Sofern es der Gesundheitszustand resp. die Behandlung erfordern, ist der Inhaftierte an eine spezialisierte zivile Klinik zu überweisen (Regel 27 Abs. 1). Ausdrücklich festgehalten wird ferner, dass in der Arzt-Patienten-Beziehung die gleichen *ethischen* und *beruflichen* Massstäbe zu gelten haben wie in der freien Gesellschaft (Regel 32 Abs. 1).

Auch in den Nelson-Mandela-Regeln bleibt das Äquivalenzprinzip nicht das einzige massgebliche Kriterium. Ergänzt wird dieses vielmehr durch zahlreiche konkrete inhaltliche Einzelgarantien, welche im Vergleich zu den UN-Mindestgrundsätzen weiter ausgebaut wurden (vgl. Regel 25 ff.).

Wengleich dieselben Informationspflichten des Arztes gegenüber der Gefängnisdirektion bestehen (Regel 33) und dem Arzt weiterhin dieselbe Hinweiskfunktion zukommt (Regel 35), welche schon in den UN-Mindestgrundsätzen von 1955 statuiert wurden, wird in den Nelson-Mandela-Regeln das *Vertraulichkeitsprinzip* nun ausdrücklich verankert (Regel 26). Medizinische Daten sollen in vertraulichen separaten medizinischen Akten aufbewahrt werden. Der inhaftierte Patient und weitere von ihm bezeichnete Personen müssen dabei jederzeit Zugriff auf diese haben. Wird der Inhaftierte in eine andere Strafvollzugsanstalt überführt, wird auch die medizinische Akte – unter Hinweis auf die medizinische Vertraulichkeit – der neuen Vollzugseinrichtung übergeben (Regel 26 Abs. 2). Auch unter dem Gesichtspunkt der Äquivalenz sollen bezüglich der Vertraulichkeit die gleichen Grundsätze wie in der freien Gesellschaft gelten. Ausdrücklich davon ausgenommen ist die Situation, dass der Arzt eine reale unmittelbar drohende Gefahr für den Inhaftierten oder für Dritte feststellt (Regel 32 lit. c).⁷⁶³

763 Meldepflichten können allerdings durchaus auch in der freien Gesellschaft bestehen. In der Schweiz sind solche für übertragbare Krankheiten etwa dem EpG i.V.m. der EPV und der EDI-VO über die Meldung von Beobachtungen übertragbarer Krankheiten des Menschen zu entnehmen. Bedarfslage und Dringlich-

Die wichtige Stellung und Entscheidungsmacht des medizinischen Personals wird dadurch manifest, dass klinische Entscheidungen nur von diesem getroffen werden dürfen und Strafvollzugsbeamte (*non-medical prison staff*) nicht davon abweichen dürfen (Regel 27 Abs. 2). Auch dieser Grundsatz kann dem Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und inhaftiertem Patient dienen.

Zusammengefasst finden in den Nelson-Mandela-Regeln im Vergleich zum UN-Mindeststandard von 1955 Ausdifferenzierungen einzelner Garantien statt. Ausgangspunkt bleibt dabei das weiterhin geltende Äquivalenzprinzip, welches durch die zahlreichen Garantien aber in materieller Sicht wesentlich ergänzt wird. Diese haben im Strafvollzug dann unabhängig davon zu gelten, ob sie auch in der freien Gesellschaft tatsächlich gewährt werden oder nicht. Zunehmend mehr Gewicht kommt in den Nelson-Mandela-Regeln dem Vertraulichkeitsprinzip zu.

3. Europäisches Komitee zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (CPT)

Auch das CPT erweist sich rund um die Thematik der Gesundheitsversorgung im Strafvollzug als wichtiger Akteur. Zur medizinischen Versorgung im Strafvollzug hat das CPT vorrangig zwei themenspezifische Dokumente veröffentlicht: (1) „*Health care services in prisons*“⁷⁶⁴ und (2) „*Inspection of a prison medical service by CPT doctor – Checklist*“⁷⁶⁵.

Ersteres besteht aus Auszügen aus dem 3. General Report aus dem Jahr 1993. Thematisch ordnet das CPT dabei gesundheitsrelevante Fragen im Strafvollzug in sieben Teilbereiche ein: *Zugang zu einem Arzt*, *Äquivalenzprinzip der Gesundheitsversorgung*, *Prinzip der Einwilligung* des Patienten sowie das *Vertraulichkeitsprinzip*, *präventive Gesundheitsversorgung*, *humanitärer Beistand*, *berufliche Unabhängigkeit* und *Fachkompetenz*.⁷⁶⁶

An diese sieben Teilbereiche anknüpfend umfasst das zweite Dokument als Leitfaden für die CPT-Besuche einen nicht abschliessenden Fragenkatalog zur Gesundheitsversorgung in der Strafvollzugsanstalt, anhand dessen

keit einer Meldepflicht können sich im Übrigen aber selbstverständlich unterscheiden.

764 CPT – Health Care Services in Prisons [CPT/Inf (93) 12].

765 CPT – Inspection of a Prison Medical Service by a CPT Doctor [CPT/Inf (2017) 20].

766 CPT – Health Care Services in Prisons [CPT/Inf (93) 12]; resp. CPT – 3rd General Report CPT/Inf (93) 12.

die Lage der medizinischen Versorgung von einem Arzt zu evaluieren ist.⁷⁶⁷ Die Checkliste sieht dabei ein dreistufiges Vorgehen vor. Zunächst sei ein Interview mit dem verantwortlichen Arzt zu führen, dann habe die Besichtigung der Räumlichkeiten der medizinischen Dienste zu erfolgen und schliesslich sei ein Abschlussgespräch mit dem behandelnden Arzt zu führen.

Hinsichtlich der sieben Themenbereiche wird unter dem Aspekt des Zugangs zu einem Arzt zunächst festgehalten, dass jeder neu Inhaftierte sofort, d.h. in aller Regel am Tag der Inhaftierung, einem medizinischen Eintrittsgespräch und einer Eintrittsuntersuchung unterzogen werden soll.⁷⁶⁸ Durchzuführen ist dieses Eingangsscreening von einem Arzt und nur ausnahmsweise von voll ausgebildeten Krankenpflegern, welche dem Arzt Bericht erstatten.⁷⁶⁹ Hinsichtlich der Freiwilligkeit der Eintrittsuntersuchung selbst finden sich keine direkten Vorgaben, so dass auf die allgemeinen Prinzipien zur Einwilligung zurückzugreifen ist.⁷⁷⁰ So hält auch das CPT am Prinzip des *informed consent* fest und statuiert, dass eine medizinische Behandlung nur mit dem informierten Einverständnis des Patienten erfolgen könne. Ausnahmen davon seien nur in eng umschriebenen Fällen zulässig, wenn sie gesetzlich so vorgesehen sind und auf Prinzipien beruhen, wie sie auch ausserhalb des Strafvollzugs gelten.⁷⁷¹

Konkret bedeutet dies, dass eine obligatorische Eintrittsuntersuchung gemäss dem CPT dann regelkonform wäre, wenn sie im konkreten Fall einerseits gesetzlich verankert ist und andererseits auf Prinzipien gründet, wie sie auch ausserhalb des Strafvollzugs gelten. Bei Letzterem wäre zur Begründung folglich etwa das Erkennen von ansteckenden Krankheiten und somit der Schutz von Dritten eine durchaus denkbare Argumentation.

Unter dem Aspekt des Äquivalenzprinzips führt das CPT aus, dass die zahlreichen Bereiche der Gesundheitsversorgung während des Strafvollzugs mit jenen der Gesellschaft ausserhalb des Vollzugs *vergleichbar* („com-

767 CPT – Inspection of a Prison Medical Service by a CPT Doctor [CPT/Inf (2017) 20]; zur Bedeutung der interdisziplinären Zusammensetzung des Untersuchungsgremiums vgl. auch KOEPPPEL S. 210.

768 CPT – Health Care Services in Prisons [CPT/Inf (93) 12], Rn. 33; resp. CPT – 3rd General Report CPT/Inf (93) 12.

769 CPT – Health Care Services in Prisons [CPT/Inf (93) 12], Rn. 33; resp. CPT – 3rd General Report CPT/Inf (93) 12.

770 CPT – Health Care Services in Prisons [CPT/Inf (93) 12], Rn. 45 ff.; resp. CPT – 3rd General Report CPT/Inf (93) 12.

771 CPT – Health Care Services in Prisons [CPT/Inf (93) 12], Rn. 47; resp. CPT – 3rd General Report CPT/Inf (93) 12.

parable“; gemeint ist wohl gleichwertig) sein müssen. In der Folge wird auf dieses Gleichwertigkeitserfordernis nicht näher eingegangen; vielmehr werden unter dem Kapitel des Äquivalenzprinzips über eine relativ vergleichende Betrachtung hinaus *konkrete inhaltliche* Anforderungen gestellt; dies sowohl an die generelle medizinische Versorgung als auch an die psychiatrische Versorgung während des Strafvollzugs.⁷⁷² Diese konkreten inhaltlichen Empfehlungen des CPT sind meines Erachtens – trotz ihrer systematischen Einordnung unter dem Gesichtspunkt der Äquivalenz – dahingehend auszulegen, dass sie im Sinne eines Mindeststandards bei der Gesundheitsversorgung während des Strafvollzugs einzuhalten sind, und zwar grundsätzlich unabhängig davon, ob sie ausserhalb des Strafvollzugs gewährleistet sind oder nicht. Die Frage der Gleichwertigkeit der Gesundheitsversorgung inner- und ausserhalb des Strafvollzugs rückt damit auch beim CPT in den Hintergrund.

Auch das CPT greift das Vertraulichkeitsprinzip auf⁷⁷³ und setzt dabei schon beim Zugang zur Gesundheitsversorgung an. Dem Strafgefangenen muss es möglich sein, Mitteilungen oder Anfragen zu einem Termin vertraulich an den Arzt zu übermitteln (etwa schriftlich in einem geschlossenen Briefumschlag, ohne Vorprüfung durch nichtmedizinische Strafvollzugsbeamte).⁷⁷⁴ Weiter hat die Aufbewahrung von Patientenakten in der Verantwortung des Arztes zu liegen.⁷⁷⁵ Sodann haben Untersuchungen zum einen einzeln und nicht gruppenweise und zum anderen ausser Hör- und, wenn vom Arzt nicht anders angeordnet, auch ausser Sichtweite von Strafvollzugsbeamten stattzufinden.⁷⁷⁶ Eng mit dem Vertrauens- und Vertraulichkeitsprinzip verbunden statuiert das CPT auch die berufliche Unabhängigkeit des Gesundheitspersonals in Anerkennung seiner besonders

772 CPT – Health Care Services in Prisons [CPT/Inf (93) 12], Rn. 38 ff.

773 Vgl. insb. CPT – Health Care Services in Prisons [CPT/Inf (93) 12], Rn. 34, 50 f.; resp. CPT – 3rd General Report CPT/Inf (93) 12.

774 CPT – Health Care Services in Prisons [CPT/Inf (93) 12], Rn. 34; resp. CPT – 3rd General Report CPT/Inf (93) 12.

775 CPT – Health Care Services in Prisons [CPT/Inf (93) 12], Rn. 50; resp. CPT – 3rd General Report CPT/Inf (93) 12.

776 CPT – Health Care Services in Prisons [CPT/Inf (93) 12], Rn. 51; resp. CPT – 3rd General Report CPT/Inf (93) 12. Dem Arzt wird damit, insbesondere aufgrund eigener Sicherheitsaspekte, ein gewisses Ermessen eingeräumt. Gleichwohl hält das CPT auch fest, dass vor dem Hintergrund, dass dem inhaftierten Patienten keine freie Arztwahl zustehe, die Pflichten des Arztes grundsätzlich auch dann fortbestehen würden, wenn der Patient gegen medizinische Regeln verstosse oder wenn er auf Bedrohungen bzw. gar Gewalt zurückgreife (vgl. Rn. 74).

diffizilen Situation. Dies insbesondere vor dem Hintergrund potentieller Interessenkonflikte zum Strafvollzugsmanagement.⁷⁷⁷ Zur Gewährleistung des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und inhaftiertem Patienten hält das CPT in diesem Sinne auch fest, dass der Gefängnisarzt gewisse Funktionen gerade nicht übernehmen soll: Er soll weder für die Ausstellung eines Attestes zuständig sein, der bescheinigt, dass der Patient in der körperlichen Verfassung sei, eine besondere (Disziplinar-)Strafe über sich ergehen zu lassen, noch soll er die von den Behörden angeordneten Untersuchungen oder Durchsuchungen vornehmen. Letzteres habe allerdings zumindest in Notfallsituationen, wenn kein anderer Arzt verfügbar ist, möglich zu bleiben.⁷⁷⁸ Demgegenüber steht dem Vertrauensprinzip gemäss CPT die Zuständigkeit des Gefängnisarztes zur Feststellung der aus ärztlicher Sicht nicht mehr weiter vertretbaren Inhaftierung nicht entgegen (inkl. Erstellung eines entsprechenden Berichtes an die zuständige Behörde).⁷⁷⁹

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die noch heute geltenden Empfehlungen des CPT zu einem grossen Teil in das Jahr 1993 zurückreichen. Auch die Empfehlungen des CPT sind prinzipiengetragen. So sind die Ausgangspunkte auch beim CPT der Äquivalenzgedanke, das Freiwilligkeitsprinzip und das Vertrauens- und Vertraulichkeitsprinzip. Einschränkungen von diesen Prinzipien sollen aber auch beim CPT möglich bleiben. Unbenommen von diesen Ausnahmen sind die einzelnen inhaltlichen Garantien des CPT schon von der Natur der Sache her kumulativ zu gewährleisten und sind damit schon von vorneherein nicht kompensabel. Weiter beinhalten die CPT-Dokumente über diese Fundamentalgrundsätze hinaus zahlreiche konkrete inhaltliche Anforderungen an die Gesundheitsversorgung im Strafvollzug. Diese beruhen zum Teil wiederum auf dem Äquivalenzgedanken, reichen aber weiter und gelten auch unabhängig von ihrer Gewährleistung ausserhalb des Strafvollzugs.

Die Herangehensweise des CPT trägt damit dem Umstand Rechnung, dass gewisse inhaltliche Garantien strafvollzugsspezifisch zu normieren sind und sich nicht immer auf die ausserhalb des Strafvollzugs geltenden Grundsätze der medizinischen Versorgung stützen lassen. Das CPT orien-

777 CPT – Health Care Services in Prisons [CPT/Inf (93) 12], Rn. 71 ff.; resp. CPT – 3rd General Report CPT/Inf (93) 12.

778 CPT – Health Care Services in Prisons [CPT/Inf (93) 12], Rn. 73; resp. CPT – 3rd General Report CPT/Inf (93) 12.

779 CPT – Health Care Services in Prisons [CPT/Inf (93) 12], Rn. 70; resp. CPT – 3rd General Report CPT/Inf (93) 12.

tiert sich damit an einem Mindeststandard, der von der Situation ausserhalb des Vollzugs abgekoppelt ist.

4. Europäische Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen (ESMR) und Europäische Strafvollzugsgrundsätze (EPR)

Die ursprüngliche Version der Europäischen Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen vom 19.01.1973 (ESMR)⁷⁸⁰ thematisiert die Gesundheitsversorgung im Strafvollzug in den Regeln 21 ff. Dabei halten auch diese in grundsätzlicher Weise fest, dass die medizinische Versorgung in enger Zusammenarbeit mit der allgemeinen Gesundheitsverwaltung der Gesellschaft bzw. des Staates organisiert werden soll (Äquivalenzprinzip; Regel 21 Abs. 1). In der Folge werden einzelne inhaltliche Anforderungen an die Gesundheitsversorgung aufgestellt (dazu sogleich). Die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze von 2006 widmen der Gesundheit im Strafvollzug einen eigenen Teil der Empfehlungen (Teil 3 der EPR). Auch in den EPR ist zunächst das Äquivalenzprinzip statuiert. Im Unterschied zu den ESMR wurde dieses allerdings weiter ausdifferenziert, wobei unterschiedliche Aspekte der Gleichwertigkeit ausdrücklich aufgeführt werden; beispielsweise die Gesundheitspolitik, der Zugang zur medizinischen Versorgung, Diagnosestellung und Behandlung (Regeln 40.1-40.5). Auch in den EPR folgen danach einzelne weitere konkrete inhaltliche Aspekte (Regeln 41 ff.; dazu sogleich).

In den ESMR von 1973 wird hinsichtlich einer Eintrittsuntersuchung festgehalten, dass jeder Strafgefangene direkt bei seiner Inhaftnahme untersucht werden soll (Regel 24). Besonderes Augenmerk soll dabei nicht nur auf die körperliche, sondern auch auf die psychische Verfassung des Strafgefangenen gerichtet werden. Ferner sind ansteckende Krankheiten oder Krankheiten, welche die Rehabilitation erschweren könnten, festzustellen und die Arbeitsfähigkeit der Strafgefangenen zu beurteilen (Regel 24). Auch in den EPR wird an einer Eintrittsuntersuchung, welche so rasch als möglich nach der Inhaftierung zu erfolgen hat, festgehalten, wobei die EPR als ausdrückliche Ausnahme vorsehen, dass eine solche dann unterbleiben kann, wenn sie offensichtlich unnötig („*obviously unnecessary*“) sei (Regel 42. 1). Ausdrücklich verankert wird in den EPR – anders als noch in den ESMR – sodann das Vertraulichkeitsprinzip (Regel 42.3).

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

Damit ist sowohl in den ESMR als auch in den EPR (hier mit der oben genannten Ausnahme) eine obligatorische Eintrittsuntersuchung vorgesehen, wobei die diesbezügliche Einwilligung des Strafgefangenen in beiden Regelwerken nicht als erforderlich erachtet wird.

Die ESMR halten sodann fest, dass keine medizinischen oder wissenschaftlichen Versuche durchgeführt werden dürfen, welche zu physischen oder psychischen Beeinträchtigungen des Inhaftierten führen könnten (Regel 22). Die EPR gehen noch weiter und halten zunächst fest, dass Versuche nie ohne Einwilligung des Inhaftierten erfolgen dürfen (Regel 48.1). Versuche, welche zu physischen oder psychischen Beeinträchtigungen des Inhaftierten führen könnten, sind zu verbieten (Regel 48.2).

Für die Gesundheitsversorgung während der Dauer der Haft sehen die ESMR neben dem Äquivalenzprinzip einige spezifische Garantien vor, wie beispielsweise der Umgang mit schwangeren Inhaftierten. Insgesamt orientieren sich die ESMR allerdings hauptsächlich am Äquivalenzprinzip. Weiter sehen auch die ESMR wie bereits die UN-Mindestgrundsätze von 1955 Informationspflichten des Arztes gegenüber der Gefängnisdirektion vor. So hat der Arzt Informationen, die den Fortbestand der Haftfähigkeit betreffen, der Gefängnisdirektion weiterzuleiten (Regel 25 Abs. 2). Weiter sehen auch die ESMR vor, dass dem Arzt eine wichtige Hinweisfunktion bezüglich weiterer materieller Haftumstände zukommt (Regel 26 Abs. 1 lit. a–e). Der Arzt hat regelmässig die Nahrung, die Sauberkeit und Hygiene, die sanitären Umstände, die Lüftung und Heizung, die Eignung und Sauberkeit der Kleidung und Bettwäsche sowie bisweilen auch die Regeln bei der körperlichen Betätigung und beim Sport zu betrachten und der Direktion Rückmeldung und diesbezügliche Ratschläge zu erteilen. Auch der Mechanismus für den Umgang mit diesen Empfehlungen des Arztes ist derselbe wie bei den UN-Mindestgrundsätzen.

Die Regeln der EPR sind gegenüber den ESMR wesentlich ausdifferenzierter und vertiefter. Einzelne Empfehlungen betreffen etwa den Umgang mit psychisch kranken oder suizidalen Inhaftierten (Regeln 47.1 und 47.2) und mit drogen-, medikamenten- und alkoholabhängigen Strafgefangenen (Regel 42.3 lit. d) oder die (medizinische) Überwachung von Inhaftierten in Einzelhaft (Regeln 43.2). Auch in den EPR wird an den Informationspflichten und der Hinweisfunktion des Arztes gegenüber der Gefängnisdirektion festgehalten (Regeln 43.3 und 44). Gleichwohl führen die EPR – anders als die ESMR – den Grundsatz der Vertraulichkeit nun explizit auf (Regel 42.3).

Hinsichtlich des Fortbestands der Gesundheitsversorgung nach Beendigung des Strafvollzugs führen die EPR neu an, dass der Inhaftierte auf

entsprechendes Verlangen hin auch bei seiner Entlassung medizinisch zu untersuchen sei (Regel 42.2). Mit dem Einverständnis des Inhaftierten sollen auch Arrangements mit Institutionen ausserhalb des Vollzugs getroffen werden können, um den Fortbestand einer Behandlung nach der Entlassung zu garantieren (Regel 42.3 lit. j).

Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass die ESMR sich sehr stark an den UN-Mindestgrundsätzen von 1955 orientiert und diese teilweise fast wörtlich übernommen hat. Mit Blick auf die Entwicklung von den ESMR hin zu den EPR kann festgehalten werden, dass eine deutliche Ausdifferenzierung, einhergehend mit einem Ausbau der Garantien rund um die medizinische Versorgung, stattgefunden hat. Auffallend ist dabei, dass bei den ESMR das Äquivalenzprinzip noch der beherrschende Grundsatz der Empfehlungen betreffend die Gesundheitsversorgung im Strafvollzug insgesamt war, wobei dieser lediglich durch einzelne spezifische Garantien ergänzt wurde. Im Vergleich dazu rückte der Gleichwertigkeitsgrundsatz bei den EPR etwas in den Hintergrund – wenngleich er nach wie vor Geltung beansprucht –, während zahlreiche Einzelgarantien in den Vordergrund gelangten. Ursächlich dafür dürfte die Implementierung einzelner in der Zwischenzeit ergangener Empfehlungen auf Europaratebene in die EPR sein, nicht zuletzt die Empfehlung R (98) 7 (vgl. zur Empfehlung R (98) 7 sogleich). Auch deren ethische Grundsätze, wie etwa der Vertraulichkeitsgrundsatz bei der medizinischen Behandlung, fanden nun Eingang in die EPR. Weiter konnte festgestellt werden, dass neu auch eine über den Haftvollzug hinaus dauernde medizinische Versorgung thematisiert wird, was insbesondere mit Blick auf die Langfristigkeit des Behandlungserfolgs zu begrüssen ist.

5. Weitere Europaratsempfehlungen

Der Europarat hat neben den Europäischen Mindestgrundsätzen für die Behandlung der Gefangenen eine Reihe weiterer Empfehlungen erlassen, welche auch bereits Eingang in die überarbeiteten Europäischen Strafvollzugsgrundsätze aus dem Jahr 2006 gefunden haben. Diese Empfehlungen setzen sich mit der Gesundheitsversorgung im Strafvollzug im Allgemeinen und konkret in Bezug auf einzelne Problembereiche der medizinischen Versorgung im Vollzug auseinander. Zu den umfassenden Empfehlungen zählt etwa die Empfehlung R (98) 7 über die ethischen und organi-

satorischen Aspekte der Gesundheitsversorgung im Gefängnis.⁷⁸¹ Bei den bereichsspezifischen Empfehlungen ist es etwa die Empfehlung R (93) 6 des Ministerkomitees betreffend strafvollzugsrechtliche und kriminologische Aspekte der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten – einschliesslich AIDS – und die damit zusammenhängenden Gesundheitsprobleme im Strafvollzug.

Die Empfehlung R (98) 7 nimmt Bezug auf einige der grundsätzlichen Prinzipien. So ist etwa der Grundsatz der Äquivalenz⁷⁸² verankert. In der Folge wird weiter festgehalten, dass verschiedene Erwartungen an den Gefängnisarzt seitens der Strafvollzugsadministration und der Strafgefangenen die strikte Einhaltung ethischer Richtlinien umso wichtiger machen.⁷⁸³ Schliesslich finden auch die Grundsätze der Freiwilligkeit bzw. des *informed consent* und der Vertraulichkeit Eingang in diese Empfehlung.⁷⁸⁴ Neben dem Postulat der Einhaltung dieser fundamentalen Prinzipien werden in ihr aber auch erstaunlich konkrete Empfehlungen statuiert. So wird beispielsweise festgehalten, dass eine Schutzimpfung gegen Hepatitis B sowohl für die Inhaftierten als auch für das Personal verfügbar sein soll (Regel 42). Weitere spezifische Themen, mit denen sich diese Empfehlung detailliert auseinandersetzt, sind etwa der Umgang mit drogen-, alkohol- und medikamentenabhängigen Inhaftierten (Regeln 43 ff.)⁷⁸⁵ oder mit psychisch kranken oder suizidalen Strafgefangenen (Regeln 52 ff.). Weiter werden insbesondere auch Richtlinien aufge-

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

782 Recommendation R (98) 7 Concerning the Ethical and Organisational Aspect of Health Care in Prison, Präambel: „Aware that the respect for the fundamental rights of prisoners entails the provision to prisoners of preventive treatment and health care *equivalent* to those provided to the community in general“, vgl. auch weiter die Regeln 10 ff.

783 Recommendation R (98) 7 Concerning the Ethical and Organisational Aspect of Health Care in Prison, Präambel: „Recognising that the medical practitioner in prison often faces difficult problems which stem from conflicting expectations from the prison administration and prisoners, the consequences of which require that the practitioner should adhere to very strict ethical guidelines [...]“.

784 Recommendation R (98) 7 Concerning the Ethical and Organisational Aspect of Health Care in Prison: Zum *informed consent* und der Vertraulichkeit vgl. insb. Regeln 13 ff.

785 Recommendation R (98) 7 Concerning the Ethical and Organisational Aspect of Health Care in Prison: Die Empfehlung nimmt hier mithin auch Bezug auf die Empfehlungen der „Cooperation Group to Combat Drug Abuse and Illicit Trafficking in Drugs; Pompidou Group“.

stellt, wie mit Gefangenen umzugehen ist, die eine Behandlung ablehnen oder die in den Hungerstreik treten (Regeln 60 ff.)

6. Zwischenfazit

Es kann festgehalten werden, dass die betrachteten Regelwerke allesamt auf dem Grundsatz der Äquivalenz aufbauen, über diesen hinaus aber konkrete inhaltliche Vorgaben zur Gewährleistung einer angemessenen Gesundheitsversorgung machen, wobei die Ausdifferenziertheit dieser Garantien variiert. Insgesamt ist festzustellen, dass beim Thema der Gesundheitsversorgung keine Scheu vor konkreten inhaltlichen Empfehlungen besteht. Auch die medizinethischen Grundsätze der Freiwilligkeit und Vertraulichkeit haben mit der Zeit an Bedeutung gewonnen und wurden als Leitprinzipien aufgenommen, wenngleich Ausnahmen von diesen zulässig bleiben. Es kann sodann eine Tendenz erkannt werden, dass eine Einwilligung zwingend voraussetzen ist, wenn es um medizinische oder wissenschaftliche Versuche geht. Damit wird dem Strafgefangenen im besonders sensiblen Bereich der Gesundheitsversorgung jedenfalls Schutz vor einer Instrumentalisierung gewährt.

Was die Statuierung des Äquivalenzprinzips betrifft, beschäftigt sich keines der Regelwerke näher mit dem anzuwendenden Referenzmassstab. Aus den einzelnen Normen lässt sich jeweils lediglich (meist nur implizit) entnehmen, dass sich der Massstab meist am Standard einer wohl durchschnittlichen zivilen Institution (Krankenhaus) zu orientieren hat. Eine abschliessende Festlegung eines solchen Massstabes erscheint vor dem Hintergrund der einzelnen konkreten, themenspezifischen Garantien allerdings auch nur zweitrangig; die Prinzipien (insbesondere das Äquivalenzprinzip) sind denn auch mehr als Auslegungsdirektive der spezifischen Garantien, und nicht etwa für die Festsetzung des konkreten Standards, heranzuziehen.

IV. Rechtsprechung des EGMR – Analyse und Kritik

Die Auswirkungen ungenügender medizinischer Versorgung im Strafvollzug auf den Einzelnen wurden bereits aufgezeigt; damit liegt die Relevanz

von Art. 3 EMRK auf der Hand.⁷⁸⁶ Analog zur Analyse der Regelungsinstrumente wird auch die Rechtsprechung des EGMR in drei Phasen gegliedert: den Zeitpunkt des Eintritts in den Strafvollzug, die Zeit während des Strafvollzugs und die Phase nach Beendigung des Strafvollzugs. Besondere Beachtung kommt – wie auch schon beim vorangehenden Regelinstrumentarium – in prüfungsmethodologischer Hinsicht dem Verhältnis zwischen einem prinzipiengetragenen Massstab (etwa Äquivalenzprinzip, Freiwilligkeitsprinzip, Vertrauensprinzip und Vertraulichkeit) und einem Massstab mit spezifischen Einzelgarantien zu.

1. Genese der Rechtsprechung – materieller Kern des Standards

Hinsichtlich einer Eintrittsuntersuchung sieht der EGMR in Bezug auf Art. 3 EMRK kein Obligatorium im eigentlichen Sinne vor, er knüpft aber prozedurale resp. beweisrechtliche Folgen für den Konventionsstaat an ein Unterlassen einer solchen Untersuchung bzw. an eine mangelhafte Dokumentation der erfolgten Untersuchung.⁷⁸⁷ Dem Inhaftierten kann in einem solchen Fall bei einer allfälligen Beschwerde in der Regel nicht entgegengehalten werden, er habe schon vor Haftantritt an einer bestimmten Erkrankung gelitten.⁷⁸⁸

Während des Strafvollzugs gilt, dass bei Krankheit des Inhaftierten aus Art. 3 EMRK grundsätzlich kein Anspruch auf Entlassung aus humanitären Gründen erwächst. Die Notwendigkeit einer Entlassung aus dem Vollzug aufgrund des Gesundheitszustandes des Inhaftierten ist nur in Ausnahmefällen von Art. 3 EMRK umfasst.⁷⁸⁹ Eine Entlassung erfordert, dass der Gesundheitszustand mit einer Inhaftierung überhaupt nicht (mehr) vereinbar ist.⁷⁹⁰ Die Vereinbarkeit der Inhaftierung mit dem Gesundheits-

786 Neben Art. 3 EMRK kann im Falle des Todes des Inhaftierten aufgrund der mangelhaften Gesundheitsversorgung im Strafvollzug auch eine Verletzung von Art. 2 EMRK vorliegen. Vgl. etwa EGMR – *Tarariyeva/RUS*, Urt. v. 14.12.2006, 4353/03, Rn. 76 ff., Rn. 89.

787 EGMR – *Salmanoğlu u. Polattaş/TUR*, Urt. v. 17.03.2009, 15828/03, Rn. 80 ff.

788 EGMR – *Türkmen/TUR*, Urt. v. 19.12.2006, 43124/98, Rn. 42 ff.; EGMR – *Cara-bulea/ROM*, Urt. v. 13.07.2010, 45661/99 Rn. 113.

789 EGMR – *Khudobin/RUS*, Urt. v. 26.10.2006, 59696/00, Rn. 92.

790 Vgl. etwa EGMR – *Khudobin/RUS*, Urt. v. 26.10.2006, 59696/00, Rn. 92.

zustand prüft der EGMR anhand dreier Kriterien:⁷⁹¹ Ausgangspunkt ist der Gesundheitszustand des Strafgefangenen⁷⁹², weiter zu berücksichtigen ist die Adäquanz der Gesundheitsversorgung im Vollzug und schliesslich die Zweckdienlichkeit der Aufrechterhaltung der Inhaftierung mit Blick auf den Gesundheitszustand.⁷⁹³ Die Adäquanz der Gesundheitsversorgung im Vollzug ist damit mit Blick auf eine allfällige Entlassung eines der massgeblichen Entscheidungskriterien.

Die Adäquanz ist aber nicht nur für die Frage des Bestehens eines Anspruchs des Inhaftierten auf Entlassung von gewichtiger Relevanz; Art. 3 EMRK verbietet darüber hinaus vielmehr allgemein einen Anspruch auf eine *adäquate* Gesundheitsversorgung während des Strafvollzugs.⁷⁹⁴ Die Festsetzung, was eine *adäquate* Gesundheitsversorgung beinhaltet, ist auch für den EGMR die grösste Herausforderung.⁷⁹⁵

Zur Frage, ob eine *angemessene* Gesundheitsversorgung nach dem vergleichenden Massstab der Äquivalenz zu beurteilen sei, hielt der Gerichtshof fest, dass das CPT zwar das Äquivalenzprinzip proklamiere, der Gerichtshof sich jedoch nicht immer nach diesem richte.⁷⁹⁶ So urteilte der

791 EGMR – *Mouisel*/FRA, Urt. v. 14.11.2002, 67263/01, Rn. 40 ff.; EGMR – *Gelfmann*/FRA, Urt. v. 14.12.2004, 25875/03; EGMR – *Khudobin*/RUS, Urt. v. 26.10.2006, 59696/00, Rn. 92.

792 EGMR – *Mouisel*/FRA, Urt. v. 14.11.2002, 67263/01, Rn. 42; EGMR – *Khudobin*/RUS, Urt. v. 26.10.2006, 59696/00, Rn. 92.

793 EGMR – *Khudobin*/RUS, Urt. v. 26.10.2006, 59696/00, Rn. 92; EGMR – *Hüseyn Yildirim*/TUR, Urt. v. 03.05.2007, 2778/02, Rn. 74; EGMR – *Dybeku*/ALB, Urt. v. 18.12.2007, 41153/06, Rn. 41.

794 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) – *Kudla*/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.

795 EGMR – *Pakhomov*/RUS, Urt. v. 30.09.2010, 44917/08, Rn. 62; EGMR – *Yevgeniy Alekseyenko*/RUS, Urt. v. 27.01.2011, 41833/04, Rn. 100; EGMR – *Wenner*/GER, Urt. v. 01.09.2016, 62303/13, Rn. 55; EGMR (GK) – *Blokbin*/RUS, Urt. v. 23.03.2016, 47152/06, Rn. 137: „The adequacy of medical assistance remains the most difficult element to determine.“

796 Dies habe vor allem hinsichtlich verurteilter Straftäter (im Unterschied zu Untersuchungsgefangenen) zu gelten: EGMR – *Pakhomov*/RUS, Urt. v. 30.09.2010, 44917/08, Rn. 62: „The CPT proclaimed the principle of the equivalence of health care in prison with that in the outside community. However, the Court does not always adhere to this standard, at least when it comes to medical assistance for convicted prisoners (as opposed to those in pre-trial detention).“; vgl. auch EGMR – *Aleksanyan*/RUS, Urt. v. 22.12.2008, 46468/06.

Gerichtshof im Einzelfall etwa, dass die Gesundheitsversorgung, wie sie dem Inhaftierten zuteil wurde, zwar nicht äquivalent zu jener ausserhalb des Strafvollzugs, aber dennoch im konkreten Fall angemessen und somit konform mit Art. 3 EMRK gewesen sei.⁷⁹⁷ Gelegentlich statuierte der EGMR gleichwohl, dass eine angemessene medizinische Behandlung etwa dann vorliegt, wenn sie das Niveau erreicht, das gleichwertig mit jenem ist, welches der Staat der Gesellschaft als Ganzes zur Verfügung stellt.⁷⁹⁸ Art. 3 EMRK garantiert sodann nicht jedem Strafgefangenen diejenige medizinische Versorgung, welche in der besten zivilen Institution verfügbar wäre.⁷⁹⁹ Der Gerichtshof akzeptiert prinzipiell, dass die Ressourcen medizinischer Einrichtungen innerhalb des Strafvollzugs gegenüber jenen ausserhalb des Vollzugs eingeschränkt sind.⁸⁰⁰ Ein grundsätzlicher Anspruch auf eine Verlegung in ein Krankenhaus besteht nicht.⁸⁰¹

Jenseits dieses vergleichenden Massstabes hält der EGMR fest, dass eine medizinische Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK dann angemessen sei, wenn eine *prompte Diagnose* und eine akkurate Behandlung erfolgen.⁸⁰² Ersteres fordert als zeitliche Komponente ein sofortiges bzw. schnellstmögliches Tätigwerden. Im Einzelfall urteilte der EGMR diesbezüglich etwa, dass dieses Erfordernis dann nicht erfüllt sei, wenn die Konsultation des

797 EGMR – *Dankevich*/UKR, Urt. v. 29.04.2003, 40679/98, Rn. 135: „[...] on the basis of the evidence given by the prison doctor it considers that the medical and dental care provided by the prison’s medical unit was adequate, although certainly not of the same standard as the treatment provided outside the prison environment.“

798 EGMR – *Wenner*/GER, Urt. v. 01.09.2016, 62303/13, Rn. 55: „[...] the adequacy of medical assistance remains the most difficult element to determine. Medical treatment provided within prison facilities must be appropriate, that is, at a level comparable to that which the State authorities have committed themselves to provide to the population as a whole.“ Zu berücksichtigen ist bei dieser Aussage, dass es bei dieser Entscheidung gerade darum ging, eine ausserhalb des Strafvollzugs begonnene Therapie (Substitutionstherapie eines Heroinabhängigen) im Strafvollzug fortzusetzen.

799 EGMR – *Pakhomov*/RUS, Urt. v. 30.09.2010, 44917/08, Rn. 62.

800 EGMR – *Grisbin*/RUS, Urt. v. 15.11.2007, 30983/02, Rn. 76. Dies ändert allerdings nichts an der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Ressourcenunabhängigkeit des Massstabes des EGMR im Allgemeinen.

801 EGMR (GK) – *Kudla*/RUS, Urt. v. 26.10.2000, 30210/96, Rn. 93; EGMR – *Kalashnikov*/RUS, Urt. v. 15.07.2002, 47095/99, Rn. 95.

802 EGMR – *Pakhomov*/RUS, Urt. v. 30.09.2010, 44917/08, Rn. 62; EGMR – *Humatov*/AZE, Urt. v. 29.11.2007, 9852/03 u. 13413/04, Rn. 115; EGMR – *Melnik*/UKR, Urt. v. 28.03.2006, 72286/01, Rn. 104 ff.; EGMR – *Yevgeniy Alekseyenko*/RUS, Urt. v. 27.01.2011, 41833/04, Rn. 100; EGMR – *Lutsenko*/UKR, Urt. v. 11.06.2015, 29334/11, Rn. 133.

Gefängnisarztes erst 14 Tage resp. 9 Tage nach dem Ersuchen nach medizinischem Beistand eines an Tuberkulose erkranktem Strafgefangenen erfolge.⁸⁰³ Auch eine Diagnosestellung (wiederum Tuberkulose) erst zweieinhalb Monate nach den ersten Symptomen entspreche nicht einer rechtzeitigen und damit adäquaten Gesundheitsversorgung.⁸⁰⁴ Hinsichtlich der Diagnosestellung fließt aus Art. 3 EMRK die Pflicht, dem Strafgefangenen seine Diagnose klar zu kommunizieren; der Inhaftierte muss dabei über seinen Gesundheitszustand klar ins Bild gesetzt werden.⁸⁰⁵

Akkurat ist die medizinische Versorgung gemäss EGMR weiter dann, wenn die Behandlung nach einer umfassenden Therapiestrategie erfolgt, welche auf Heilung bzw. auf die Verhinderung einer weiteren Verschlechterung des Gesundheitszustandes ausgerichtet ist, und wenn der Gesundheitszustand regelmässigen und systematischen Kontrollen unterliegt, jedenfalls wenn dies aufgrund der bestehenden Erkrankung notwendig ist.⁸⁰⁶ Beispielsweise kann bei drogenabhängigen Strafgefangenen eine Substitutionsbehandlung angemessen sein.⁸⁰⁷ Die medizinische Versorgung ist ferner nicht schon dann adäquat, wenn der Inhaftierte von einem Arzt untersucht und eine geeignete Behandlung verordnet wurde; vielmehr müssen auch im Strafvollzug die Voraussetzungen geschaffen werden, damit die verordnete Behandlung auch durchgeführt werden kann.⁸⁰⁸ Zudem hat die Behandlung zeitnah zu erfolgen, was selbst dann

803 EGMR – *Hummatov/AZE*, Urt. v. 29.11.2007, 9852/03 u. 13413/04, Rn. 115.

804 EGMR – *Melnik/UKR*, Urt. v. 28.03.2006, 72286/01, Rn. 104 ff.

805 EGMR – *Testa/CRO*, Urt. v. 12.07.2007, 20877/04, Rn. 52. Die Kenntnis über Diagnose mit all ihren Folgen ist sodann auch als Grundvoraussetzung für eine selbstbestimmte Einwilligung (*informed consent*) zu sehen.

806 EGMR – *Pakhomov/RUS*, Urt. v. 30.09.2010, 44917/08, Rn. 62; EGMR – *Yevgeniy Alekseyenko/RUS*, Urt. v. 27.01.2011, 41833/04, Rn. 100; EGMR – *Hummatov/AZE*, Urt. v. 29.11.2007, 9852/03 u. 13413/04, Rn. 109, 114; EGMR – *Lutsenko/UKR*, Urt. v. 11.06.2015, 29334/11, Rn. 133.

807 EGMR – *Wenner/GER*, Urt. v. 01.09.2016, 62303/13, Rn. 59: Der Inhaftierte war Jahrzehnte lang heroinabhängig und während 17 Jahren in Substitutionsbehandlung. Der EGMR stellte fest, dass der Abbruch dieser Behandlung zu abrupt erfolgt sei. Das Leid des Strafgefangenen durch die Entzugserscheinungen sei durch den Umstand verstärkt worden, dass er um die Möglichkeit einer Substitutionsbehandlung wusste. Damit wird deutlich, dass auch der Kontinuität einer bereits begonnenen Behandlung im Strafvollzug Rechnung zu tragen ist. Hinsichtlich des Erfordernisses der Kontinuität einer ausserhalb des Strafvollzugs begonnenen Therapie im Allgemeinen vgl. auch EGMR – *Khayledinov/RUS*, Urt. v. 12.01.2016, 2763/13, Rn. 73.

808 EGMR – *Hummatov/AZE*, Urt. v. 29.11.2007, 9852/03 u. 13413/04, Rn. 116: Im konkreten Fall wurden eine Diät und warme Sitzbäder verordnet, ohne

gilt, wenn es sich im konkreten Fall weder um einen Notfall noch um anhaltende Schmerzen handelt.⁸⁰⁹ Die medizinische Behandlung darf dem Inhaftierten grundsätzlich auch nicht mit dem Argument vorenthalten werden, dass von ihm eine Gefahr ausgehe.⁸¹⁰ Werden dem Inhaftierten indes Möglichkeiten angeboten, hat er diese auch wahrzunehmen.⁸¹¹

Liegen hinsichtlich der notwendigen Behandlung zwei divergierende medizinische Ansichten vor, hält der EGMR fest, dass aus Art. 3 EMRK eine positive Verpflichtung fließen kann, eine zusätzliche Meinung von einem Spezialisten einzuholen.⁸¹² Es besteht weiter – wie schon hinsichtlich der Eintrittsuntersuchung – eine Dokumentationspflicht über die medizinischen Belange.⁸¹³

Hinsichtlich der Vertraulichkeit im Bereich der Gesundheitsversorgung im Strafvollzug hält der EGMR fest, dass eine medizinische Untersuchung ausser Hör- und vorzugsweise auch ausser Sichtweite von Vollzugsbeam-

dass diese Massnahmen näher umschrieben wurden (Art, Länge, Dauer). Die Befolgung der Therapie war zudem schon deshalb nicht gewährleistet, weil dem Inhaftierten zum einen seitens der Strafvollzugsbehörden keine speziellen Diätmahlzeiten zur Verfügung gestellt wurden, und zum anderen, da der Inhaftierte in seiner Zelle nicht über warmes Wasser verfügte und er nur ein Mal pro Woche die Möglichkeit hatte zu duschen.

- 809 EGMR – *Ashot Harutyunyan*/ARM, Urt. v. 15.06.2010, 34334/04, Rn. 114: Der Umstand, dass der Inhaftierte um eine medizinische Versorgung ersuchte und eine solche auch benötigte, diese für ihn (zu diesem Zeitpunkt) aber nicht verfügbar war, genügte, um eine Verletzung von Art. 3 EMRK festzustellen.
- 810 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 33. Der vom Inhaftierten ausgehenden Gefahr ist mit anderen Mitteln zu begegnen, wobei Zwangsmittel ihrerseits an Art. 3 EMRK zu messen sind. Vgl. etwa EGMR – *Henaf*/FRA, Urt. v. 27.11.2003, 65436/01; EGMR – *Moussel*/FRA, Urt. v. 14.11.2002, 67263/01.
- 811 EGMR – *Pandjikidze*/GEO, Entsch. v. 20.06.2006, 30323/02; EGMR (GK) – *Kudła*/POL, Urt. v. 26.10.2000, 30210/96, Rn. 96; EGMR – *Tymoshenko*/UKR, Urt. v. 30.04.2013, 49872/11, Rn. 217 ff.
- 812 EGMR – *Wenner*/GER, Urt. v. 01.09.2016, 62303/13, Rn. 57; vgl. auch EGMR – *Xiros*/GRE, Urt. v. 09.09.2010, 1033/07, Rn. 87 und 89 f.; EGMR – *Budanov*/RUS, Urt. v. 09.01.2014, 66583/11, Rn. 73; EGMR – *Khudobin*/RUS, Urt. v. 26.10.2006, 59696/00: Das Fehlen einer qualifizierten und rechtzeitigen ärztlichen Versorgung sowie die Ablehnung einer unabhängigen medizinischen Untersuchung müssten beim Inhaftierten unweigerlich starke Unsicherheiten ausgelöst haben. Vgl. weiter EGMR – *Xiros*/GRE, Urt. v. 09.09.2010, 1033/07.
- 813 Vgl. etwa EGMR – *Salmanoglu* u. *Polatta*/TUR, Urt. v. 17.03.2009, 15828/03, Rn. 76 ff.; vgl. auch EGMR – *Keenan*/GBR, Urt. v. 03.04.2001, 27229/95, Rn. 114: Der EGMR hielt fest, dass die medizinische Dokumentation nicht ausreichen würde, so dass nicht genügend nachgewiesen sei, dass genügende Abklärungen getroffen worden seien, bevor man den suizidgefährdeten Inhaftierten in Einzelhaft versetzt habe.

ten zu erfolgen hat.⁸¹⁴ Ausnahmen von diesem Grundsatz sollen jedenfalls dann möglich sein, wenn der Arzt aus Sicherheitsgründen darum ersucht.⁸¹⁵ Weiter hält der EGMR fest, dass medizinische Untersuchungen einzeln (und nicht etwa gruppenweise) zu erfolgen haben.⁸¹⁶ Dem Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und inhaftiertem Patienten trägt der EGMR insoweit Rechnung, dass der Wunsch des inhaftierten Patienten zum Beizug eines externen Arztes (Vertrauensarztes) grundsätzlich respektiert werden sollte.⁸¹⁷ Sofern diesem Beizug jedoch kein genuin medizinischer Grund zukommt, ist es allerdings zulässig, dass der Inhaftierte die zusätzlichen Kosten zu tragen hat.⁸¹⁸

Auch im Strafvollzug geht der EGMR im Grundsatz davon aus, dass eine medizinische Behandlung des Einverständnisses des urteilsfähigen Patienten bedarf. Gleichwohl können bzw. müssen ausnahmsweise medizinische Eingriffe auch gegen den Willen des Strafgefangenen durchgeführt werden. Hierbei sind vorab zwei Konstellationen zu unterscheiden: (1) Der medizinische Eingriff erfolgt als Zwangsmassnahme etwa zur Sicherung von Beweisen (wohl insbesondere bei Untersuchungsgefangenen) oder (2) dieser verfolgt einen wie auch immer gearteten therapeutischen Zweck. Aufgrund des vorliegenden Untersuchungsgegenstands steht hier die zweite Konstellation im Vordergrund.

Der EGMR hatte sich insbesondere mit der Frage der Zulässigkeit einer Zwangsernährung eines sich im Hungerstreik befindenden Inhaftierten auseinanderzusetzen,⁸¹⁹ wobei er einerseits das Selbstbestimmungsrecht des Inhaftierten zu respektieren und andererseits der besonderen Fürsorgepflicht des Staates gegenüber dem Strafgefangenen⁸²⁰ Rechnung zu tragen hat. Zur Lösung dieses Interessenkonflikts stellte der EGMR ausdifferenzierte Kriterien auf: So ist eine Zwangsernährung etwa dann keine Verletzung von Art. 3 EMRK, wenn sie dokumentierterweise medizinisch notwendig ist, eine ständige medizinische Beobachtung und Versorgung garantiert sind, die Art der Durchführung als solche Art. 3 EMRK nicht ver-

814 EGMR – *Salmanoglu u. Polatta/TUR*, Urt. v. 17.03.2009, 15828/03, Rn. 80.

815 EGMR – *Salmanoglu u. Polatta/TUR*, Urt. v. 17.03.2009, 15828/03, Rn. 83.

816 EGMR – *Salmanoglu u. Polatta/TUR*, Urt. v. 17.03.2009, 15828/03, Rn. 80.

817 EGMR – *Mathew/NED*, Urt. v. 29.09.2005, 24919/03, Rn. 187.

818 EGMR – *Mathew/NED*, Urt. v. 29.09.2005, 24919/03, Rn. 187.

819 Vgl. etwa EGMR – *Rappaz/SUI*, Entsch. v. 26.03.2013, 73175/10, Rn. 60 ff.

820 EGMR – *Rappaz/SUI*, Entsch. v. 26.03.2013, 73175/10, Rn. 62; EGMR – *Tekin Yildiz/TUR*, Urt. v. 10.11.2005, 22913/04, Rn. 82; vgl. dazu auch SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 41.

letzt⁸²¹ und wenn verfahrensrechtliche Massnahmen getroffen wurden, um der Selbstbestimmung sowie der physischen Integrität des Strafgefangenen Beachtung zu schenken.⁸²² Von besonderer Bedeutung ist bei Letzterem auch die eigentliche Motivation des Inhaftierten zum Hungerstreik; zielt dieser auf die Änderung seiner Haftsituation (sei es die Entlassung oder die „Erpressung besserer Haftbedingungen“) ab, haben die positivrechtlichen Verpflichtungen von Art. 3 EMRK umso deutlicher zu greifen.⁸²³

Hinsichtlich des Freiwilligkeitsprinzips führt die Missachtung des Willens des Inhaftierten auch bei einer medizinischen Massnahme damit nicht zwingend zu einer Verletzung von Art. 3 EMRK. Eine zwangsweise Behandlung gegen den autonomen Willen des Inhaftierten kann sich – unter Einhaltung der oben genannten Voraussetzungen – aufgrund der besonderen Fürsorgepflicht sogar aufdrängen.

Weiter ist an die Konstellation zu denken, in welcher der Inhaftierte beispielsweise aufgrund des Vorliegens einer psychischen Erkrankung nicht (mehr) in der Lage ist, eine Entscheidung zu treffen.⁸²⁴ Es ist dann an den Behörden, anhand der anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaft über die angemessene Behandlung zu entscheiden, welche, wenn erforderlich, auch mittels Zwang durchzuführen ist.⁸²⁵ Als allgemeine Regel hält der Gerichtshof fest, dass eine medizinische Behandlung, welche nach anerkannten medizinischen Grundsätzen notwendig ist, grundsätzlich Art. 3 EMRK nicht verletzen kann.⁸²⁶

Die Grundgedanken dieser mittlerweile konsolidierten Rechtsprechung können auch in Bezug auf anders geartete therapeutische Zwangsbehandlungen analog hinzugezogen werden. Zu denken ist insbesondere an die zwangsweise Behandlung ansteckender Krankheiten oder die Behandlung eines Inhaftierten mit erhöhtem Gefährdungspotential, wobei hier das

821 Dazu gehört etwa, dass die Zwangsernährung auf nicht demütigende Weise, d.h. ohne unnötigen und unangemessenen Zwang, zu erfolgen hat. Vgl. im Einzelnen dazu SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 40.

822 Vgl. etwa EGMR – *Nevmerzhiitsky*/UKR, Urt. v. 05.04.2005, 54825/00, Rn. 94; EGMR – *Ciorap*/MDA, Urt. v. 19.06.2007, 12066/02; im Einzelnen auch: SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 40.

823 Vgl. auch SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 41.

824 Vgl. etwa EGMR – *M.S./CRO*, Urt. v. 19.02.2015, 75450/12, Rn. 98.

825 EGMR – *M.S./CRO*, Urt. v. 19.02.2015, 75450/12, Rn. 98.

826 EGMR – *M.S./CRO*, Urt. v. 19.02.2015, 75450/12, Rn. 98; EGMR (GK) – *Jallob*/GER, Urt. v. 19.06.2007, 12066/02, Rn. 69; EGMR – *Herczegfalvy*/AUT, Urt. v. 24.09.1992, 10533/83, Rn. 82; EGMR – *Nevmerzhiitsky*/UKR, Urt. v. 05.04.2005, 54825/00, Rn. 94; EGMR – *Özgül*/TUR, Entsch. v. 06.03.2007, 7715/02; vgl. auch SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 40.

Drittinteresse – sei es der Mitinhaftierten oder der Vollzugsbeamten – als weitere zu beachtende Komponente hinzutritt.

Hinsichtlich der Zeit nach dem Vollzug hatte sich der EGMR weniger mit der Frage zu beschäftigen, ob eine fortwirkende Verpflichtung zur Gesundheitsversorgung nach der Entlassung besteht⁸²⁷, als vielmehr mit der oben bereits aufgeworfenen Frage, wann eine Entlassung aufgrund des Gesundheitszustands notwendig ist, wenn die angemessene Gesundheitsversorgung im Strafvollzug nicht mehr gewährleistet werden kann und die Weiterführung des Vollzugs folglich gegen Art. 3 EMRK verstößt.⁸²⁸ Bei der Beurteilung dieser Frage berücksichtigt der EGMR – neben den oben genannten drei Hauptkriterien – den Krankheitsverlauf, die Möglichkeit einer bedingten Entlassung sowie das Verhalten des Inhaftierten (insbesondere hinsichtlich seiner Kooperation mit der Ärzteschaft).⁸²⁹

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich Art. 3 EMRK an den Grundprinzipien der Freiwilligkeit resp. des *informed consent*, der Vertraulichkeit der medizinischen Versorgung und der Äquivalenz der Versorgung inner- und ausserhalb des Strafvollzugs orientiert. Gleichwohl hat sich eindrücklich gezeigt, dass der EGMR unter dem Gesichtspunkt von Art. 3 EMRK Einschränkungen dieser Grundsätze zulässt und so den besonderen Gegebenheiten des Strafvollzugs Rechnung trägt. Gleichzeitig belässt es der EGMR nicht dabei, den Inhalt von Art. 3 EMRK auf diese Grundprinzipien zu stützen; vielmehr verlangt er unter Art. 3 EMRK eine angemessene Gesundheitsversorgung, wobei er diesen unbestimmten

827 Gemeint ist eine Entlassung aus dem Strafvollzug als solchen. Ganz anders ist die Konstellation zu beurteilen, wenn es sich um eine Verlegung in eine andere Vollzugsanstalt geht. Bei Letzterem gilt die besondere Fürsorgepflicht mit den damit einhergehenden positivrechtlichen Pflichten selbstverständlich weiter: Eine Kontinuität der medizinischen Versorgung muss damit grundsätzlich gewährleistet werden: vgl. etwa EGMR – *Khayledinov/RUS*, Urt. v. 12.01.2016, 2763/13, Rn. 73: „The Court reiterates that ensuring continuity of care between the community and prison, as well as within the prison system, is a fundamental component of successful treatment.“ Im konkreten Fall ging es um eine Therapie, welche durch den Haftantritt unterbrochen wurde.

828 Vgl. etwa EGMR – *Mouïsel/FRA*, Urt. v. 14.11.2002, 67263/01: Der Gesundheitszustand des Strafgefangenen war immer weniger mit der fortdauernden Inhaftierung vereinbar. Frankreich entliess den Strafgefangenen schliesslich bedingt, mit der Auflage, sich in medizinische Behandlung oder Pflege zu begeben. Der EGMR stellte bis zum Zeitpunkt der Entlassung eine Verletzung von Art. 3 EMRK fest.

829 EGMR – *Gelfmann/FRA*, Urt. v. 14.12.2004, 25875/03; vgl. auch EGMR – *Aleksanyan/RUS*, Urt. v. 22.12.2008, 46468/06, Rn. 137.

Rechtsbegriff durch weitere *eigene Kriterien* und Einzelgarantien gefüllt hat.

2. Dogmatische Einordnung der Gesundheitsversorgung durch den EGMR und Kriterien der Standardbildung

Der Vielgestaltigkeit der Fragestellungen und Fallkonstellationen entsprechend, stellt der Gerichtshof hinsichtlich inadäquater Gesundheitsversorgungen je nach Fall eine erniedrigende⁸³⁰ oder bisweilen auch eine erniedrigende *und* unmenschliche Behandlung⁸³¹ i.S.v. Art. 3 EMRK fest. In aller Regel hält er eindeutig fest, welche spezifische Einzelgarantie von Art. 3 EMRK er prüft und welche Kriterien er zu dieser Prüfung hinzuzieht. Die Entscheidung trifft er dabei immer mit Blick auf die Menschenwürde einerseits und die praktischen Bedürfnisse des Strafvollzugs („*the practical demands of imprisonment*“) andererseits.⁸³²

Bei seiner Prüfung greift der Gerichtshof vorab i.d.R. die allgemeinen Begriffsmerkmale der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung auf und verweist darüber hinaus auf die für Strafvollzugssituationen aufgestellte Auslegungsdirektive des „*no more harm principle*“.⁸³³ Eine *unmenschliche* Behandlung erkennt der Gerichtshof in Übereinstimmung mit den allgemeinen Begriffsmerkmalen (vgl. Teil 2 Kap. 3 II. 1.) insbesondere in jenen Situationen, in denen der Beschwerdeführer *nachweist*⁸³⁴, dass die inadäquate Gesundheitsversorgung zu einem verstärkten Gefühl der Qual und des körperlichen Leidens geführt hat.⁸³⁵ Hinsichtlich der Frage

830 Vgl. etwa EGMR – *Hummatov/AZE*, Urt. v. 29.11.2007, 9852/03 u. 13413/04, Rn. 120 ff.; EGMR – *Sarban/MDA*, Urt. v. 04.10.2005, 3456/05, Rn. 90.

831 Vgl. etwa EGMR – *Mouisel/FRA*, Urt. v. 14. 11.2002, 67263/01, Rn. 4.

832 EGMR – *Pakhomov/RUS*, Urt. v. 30.09.2010, 44917/08, Rn. 63; EGMR (GK) – *Blokhin/RUS*, Urt. v. 23.03.2016, 47152/06, Rn. 138; EGMR – *Aleksanyan/RUS*, Urt. v. 22.12.2008, 46468/06, Rn. 140.

833 Vgl. etwa EGMR – *Nevmerzhiisky/UKR*, Urt. v. 05.04.2005, 54825/00, Rn. 81.

834 Die Anforderungen an den Nachweis richten sich nach den Beweisregeln des EGMR. Dem Beschwerdeführer kommen hier beweisrechtliche Erleichterungen zugute.

835 Vgl. etwa EGMR – *Kaprykowski/POL*, Urt. v. 03.02.2009, 23052/05, Rn. 75: Der an Epilepsie leidende Beschwerdeführer hatte vorgetragen, dass es durch die Umstellung auf Generika zu einem Anstieg der Zahl seiner täglichen Anfälle gekommen sei und deren Auswirkungen sich verschlimmert hätten. Die Regierung hatte diese Behauptungen des Beschwerdeführers nicht bestritten, weshalb sich der Gerichtshof bei der Prüfung einer unmenschlichen Behandlung i.S.v.

der *erniedrigenden* Behandlung stellt der Gerichtshof wiederum in Übereinstimmung mit den allgemeinen Begriffsmerkmalen hauptsächlich darauf ab, ob der Beschwerdeführer durch die ungenügende Behandlung in seiner Persönlichkeit herabgesetzt und ob seine Menschenwürde gewahrt wurde.⁸³⁶ Mit Blick auf den Demütigungsmoment erkennt der EGMR etwa eine *erniedrigende* Behandlung, wenn eine *einschneidende* Behandlung durchgeführt wird, welche nicht medizinisch oder rechtlich indiziert war; und zwar unabhängig davon, ob im konkreten Fall eine Zustimmung durch den Betroffenen erteilt wurde oder nicht.⁸³⁷ Eine medizinische

Art. 3 EMRK auf diese stützte. Vgl. auch EGMR – *Hummatov/AZE*, Urt. v. 29.11.2007, 9852/03 u. 13413/04, Rn. 121: Der Gerichtshof stellte hier fest, dass aus den vorliegenden Beweisen nicht hervorgehe, dass der Beschwerdeführer während der verfahrensgegenständlichen Zeit einen Rückfall seiner Tuberkuloseerkrankung erlitten habe oder dass das Fehlen einer angemessenen medizinischen Behandlung im Gubstan-Gefängnis erhebliche psychische Leiden verursacht habe, weshalb keine unmenschliche Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK festzustellen sei. Vgl. ferner EGMR – *Sarban/MDA*, Urt. v. 04.10.2005, 3456/05, Rn. 86: Der Gerichtshof führte aus, dass der Beschwerdeführer nicht geltend gemacht habe, im relevanten Zeitraum einen medizinischen Notfall erlitten oder aufgrund inadäquater medizinischer Unterstützung anderweitig schweren oder langanhaltenden Schmerz erlitten zu haben. Eine unmenschliche Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK liege deshalb nicht vor.

836 EGMR – *Hummatov/AZE*, Urt. v. 29.11.2007, 9852/03 u. 13413/04, Rn. 121; EGMR – *Kaprykowski/POL*, Urt. v. 03.02.2009, 23052/05, Rn. 76; vgl. auch EGMR – *Sarban/MDA*, Urt. v. 04.10.2005, 3456/05, Rn. 87 ff.: Der Gerichtshof hält zunächst fest, dass der Beschwerdeführer Kenntnis davon gehabt habe, dass im Falle eines medizinischen Notfalls, welcher aufgrund seiner Gesundheitssituation durchaus hätte auftreten können, keine sofortige medizinische Hilfe verfügbar gewesen wäre. Der Gerichtshof kam sodann zum Schluss, dass dies beim Beschwerdeführer erhebliche Ängste ausgelöst haben müsse. Das Versäumnis, dem Beschwerdeführer eine medizinische Grundversorgung zu gewähren, als er diese eindeutig benötigte und auch beantragt hatte, würden zusammen mit anderen Formen der erlittenen Demütigung (Transport in Handschellen ans Gericht, Gerichtsverhandlung in einem Käfig etc.) eine erniedrigende Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK sein.

837 EGMR – *Salmanoglu u. Polatta/TUR*, Urt. v. 17.03.2009, 15828/03, Rn. 88: Anlässlich der Eintrittsuntersuchung wurde die erst 16-jährige Beschwerdeführerin einer gynäkologischen Untersuchung unterzogen, bei welcher deren Jungfräulichkeit festgestellt werden sollte. Der Gerichtshof hielt fest, dass nicht nachgewiesen worden war, dass diese Untersuchung auf einer gesetzlichen Grundlage basierte und dass sich die Beschwerdeführerin zu diesem Zeitpunkt noch nicht über sexuelle Übergriffe beschwert hätte. Die Untersuchung an sich könne damit als diskriminierend und erniedrigend betrachtet werden.

Behandlung gegen den Willen des Betroffenen ist demgegenüber *weder unmenschlich noch erniedrigend*, wenn sie therapeutisch notwendig war.⁸³⁸

Indem der Gerichtshof bei der Beurteilung einer unmenschlichen Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK einen konkreten *Nachweis* der *tatsächlichen Auswirkungen* fordert, stellt der Gerichtshof zunächst auf soziomedizinische resp. empirische Kriterien ab. Gleichwohl ist die Feststellung einer unmenschlichen Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK letztlich Ergebnis einer normativen Bewertung dieses Leidens. Nach der Feststellung des konkreten Leidens stellt der Gerichtshof sich nämlich die Frage, ob dieses das erforderliche Mindestmass an Leiden i.S.v. Art. 3 EMRK erreicht oder nicht. Bei der erniedrigenden Behandlung greift von Beginn an eine von der Menschenwürde her gedachte, normative Bewertung der Situation, wobei der Gerichtshof auch dieser soziomedizinische Schlussfolgerungen zugrunde legt, ohne hier aber einen konkreten Nachweis zu fordern.⁸³⁹

Zusammenfassend prüft der Gerichtshof bei der Beurteilung der Gesundheitsversorgung die vorgetragene Situation an den je spezifischen Voraussetzungen der erniedrigenden resp. der unmenschlichen Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK. Stellt der Gerichtshof im Ergebnis sowohl eine unmenschliche als auch eine erniedrigende Behandlung fest, ist dies nicht Folge dogmatischer Unschärfe, sondern eine klare und eindeutige Feststellung zu den konkreten Unrechtsgehalten, welche dem Konventionsstaat zur Last gelegt werden. Sowohl die Prüfung der unmenschlichen als auch der erniedrigenden Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK enthält sowohl soziomedizinische als auch normative Elemente. Dies hat aber nicht darüber hinwegzutäuschen, dass die normative Bewertung der soziomedizinischen Elemente auf je anderen Voraussetzungen beruht.

838 EGMR – *Nevmerzhitsky/UKR*, Urt. v. 05.04.2005, 54825/00, Rn. 94; vgl. auch EGMR – *Herczegfalvy/AUT*, Urt. v. 24.09.1992, 10533/83, Rn. 82.

839 Vgl. etwa EGMR – *Hummatov/AZE*, Urt. v. 29.11.2007, 9852/03 u. 13413/04, Rn. 121: „[...] the Court considers that the lack of adequate medical treatment in Gobustan Prison must have caused the applicant considerable mental suffering diminishing his human dignity, which amounted to degrading treatment within the meaning of Article 3 of the Convention.“

3. Prüfungsmethodik des EGMR

3.1 Prüfungstiefe und -dichte und Beweislast

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine dem Inhaftierten gewährte Gesundheitsversorgung adäquat und mit Art. 3 EMRK konform ist, nimmt der Gerichtshof sich insoweit zurück, als er unter Hinweis auf seine subsidiäre Rolle festhält, dass es gerade nicht seine Aufgabe sei, Fragen zu beurteilen, welche ausschliesslich im Kompetenzbereich eines medizinischen Spezialisten liegen.⁸⁴⁰ Der EGMR trägt damit insbesondere seiner fehlenden fachlichen Kompetenz bei der Beurteilung der Behandlungsbedürftigkeit oder der Wahl einer konkreten Therapie Rechnung.⁸⁴¹ Insofern nimmt der EGMR denn auch keine umfassende Prüfung der medizinischen Therapiestrategie vor. Vielmehr begnügt er sich mit einer reduzierten Prüfungstiefe; er nimmt in inhaltlicher Sicht eine reine Willkürkontrolle⁸⁴² vor.

In beweisrechtlicher Hinsicht anerkennt der EGMR die besondere Stellung des Strafgefangenen und insbesondere seine durch die Situation des Strafvollzugs gesteigerte Verletzlichkeit (im Einzelnen Teil 2 Kap. 2 II. 1.1.).⁸⁴³ Es liegt deshalb, nachdem der Inhaftierte den Anscheinsbeweis einer inadäquaten medizinischen Versorgung erbracht hat, am Staat, glaubhaft und überzeugend nachzuweisen, dass dem Inhaftierten eine umfassende und angemessene medizinische Versorgung zuteil wurde.⁸⁴⁴

Aus beweisrechtlicher Perspektive ist denn auch das Erfordernis der Einholung einer zusätzlichen unabhängigen Meinung eines Spezialisten zu werten.⁸⁴⁵ Fehlt diese, dürfte dem Konventionsstaat im Streitfall regelmässig der Nachweis misslingen, dass dem Inhaftierten eine umfassende und angemessene medizinische Versorgung gewährt wurde.

840 EGMR – *Wenner*/GER, Urt. v. 01.09.2016, 62303/13, Rn. 58; EGMR – *Sergey Antonov*/UKR, Urt. v. 22.10.2015, 40512/13, Rn. 86; EGMR – *E.A./RUS*, Urt. v. 23.05.2013, 44187/04, Rn. 57; EGMR – *Ukhan*/UKR, Urt. v. 18.12.2008, 30628/02, Rn. 76.

841 EGMR – *Sergey Antonov*/UKR, Urt. v. 22.10.2015, 40512/13, Rn. 86.

842 Vgl. auch RONC S. 226.

843 EGMR – *Wenner*/GER, Urt. v. 01.09.2016, 62303/13, Rn. 58.

844 EGMR – *Wenner*/GER, Urt. v. 01.09.2016, 62303/13, Rn. 58; EGMR – *Sergey Antonov*/UKR, Urt. v. 22.10.2015, 40512/13, Rn. 86. Damit wird vom allgemeinen Grundsatz „*affirmanti incumbit probatio*“ abgewichen.

845 EGMR – *Wenner*/GER, Urt. v. 01.09.2016, 62303/13, Rn. 57; vgl. auch EGMR – *Xiros*/GRE, Urt. v. 09.09.2010, 1033/07, Rn. 87 und 89 f.; EGMR – *Budanov*/RUS, Urt. v. 09.01.2014, 66583/11, Rn. 73.

In die gleiche Richtung zielt das Erfordernis einer Eintrittsuntersuchung; das Unterlassen oder eine ungenügende Dokumentation ziehen – wie bereits aufgezeigt – beweisrechtliche Folgen nach sich, und der EGMR lässt in solchen Konstellationen das Vorbringen des Konventionsstaates, dass eine spezifische Verletzung oder Erkrankung vorbestanden habe, in der Regel nicht genügen.

3.2 Äquivalenzprinzip vs. Angemessenheitsprüfung

a Bedeutung in der Rechtsprechung des Gerichtshofs

Es wurde bereits aufgezeigt, dass der EGMR bei der Prüfung von Art. 3 EMRK mit dem Prinzip der Gleichwertigkeit der Gesundheitsversorgung inner- und ausserhalb des Strafvollzugs operiert, dieses Prinzip prüfungsmethodologisch aber zu Gunsten einer „Angemessenheitsprüfung“ in den Hintergrund rückt. Die beiden Prinzipien gilt es deshalb auf ihre Eignung und Werthaltigkeit bei der Beurteilung einer Verletzung von Art. 3 EMRK zu prüfen.

b Äquivalenz oder Angemessenheit als geeigneter Mindeststandard?

Weder die Proklamation der Äquivalenz noch jene der Angemessenheit genügt mit Blick auf den absoluten Charakter von Art. 3 EMRK für sich allein, um einen im Sinne des Spezifitätskriteriums genügend konkreten Standard aufzustellen; beide Begriffe bedürfen zunächst weiterer Definition. Hinsichtlich der Äquivalenz sind die Fragen des massgeblichen Referenzmassstabes ausserhalb des Strafvollzugs und der Beurteilungskriterien der Äquivalenz zu klären. Auch die Angemessenheit der Gesundheitsversorgung ist als unbestimmter Rechtsbegriff mit konkreten inhaltlichen Garantien bzw. strukturellen Elementen zu füllen.

Gleichwohl unterscheiden sich die prüfungsmethodologischen Herangehensweisen wesentlich: Das Äquivalenzprinzip impliziert einen relativen, d.h. vergleichenden Massstab, während die Ermittlung der Angemessenheit auf einem wertebasierten Massstab beruht, wobei im Rahmen der normativen Bewertung einer Situation soziomedizinische Elemente aufgegriffen werden.

Beim vergleichenden Massstab ist bei der Wahl des Referenzmassstabes schon deshalb Vorsicht geboten, weil innerhalb des Geltungsbereichs

der EMRK schon aufgrund ihrer Konzeption grundsätzlich ein auf dem europäischen Konsens beruhender einheitlicher Mindeststandard im Rahmen von Art. 3 EMRK statuiert wird, welcher von sämtlichen Konventionsstaaten einzuhalten ist. Ein nationaler Masstab würde dieser Konzeption in grundlegender Weise widersprechen. Hinzu kommt die Frage nach der Legitimität eines Masstabes, welcher anhand der Gesundheitsversorgung ausserhalb des Strafvollzugs in den Konventionsstaaten ermittelt wird: Das Äquivalenzprinzip setzt letztlich bei einem Umstand, wie er ausserhalb des Strafvollzugs existiert, an und fingiert, dass dies der Masstab sei, welcher auch im Vollzug zu gelten hat, ohne dabei den Masstab in der freien Gesellschaft in materieller Hinsicht in irgendeiner Weise zu überprüfen. Das Äquivalenzprinzip berücksichtigt damit in keiner Weise, ob der Masstab der freien Gesellschaft, wie er tatsächlich besteht, überhaupt erstrebenswert ist. Mit anderen Worten wird die „Sein-Ebene“ der freien Gesellschaft automatisch zur „Soll-Ebene“ des Strafvollzugs, ohne dabei die „Sein-Ebene“ zunächst zu prüfen.

Dieses Problem akzentuiert sich dadurch, dass sich schon die rechtlichen Vorgaben an die Gesundheitsversorgung im Strafvollzug von jenen in der freien Gesellschaft unterscheiden. In der freien Gesellschaft existiert schon von vorneherein kein allgemeines Recht auf Gesundheit⁸⁴⁶ und auf Gesundheitsversorgung, woran die tatsächlichen Gegebenheiten gemessen werden könnten. Im Strafvollzug kommt aufgrund des Sonderstatusverhältnisses – wie bereits aufgezeigt – aber eine besondere Fürsorgepflicht des Staates zum Tragen, welche insbesondere bezüglich der positiv- und leistungsrechtlichen Aspekte des Menschenrechtsschutzes besondere Implikationen hat.

Möchte man dennoch an einem vergleichenden Masstab festhalten, wäre in einem ersten Schritt immer sicherzustellen, dass der Referenzmasstab auch dem „Sollen“ entspricht. Dies zu prüfen, würde wiederum inhaltliche Kriterien erfordern. In einem zweiten Schritt müsste dann zusätzlich geprüft werden, ob im konkreten Fall den Besonderheiten des Strafvollzugs noch Rechnung zu tragen ist. Damit stellt sich dann allerdings die Frage, welchen Vorteil der Umweg über einen Referenzmasstab

846 Ein solches kann auch aus Art. 8 EMRK nicht abgeleitet werden. Dieser garantiert auch nicht die Einführung bestimmter Formen staatlicher Gesundheitssysteme. Vom Schutz von Informationen, die einen Aspekt des Privatlebens betreffen, werden aber selbstverständlich auch medizinische Daten umfasst. Bezüglich des Vertraulichkeitsgrundsatzes könnte deshalb auch ausserhalb des Strafvollzugs Art. 8 EMRK herangezogen werden: SK-StPO/MEYER Art. 8 EMRK Rn. 11, 38, 41.

hat, könnten inhaltliche Kriterien doch ebenso gut direkt für die Situation des Strafvollzugs aufgestellt werden.

Auch vor dem Hintergrund, dass es sich bei Art. 3 EMRK um eine absolut geschützte Fundamentalgarantie handelt, scheint eine auf einem reinen Vergleich basierende Äquivalenzprüfung für sich alleine kein geeignetes prüfungsmethodologisches Vorgehen zu sein. Einerseits liesse sich die Konkretisierungsforderung des Spezifitätskriteriums mit einem variablen Referenzmassstab nicht vereinen, und andererseits würde die genuin menschenrechtlichen Wertigkeit des erlittenen Leids bzw. der Demütigung bei der Schutzbereichsbestimmung nicht genügend berücksichtigt. Eine im Vergleich zur freien Gesellschaft schlechtere medizinische Behandlung kann zwar ein bedeutender Faktor sein, dass sich der Beschwerdeführer in seinen Augen etwa in seiner Persönlichkeit herabgesetzt oder in seiner Menschenwürde getroffen fühlt, kann für sich allein genommen dafür aber in der Regel wohl nicht genügen. Für die Annahme eines Demütigungsmoments im Sinne einer erniedrigenden Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK wird in aller Regel nämlich entscheidender sein, wie die konkret gewährte Behandlung mit Blick auf das Krankheitsbild des Betroffenen zu beurteilen ist. Bei dieser normativen Bewertung können medizinische Möglichkeiten ausserhalb des Strafvollzugs aber selbstverständlich miteinfließen. Gleiches hat bei der Prüfung einer unmenschlichen Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK zu gelten. Auch hier hat die normative Bewertung der konkret gewährten Behandlung im Vordergrund zu stehen.

Anders wäre die vergleichende Herangehensweise zu beurteilen, wenn es um die Prüfung des Diskriminierungsverbots ginge.⁸⁴⁷ Das Diskriminierungsverbot statuiert gerade, dass hinsichtlich eines in der EMRK gewährten Rechts keine Differenzierung aufgrund der in Art. 14 EMRK genannten Gründe vorgenommen werden darf.⁸⁴⁸ Ein Konnex zwischen dem Diskriminierungsverbot und Art. 3 EMRK bestünde aber insofern, als eine Diskriminierung, die auf die Verletzung der Menschenwürde hinausläuft, eine erniedrigende Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK sein kann.⁸⁴⁹

847 An die Stelle des Eingriffs tritt beim Diskriminierungsverbot die Ungleichbehandlung – in dieser liegt bei Art. 14 EMRK gerade die Beeinträchtigung. Dies im Unterschied zu den positiven Verpflichtungen (etwa materielle Haftbedingungen), denn bei diesen ist die Beeinträchtigung in einem Unterlassen des Staates zur Vornahme der garantierten Handlung an und für sich zu sehen. Vgl. auch SK-StPO/Meyer Methodik der Grundrechtsanwendung (EMRK) Rn. 9, 22.

848 Vgl. etwa GRABENWARTER/PABEL § 26 Rn. 1; MEYER-LADEWIG/LEHNER Art. 14 Rn. 5 ff., 9 ff., 16 ff.; SCHILLING Rn. 738.

849 Dazu ausf. MAVRONICOLA HRLR 2012, 723 (751).

Da allerdings kein allgemeines Recht auf Gesundheitsversorgung in der EMRK verbrieft ist, scheint auch ein Heranziehen von Art. 14 EMRK diesbezüglich wenig zweckmässig. Der *ratio* des Äquivalenzprinzips, nämlich einem Normalisierungsgebot, sollte deshalb auf andere Weise Rechnung getragen werden.

Die Angemessenheitsprüfung, wie sie der Gerichtshof vornehmlich anwendet, nimmt die Frage der Äquivalenz denn auch auf, stellt aber fest, dass sich der Gerichtshof selbst nicht immer danach richtet. Im Einzelfall kann dies verschiedene Folgen haben: (1) Inner- und ausserhalb des Strafvollzugs besteht eine gleichwertige Gesundheitsversorgung, welche auch angemessen ist, womit keine Verletzung von Art. 3 EMRK vorliegt, (2) es liegt zwar eine gleichwertige Gesundheitsversorgung vor, diese ist aber im konkreten Fall für den Strafgefangenen gleichwohl nicht angemessen, weil sie entweder auch ausserhalb des Strafvollzugs nicht angemessen ist oder weil sie mit Blick auf die besondere Fürsorge- und Obhutspflicht nicht angemessen ist; es ist eine Verletzung von Art. 3 EMRK festzustellen, (3) es besteht zwar keine gleichwertige Gesundheitsversorgung, aber die dem Inhaftierten gewährte medizinische Versorgung ist gleichwohl angemessen, womit keine Verletzung von Art. 3 EMRK vorliegt.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welchen Stellenwert der EGMR dem Äquivalenzprinzip bei der Angemessenheitsprüfung konkret einräumt. Der Beizug des Äquivalenzprinzips geht jedenfalls nicht so weit, dass die Gewährung einer gleichwertigen Gesundheitsversorgung *vermutungsweise* eine angemessene Gesundheitsversorgung oder eine ungleiche Gesundheitsversorgung *vermutungsweise* eine unangemessene Gesundheitsversorgung implizieren würde. Die Äquivalenz bleibt bei der normativ geprägten Beurteilung der Angemessenheit vielmehr eine allgemeine Auslegungsdirektive bzw. ein zu berücksichtigender Faktor.

Wird die Angemessenheitsprüfung anhand vorgängig festgelegter Kriterien vorgenommen, erfüllt sie auch die Konkretisierungsforderung eines absoluten Rechts. Der besonderen Bedeutung der Grenze zwischen einer zu spezifischen und einer zu allgemeinen Rechtsprechung bei absoluten Rechten wird hier beispielsweise mit den Kriterien einer zeitnahen Diagnose und einer akkuraten Behandlung Rechnung getragen, welche zusammengefasst schnellstmögliches Tätigwerden mit einer umfassenden Therapiestrategie nach Massgabe der anerkannten Grundsätze der medizinischen Wissenschaften fordern. Mit diesen Kriterien wird ein Standard geschaffen, welcher ein ausreichendes Mass an Allgemeingültigkeit und Klarheit gewährleistet, aber auch Raum für die Einzelfallbetrachtung lässt.

Letzteres ist umso wichtiger, als gerade medizinische Fragen individuelle Lösungen erfordern.

c Zwischenfazit

Zusammenfassend kann damit festgestellt werden, dass der EGMR bei der Festsetzung des Mindeststandards der Gesundheitsversorgung im Strafvollzug im Sinne von Art. 3 EMRK prüft, ob diese im Einzelfall angemessen ist. Das Äquivalenzprinzip tritt als ein bei der wertungsbasierten Angemessenheitsprüfung mitzubeherrschender Faktor in den Hintergrund. Soweit die Äquivalenz in der Angemessenheitsprüfung zu berücksichtigen ist, wird auch ihr ein *normativer* Wert zugeschrieben; Fragen rund um den anzuwendenden Referenzmassstab und die Beurteilungskriterien der Gleichwertigkeit verlieren damit an Bedeutung. Das methodische Vorgehen des EGMR, direkt die Angemessenheit der medizinischen Versorgung in das Zentrum der Menschenrechtsprüfung zu stellen, überzeugt. Ein auf einem blossen Vergleich basierender Massstab, wie ihn das Äquivalenzprinzip postuliert, würde für sich alleine dem Fundamentalcharakter von Art. 3 EMRK und der genuin menschenrechtlichen Wertigkeit des erlittenen Leids bzw. der Demütigung nicht genügend Rechnung tragen. Indem der EGMR die Angemessenheitsprüfung anhand klar formulierter Kriterien vornimmt, schafft er einen Massstab, welcher auch den Prüfungsanforderungen eines absoluten Rechts genügt.

3.3 Wechselwirkungen – Kumulation und Kompensation?

Der EGMR beurteilt das Vorliegen einer angemessenen medizinischen Versorgung grundsätzlich unabhängig von anderen Haftbedingungen; gleichwohl anerkennt der Gerichtshof, dass der Gesundheitszustand des Inhaftierten Folgen für dessen Unterbringung und damit auf andere Haftbedingungen haben kann.⁸⁵⁰ Inadäquate Haftbedingungen können die medizinische Versorgung des Inhaftierten unwirksam machen, womit diese nicht mehr als angemessen beurteilt werden kann. Mit anderen Worten

850 EGMR – *Topekhin/RUS*, Urt. v. 10.05.2016, 78774/13, Rn. 87: Der EGMR erkennt eine Pflicht des Mitgliedstaates zur Zurverfügungstellung einer druckvermindernden Matratze für einen kranken Inhaftierten. Vgl. ferner EGMR – *Raffray Tadei/FRA*, Urt. v. 21.12.2010, 36435/07.

trägt der Gerichtshof den kumulativen Effekten der Haftsituation Rechnung. Die medizinische Versorgung muss gerade vor deren Hintergrund auf ihre Angemessenheit geprüft werden. Ist eine medizinisch adäquate Unterbringung eines kranken Strafgefangenen nicht möglich, hat dies insoweit Konsequenzen, als eine Verlegung in eine zivile Krankeninstitution oder in schwerwiegenden Fällen gar eine Entlassung ins Auge gefasst werden muss. Kompensierende Effekte der Haft sind bei der Gesundheitsversorgung kaum denkbar: Eine menschenrechtskonforme Unterbringung dispensiert in seiner menschenrechtlichen Wertigkeit den Konventionsstaat in keiner Weise von einer angemessenen Gesundheitsversorgung. Auch die einzelnen Garantien der Gesundheitsversorgung lassen sich nicht gegenseitig aufwiegen. So kann die Freiwilligkeit der Behandlung an sich nicht etwa mangelnde Vertraulichkeit der Untersuchung kompensieren. Ebenso wenig wäre denkbar, dass eine an und für sich adäquate Behandlung eine verspätete Behandlung kompensiert oder dass eine zwar prompte Behandlung nicht mehr den qualitativen Anforderungen entsprechen müsste. *Kompensationsmechanismen* werden vom EGMR bei der Prüfung von Art. 3 EMRK hinsichtlich der medizinischen Versorgung denn auch nicht ins Feld geführt.

Anders gelagert sind Situationen *konfligierender Interessen*. Im Kontext der Gesundheitsversorgung im Strafvollzug ist allem voran an das *Spannungsverhältnis* zwischen Sicherheitsaspekten und dem menschenrechtlichen Anspruch einer angemessenen Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK auch gefährlicher Straftäter zu denken. Nachdem bei Art. 3 EMRK als absolutem Recht grundsätzlich nur relative Kriterien berücksichtigt werden dürfen, welche direkten Einfluss auf das Mass des erlittenen Leidens oder die Schwere der zugefügten Behandlung haben und sich die Gefährlichkeit des Täters gerade nicht auf das Mass des erlittenen Leidens auswirkt, stellt sich die Frage, welcher Wert der Gefährlichkeit des Täters bei der Prüfung von Art. 3 EMRK beigemessen werden darf.

Soweit irgend möglich ist der Gefährlichkeit des Täters mit *angepassten* Leistungen zu begegnen. In Frage kommen insbesondere bei Verlegungen in externe Behandlungseinrichtungen *flankierende* (Zwangs-)Massnahmen. Denkbar ist etwa, dass der Betroffene in Handfesseln gelegt wird oder dass er auch bei medizinischen Untersuchungen von Aufsehern resp. Polizeibeamten begleitet wird, obwohl Letzteres klar dem allgemeinen Vertraulichkeitsgrundsatz zuwiderläuft.⁸⁵¹ Solche Massnahmen dürfen allerdings nur gerade so weit reichen, als sie durch ein objektiv nachvollziehbares

851 EGMR – *Duval/FRA*, Urt. v. 26.05.2011, 19868/08, Rn. 48 ff.

Sicherheitsbedürfnis begründet werden können.⁸⁵² Bei der Beurteilung ist insbesondere auch der Gesundheitszustand des Betroffenen zu berücksichtigen.⁸⁵³ Gehen die angewandten Massnahmen *über das absolut notwendige Mass hinaus*, hält der Gerichtshof fest, dass sie beim Betroffenen Gefühle der Willkür, der Minderwertigkeit und der Angst hervorrufen können, welche über das hinausgehen, was unweigerlich mit der medizinischen Untersuchung von Inhaftierten einhergehe, weshalb eine *erniedrigende* Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK zu erkennen ist.⁸⁵⁴ Das Überschreiten des absolut notwendigen Masses kann je nach Fallkonstellation aber auch zu einer *unmenschlichen* Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK führen.⁸⁵⁵

Schon bei den Kernmerkmalen absoluter Rechte wurde ausgeführt, dass bei absoluten Rechten aufgrund des Anwendbarkeitskriteriums keine Verhältnismässigkeitsprüfung im eigentlichen Sinn erfolgt und es damit auch zu keiner Interessenabwägung zwischen öffentlichen und Privatinteressen kommt. Gleichwohl schliesst der absolute Charakter auf der *Schutzbereichsebene* die Berücksichtigung konfligierender Interessen nicht aus. Aufgrund des Hierarchieverhältnisses zwischen absoluten und nicht absoluten Rechten hat das Dritinteresse denn auch ein absolutes zu sein, um überhaupt Berücksichtigung zu finden. In der vorliegenden Konstellation könnte sich der Arzt seinerseits auf Art. 3 EMRK berufen; auch er genießt grundsätzlich besondere Schutzpflichten seitens der Strafvollzugsanstalt. Das weitere Hierarchieverhältnis besagt, dass keine absolute positive Pflicht bestehen kann, wenn diese eine negative absolute Pflicht verletzen würde. Während der Arzt sich vorliegend auf die abwehrrechtliche Dimension von Art. 3 EMRK beruft, beruft sich der Inhaftierte, was die Untersuchung als solche angeht, auf den positivrechtlichen Gehalt. Das konfligierende Interesse des Arztes führt deshalb dazu, dass *in diesem Umfang* keine positive Pflicht bestehen kann. Die Prüfung des Gerichtshofs, ob eine Massnahme absolut erforderlich war, legt damit mit anderen Worten fest, ob und in

852 EGMR – *Henaff*/FRA, Urt. v. 27.11.2003, 65436/01, Rn. 52 ff.; EGMR – *Duval*/FRA, Urt. v. 26.05.2011, 19868/08, Rn. 48 ff.; vgl. auch SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 88.

853 EGMR – *Mouisel*/FRA, Urt. v. 14.11.2002, 67263/01, Rn. 47.

854 EGMR – *Duval*/FRA, Urt. v. 26.05.2011, 19868/08, Rn. 52 f.

855 EGMR – *Henaff*/FRA, Urt. v. 27.11.2003, 65436/01, Rn. 52 ff.: Der Gerichtshof stellte fest, dass es in Anbetracht des Gesundheitszustandes und der vom Beschwerte führender ausgehenden Gefahr nicht notwendig war, diesen in der Nacht vor seiner Operation an das Krankenbett zu fesseln, zumal zwei Polizeibeamte vor seinem Zimmer Wache hielten. In der Folge erkannte der Gerichtshof eine unmenschliche Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK.

welchem Umfang eine negative absolute Pflicht gegenüber Drittpersonen besteht. Ist die Massnahme absolut erforderlich, kann in diesem Umfang folglich keine positive Pflicht des Betroffenen bestehen. Gehen sie aber über das erforderliche Mass hinaus, besteht eine positive absolute Pflicht und eine Verletzung von Art. 3 EMRK wird erkannt.

Das Vorgehen des Gerichtshofs entspricht folglich auch den besonderen Prüfungsanforderungen eines absoluten Rechts. Das Anwendbarkeitskriterium absoluter Rechte wird durch die Berücksichtigung konfligierender Interessen auf Schutzbereichsebene nicht untergraben.

3.4 Zwischenfazit

Der EGMR garantiert im Rahmen von Art. 3 EMRK eine „*individuell-gesundheitsadäquate*“⁸⁵⁶ Versorgung, wobei der Gerichtshof zur Konkretisierung des Angemessenheitsbegriffs keine Scheu zeigt, klare Kriterien und inhaltliche Aspekte seiner Beurteilung zu benennen. Die Beurteilung, ob im konkreten Fall das erforderliche Mindestmass an Schwere einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK vorliegt, bleibt eine normative, wobei auch der äquivalenten Gesundheitsversorgung als einem zu berücksichtigenden Faktor der Angemessenheit ein normativer Wert zugeschrieben wird. Starre Leistungskataloge liessen sich weder mit Blick auf die Vielgestaltigkeit potentieller Fallkonstellationen noch mit dem „*Living Instrument*-Charakter“ der EMRK ohne Weiteres vereinbaren. Die vom Gerichtshof benannten strukturellen Elemente zur Konkretisierung des Angemessenheitsbegriffs sind in Ermangelung eines solchen Katalogs umso wichtiger. Der so aufgestellte Standard gilt grundsätzlich unabhängig von irgendwelchen anderen Haftbedingungen, wobei erschwerende Haftbedingungen bei der Angemessenheitsprüfung der Gesundheitsversorgung zu berücksichtigen sind. Konfligierendes Interesse ist bei der Bestimmung des Schutzbereichs zu begegnen: In dem Umfang, in dem eine negative absolute Pflicht gegenüber Drittpersonen besteht, kann keine positive absolute Pflicht erwachsen.

Die Einhaltung dieses menschenrechtlichen Standards sichert der Gerichtshof schliesslich auf beweisrechtlicher Ebene ab; der Inhaftierte hat nur einen Anscheinsbeweis zu erbringen, wonach es nicht mehr am Inhaftierten ist, nachzuweisen, dass ihm keine adäquate medizinische Versorgung gewährt wurde, sondern am Konventionsstaat liegt, zu belegen, dass

856 Vgl. auch SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 33.

er dem Strafgefangenen eine angemessene Gesundheitsversorgung zukommen liess.

4. EGMR im Verhältnis zu anderen Standards und zu anderen Institutionen

Auch hinsichtlich der medizinischen Versorgung nimmt der Gerichtshof sowohl bei der Statuierung einzelner materieller Garantien als auch beim prüfungsmethodischen Vorgehen – etwa in Bezug auf die Anwendung des Äquivalenzprinzips – Bezug auf andere Regelungsinstrumentarien. Im Folgenden wird auf einige Wechselwirkungen exemplarisch eingegangen. Unterschieden werden dabei wiederum die Sachverhalts- und die Rechtsebene. Schliesslich wird die Frage beantwortet, ob und inwieweit im Bereich der medizinischen Versorgung ein Transformationsprozess stattfindet (*Soft Law* zu *Hard Law*; rechtspolitische Zielbestimmungen zu rechtsverbindlichen subjektiven Rechten).

4.1 Einfluss anderer Institutionen auf die Rechtsprechung des EGMR bei der Gesundheitsversorgung im Strafvollzug

a Rechtsebene

Die Analyse der einschlägigen Regelungsinstrumentarien hat für die Phase des Beginns des Strafvollzugs gezeigt, dass sowohl auf internationaler als auch europäischer Ebene bei Haftantritt eine medizinische Untersuchung mit entsprechender Dokumentation empfohlen wird (vgl. Nelson-Mandela-Regeln, CPT und EPR). *Ratio* dieser Eintrittsuntersuchung sind sowohl auf UN-Ebene als auch auf europäischer Ebene die Separation der Gefangenen mit Verdacht auf Infektionskrankheiten oder andere ansteckende Krankheiten, das Treffen der indizierten Massnahmen sowie das Feststellen der Arbeitsfähigkeit. Während auf UN-Ebene diesbezüglich keine Ausnahmen vorgesehen sind, sehen die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze eine Ausnahmemöglichkeit vor, wenn die Untersuchung offensichtlich unnötig („*obviously unnecessary*“) ist. Auch das CPT empfiehlt eine Eintrittsuntersuchung; dies systematisch unter der Garantie des Zugangs zu einem Arzt.

Der EGMR nimmt die Forderung nach einer Eintrittsuntersuchung in seiner Rechtsprechung auf, bettet diese anders als die vorgenannten

Soft Law-Regelungsinstrumente aber nicht primär in einen materiellrechtlichen, sondern in einen beweisrechtlichen Kontext. *Ratio* und *telos* der Eintrittsuntersuchung scheint beim EGMR nämlich vornehmlich die Frage der Nachweisbarkeit zu sein, ob eine Erkrankung bzw. Verletzung während des Strafvollzugs entstand oder ausbrach oder ob es sich um einen vorbestehenden Zustand handelt.

Mit anderen Worten bedeutet dies, dass die *Soft Law*-Regulatorien die Eintrittsuntersuchung unabhängig von irgendwelchen Folgen garantiert sehen wollen, während der EGMR erst dann eine menschenrechtliche Konsequenz an deren Unterlassen knüpft, wenn es zu einer Schädigung des Beschwerdeführers kam. Würde der Gerichtshof die Forderung der *Soft Law*-Regulatorien vollständig implementieren wollen, d.h. die medizinische Untersuchung bei Haftantritt als inhaltliche Garantie gewährleisten wollen, müsste er konsequenterweise in deren Nichtbeachtung unabhängig von einer Schädigung des Inhaftierten eine Verletzung von Art. 3 EMRK erkennen und diese folglich als eigenständiges Angemessenheitskriterium der medizinischen Versorgung betrachten. Das Unterlassen der Eintrittsuntersuchung müsste dann für sich alleine das Mindestmass an Schwere von Art. 3 EMRK überschreiten. Gestützt auf die allgemeinen Begriffsmerkmale der erniedrigenden Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK könnte diesbezüglich etwa dahingehend argumentiert werden, dass das Unterlassen von Eintrittsuntersuchungen bei Inhaftierten Gefühle der Angst und Hilfslosigkeit auslösen müsste, zumal sie nicht beurteilen können, ob sie im Strafvollzug übermässigen Gesundheitsgefahren ausgesetzt werden.⁸⁵⁷ Solange der Gerichtshof dies aber nicht annimmt, orientiert er sich zwar an den aufgeführten Regelwerken, misst der Eintrittsuntersuchung aber einen eigenen Gehalt zu. Von einem eigentlichen Transformationsprozess von *Soft Law* zu *Hard Law* kann deshalb hier nicht die Rede sein.

Für die Phase der Dauer des Vollzugs hat die Analyse der genannten *Soft Law*-Regelwerke in Bezug auf die Anwendung des Freiwilligkeitsprinzips – mithin des Prinzips des *informed consent* – gezeigt, dass diesem im Laufe der Zeit nicht nur in ethischer, sondern auch in rechtlicher Sicht zunehmende Bedeutung zugemessen wurde. Gleichwohl fordern die *Soft Law*-Regelwerke nicht deren absolute Anwendbarkeit. Ausnahmen bleiben möglich. So statuiert etwa das CPT, dass im konkreten Fall dann von die-

857 Ohne Eintrittsuntersuchungen besteht etwa die Gefahr, dass ansteckende Krankheiten von aussen in eine Vollzugseinrichtung eingeschleppt werden könnten, was die Inhaftierten insbesondere aufgrund der hohen sozialen Dichte im Vollzug besonders gefährdet (etwa: Coronavirus).

sem Grundprinzip abgewichen werden darf, wenn dazu eine gesetzliche Grundlage besteht und wenn die Ausnahme auf Prinzipien beruht, die auch ausserhalb des Strafvollzugs gelten. Eine Einwilligung hat gemäss den Nelson-Mandela-Regeln und den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen jedenfalls zwingend vorzuliegen, wenn es sich nicht um eine therapeutische Massnahme, sondern um die Durchführung medizinischer oder wissenschaftlicher Versuche handelt. Wie aufgezeigt, geht auch der EGMR vom Grundsatz der Freiwilligkeit aus, anerkennt unter gewissen Voraussetzungen aber auch Ausnahmemöglichkeiten. Die *ratio* der Kriterien, welche zur zulässigen Abweichung vom Freiwilligkeitsprinzip vorliegen müssen, ist sowohl beim CPT als auch beim EGMR die bestmögliche Sicherstellung, dass Ausnahmen nicht leichtthin bzw. gar willkürlich angenommen werden. Sowohl CPT als auch der EGMR stellen deshalb sowohl formelle als auch materielle Anforderungen an eine Behandlung gegen resp. bei Urteilsunfähigen ohne den Willen des inhaftierten Patienten. Durch seine ausdifferenzierten Kriterien entspricht die Rechtsprechung des EGMR folglich den Empfehlungen des CPT.

Die Analyse des *Soft Law* hat gezeigt, dass neben dem Freiwilligkeitsprinzip auch das Vertraulichkeitsprinzip zunehmend an Bedeutung gewonnen hat. Basierend auf dem Vertraulichkeitsprinzip werden von den *Soft Law*-Regulatorien diverse Empfehlungen aufgestellt. So fordert etwa das CPT, dass medizinische Untersuchungen ausser Hör- und, wenn vom Arzt nicht anders angeordnet, auch ausser Sichtweite von Strafvollzugsbeamten stattzufinden haben. Weiter fordert das CPT, dass die Untersuchungen auch in Abwesenheit anderer Strafgefangenen einzeln und nicht etwa gruppenweise zu erfolgen haben. Zur Sicherstellung der Vertraulichkeit fordert das CPT ferner die Unabhängigkeit des Gesundheitspersonals vom Strafvollzugsmanagement. Der EGMR verweist in seiner Rechtsprechung zum Grundsatz der Vertraulichkeit ausdrücklich auf die Forderungen des CPT. Er konsolidiert in seiner Rechtsprechung die Forderungen, die medizinische Versorgung ausserhalb von Hör- und, wenn nicht anders angeordnet, ausser Sichtweite zu gewährleisten,⁸⁵⁸ die Untersuchung einzeln

858 Vgl. etwa EGMR – *Duval/FRA*, Urt. v. 26.05.2011, 19868/08, Rn. 51: „[...] le CPT a recommandé d’effectuer les examens/consultations/soins médicaux de détenus hors de l’écoute et – sauf demande contraire du médecin concerné dans un cas particulier – hors de la vue du personnel d’escorte. Le Comité a ajouté que l’examen des détenus soumis à des moyens de contrainte était une pratique hautement contestable tant du point de l’éthique que du point de vue clinique.“ Im konkreten Fall nahm der EGMR mitunter aufgrund der Anwesenheit von Strafvollzugsbeamten während der medizinischen Untersuchung, ohne dass

durchzuführen⁸⁵⁹ und die Unabhängigkeit des medizinischen Personals von der Strafvollzugsanstalt zu gewährleisten.⁸⁶⁰ Die Empfehlungen der *Soft Law*-Regelwerke werden folglich diesbezüglich vom EGMR vollständig rezipiert, und deren Gehalt wird auf diese Weise konsolidiert.

Die Auseinandersetzung des EGMR mit den *Soft Law*-Regelwerken betrifft auch weitere Bereiche der „Angemessenheitsprüfung“. Der EGMR weist nach der Rezeption des entsprechenden Regelwerks bisweilen ausdrücklich darauf hin, dass er diesem grosses Gewicht beimesse, räumt gleichzeitig aber auch ein, dass das *Soft Law* für die Mitgliedstaaten keinen bindenden Charakter habe.⁸⁶¹ Basiert die Entscheidung des EGMR in der Folge dennoch auf diesen nicht bindenden Regelwerken, beginnt der Transformationsprozess von blosser Empfehlung hin zu einem harten, einklagbaren Standard. Die Normativität der entsprechenden Empfehlung nimmt durch die Rechtsprechung des EGMR folglich zu. Gleichwohl scheint der Gerichtshof nicht leichthin *Soft Law*-Bestimmungen in seiner Prüfung von Art. 3 EMRK zu implementieren, sondern die Bestimmungen stets sorgfältig mit Blick auf deren menschenrechtlichen Gehalt zu prüfen. Nur dort, wo er Art. 3 EMRK in seinem eigenen Verständnis bei Nichteinhaltung der Bestimmung verletzt sieht, zieht er die *Soft Law*-Bestimmung heran, was der Auslegungskanon der EMRK auch gerade gebietet.

dies Sicherheitsinteressen absolut notwendig gemacht hätten, eine Verletzung von Art. 3 EMRK an. Vgl. auch EGMR – *Salmanoglu* u. *Polatta/TUR*, Urt. v. 17.03.2009, 15828/03, Rn. 80.

859 EGMR – *Salmanoglu* u. *Polatta/TUR*, Urt. v. 17.03.2009, 15828/03, Rn. 80.

860 EGMR – *Salmanoglu* u. *Polatta/TUR*, Urt. v. 17.03.2009, 15828/03, Rn. 80: „The Court has already reaffirmed the European Committee for the Prevention of Torture’s („CPT“) standards on the medical examination of persons in police custody [...]. They [the health professionals] should not compromise their professional independence by contractual or other considerations but should provide impartial evidence, including making clear in their reports any evidence of ill-treatment [...].“

861 Vgl. etwa EGMR – *Rivière/FRA*, Urt. v. 11.07.2006, 33834/03, Rn. 72: „La Cour relève en outre que la Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l’Europe relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire prévoit que les détenus souffrant de troubles mentaux graves devraient pouvoir être placés et soignés dans un service hospitalier doté de l’équipement adéquat et disposant d’un personnel qualifié. La Cour a déjà eu l’occasion de citer cette recommandation, et elle y attache un grand poids, même si elle admet qu’elle n’a pas en soi valeur contraignante à l’égard des Etats membres.“; vgl. ferner EGMR – *Gennadi Naoumenko/UKR*, Urt. v. 10.02.2004, 42023/98, Rn. 94.

In Bezug auf die Phase nach Beendigung des Strafvollzugs wurde aufgezeigt, dass die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze auch diese Phase aufgreifen: Sie statuieren, dass Arrangements mit Institutionen ausserhalb des Vollzugs für die weitere Gewährleistung der Behandlung im Einverständnis mit dem Inhaftierten möglich sein sollen. Die Empfehlung geht damit nicht so weit, den Nationalstaaten zu empfehlen, in jedem Fall die Weiterführung der Behandlung zu gewährleisten. Auch der EGMR war soweit ersichtlich nicht damit konfrontiert, über das Bestehen einer solchen Garantie aus Art. 3 EMRK zu entscheiden.⁸⁶²

Rückt man die Methodik der Beurteilung einer Verletzung von Art. 3 EMRK in das Zentrum der Betrachtung, ist zunächst festzustellen, dass der Gerichtshof bezüglich der Frage der Geltung des Äquivalenzprinzips *Soft Law* rezipiert und dabei festhält, dass diese Instrumentarien das Äquivalenzprinzip als relevanten Prüfmasstab hinzuziehen.⁸⁶³ Bisweilen hält der EGMR jedoch fest, dass er sich selbst, entgegen der Proklamation von *Soft Law*-Regulatorien, nicht immer nach diesem Prinzip richtet.⁸⁶⁴ Hier könnte man *prima vista* zum Schluss gelangen, dass der EGMR eine abweichende Prüfmethodik anwendet. Dieser Schluss erweist sich allerdings als unzutreffend: Es trifft zwar zu, dass das Äquivalenzprinzip mit seinen verschiedenen Ausprägungen in sämtlichen im Rahmen dieser Arbeit näher betrachteten Regelwerken verankert ist, so insbesondere in den Nelson-Mandela-Regeln (insb. Regel 24), beim CPT⁸⁶⁵, bei den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen von 2006 (Regel 40.1–40.5) und bei der Empfehlung R (98) 7 über die ethischen und organisatorischen Aspekte

862 Der Gedanke der Kontinuität beschäftigte den EGMR aber etwa bei der Frage, ob eine ausserhalb des Strafvollzugs begonnene Behandlung in gewohnter Weise fortzuführen ist. Vgl. dazu EGMR – *Wenner*/GER, Urt. v. 01.09.2016, 62303/13.

863 Vgl. etwa EGMR – *Wenner*/GER, Urt. v. 01.09.2016, 62303/13, Rn. 66: „Both the CPT standards and the Committee of Ministers’ Recommendation Rec (2006) 2 on the European Prison Rules (which do not specifically focus on drug therapy), as well as the Committee of Ministers’ Recommendation no. R (98) 7 concerning the ethical and organisational aspects of health care in prison, lay down the principle of equivalence of care.“; vgl. ferner EGMR – *Pakhomov*/RUS, Urt. v. 30.09.2010, 44917/08, Rn. 62; EGMR – *Aleksanyan*/RUS, Urt. v. 22.12.2008, 46468/06, Rn. 139.

864 Insbesondere in Bezug auf das CPT vgl. etwa EGMR – *Pakhomov*/RUS, Urt. v. 30.09.2010, 44917/08, Rn. 62: „The CPT proclaimed the principle of the equivalence of health care in prison with that in the outside community. However, the Court does not always adhere to this standard.“; vgl. ferner EGMR – *Aleksanyan*/RUS, Urt. v. 22.12.2008, 46468/06, Rn. 139.

865 CPT – Health Care Services in Prisons [CPT/Inf (93) 12].

der Gesundheitsversorgung im Gefängnis (Ziff. I. Teil B), doch fordern auch diese keineswegs, wie es die Aussage des EGMR impliziert, eine absolute Äquivalenz. So führt beispielsweise das CPT in seinen Empfehlungen resp. Berichten, wenn auch systematisch unter dem Titel der Äquivalenz, vielmehr inhaltliche Kriterien verschiedener Aspekte der Gesundheitsversorgung auf. Auch beim CPT ist damit im Endeffekt die Angemessenheit der medizinischen Versorgung im Strafvollzug der Leitgedanke. Dasselbe gilt auch für die anderen *Soft Law*-Regelwerke, wobei allgemein die Tendenz festzustellen ist, dass die *Soft Law*-Regulatorien im Laufe der Zeit zunehmend ausdifferenziertere Empfehlungen enthalten. Je ausdifferenzierter das Regelwerk ist, desto geringere Bedeutung kommt letztlich dem Äquivalenzprinzip zu. Das Äquivalenzprinzip rückt folglich nicht nur beim EGMR, sondern auch bei den *Soft Law*-Regelwerken zunehmend in den Hintergrund. Das Äquivalenzprinzip wird damit sowohl vom EGMR als auch im *Soft Law* durch konkrete, unabhängig von einem vergleichenden Massstab geltende inhaltliche Empfehlungen abgelöst, wobei dem Äquivalenzprinzip bei der Angemessenheitsprüfung immerhin noch ein gewisser normativer Wert zugeschrieben wird, welchen es weiterhin zu berücksichtigen gilt.

Anders als *prima vista* zu erwarten war, geht der EGMR bei seiner Konventionsrechtsprüfung in prüfungsmethodischer Hinsicht insgesamt ähnlich vor wie die *Soft Law*-Gremien. Es kann gleichwohl keineswegs davon ausgegangen werden, dass sich der EGMR in prüfungsmethodologischer Sicht *bewusst* an den *Soft Law*-Regulatorien orientiert. Im Gegenteil: Es hat sich gezeigt, dass, selbst wenn sich das *Soft Law* tatsächlich (nur) am Äquivalenzprinzip orientieren würde, der EGMR bereit wäre, sich nicht danach zu richten. Indem der Gerichtshof das Äquivalenzprinzip unter Verweis auf das *Soft Law* aber dennoch aufgreift und diesem in der Folge auch einen gewissen normativen Wert zuschreibt, könnte aber auch diesbezüglich argumentiert werden, dass ein gewisser Härtingsprozess der *Soft Law*-Empfehlung einsetzt.

b Sachverhaltsebene

Die Sachverhaltserstellung stützt sich aufgrund der zumeist komplexen Materie in aller Regel auf fachliche Berichte, d.h. vornehmlich auf Arztbe-

richte, Expertenmeinungen und Gutachten.⁸⁶⁶ Diese Berichte haben sich insbesondere dazu zu äussern, welche Massnahmen, d.h. Untersuchungen, Behandlungen etc., im konkreten Fall ergriffen wurden, um eine adäquate Versorgung zu garantieren.⁸⁶⁷ Weiter sollte aus ihnen hervorgehen, ob ein Zusammenhang zwischen dem medizinischen Befund und einer unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung besteht.⁸⁶⁸

Der Gerichtshof stellt auch Anforderungen *formeller* Natur an die ärztlichen Unterlagen, die als Beweismittel herangezogen werden. Er legt beispielsweise Wert auf die Vollständigkeit der Offenlegung sämtlicher medizinischer Daten.⁸⁶⁹ Weiter wird der zeitnahen Erstellung der Berichte sowie ihrer sauberen und datierten Dokumentation Beachtung geschenkt.⁸⁷⁰

Wurde im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme ein unabhängiges medizinisches Gutachten zu spezifischen Fragen verlangt, wird diesem besonders grosse Bedeutung beigemessen.⁸⁷¹ Kam der Konventionsstaat den vorsorglichen Massnahmen nicht nach und unterliess die Einholung eines Gutachtens, können andere Berichte, in denen der Konventionsstaat etwa selbst die vom EGMR gestellten Fragen beantwortete, dieses Versäumnis

866 Vgl. etwa EGMR – *Salmanoglu* u. *Polatta*/TUR, Urt. v. 17.03.2009, 15828/03, Rn. 80; EGMR – *Mehmet Emin Yüksel*/TUR, Urt. v. 20.07.2004, 40154/98, Rn. 29; EGMR – *Arutyunyan*/RUS, Urt. v. 10.01.2012, 48977/09, Rn. 74.

867 EGMR – *Yunusova* u. *Yunusov*/AZE, Urt. v. 02.06.2016, 59620/14, Rn. 143: „[...] However, it notes that although the domestic authorities were aware of the applicants’ poor health from the very beginning of their detention, it does not appear from the case file that they were provided with adequate medical treatment in detention.“

868 EGMR – *Salmanoglu* u. *Polatta*/TUR, Urt. v. 17.03.2009, 15828/03, Rn. 80: „Moreover, an opinion by medical experts on a possible relationship between physical findings and ill-treatment was found to be a requirement by the Court.“

869 EGMR – *Yunusova* u. *Yunusov*/AZE, Urt. v. 02.06.2016, 59620/14, Rn. 143.

870 EGMR – *Yunusova* u. *Yunusov*/AZE, Urt. v. 02.06.2016, 59620/14, Rn. 145: „[...] Moreover, when communicating this case, the Court also asked the Government to provide full information on the medical treatment received by the applicants in respect of all their health problems. However, neither the Court nor the applicants were provided with the medical prescriptions or recommendations made by C.W. or the other doctors following these medical examinations and the Government contented themselves with submitting an undated note signed by [the doctor] [...]. No explanation was given by the Government for this failure.“

871 EGMR – *Kondrulin*/RUS, Urt. v. 20.09.2016, 12987/15, Rn. 41 ff.; EGMR – *Khloyev*/RUS, Urt. v. 05.02.2015, 46404/13, Rn. 35 ff., 84 ff.; EGMR – *Amirov*/RUS, Urt. v. 27.11.2014, 51857/13, Rn. 31 ff., 91 ff.

nicht kompensieren.⁸⁷² Folgen hat ein solches Versäumnis damit nicht nur in Bezug auf die Feststellung einer eigenständigen Verletzung von Art. 34 Satz 2 EMRK (dazu vgl. Teil 4 Kap. 2), sondern auch in Bezug auf die Prüfung der Konformität der medizinischen Versorgung als solcher mit Art. 3 EMRK. In aller Regel geht der Gerichtshof in diesen Konstellationen nämlich davon aus, dass der Inhaftierte den Anscheinsbeweis mit der Folge der Beweislastumkehr erbracht hat und der Exkulpationsbeweis des Konventionsstaates misslungen ist.⁸⁷³

Neben den medizinischen Unterlagen, welche sich in erster Linie zum Gesundheitszustand des Inhaftierten äussern, zieht der EGMR auch allgemeine Berichte betreffend die Gesundheitsversorgung in der verfahrensgegenständlichen Strafvollzugsanstalt hinzu.⁸⁷⁴ Länderberichte etwa des CPT, welche im Nachgang an dessen regelmässige Besuche erstellt werden, äussern sich sowohl zu infrastrukturellen, organisatorischen und personellen Mängeln als auch zur Frage, ob die medizinische Versorgung im Allgemeinen als adäquat erscheint oder nicht.⁸⁷⁵

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welche Bedeutung der EGMR den internationalen bzw. europäischen Instituten bei der Sachverhaltserstellung insgesamt beimisst. Zu unterscheiden sind zunächst folgende zwei Fallgruppen: Von Relevanz sind (1) Fragen rund um strukturelle und organisatorische resp. personelle und infrastrukturelle Belange sowie

872 EGMR – *Kondrulin/RUS*, Urt. v. 20.09.2016, 12987/15, Rn. 47; EGMR – *Kbloyev/RUS*, Urt. v. 05.02.2015, 46404/13, Rn. 35 ff., 84 ff.; EGMR – *Amirov/RUS*, Urt. v. 27.11.2014, 51857/13, Rn. 31 ff., 91 ff.

873 EGMR – *Kondrulin/RUS*, Urt. v. 20.09.2016, 12987/15, Rn. 57 ff.; EGMR – *Kbloyev/RUS*, Urt. v. 05.02.2015, 46404/13, Rn. 84 f.; EGMR – *Amirov/RUS*, Urt. v. 27.11.2014, 51857/13, Rn. 91 f.

874 Vgl. etwa EGMR – *Xiros/GRE*, Urt. v. 09.09.2010, 1033/07, Rn. 55.

875 Vgl. etwa EGMR – *Xiros/GRE*, Urt. v. 09.09.2010, 1033/07, Rn. 55 mit Auszug aus dem Bericht des CPT im Nachgang an seinen Besuch des Gefängnisses in Korydallos im Jahr 2007: „Le CPT visita le dispensaire de la prison de Korydallos et constata que la qualité du service médical était inacceptable et que des recommandations formulées antérieurement sur ce sujet n’avaient pas été suivies par les autorités internes. En particulier, le CPT souligna que les ressources médicales du dispensaire étaient complètement inadaptées pour une prison d’une telle capacité et qu’il n’y avait pas eu de progrès depuis sa dernière visite en 2005. Le service du dispensaire était principalement assuré par des détenus, qui tenaient le registre médical des détenus et secondaient le personnel médical. Pour le CPT, cette situation était inacceptable puisque, à titre d’exemple, l’administration de médicaments devait être effectuée par une personne qualifiée sous la direction d’un pharmacien.“

(2) Fragen rund um die Angemessenheit der medizinischen Untersuchung und Behandlung als solcher.

Rügt der Inhaftierte strukturelle, organisatorische oder personelle Mängel in der medizinischen Versorgung, können die Berichte von anerkannten Institutionen wie etwa des CPT grossen Beweiswert haben.⁸⁷⁶ Dies insbesondere dann, wenn die Berichte die konkrete Strafvollzugsanstalt betreffen, sich zur verfahrensgegenständlichen Zeitspanne äussern und der Inhaftierte nur in dieser medizinisch versorgt wurde (keine Verlegung in eine zivile Klinik).⁸⁷⁷ Der geforderte Anscheinsbeweis für eine Verletzung von Art. 3 EMRK lässt sich mitunter auf diese Weise regelmässig erbringen.⁸⁷⁸

Komplexer erscheint die Situation bei der Frage, ob dem Inhaftierten eine angemessene medizinische Untersuchung oder Behandlung zuteil wurde. Die Vielgestaltigkeit der einzelnen relevanten Gegebenheiten, nicht zuletzt der konkrete Gesundheitszustand des Inhaftierten, verlangt hier mehr als anderswo eine individuelle Betrachtung. Berichte, welche sich lediglich insgesamt resp. allgemein zur Frage der Einhaltung einer angemessenen Gesundheitsversorgung äussern, vermögen den individuellen Umständen des Einzelfalls nicht gerecht zu werden. Gleichwohl können die Berichte des CPT auch bei solchen Fragen im Rahmen der freien Beweiswürdigung beweisrechtliche Wirkungen entfalten. Auch sie können die Vorbringen des Inhaftierten glaubhaft erscheinen lassen und so zum Gelingen des Anscheinsbeweises beitragen.⁸⁷⁹ Die Bedeutung von Umsetzungsberichten unabhängiger Institutionen bei der Sachverhaltserstellung im Bereich der medizinischen Versorgung ist damit insgesamt nicht zu unterschätzen. Implementierungskontrollen können damit über die Sachverhaltserstellung zu praktischer Wirksamkeit gelangen.

876 EGMR – *Xiros/GRE*, Urt. v. 09.09.2010, 1033/07, Rn. 55; EGMR – *Duval/FRA*, Urt. v. 26.05.2011, 19868/08, Rn. 22 ff., 51 f.

877 EGMR – *Xiros/GRE*, Urt. v. 09.09.2010, 1033/07, Rn. 55 ff.; vgl. insbesondere auch Richter *Jebens, Malinverni* u. *Nicolaou*, diss. op., EGMR – *Xiros/GRE*, Urt. v. 09.09.2010, 1033/07, Rn. 7: Es wird kritisiert, dass beim Beizug des CPT-Berichts nicht genügend berücksichtigt worden sei, dass dieser sich nur zur Versorgung innerhalb der Strafvollzugsanstalt, in welcher auch der Beschwerdeführer inhaftiert war, äussere, die medizinische Behandlung im konkreten Fall aber auch vorwiegend in einer zivilen Klinik durchgeführt worden sei.

878 Vgl. etwa EGMR – *Xiros/GRE*, Urt. v. 09.09.2010, 1033/07, Rn. 88.

879 Vgl. etwa EGMR – *Xiros/GRE*, Urt. v. 09.09.2010, 1033/07.

4.2 Zukunftsperspektiven des Soft Law in Bezug auf eine angemessene Gesundheitsversorgung im Strafvollzug

Insbesondere bezüglich des Vertraulichkeitsprinzips hat sich gezeigt, dass der EGMR bereit ist, einzelne vom *Soft Law* empfohlene Aspekte in seiner Rechtsprechung zu konsolidieren, indem er ihnen aus menschenrechtlicher Sicht einen normativen Wert zuschreibt. Es hat sich mit Blick auf die Forderung einer gleichwertigen Gesundheitsversorgung inner- und ausserhalb des Strafvollzugs aber auch gezeigt, dass der Gerichtshof durchaus bereit ist, bewusst von *Soft Law*-Empfehlungen abzuweichen. Für die Phase nach der Haftentlassung ist in naher Zukunft nicht zu erwarten, dass der EGMR die Empfehlung der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze im Rahmen von Art. 3 EMRK aufgreifen wird, da das erforderliche Mindestmass an Schwere kaum erreicht sein dürfte. Insgesamt kann aber davon ausgegangen werden, dass der Gerichtshof auch in Zukunft weitere einzelne materielle Empfehlungen in Bezug auf eine angemessene Gesundheitsversorgung während des Strafvollzugs herausgreifen und diese – nach einer sorgfältigen Prüfung auf ihre Art.-3-EMRK-Relevanz – in seiner Rechtsprechung rezipieren und konsolidieren wird, womit bei den betreffenden Bestimmungen ein Härtingsprozess einsetzen und deren Normativität zunehmen wird.

Den Empfehlungen ist damit mit Blick auf den „*Living instrument*-Charakter“ der EMRK auch in Zukunft eine gewisse „Motorfunktion“ zu prognostizieren, wenngleich kein einheitlicher Standard des *Soft Law* und des EGMR zu erwarten ist. Es ist von Implementierungsberichten von Institutionen wie etwa dem CPT auch in Zukunft zu erwarten, dass ihnen bei der Sachverhaltserstellung gewichtige Bedeutung zukommt – dies schwerpunktmässig wohl weiterhin rund um Fragen betreffend infrastrukturelle, organisatorische und personelle Gegebenheiten der medizinischen Versorgung in konkreten Strafvollzugsanstalten.

5. Zwischenfazit

Eine medizinische Untersuchung bei *Haftantritt* hat bei der Prüfung von Art. 3 EMRK beweisrechtliche Folgen. Wird die Eintrittsuntersuchung versäumt oder nur ungenügend dokumentiert, misst der Gerichtshof Ausführungen, wonach gesundheitliche Beschwerden schon vor Haftantritt bestanden hätten, keinen Beweiswert zu. In diesem Sinne ist der Konventi-

onsstaat i.S.v. Art. 3 EMRK nicht verpflichtet, eine Eintrittsuntersuchung durchzuführen, es handelt sich vielmehr um eine Obliegenheit.

Für die Dauer der Inhaftierung gewährleistet der EGMR gestützt auf Art. 3 EMRK eine *angemessene* Gesundheitsversorgung. Angemessenheit setzt eine prompte Diagnose und eine akkurate Behandlung voraus. Weiter hat der Gerichtshof medizinethische Grundsätze, wie das Vertrauens- resp. Vertraulichkeitsprinzip und das Freiwilligkeitsprinzip resp. den Grundsatz des *informed consent* in seine Rechtsprechung implementiert und ihnen einen normativen Wert bei der Angemessenheitsprüfung zugeschrieben. Beim Vorliegen klar umschriebener Voraussetzungen ist der Gerichtshof allerdings bereit, von prinzipiengetragenen Einzelgarantien abzuweichen. In Abweichung des Freiwilligkeitsprinzips bleiben etwa Zwangsbehandlungen denkbar, wenn sie medizinisch notwendig sind, die Art und Durchführung als solche nicht gegen Art. 3 EMRK verstößt und flankierende verfahrensrechtliche Massnahmen getroffen wurden, um der Selbstbestimmung sowie der physischen Integrität des Inhaftierten Rechnung zu tragen.

Konfligierende Interessen werden bei der Bestimmung des Schutzbereichs berücksichtigt. So lässt der Gerichtshof beispielsweise trotz allgemeiner Gewährleistung des Vertraulichkeitsgrundsatzes die Anwesenheit eines Strafvollzugsbeamten bei der medizinischen Versorgung eines Inhaftierten zu, wenn der Arzt aus Sicherheitsgründen um eine solche ersucht hat. Soweit nämlich eine negative absolute Pflicht gegenüber einer Drittperson (etwa einem Gefängnisarzt) besteht, kann in diesem Umfang keine positive absolute Pflicht des Inhaftierten erwachsen.

Aus Art. 3 EMRK kann der Inhaftierte grundsätzlich keinen Anspruch auf Entlassung aus humanitären Gründen ableiten. In Ausnahmefällen, wenn der Gesundheitszustand des Inhaftierten mit einer Inhaftierung überhaupt nicht (mehr) vereinbar ist, kann der Gerichtshof, gestützt auf Art. 3 EMRK aber eine solche verlangen. Für die Phase *nach der Haftentlassung*, sei dies nun aufgrund einer ordentlichen Haftentlassung nach Verbüßung der schuldangemessenen Freiheitsstrafe oder aufgrund einer Haftentlassung aus humanitären Gründen, sieht der EGMR aber keine auf Art. 3 EMRK gestützten spezifischen Garantien hinsichtlich der Fortdauer resp. der Gewährung einer angemessenen medizinischen Versorgung des Entlassenen vor.

Die Analyse der prüfungsmethodischen Herangehensweise des Gerichtshofs hat gezeigt, dass der EGMR sich vom Äquivalenzprinzip löst und im Rahmen von Art. 3 EMRK vielmehr eine individuell gesundheitsadäquate Versorgung garantiert. Gleichwohl wird einer äquivalenten Ge-

sundheitsversorgung bei der wertungsbasierten Angemessenheitsprüfung ein gewisser normativer Wert zugeschrieben. Bei dieser Bewertung verlieren der konkret anzuwendende Referenzmassstab und die denkbaren Beurteilungskriterien der Gleichwertigkeit allerdings an Bedeutung. Das Äquivalenzprinzip hat sich insgesamt zwar als ethischer, nicht aber als eigenständiger menschenrechtlicher Standard etabliert. Besondere Bedeutung kommt dem Äquivalenzgedanken aber nach wie vor dann zu, wenn der Gerichtshof garantiert, dass eine ausserhalb des Strafvollzugs begonnene Therapie fortzuführen ist. Hier bleibt allerdings anzumerken, dass es auch in dieser Konstellation nicht um eine strikte Äquivalenz, sondern vielmehr um Kontinuität geht, wobei diese niemals eine Obergrenze, sondern höchstens eine Untergrenze bildet. Zur Ausfüllung des Angemessenheitsbegriffs hat der Gerichtshof klare, strukturelle Elemente benannt.

Wenngleich erschwerende Haftbedingungen bei der Angemessenheit der medizinischen Versorgung zu berücksichtigen sind, gelten die aufgestellten Garantien in der medizinischen Versorgung als Untergrenze absolut. Kompensationsmöglichkeiten durch andere Haftbedingungen, oder die Gewährleistung anderer Einzelgarantien der medizinischen Versorgung, sind zu Recht nicht vorgesehen.

Der fehlenden Kompetenz in spezifisch medizinischen Fragen (etwa der Entscheidung über eine *geeignete* Therapieform) liegt zu Grunde, dass der EGMR in besonders ausgeprägtem Masse auf seine subsidiäre Rolle verweist und der Problematik auf beweisrechtlicher Ebene begegnet.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass dem *Soft Law* eine wichtige „Motorfunktion“ zukommt. Einzelne Empfehlungen nimmt der EGMR auf und implementiert diese in seine Rechtsprechung, so dass sie zu in Art. 3 EMRK verankerten menschenrechtlichen Garantien werden und mithin ein Transformationsprozess einsetzt. Die Normativität der entsprechenden *Soft Law*-Bestimmungen nimmt damit zu. Dieser Härtingsprozess erfolgt allerdings immer erst nach einer sorgfältigen Prüfung der Bestimmungen auf ihre menschenrechtliche Wertigkeit. Auf Sachverhaltsebene haben sich Monitoringberichte rund um die Gesundheitsversorgung als zentrale Beweismittel sowohl hinsichtlich struktureller, organisatorischer und personeller Fragen als auch in Bezug auf die Angemessenheitsprüfung im engeren Sinne erwiesen.

V. Situation in der Schweiz

1. Materieller Mindeststandard – Analyse der Regulierung in der Schweiz

Auf bundesrechtlicher Ebene finden sich mehrere Vorschriften, welche die Gesundheitsversorgung im Strafvollzug tangieren. Auf verfassungsrechtlicher Ebene ist zwar kein allgemeines Recht auf Gesundheit, wie etwa im UNO-Pakt I, vorgesehen, gleichwohl ist in Art. 41 Abs. 1 lit. b BV im Kapitel der Sozialziele⁸⁸⁰ festgehalten, dass sich Bund und Kantone in Ergänzung zur persönlichen Verantwortung und privaten Initiative dafür einsetzen, dass jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält. Der in Art. 41 BV verankerte Subsidiaritätsgedanke kann indes nur dann greifen, wenn die betreffenden Personen diesen Bedürfnissen auch eigenständig nachkommen können, was gerade in Haftsituationen in aller Regel nicht der Fall sein dürfte.⁸⁸¹

Darüber hinaus beinhalten einige der Grundrechtsgarantien der Bundesverfassung als Teilgehalte ein Recht auf Gesundheit. So wird etwa aus der Garantie der persönlichen Freiheit i.S.v. Art. 10 BV ein unmittelbarer Anspruch auf eine „einwandfreie ärztliche Betreuung“ erkannt,⁸⁸² und auch Art. 12 BV beinhaltet Leistungsansprüche betreffend die Gesundheitsversorgung inner- und ausserhalb des Strafvollzugs.⁸⁸³

880 Zum Begriff des Sozialziels vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH § 3 Rn. 8: Sozialziele begründen als Staatszielbestimmungen keine unmittelbar wirksamen und gerichtlich durchsetzbaren Ansprüche Privater. Sozialziele richten sich vielmehr an den Gesetzgeber. Vgl. ferner auch KÜNZLI/WEBER S. 14, welcher festhält, dass Sozialziele auch zur Interpretation von Normen herangezogen werden könnten, welche selbst Leistungsansprüche statuieren. Vgl. auch BSK BV/GÄCHTER/WERDER Art. 41 Rn. 12, 26; Art. 41 Abs. 4 BV stehe der Ableitung von Leistungsansprüchen aus bestehenden Grundrechten nicht entgegen.

881 KÜNZLI/ACHERMANN S. 12.

882 KÜNZLI/WEBER S. 13 f., 23 ff., 30, 264 ff. m.w.H.

883 Hinsichtlich des im Art. 12 BV garantierten Leistungsumfang bestehen allerdings unterschiedlichste Auffassungen, welche von einer Minimalversorgung im Sinne einer Notfallversorgung bis hin zum vollen medizinischen Versorgungsumfang, welcher sich am Leistungskatalog des KVG zu orientieren hat, reichen. Zu dieser Debatte vgl. KÜNZLI/WEBER S. 14. Für einen über die medizinische Notfallversorgung hinausgehenden Anspruch vgl. insb. GÄCHTER in: Zäch/Breining-Kaufmann/Ernst/Oberhammer/Portmann/Thier, S. 473 (482 f. und 485 f.), welcher die Einschränkung auf Leistungen der Notfallmedizin mit dem an der Menschenwürde orientierten Schutzgedanken von Art. 12 BV für unvereinbar hält. Vgl. auch bereits COULLERY AJP 2001, 632 ff., welcher bei der

Auf Gesetzesebene ist für die Gesundheitsversorgung im Strafvollzug das in Art. 75 Abs. 1 StGB statuierte *Normalisierungsprinzip* Ausgangspunkt. Dieses verkörpert in grundlegender Weise den Gleichwertigkeitsgedanken des Äquivalenzprinzips, ohne konkrete einzelne Garantien zu nennen. Weiter ist etwa Art. 80 Abs. 1 lit. a StGB einschlägig, welcher statuiert, dass von den für den Vollzug geltenden Regeln zu Gunsten des Strafgefangenen abgewichen werden darf, wenn sein Gesundheitszustand dies erfordert. Art. 234 Abs. 2 StPO hält sodann für den Vollzug der Untersuchungs- und Sicherheitshaft fest, dass die zuständige kantonale Behörde die inhaftierte Person in ein Spital oder eine psychiatrische Klinik einweisen könne, wenn dies aus medizinischen Gründen angezeigt sei. Weiter sieht Art. 92 StGB vor, dass beim Vorliegen „wichtiger Gründe“ die Möglichkeit besteht, den Vollzug zu unterbrechen. Schliesslich wird die Vertraulichkeit der medizinischen Versorgung auch im Strafvollzug grundsätzlich durch Art. 321 StGB geschützt, welcher die Verletzung des Berufsgeheimnisses von Ärzten, Zahnärzten, Apothekern, Hebammen sowie ihrer Hilfspersonen unter Strafe stellt. Vorbehalten bleiben jedoch eidgenössische und kantonale Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber Behörden (Art. 321 Ziff. 3 StGB). Weitergehende Vorgaben finden sich auf der interkantonalen und kantonalen Ebene, weshalb der Blick im Folgenden auf diese gerichtet wird. Beispielhaft wird wieder der Kanton Zürich herausgegriffen; eine zusätzliche Analyse der Genfer Bestimmungen drängt sich hinsichtlich der medizinischen Versorgung im Strafvollzug nicht auf. Anders als bei der Überbelegung haben Genfer Strafvollzugsanstalten in diesem Bereich nicht zu besonderer Kritik geführt.

Die Konkordatsvereinbarung der ostschweizerischen Kantone über den Vollzug von Strafen und Massnahmen vom 29. Oktober 2004 selbst enthält keine expliziten Bestimmungen zur Gesundheitsversorgung im Strafvollzug. Sie hält jedoch fest, dass Sozialversicherungsbeiträge (also auch die KVG-Beiträge) von der eingewiesenen Person zu begleichen sind, soweit es ihr möglich und zumutbar ist (Art. 14 lit. c).⁸⁸⁴ Konkretisiert

Schutzbereichsbestimmung von Art. 12 BV dafür plädiert, am Krankheitsbegriff des KVG anzusetzen.

884 Vgl. dazu kritisch: SAMW – Stellungnahme der Zentralen Ethikkommission (ZEK) der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) betreffend Finanzierung medizinischer Leistungen im Gefängnis, S. 1 ff.

wird diese Bestimmung durch das Merkblatt⁸⁸⁵ „Gesundheitskosten im Straf- und Massnahmenvollzug“.⁸⁸⁶ Dieses hält fest, dass auch Kosten, welche von der Krankenversicherung nicht gedeckt sind, grundsätzlich von der inhaftierten Person zu begleichen sind.⁸⁸⁷ Personen ohne Versicherungspflicht⁸⁸⁸ hat die Vollzugseinrichtung der Einweisungsbehörde zu melden, welche dann darüber zu entscheiden hat, ob sie die betreffende Person selbst versichert, ob sie für medizinische Leistungen direkt aufkommt oder ob sie die medizinische Leistungen an einen anderen innerkantonalen Kostenträger (z.B. eine kantonale Fürsorgedirektion) zur Bezahlung weiterleitet. Vor dem Erbringen von Gesundheitsdienstleistungen für Personen ohne Versicherungspflicht hat die Vollzugseinrichtung – Notfallbehandlungen ausgenommen – vorgängig eine Kostengutsprache der Einweisungsbehörde einzuholen.⁸⁸⁹ Dem Merkblatt ist weiter zu entnehmen, dass die Gesundheitsversorgung im Rahmen der obligatorischen Grundversicherung gemäss dem KVG einen Teil des absoluten Existenzminimums bilde und in jedem Fall sicherzustellen sei, weshalb Vollzugseinrichtungen zur Sicherstellung dieser medizinischen Versorgung das nötige medizinische Personal und die nötige medizinische Infrastruktur bereitzustellen oder dafür besorgt zu sein hätten, dass die entsprechende medizi-

885 Die Zentralstelle kann gemäss Art. 6 lit. c des Organisationsreglements zur Vereinfachung und Verbesserung der interkantonalen Zusammenarbeit Merkblätter erlassen: OSK – Organisationsreglement v. 29.03.2019.

886 OSK – Merkblatt Gesundheitskosten im Straf- und Massnahmenvollzug v. 24.10.2008.

887 OSK – Merkblatt Gesundheitskosten im Straf- und Massnahmenvollzug v. 24.10.2008: Ist die Inhaftierte Person dazu nicht in der Lage, ist der zuständige Sozialhilfebehörde ein Kostenübernahmegesuch einzureichen, S. 2 f.

888 Personen mit zivilrechtlichem Wohnsitz in der Schweiz unterstehen dem Obligatorium des KVG (Art. 3 Abs. 1 KVG; Art. 1 Abs. 1 KVV i.V.m. Art. 23 bis 26 ZGB). Der Wohnsitz i.S.v. Art. 23 ZGB wird vom Freiheitsentzug nicht berührt. Der Bundesrat hat weiter von der Möglichkeit i.S.v. Art. 3 Abs. 3 KVG Gebrauch gemacht und mit Art. 1 Abs. 2 KVV die Versicherungspflicht auf verschiedene weitere Personenkategorien ausgedehnt. Vgl. im Einzelnen auch KÜNZLI/WEBER S. 8: Ein „beträchtlicher Teil der inhaftierten Personen“ verfüge über keinen Versicherungsschutz im Sinne des KVG.

889 OSK – Merkblatt Gesundheitskosten im Straf- und Massnahmenvollzug v. 24.10.2008, S. 3; kritisch dazu KÜNZLI/WEBER S. 6 ff.: Es werde damit nur der Leistungsumfang gewährt, dessen Kosten getragen würden. Personen ohne Versicherungsschutz seien damit schlechter gestellt, könnten sie im Einzelfall doch andere Leistungen erhalten als Personen mit Versicherungsschutz. Die Vorgaben im Merkblatt könnten dazu führen, dass eine Behandlungsverweigerung drohe, bis eine Notfallbehandlung notwendig sei.

nische Unterstützung zeitgerecht von aussen beigezogen werden könne oder ausserhalb der Vollzugseinrichtung bereitstehe.⁸⁹⁰ Hinsichtlich der Frage der Vertraulichkeit medizinischer Angaben enthält die Richtlinie der Strafvollzugskommission nach Massgabe von Art. 2 Abs. 2 lit. c der Konkordatsvereinbarung über die Laufakte⁸⁹¹ Bestimmungen zur Weitergabe von medizinischen Informationen. Zur Einweisung von Gefangenen aus Vollzugseinrichtungen, welche unter den Anwendungsbereich des Ostschweizer Strafvollzugskonkordats fallen, in ein Spital oder eine psychiatrische Klinik veröffentlichte die Zentralstelle ein Merkblatt, welches festhält, dass medizinische Abklärungen und Behandlungen *soweit möglich* in der Vollzugseinrichtung zu erfolgen haben (Ziff. 2 Abs. 1).⁸⁹² In der Folge sieht es Modalitäten und Vorgehen vor für den Fall, dass diese ausserhalb der Vollzugsanstalt erfolgen müssen.

Das Straf- und Justizvollzugsgesetz des Kantons Zürich (StJVG ZH) hält in organisatorischer Hinsicht zur medizinischen Versorgung fest, dass die Direktion diese mit eigenem Personal zu erbringen hat (§ 24 Abs. 1 lit. a StJVG ZH). Kann die Leistung nicht mit eigenem Personal erbracht werden, beauftragt die Direktion Sachverständige (§ 24 Abs. 2 StJVG ZH). Ein Anspruch auf freie Wahl der Leistungserbringer besteht für Personen im Straf- und Massnahmenvollzug nicht (§ 24 Abs. 3 StJVG ZH). Weiterführende Einzelgarantien enthält das StJVG ZH hinsichtlich der Gesundheitsversorgung im Strafvollzug nicht.

Die Justizvollzugsverordnung des Kantons Zürich (JVZ ZH) normiert systematisch unter dem Titel „Eintritt“, dass der Gesundheitszustand der verurteilten Personen durch medizinisches Fachpersonal abgeklärt wird (§ 96 Abs. 1 JVZ ZH). Nicht anwendbar ist diese Bestimmung auf verurteilte Personen, die ihre Strafe im Regime der Halbgefangenschaft verbüßen oder in die Vollzugsstufe des Arbeitsexternats übertreten. Ihnen steht die Möglichkeit offen, selbst eine Ärztin oder einen Arzt aufzusuchen (§ 96 Abs. 2 JVZ ZH). Beim Vorliegen begründeter Zweifel an der Richtigkeit des Arzteugnisses kann die Leitung der Vollzugseinrichtung medizinische Abklärungen durch einen Vertrauensarzt anordnen (§ 96 Abs. 3 JVZ ZH).

890 OSK – Merkblatt Gesundheitskosten im Straf- und Massnahmenvollzug, v. 24.10.2008, S. 1.

891 OSK – Richtlinie über die Laufakte v. 19.04.2012, Kap. 3.2.

892 OSK – Merkblatt betreffend Einweisungen von Gefangenen aus Vollzugseinrichtungen des OSK in ein Spital oder eine psychiatrische Klinik vom Juli 2019, S. 1 ff.

Für die Dauer des Vollzugs sind Fragen zur Gesundheit und Betreuung des Inhaftierten in den §§ 106 ff. JVV ZH geregelt. § 108 JVV ZH statuiert dabei in grundlegender Weise, dass die Vollzugseinrichtung für die körperliche und geistige Gesundheit der verurteilten Person sorgt. Zur Vermeidung von gesundheitlichen Risiken können ärztliche oder psychiatrische Untersuchungen und Abklärungen veranlasst werden. § 109 JVV ZH normiert weiter, dass die ärztliche Betreuung im Normalvollzug durch den Gefängnisarzt erfolgt. Liegen erhebliche Gründe dafür vor, dass dieser vom Inhaftierten abgelehnt wird, sind Stellvertreter des Gefängnisarztes oder andere von der Vollzugseinrichtung zu bestimmende Ärzte beizuziehen. Die verurteilten Personen haben sich weiter den ärztlichen Anweisungen zu unterziehen, wobei die Leitung der Vollzugseinrichtung Abklärungen durch einen Vertrauensarzt anordnen kann (§ 109 Abs. 2 JVV ZH). Eine zahnärztliche Behandlung erfolgt nur in dringenden Fällen, eine weitergehende zahnärztliche Behandlung erfolgt auf Kosten der verurteilten Person, nach Vorliegen einer Kostengutsprache durch die Krankenversicherung oder nach Bewilligung durch die fürsorgerechtlich zuständige Behörde (§ 109 Abs. 3 JVV ZH). Gemäss § 106 Abs. 2 und 3 JVV ZH dürfen verurteilte Personen nur jene Medikamente besitzen und einnehmen, welche vom Gefängnisarzt zugelassen oder verschrieben wurden. Personen in Halbgefängenschaft haben für ihre Medikamente ein ärztliches Zeugnis vorzuweisen.

Die Überweisung in eine Klinik oder in ein Spital hat zu erfolgen, wenn der Gesundheitszustand der verurteilten Person dies erfordert. Vorausgesetzt wird grundsätzlich die vorgängige Zustimmung der einweisenden Behörde. In dringenden Fällen hat die Vollzugseinrichtung unter gleichzeitiger Information der einweisenden Stelle die Verlegung selbst zu veranlassen (§ 110 Abs. 1 JVV ZH). Die Bewachung des Inhaftierten ist sicherzustellen, wenn er flucht- oder gemeingefährlich ist (§ 110 Abs. 2 JVV ZH).

Zu den Behandlungskosten ist in § 111 Abs. 1 JVV ZH festgehalten, dass die notwendige hausärztliche Behandlung von der Vollzugseinrichtung getragen werde, sofern Krankenkasse oder Unfallversicherung nicht dafür aufkommen würden. Weitergehende Behandlungen oder die Einweisung in ein Spital oder eine Klinik würden nur erfolgen, wenn die Kosten von der verurteilten Person übernommen werden oder eine Kostengutsprache vorliegt.⁸⁹³ Bei medizinischer Indikation ist eine solche Kostengutsprache

893 Kritisch dazu KÜNZLI/WEBER S. 43 f.: Entscheide, ob und welche medizinische Massnahmen wann vorgenommen werden, sollten von der Frage der Kostentra-

von der Vollzugseinrichtung bei der fürsorgerechtlichen zuständigen Behörde oder, wenn die verurteilte Person von einem anderen Kanton eingewiesen worden ist, bei der einweisenden Behörde einzuholen (§ 111 Abs. 2 JVV ZH). Die Behandlung ist ohne Kostengutsprache anzuordnen, wenn es sich um dringende Fälle handelt. Diesfalls bleibt eine Kostengutsprache so rasch wie möglich einzuholen (§ 111 Abs. 3 JVV ZH).

§ 112 JVV ZH sieht schliesslich vor, dass die verurteilte Person pro behandelten Krankheitsfall und pro zahnärztliche Behandlung eine Umtriebsentschädigung in der Höhe von CHF 5.– zu entrichten hat.

Neben den strafvollzugsspezifischen Regelungen haben auch die Gesundheitsgesetze Geltung. Auf bundesrechtlicher Ebene ist dies etwa das Epidemien-gesetz (EpG)⁸⁹⁴ mit der dazugehörenden Epidemienverordnung (EpV)⁸⁹⁵ sowie den Verordnungen des Eidgenössischen Department des Innern⁸⁹⁶; auf kantonaler Ebene sind es die allgemeinen Gesundheitsgesetze.⁸⁹⁷

Konkrete, spezifisch für den Strafvollzug ausschlaggebende Normen finden sich damit vornehmlich auf kantonaler Ebene. Ausgehend vom im Jahr 2008 vom Bundesamt für Gesundheit (BAG) und vom Bundesamt für Justiz (BJ) unter Zustimmung der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD⁸⁹⁸) lancierten Projekt „Bekämpfung von Infektionskrankheiten im Gefängnis“ (BIG) wurde der Bedarf nach einer weitergehenden interkantonalen Harmonisierung der Gesundheitsversorgung im Strafvollzug festgestellt.⁸⁹⁹ Im Jahr 2013 erliess der Steuerungsausschuss des BIG die „Empfehlung zur Harmonisierung der Gesundheitsversorgung im schweizerischen Freiheitsentzug“. Eine der Empfehlungen betraf die Schaffung eines „Fachrats für Gesundheitsfragen im Justizvollzug“ (später „Santé Prison Suisse“ [SPS]), welcher der Vereinheitlichung der über 100 Institutionen des Freiheitsentzugs dienen sollte.

gung entkoppelt werden. *De lege ferenda* sei die Finanzierung der Gesundheitsversorgung mit einer Fondslösung zu regeln.

894 Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz) vom 28. September 2012.

895 Verordnung über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemienverordnung) vom 29. April 2015.

896 Vgl. etwa Verordnung des EDI über die Meldung von Beobachtungen übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 1. Dezember 2015.

897 Etwa: Gesundheitsgesetz des Kantons Zürich vom 2. April 2007.

898 Zur Rolle des KKJPD bei der Umsetzung menschenrechtlicher Vorgaben: KLENER in: Fink/Arnold/Genillod-Villard/Oberholzer, S. 3 (21).

899 Schweizerisches Kompetenzzentrum für den Justizvollzug – Gesundheit im Justizvollzug, Chronologie, zuletzt abgerufen am 23.12.2019.

In seiner Pilotphase in den Jahren 2014 und 2015 veröffentlichte die SPS die Informationspapiere „Gesundheit im Freiheitsentzug“ je für das Justizvollzugspersonal sowie für die Inhaftierten. Im Schlussbericht über die Pilotphase wurde ein grosser Handlungsbedarf bezüglich der Erstellung, Umsetzung und Überprüfung von medizinischen Minimalstandards und in der Klärung wichtiger Schnittstellenbereiche (z.B. Arztgeheimnis oder Medikamentenabgabe) festgehalten.⁹⁰⁰ Im Jahr 2018 wurde die SPS in die neuen Strukturen des Schweizerischen Kompetenzzentrums für den Justizvollzug integriert. Eine weitere Harmonisierung bei einzelnen Fragen der Gesundheitsversorgung im Strafvollzug ist damit in Zukunft zu erwarten.

Wirkungen auf gesamtschweizerischer Ebene entfalten auch die von der Zentralen Ethikkommission der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW) von *medizinethischer* Seite her erlassene Richtlinie zur Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen, mit denen Ärzten und anderen Gesundheitsfachpersonen konkrete Hilfestellung für die medizinische Praxis geboten wird.⁹⁰¹ Verschiedene vollzugsspezifische Themen werden bisweilen sehr detailliert angesprochen: Die Verweigerung aus Gewissensgründen, Untersuchungsbedingungen, Gutachtertätigkeiten und -situationen, Disziplinarstrafen, Gleichwertigkeit der Behandlung, durch die Behörden beschlossene Zwangsmassnahmen im Polizeigewahrsam oder im Strafvollzug, Einwilligung in eine Zwangsbehandlung, ansteckende Krankheiten, Hungerstreik, Vertraulichkeit, Erstattung einer Anzeige über eventuelle Misshandlungen, ärztliche Unabhängigkeit und Ausbildung. Die im Nachgang an den Bundesgerichtsentscheid zum „Fall *Rappaz*“⁹⁰² erfolgte Evaluation einer durch die Zentrale Ethikkommission der SAMW (ZEK) bestellten Arbeitsgruppe

900 Schweizerisches Kompetenzzentrum für den Justizvollzug – Gesundheit im Justizvollzug, Chronologie, zuletzt abgerufen am 23.12.2019; vgl. auch Informationen zum Straf- und Massnahmenvollzug, info bulletin 1/2015, Fokus: Gesundheitsversorgung, zuletzt abgerufen am 23.12.2019; Gemäss TROXLER, dem Chef Fachbereich Straf- und Massnahmenvollzug, kenne die Schweiz in den einzelnen Kantonen verschiedene Modelle der Gesundheitsversorgung, diese reichen von höchst professionell bis verbesserungsbedürftig. Insbesondere wegen häufiger Verlegungen zwischen Vollzugseinrichtungen und zwischen Kantonen würden sich einheitliche Standards aufdrängen. Dies insbesondere bzgl. der Medikamentenabgabe, des Führens der Patientenakten, der Schulung des medizinischen Hilfspersonals oder der Mitgabe von Medikamenten und Patientenakten bei Verlegung.

901 SAMW – Medizin-ethische Richtlinien, Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen.

902 BGE 136 IV 97; EGMR – *Rappaz*/SUI, EnsCh. v. 26.03.2013, 73175/10, Rn. 60 ff.

hat ergeben, dass die in den Richtlinien festgehaltenen Prinzipien noch unvollständig umgesetzt seien und in einzelnen Bereichen Konkretisierungsbedarf bestehe, weshalb ein Anhang zur vorgenannten Richtlinie verabschiedet wurde.⁹⁰³ Zur Umsetzung des Anspruchs auf gleichwertige Behandlung inner- und ausserhalb des Strafvollzugs wurde darin beispielsweise festgehalten, dass es problematisch sei, wenn aus Ressourcengründen Medikamente durch Strafvollzugspersonal abgegeben würden. Dieses Vorgehen tangiere sowohl das Berufsgeheimnis als auch das Heilmittelgesetz (HMG)⁹⁰⁴. Die Realität in Schweizer Haftanstalten zwingt dazu, Lösungen zu finden, die sowohl ein angemessenes Funktionieren der medizinischen Betreuung ermöglichen als auch die rechtlichen Vorgaben respektieren. Hierbei sieht die SAMW eine Delegationspraxis vor, welche verschiedene Voraussetzungen einzuhalten hat.⁹⁰⁵ Hinsichtlich der Sicherstellung einer äquivalenten Gesundheitsversorgung inner- und ausserhalb des Strafvollzugs postuliert die ZEK, künftig alle inhaftierten Personen dem Krankenversicherungsobligatorium zu unterstellen.⁹⁰⁶

Zusammengefasst ist damit festzuhalten, dass aus dem bundesrechtlichen Normalisierungsgebot der Leitgedanke der äquivalenten Gesundheitsversorgung inner- und ausserhalb des Vollzugs fließt. Einzelne konkrete Garantien finden sich insbesondere in den kantonalen Vorschriften.

903 SAMW – Medizin-ethische Richtlinien, Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen, Anhang.

904 Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz) vom 15. Dezember 2000.

905 Im Einzelnen vgl. SAMW – Medizin-ethische Richtlinien, Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen, Anhang lit. b: Es sei vorauszusetzen, dass das Arzneimittel von einem Arzt verordnet wurde und es von einer öffentlichen Apotheke in die Anstalt geliefert wurde. Weiter hat das Arzneimittel solange es in der Anstalt aufbewahrt wird der Aufsicht und Kontrolle eines ermächtigten Apothekers zu unterstehen. Wenn immer möglich sollten die Arzneimittel sodann in einer neutralen Form (Dosierbehälter, Pillenbox) abgegeben werden, die es ermöglicht, die Vertraulichkeit zu wahren. Der Aufseher hat sich schliesslich darauf zu beschränken, zu prüfen, dass die Verteilung der Dosierbehälter korrekt vorgenommen wird. Im Zweifelsfall muss er den Apotheker oder den zuständigen Arzt kontaktieren und deren Anweisungen befolgen.

906 Vgl. dazu SAMW – Stellungnahme der Zentralen Ethikkommission (ZEK) der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) betreffend Finanzierung medizinischer Leistungen im Gefängnis, S. 1 ff.; so auch der Vorschlag *de lege ferenda* von KÜNZLI/WEBER S. 44 in ihrem Rechtsgutachten betreffend die Gesundheitsversorgung von inhaftierten Personen ohne Krankenversicherung.

Auch das Vertrauens- bzw. das Vertraulichkeitsprinzip ist durch die Pönalisierung der Verletzung des Berufsgeheimnisses schon bundesrechtlich verankert. Einzelheiten mit Ausnahmemöglichkeiten bezüglich Informationspflichten gegenüber der Vollzugseinrichtung finden sich wiederum in den kantonalen Bestimmungen. Das Vorgehen bei einem nicht mehr bestehenden Vertrauensverhältnis zwischen inhaftiertem Patienten und Gefängnisarzt ist auf kantonaler Ebene verankert. Auch das Freiwilligkeitsprinzip, welches schon aufgrund des Äquivalenzprinzips grundsätzlich Wirkung entfaltet, erfährt durch kantonale Bestimmungen Einschränkungsmöglichkeiten (vgl. insb. § 96 Abs. 1 JVV ZH und § 108 Abs. 1 JVV ZH). Wie schon in den europarechtlichen Regelwerken wird auch in der Schweiz nur die Phase des Eintritts in den Vollzug und die Phase während des Vollzugs normiert. Vorschriften zur Gesundheitsversorgung, welche die Phase der Haftentlassung betreffen, finden sich keine.

Einzelne organisatorische Fragen, welche die Einhaltung dieser Prinzipien und Rechtsnormen betreffen, werden den einzelnen Institutionen überlassen. In diesen Ermessensspielraum greifen die Harmonisierungsbemühungen des Schweizerischen Kompetenzzentrums für den Justizvollzug. Die Harmonisierungsempfehlungen können sich darüber hinaus auf kantonale Rechtssetzungsvorhaben auswirken.

2. Rechtsprechung in der Schweiz – Analyse

2.1 Materieller Kern des Standards

Das Bundesgericht garantiert von Verfassungs wegen kranken Inhaftierten, die sich gesundheitlich beeinträchtigt fühlen, das Recht auf medizinische Hilfe bzw. eine ärztliche Untersuchung.⁹⁰⁷ Dies habe namentlich auch bei Haftantritt zu gelten.⁹⁰⁸ Es sei jedoch zulässig, diese Untersuchung von einem entsprechenden Wunsch des Inhaftierten abhängig zu machen.⁹⁰⁹

907 BGE 123 I 221, E. II.2.

908 BGE 123 I 221, E. II.2.

909 BGE 123 I 221, E. II.2: Im Entscheid handelte es sich um eine staatsrechtliche Beschwerde der Demokratischen JuristInnen der Schweiz, Regionalgruppe Basel, mit welcher sie den Erlass der Verordnung über das Gefängniswesen (VG/BS) des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt anfochten. Die Basler Rechtsnorm sah vor, dass jede neu eintretende Person u.a. zur Vorabklärung allfälliger Beeinträchtigungen des Gesundheitszustandes einer körperlichen Untersuchung unterzogen werden könne. Die Beschwerdeführer argumentierten

Wenn die medizinische Betreuung durch einen Gefängnisarzt ausreichend sichergestellt ist, haben Gefangene grundsätzlich kein Recht auf freie Arztwahl.⁹¹⁰ Der grundrechtliche Anspruch des Inhaftierten auf ausreichende (spezial-)ärztliche Versorgung kann im Einzelfall gleichwohl den Beizug eines weiteren Arztes oder die Verlegung in ein öffentliches Spital oder eine psychiatrische Klinik notwendig machen.⁹¹¹ Dieser Anspruch kann auch dann bestehen, wenn das Verhältnis zum Gefängnisarzt aus objektiven Gründen gestört ist.⁹¹²

Mit Blick auf die zeitliche Komponente der medizinischen Versorgung hält das Bundesgericht fest, dass Überbelegungssituationen Einschränkungen mitunter hinsichtlich des Zugangs zur medizinischen Versorgung – mit Ausnahme der Versorgung eines Notfalls – mit sich bringen können, ohne dass darin zwingend eine Verletzung von Art. 3 EMRK zu sehen sei.⁹¹³

Zur Frage der medizinischen Versorgung während einer Disziplinar-massnahme würdigte das Bundesgericht, dass der Inhaftierte vor der Disziplinar-massnahme ärztlich untersucht worden sei und er während der fünf-

sinngemäss, dass diese Norm zu kurz greife und jedem neuen Inhaftierten vielmehr ein Anspruch zustehen müsse, bei Eintritt von einer medizinischen Fachperson auf mögliche Krankheiten untersucht zu werden. Gerügt wurde vorliegend eine Verletzung der persönlichen Freiheit.

- 910 BGE 123 I 221, E. II.2; BGE 102 Ia 302, E. 2c: Die Einschränkung des Rechts auf freie Arztwahl begründet das Bundesgericht mit dem „Interesse einer vernünftigen Ordnung und Organisation der Anstalt“, wobei es insbesondere auf den erheblichen Mehraufwand verweist, welcher durch den Beizug externer Ärzte entstehen würde.
- 911 BGE 123 I 221, E. II.2; BGE 102 Ia 303, E. 2c; BGE 105 IA 379, E. 5; vgl. auch Art. 234 Abs. 2 StPO.
- 912 BGE 123 I 221, E. II.2; BGE 102 Ia 302, E. 2c: Das Vertrauensverhältnis sei als gestört anzusehen, wenn gewichtige Anhaltspunkte dafür bestünden, dass persönliche Gründe eine einwandfreie Betreuung des Gefangenen verunmöglichen oder erheblich erschweren würden. Eine förmliche Beschwerde gegen den Gefängnisarzt sei zur Annahme eines gestörten Vertrauensverhältnisses nicht erforderlich.
- 913 BGer 1B_404/2013, Urt. v. 26.02.2014, E. 2.6.3: Die Klinikdirektion hatte einen Bericht verfasst, in welchem sie festhielt, dass die Wartefristen für eine medizinische Behandlung von der Schwere der Erkrankung abhängen würden. Im Notfall sei eine sofortige Versorgung garantiert, während bei somatischen Erkrankungen eine Wartefrist von einem Monat und für psychische nicht notfallmässige Erkrankungen eine solche von mehreren Monaten möglich sei. Im konkreten Fall wurde vom Beschwerdeführer allerdings keine Verzögerung gerügt. Vgl. auch BGer 1B_152/2015, Urt. v. 29.09.2015, E. 2.5; BGer 1B_239/2015, E. 2.5; BGer 1B_336/2013, Urt. v. 26.02.2014, E. 4.6.1.

tägigen Disziplinar massnahme nicht um den Beizug eines Arztes ersucht habe. Eine Verletzung von Art. 3 EMRK sei damit nicht bewiesen.⁹¹⁴

Das Bundesgericht hatte sich mit Blick auf die medizinische Versorgungssituation im Strafvollzug sodann mit Fragen rund um die Verschiebung des Strafantritts bzw. Vollzugsaufschubs erkrankter Personen⁹¹⁵, eine Unterbrechung der Strafe⁹¹⁶ oder eine Haftentlassung⁹¹⁷ auseinanderzusetzen. Eine Verletzung von Art. 3 EMRK wurde, sofern überhaupt gerügt, hier aber nie erkannt. Hervorzuheben ist der „Fall *Rappaz*“, in welchem das Bundesgericht in Bezug auf das Freiwilligkeitsprinzip festhielt, dass die Strafvollzugsbehörde die Zwangsernährung anordnen könne.⁹¹⁸ Eine Vollzugsunterbrechung käme aufgrund ihrer Subsidiarität erst in Frage, wenn der Gefahr für die Gesundheit des Inhaftierten nicht durch eine Zwangsernährung begegnet werden könne.⁹¹⁹ Hinsichtlich der Voraussetzungen zur zulässigen Durchführung einer Zwangsernährung greift das Bundesgericht auf die Kriterien der Strassburger Rechtsprechung zurück.⁹²⁰ Weiter stehe der Strafantritt insbesondere auch aufgrund einer potentiell lebensgefährlichen Erkrankung nicht mit Art. 3 EMRK im Widerspruch, wenn die Lebensgefahr sowohl inner- als auch ausserhalb des Strafvollzugs vorliege, wobei das Bundesgericht insbesondere den Umstand würdigte, dass die Erkrankung innerhalb des Vollzugs gemäss vorliegenden Gutachten gar besser überwacht werden könne als ausserhalb des Vollzugs. Das Leben des Betroffenen sei nicht wegen des Vollzugs, sondern unabhängig davon gefährdet und ein weiterer Aufschub des Strafvollzugs deshalb ausgeschlossen.⁹²¹

914 BGE 124 I 231, E. 2c.

915 Vgl. etwa BGer 6B_1343/2016, Urt. v. 06.02.2017; BGer 6B_72/2018, Urt. v. 13.03.2018; BGer 6B_510/2008, Urt. v. 09.10.2008.

916 BGE 136 IV 97 „Fall *Rappaz*“. Zu Art. 3 EMRK und der Auslegung von Art. 40 aStGB, in welchem festgehalten war, dass der Strafvollzug nur aus wichtigen Gründen unterbrochen werden dürfe vgl. BGE 106 IV 321.

917 Vgl. etwa BGer 1B_212/2008, Urt. v. 21.08.2008.

918 BGE 136 IV 97, E. 6.

919 BGE 136 IV 97, E. 6; vgl. auch EGMR – *Rappaz/SUI*, Entsch. v. 26.03.2013, 73175/10, Rn. 63.

920 Vgl. insb. BGE 136 IV 97, E. 6.1.1.

921 BGer 6B_510/2008, Urt. v. 09.10.2008, E. 3.5 f.: Das Bundesgericht nahm vorliegend keine konkrete Prüfung von Art. 3 EMRK vor, sondern wendete Bundesrecht an. Es kam zum Schluss, dass, soweit der Beschwerdeführer die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem Recht rügte, die Beschwerde den Begründungsanforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG nicht genüge (qualifizierte Rügepflicht).

2.2 Prüfungsmethodik des Schweizerischen Bundesgerichts und Vergleich mit dem EGMR

Die Prüfungsmethodik des Bundesgerichts unterscheidet sich bei der Beurteilung der medizinischen Versorgung im Strafvollzug wesentlich von jener des EGMR. Dies schon aufgrund dessen, dass Menschenrechtsverletzungen vor Bundesgericht tendenziell häufiger als vor dem EGMR hauptsächlich in Bezug auf eine Verletzung der persönlichen Freiheit und nicht zwingend auch mit Blick auf eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung gerügt werden.⁹²² Weiter lässt sich die Tendenz feststellen, dass vor Bundesgericht die medizinische Versorgung häufiger als vor dem EGMR mit Blick auf eine Haftentlassung oder einen Unterbruch des Strafvollzugs gerügt wird.⁹²³ Das Bundesgericht prüft dann typischerweise die Voraussetzungen der nationalen Rechtsnorm, wobei oft deren menschenrechtskonforme Auslegung im Vordergrund steht.⁹²⁴

Prüft das Bundesgericht die materiellen Vollzugsbedingungen, fällt weiter auf, dass die Thematik einer mangelhaften medizinischen Versorgung vor Bundesgericht – anders als vor dem EGMR – oft nur Nebenpunkt ist. Im Vordergrund stehen die Frage der Überbelegung und die Frage nach dem jedem Einzelnen zur Verfügung stehenden Platz, wobei das Bundesgericht die medizinische Versorgung als einen der zu berücksichtigenden Faktoren in der Gesamtwürdigung wertet.⁹²⁵

Bei der Prüfung von Art. 3 EMRK orientiert sich das Bundesgericht bisweilen ausdrücklich an den Kriterien der Strassburger Rechtsprechung.⁹²⁶ Obwohl der Äquivalenzgedanke legislatorisch auch in der Schweiz fest verankert ist, nimmt dieser in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine wegweisende Funktion ein.

Aufgrund der analysierten Rechtsprechung kann zusammengefasst festgehalten werden, dass der EGMR die medizinische Versorgung im Strafvollzug öfter als eigenständige Garantie prüft, während das Bundesgericht diese vermehrt im Rahmen einer Gesamtwürdigung miteinfließen lässt. Weder das Äquivalenzprinzip noch der Adäquanzbegriff des EGMR haben

922 Vgl. etwa BGE 123 I 221, E. II.2; BGer 6B_580/2010, Urt. v. 26.07.2010.

923 BGE 136 IV 97; BGE 106 IV 321; BGer 1B_212/2008, Urt. v. 21.08.2008.

924 Vgl. etwa BGE 136 IV 97; BGE 106 IV 321.

925 Vgl. etwa BGer 1B_404/2013, Urt. v. 26.02.2014; BGer 1B_152/2015, Urt. v. 29.09.2015; BGer 1B_336/2013, Urt. v. 26.02.2014; In die Gesamtwürdigung fließen daneben regelmässig die Arbeitsmöglichkeiten, Besuchszeiten und Einschlusszeiten ein.

926 Vgl. etwa BGE 136 IV 97.

sich in der nationalen Rechtsprechung etabliert. Dennoch rezipiert das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung einzelne Elemente des Strassburger Adäquanzbegriffs.⁹²⁷ Diese unterschiedliche Entwicklung hat mehrere potentielle Erklärungen: (1) Das Bundesgericht ist nicht mit der gleich grossen Fallzahl betraut wie der EGMR, weshalb der EGMR sich zu deutlich mehr Einzelfragen zu äussern hatte, (2) die medizinische Versorgung im schweizerischen Strafvollzug ist im europäischen Vergleich nicht gleich mangelhaft,⁹²⁸ (3) die beanstandeten Umstände betrafen in der Schweiz mehr die Unterbringungssituation als Ganzes als ein konkretes Versäumnis betreffend die medizinische Versorgung, (4) einzelne Garantien, welche der EGMR aus dem Adäquanzbegriff herleitet, sind in der Schweiz (auf kantonaler Ebene) bereits genügend konkret auf legislativer Ebene normiert, und sie werden in der Praxis eingehalten.⁹²⁹ Den Beizug des Adäquanzbegriffes bedarf es deshalb nicht gleichermassen.

927 Vgl. etwa BGE 136 IV 97.

928 Es bleibt allerdings zu bemerken, dass gemäss diversen Berichten von NGOs, welche repräsentative Untersuchungen und Überprüfungen vorgenommen haben, auch im schweizerischen Strafvollzug bei der medizinischen Versorgung durchaus organisatorische, personelle und materielle Defizite zu bemängeln sind, welche in Zukunft möglicherweise auch vom Bundesgericht an Art. 3 EMRK zu messen sein werden: vgl. etwa NKVF – Gesamtbericht über die schweizweite Überprüfung der Gesundheitsversorgung im Freiheitsentzug durch die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (2018-2019), zuletzt abgerufen am 31.12.2019, insb. S. 28 ff., S. 44: Handlungsbedarf erkannte die Kommission etwa hinsichtlich Massnahmen zur Prävention von Infektionskrankheiten und anderen sexuell oder durch Blut übertragbaren Krankheiten, bei der medizinischen Eintrittsuntersuchung und der Medikamentenabgabe durch fachmedizinisches Personal, bei der psychiatrischen und zahnärztlichen Versorgung und bei der Gesundheitsversorgung von weiblichen Inhaftierten. Weiter kritisierte die Kommission die (kantonal) unterschiedliche Beteiligung der inhaftierten Personen an den Kosten für medizinische Behandlung. Vgl. ferner CPT – Rapport au Conseil fédéral suisse [CPT/Inf (2016) 18]: Das CPT empfiehlt unter anderem den Behörden des Kantons Genf eine personelle Verstärkung der medizinischen Teams in den Haftanstalten La Farera, La Stampa und Champ-Dollon (Rn. 53). Weiter empfiehlt das CPT die Sicherstellung, dass täglich mindestens eine Pflegefachperson anwesend ist (Rn. 54). Sodann empfiehlt das CPT ausdrücklich, eine umfassende Eintrittsuntersuchung innert 24 Stunden nach Haftantritt umzusetzen (Rn. 55). Auch hinsichtlich des Grundsatzes der Vertraulichkeit der Gesundheitsversorgung spricht das CPT Empfehlungen aus, insbesondere, dass der Zugang zu den Patientendossiers ausschliesslich auf Gesundheitsfachpersonen beschränkt sein soll (Rn. 57) etc.

929 Zu beachten ist hier allerdings, dass vor Bundesgericht ohnehin nicht kantonales Recht gerügt werden könnte (vgl. Art. 95 BGG). Zu rügen wäre eine Verlet-

3. Bundesgerichtliche Rechtsprechung und das Soft Law

3.1 Rechtsebene

Die Rezeption des *Soft Law* durch das Bundesgericht erfolgt im Bereich der medizinischen Versorgung im Strafvollzug grundsätzlich einerseits durch die Thematisierung einer *Soft Law*-Bestimmung als solcher⁹³⁰ und andererseits durch die Auseinandersetzung mit einzelnen, durch den EGMR entwickelten materiellen Kriterien, welche ihrerseits wiederum auf *Soft Law*-Bestimmungen oder Grundsätzen beruhen.

Hinsichtlich der Phase des Beginns des Strafvollzugs nahm das Bundesgericht in seinem Leiturteil BGE 123 I 221 die Europäischen Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen bei der Frage nach einer zwingenden Eintrittsuntersuchung auf und hielt zunächst fest, dass diese eine bloße Empfehlung und keine völkerrechtlich verbindlichen und gerichtlich durchsetzbaren subjektiven Rechte des Einzelnen enthielten.⁹³¹ In der Folge erwägt das Bundesgericht, dass es mit Blick auf das Recht von Inhaftierten auf medizinische Versorgung zulässig sein müsse, auch die Eintrittsuntersuchung vom Wunsch des Inhaftierten abhängig zu machen.⁹³² Eine vertiefte Auseinandersetzung auch mit anderen Empfehlungen zu dieser Thematik erfolgte nicht.⁹³³

Während das *Soft Law* für die Phase des Vollzugs für die Gesundheitsversorgung das Äquivalenzprinzip proklamiert und gleichzeitig auch inhaltliche Vorgaben zur Gewährleistung einer angemessenen Gesundheitsversorgung macht, hat sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Äquivalenzgedanke hinsichtlich einzelner Fragen der Gesundheitsversorgung im Vollzug nicht als wegweisend erwiesen, wenngleich das Äquivalenzprinzip schon bundesrechtlich für den Strafvollzug verankert ist (vgl. Art. 75 Abs. 1 StGB). Diese unterschiedliche Herangehensweise lässt sich mit der angewandten Gesamtbetrachtung des Bundesgerichts und allenfalls mit anders gelagerten Sachverhalten erklären.

zung von Art. 3 EMRK oder aber die willkürliche Anwendung der kantonalen Bestimmung.

930 Vgl. etwa BGE 123 I 221, E. II.2.

931 BGE 123 I 221, E. II.2.; BGE 118 Ia 64, E. 2a.

932 BGE 123 I 221, E. II.2.; BGE 118 Ia 64, E. 2a.

933 Hinsichtlich der Eintrittsuntersuchung empfiehlt das CPT der Schweiz in seinem Rapport au Conseil fédéral suisse [CPT/Inf (2016) 18] jetzt auch ausdrücklich, eine umfassende Eintrittsuntersuchung innert 24 Stunden nach Haftantritt umzusetzen (Rn. 55).

Insgesamt erfolgt zwar auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine gewisse Rezeption des *Soft Law*; diese ist aber keineswegs so ausgeprägt wie vor dem EGMR. Dies ist allerdings auch vor dem Hintergrund zu würdigen, dass viele der *Soft Law*-Prinzipien in der Schweiz bereits positivrechtlich verankert sind, so dass in diesen Fällen die verbindliche Rechtsnorm gerügt werden kann.⁹³⁴

3.2 Sachverhaltsebene

Nachdem auch vor Bundesgericht Implementierungsberichte internationaler und nationaler Gremien berücksichtigt werden können und sowohl Institutionen auf Europaratsebene als auch nationale Institutionen Schweizer Strafvollzugsanstalten besuchen und im Nachgang (Monitoring-)Berichte verfassen, welche auch die Gesundheitsversorgung Schweizer Haftanstalten betreffen,⁹³⁵ stellt sich die Frage nach deren tatsächlicher Bedeutung bei der Sachverhaltserstellung. Soweit ersichtlich nehmen diese Berichte – wie schon bei Überbelegungsfragen – auch hinsichtlich der medizinischen Versorgung im Strafvollzug, anders als vor dem EGMR, (bislang) keine essentielle Rolle ein. Auch hier ist dies damit zu begründen, dass die Feststellung des Sachverhalts vor Bundesgericht nur gerügt werden kann, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung von Art. 95 BGG beruht, d.h., die Sachverhaltserstellung damit vor Bundesgericht nicht gleich relevant ist wie vor dem EGMR.

4. Zwischenfazit

Das bundesrechtliche Normalisierungsgebot impliziert Äquivalenz der medizinischen Versorgung inner- und ausserhalb des Strafvollzugs. Viele einzelne Garantien der Gesundheitsversorgung im Strafvollzug sind auf kantonalzürcherischer Ebene festgehalten. Diese richten sich an denselben Grundprinzipien aus, die auch auf Europaratsebene zur Anwendung ge-

934 Zu beachten bleiben selbstverständlich die vor Bundesgericht zulässigen Beschwerdegründe i.S.v. Art. 95 BGG.

935 Vgl. etwa CPT – Rapport au Conseil fédéral suisse [CPT/Inf (2016) 18]; NKVF – Gesamtbericht über die schweizweite Überprüfung der Gesundheitsversorgung im Freiheitsentzug durch die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (2018–2019), zuletzt abgerufen am 31.12.2019.

langen (Freiwilligkeitsprinzip, Vertraulichkeitsgrundsatz etc.), wobei auch die kantonalen Bestimmungen Ausnahmemöglichkeiten ausdrücklich vorsehen. Besonders detaillierte und spezifische Handlungsanweisungen enthalten sodann die medizinethischen Richtlinien der SAMW. Es gibt verschiedene Harmonisierungsbemühungen, welche etwa durch das Schweizerische Kompetenzzentrum für den Justizvollzug vorangetrieben werden. Weitere Harmonisierungen sind damit in der Zukunft zu erwarten.

Die Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat gezeigt, dass die mangelhafte medizinische Versorgung, anders als vor dem EGMR, auf nationaler Ebene oft nur Nebenpunkt der Prüfung von Art. 3 EMRK war und vom Bundesgericht prüfungsmethodologisch im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der materiellen Haftbedingungen beurteilt wurde. Weder dem Äquivalenzprinzip noch dem Adäquanzbegriff als solchen kommt damit in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine essentielle Bedeutung zu; ausschlaggebend bleibt gleichwohl die Angemessenheit der medizinischen Versorgung.

Die Rolle des *Soft Law* betreffend die Gesundheitsversorgung im Strafvollzug ist in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK nicht gleich bedeutend wie in der Strassburger Rechtsprechung, was allerdings auch vor dem Hintergrund zu würdigen ist, dass viele der *Soft Law*-Prinzipien in der Schweiz bereits positivrechtlich verankert sind, so dass in diesen Fällen die verbindliche Rechtsnorm gerügt werden kann.