

Ratifikation des Fakultativprotokolls zur Anti-Folter-Konvention der UNO

Vernehmlassungsverfahren zur Ratifikation des Fakultativprotokolls und zur Ausführungsgesetzgebung:

Stellungnahme von TRIAL (Track Impunity Always – Schweizerische Gesellschaft gegen Straflosigkeit)

I. Allgemeines

1. Allgemeiner Eindruck

Der Bundesrat hat es zum grossen Bedauern von TRIAL nicht für angebracht gehalten, das Potential des Fakultativprotokolls zur Anti-Folter-Konvention der UNO (OP-CAT) voll auszuschöpfen, um einen starken, unabhängigen und effizienten nationalen Präventionsmechanismus vorzuschlagen. Insbesondere in den Bereichen der Kompetenzen und der Ressourcen der vorgeschlagenen Kommission zur Verhütung von Folter (Kommission) schlägt der Bundesrat eine absolute Minimallösung vor. Wenn die Schweiz ihre Pionierrolle in der Schaffung des OP-CAT beibehalten will, sollte die Kommission dringend als mustergültiger Präventionsmechanismus ausgestaltet werden, der für andere Länder (in denen vielleicht dringlicher als in der Schweiz ein wirklich funktionsfähiger Mechanismus gebraucht wird) eine Richtgrösse darstellt.

2. Fehlen des Tatbestandes der Folter im schweizerischen Strafrecht

TRIAL bedauert, dass die Schweiz auch fast 20 Jahre nach dem Inkrafttreten des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe den Tatbestand der Folter (CAT) nicht ins schweizerische Strafrecht aufgenommen hat.

Die vor geraumer Zeit geäusserte Meinung des Bundesrates, das schweizerische Strafrecht enthalte „ausreichende Vorschriften“, um Folterhandlungen zu erfassen,¹ war schon immer problematisch, da die Auffangtatbestände weder alle qualifizierenden Elemente noch den vollen Unrechtsgehalt der Folter wiedergeben, und deshalb keine adäquate abschreckende Wirkung entfalten. Das schweizerische Strafrecht könnte insbesondere hinter dem vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte entwickelten Standard des „effektiven Schutzes“ zurückbleiben.² Spätestens aber, seit der UNO-Ausschuss für das Anti-Folter-Abkommen im Mai 2005 das Fehlen eines Foltertatbestandes im schweizerischen Recht ausdrücklich kritisiert hat,³ ist die Ansicht, das schweizerische Strafrecht komme ohne einen speziellen Foltertatbestand aus, obsolet.

¹ BBI 1985 III 285, 291.

² EGMR, *X and Y v. The Netherlands*, Nr. 7215/75, 18. Oktober 1982, §§29 f., EGMR, *M.C. v. Bulgaria*, Nr. 39272/98, 4. Dezember 2003, §§150 ff.

³ UNO Dok. CAT/C/CR/34/CHE, §§ 4(a) und 5(a).

TRIAL rät deshalb dringend, einen Foltertatbestand ins schweizerische Strafrecht aufzunehmen. Die thematische Verbindung mit der vorliegenden Ratifikationsvorlage hätte sich angeboten. Falls dies jedoch die Ratifikation des Fakultativprotokolls weiter zu verzögern droht, sollte der Foltertatbestand in einer eigenständigen Vorlage eingeführt werden.

3. Modellwahl: Bundeslösung

TRIAL begrüsst die Wahl des Bundesmodelles, das einen einzigen zuständigen Präventionsmechanismus vorsieht. Die Einfachheit der Lösung, die einheitliche Umsetzung des Fakultativprotokolls zur CAT (OP-CAT), aber insbesondere die Verantwortlichkeit des Bundes für die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge sprechen für diese Variante.

II. Definition des Freiheitsentzuges (Art. 3)

Die im Entwurf enthaltene Definition des Freiheitsentzuges ist zu modifizieren. Erstens wurden die einzelnen Varianten des Freiheitsentzuges in Abänderung des Textes des OP-CAT mit einem „und“ (bzw. „sowie“, resp. „ainsi que“) statt mit einem „oder“ („or“, bzw. „ou“ in den authentischen Vertragssprachen Englisch und Französisch) verbunden. Dies muss nicht, kann jedoch zu Interpretationsproblemen führen, insofern unklar sein kann, wieviele Varianten der Begriff „Freiheitsentziehung“ umfasst. Es ist nicht ersichtlich, weshalb nicht in Übereinstimmung mit dem Text des OP-CAT das eindeutigere „oder“ gewählt wurde.

Ferner sollte deutlicher herausgestrichen werden, dass es sich beim „Ort“ der Freiheitsentziehung nicht um ein Gebäude handeln muss. Ebenso dazu zählen müssen jegliche Transportmittel, die z.B. beim Transfer oder der Ausschaffung von Personen, denen die Freiheit entzogen ist, eingesetzt werden. Es ist ferner kein Grund ersichtlich, die Orte des Freiheitsentzuges auszuschliessen, die im Freien liegen (etwa, wenn eine Person anlässlich einer Demonstration auf der Strasse verhaftet und dort vorübergehend festgehalten wird). Diese Präzisierung kann u.E. entweder über eine Definition der „Orte des Freiheitsentzuges“, oder aber, einfacher, mittels eines Anhangs in der entsprechenden Kompetenzbestimmung erreicht werden (s. dazu unten **IV.4.**).

III. Aufgaben (Art. 2)

1. Die Abgrenzung zwischen den Aufgaben (Art. 2 des Entwurfs) und den Kompetenzen (Art. 8 des Entwurfs) der Kommission sollte sinnvoller gestaltet werden. Was in den Aufgabenkatalog aufgenommen wird, wird zu einer Pflicht der Kommission. Pflichten hingegen, müssen gleichzeitig in der Kompetenz der Kommission liegen, womit sich diese Kategorien überschneiden. Es ist jedoch fraglich, ob alle Kompetenzen (sprich: Rechte) zugleich Pflichten darstellen müssen.

Im jetzigen Entwurf figurieren die „Vorschläge und Bemerkungen zu geltenden Gesetzen oder zu Gesetzentwürfen“ unter „Aufgaben“, also den Pflichten der Kommission. Im OP-CAT wird dies unter die Rechte eingereiht. Es fragt sich in der Tat, ob man die Kommission verpflichten soll, diese Vorschläge zu machen, oder ob es nicht genügt, ihr das Recht dazu einzuräumen.

2. Es ist ferner zu verdeutlichen, wer die „zuständigen Behörden“ als Empfängerinnen der Empfehlungen der Kommission i.S.v. Art. 2 lit. b sind. Da die Kommission auch private Institutionen inspizieren kann, ist **der Begriff „Behörde“ zu eng**, da er nur die Organe von öffentlich-rechtlichen Körperschaften bezeichnet. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Kommission nicht auch Empfehlungen an die privaten Einrichtungen richten können sollte.

Ferner muss präzisiert werden, welches die zuständigen Behörden in der föderalistischen Struktur sind: Da die Verantwortlichkeit für völkerrechtliche Verträge, mithin das OP-CAT, beim Bund liegt, **ist u.E. der Bund immer mitzuständig** i.S.v. Art. 2 lit. b, wenn eine Empfehlung an eine Behörde gerichtet wird, sei dies eine Gemeinde-, kantonale oder eine private Institution.

3. TRIAL ortet ferner eine empfindliche Lücke im vorgeschlagenen nationalen Präventionsmechanismus, wenn es darum geht, auf allfällige Verstösse gegen die CAT zu reagieren. Das Folterverbot ist absolut; seine Verletzung stellt ein Verbrechen nach Völkerrecht dar und muss in der Schweiz – solange der Tatbestand fehlt, gilt dies zumindest auch für die Auffangtatbestände – als Officialdelikt gelten. Es kann folglich nicht angehen, dass die Kommission auf vorgefundene Folterhandlungen bloss mit (unverbindlichen) Empfehlungen reagieren soll. Die Kommission muss das Recht und die Pflicht haben, solche Handlungen anzuzeigen. Wir schlagen deshalb die **Einführung einer Anzeigepflicht** vor.

4. Die **Veröffentlichung** des Jahresberichtes der Kommission (im Ggs. zu dessen Verfassen), die beträchtliche finanzielle und personelle Implikationen haben kann, liegt ausserdem in der Pflicht des Bundes (Art. 23 OP-CAT). Der Kommission sollte bloss das **Verfassen** des Berichts auferlegt werden.

Wir schlagen nach dem oben Gesagten die folgenden Änderungen vor:

Art. 2 Aufgaben

...

b Sie richtet Empfehlungen an die für den Freiheitsentzug zuständigen Einrichtungen sowie den Bund mit dem Ziel: *[Rest unverändert]*

b^{bis} Schöpft die Kommission begründeten Verdacht, dass eine Folterhandlung oder eine andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vorliegt, erstattet sie bei der zuständigen Behörde Strafanzeige.

...

d Sie verfasst einen Jahresbericht.

IV. Kompetenzen (Art. 8)

1. Die Bestimmungen über die Kompetenzen der Kommission, die auf Deutsch mit „Kompetenzen“ betitelt werden müsste, ist leider beklagenswert minimalistisch ausgefallen. Dies wird im begleitenden Bericht durch Hinweise auf den Sinn und Zweck des Präventionsmechanismus gerechtfertigt, die u.E. nicht ganz zutreffen.

Es ist z.B. irreführend, wenn der Bericht statuiert, „dass die nationalen Präventionsmechanismen den zuständigen Behörden nur Empfehlungen und Vorschläge unterbreiten können, die aus streng rechtlicher Sicht nicht verbindlich sind.“⁴, oder dass der Mechanismus „ausschliesslich eine Aufsichtsfunktion zu übernehmen hat und nicht direkt und verbindlich in Bezug auf die Modalitäten des Vollzugs von freiheitsentziehenden Massnahmen intervenieren kann [...]“⁵ Diese Passagen sind unbefriedigend, da das OP-CAT ausdrücklich nur **Mindeststandards** festlegt. Art. 19 OP-CAT legt fest, dass die Mitgliedstaaten dem Präventionsmechanismus **mindestens** („at a minimum“, „à tout le moins“) die dort festgelegten Kompetenzen gewähren müssen. Die Mitgliedstaaten sind also durchaus frei, dem nationalen Präventionsmechanismus mehr als nur das Recht zu unverbindlichen Empfehlungen oder zur Aufsicht zuzugestehen..

Vor diesem Hintergrund ist es äusserst bedauerlich, dass der Bundesrat der Kommission nur gerade das absolute, vom OP-CAT vorgegebene Minimum an Kompetenzen zugestehen will. Mittels einer extensiven Herangehensweise könnte die Schweiz einen mustergültigen Mechanismus schaffen, der nicht nur über die notwendigen Ressourcen, sondern auch über griffige Kompetenzen verfügt, die einen effizienten Schutz gegen Folter garantieren. Ein gut ausgestatteter Schweizer Mechanismus könnte für andere Staaten, in denen es um die Menschenrechtssituation schlechter steht, Vorbildcharakter haben.

2. Konkret erscheint es uns v.a. wichtig, dem Präventionsmechanismus die Kompetenz zu geben, allfällig vorgefundene Regelwidrigkeiten unmittelbar verbindlich zu korrigieren. Wir schlagen deshalb vor, der Kommission eine **Weisungsbefugnis über die Modalitäten des Freiheitsentzuges** zu gewähren (s. unten den vorgeschlagenen Art. 8(5)).

3. Art. 8(1) ist ausserdem unglücklich formuliert. Obwohl er von den Kompetenzen der Kommission handelt, beginnt der Abs. 1 mit den Pflichten der Behörden. In Art. 8(1)(c) ist ferner zu verdeutlichen, dass nicht die rechtlichen Bedingungen (bzw. Voraussetzungen) des Freiheitsentzuges gemeint sind, sondern die tatsächlichen Umstände. Dies kann durch das Hinzufügen des Wortes „während“ erreicht werden (s. unten die Umformulierung im vorgeschlagenen Art. 8(1)).

4. Es ist ferner unabdingbar, der Kommission das Recht zuzugestehen, dass sie **jederzeit** und **unangemeldet** Orte des Freiheitsentzuges inspizieren kann. Es gilt zu vermeiden, dass allfällige Regelwidrigkeiten vertuscht werden können, während die Kommission auf die Gewährung des Zuganges wartet. Ferner ist wie oben erwähnt zu präzisieren, dass Transportmittel oder der freie Raum auch als „Orte“ des Freiheitsentzuges gelten müssen (s. unten den vorgeschlagenen Art. 8(2)).

⁴ Innerstaatliche Umsetzung des Fakultativprotokolls zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, Seite 3.

⁵ *Ibid.*, Seite 5.

5. Da es sich um die Prävention von Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe handelt, erscheint uns ferner unerlässlich, der Kommission das Recht zuzugestehen, den psychischen und physischen **Gesundheitszustand** der Person, deren Freiheit entzogen ist, zu untersuchen (s. unten den vorgeschlagenen Art. 8(4)).

6. Es ist ferner möglich, dass Streitigkeiten darüber entstehen, ob die Kommission kompetent sei, z.B. einen bestimmten Zugang zu verlangen. Um einen möglichst effektiven Schutz gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe zu gewähren, sollte die Kompetenz der Kommission in solchen Zweifelsfällen zu ihren Gunsten, bzw. zugunsten eines effektiven Schutzes vermutet werden.

Aufgrund des Gesagten schlagen wir die folgenden Umformulierungen, bzw. Ergänzungen vor:

Art. 8 Kompetenzen

1 Die Kommission hat Zugang zu denjenigen Informationen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt, namentlich Informationen über:

a. *[unverändert]*

a. *[unverändert]*

c. ... sowie die Bedingungen **während** des Freiheitsentzuges.

2 Sie hat jederzeit und ohne vorherige Anmeldung Zugang zu allen Orten des Freiheitsentzugs, seien diese in einem Gebäude, in einem Transportmittel oder im Freien, sowie deren Anlagen und Einrichtungen.

...

4 Sie kann mit deren Einwilligung den Gesundheitszustand der Personen, denen die Freiheit entzogen ist, untersuchen.

5 Sie kann Sofortmassnahmen anordnen, die der Verbesserung der Behandlung oder der Situation der Personen dienen, denen die Freiheit entzogen ist.

6 Bestehen in einem Einzelfall Zweifel über das Bestehen einer Kompetenz der Kommission oder deren Mitglieder, so wird diese Kompetenz vermutet.

V. Ressourcen

1. Auch die Regelung der Ressourcen der Kommission ist bedauerlicherweise sehr minimalistisch ausgefallen.

Wir erinnern daran, dass die Mitgliedstaaten unter Art. 18 Abs. 3 des OP-CAT verpflichtet sind, dem nationalen Präventionsmechanismus die „**necessary resources for the functioning**“ zu gewähren.

Dies bedeutet, dass dem nationalen Präventionsmechanismus ein Budget zur Verfügung gestellt werden muss, das ihm vollumfänglich ermöglicht, seine Pflichten und Rechte wahrzunehmen, mithin sein Mandat zu erfüllen. Nach dem Effektivitätsprinzip (effet util) muss dies u.E. ferner heissen, dass sich der Mechanismus auf seine materiellen Funktionen konzentrieren können muss, und nicht unnötig durch administrative Arbeiten belastet werden sollte. Die bereitgestellten Ressourcen müssen ausserdem die Unabhängigkeit der Kommission gewährleisten. Dies geht auch aus den Grundsätzen von Paris hervor, zu deren Berücksichtigung die Schweiz aufgrund von Art. 18 Abs. 4 OP-CAT verpflichtet ist:

Composition and guarantees of independence and pluralism

[...]

2. The national institution shall have an infrastructure which is suited to the smooth conduct of its activities, in particular adequate funding. The purpose of this funding should be to enable it **to have its own staff and premises**, in order to be independent of the Government and not be subject to financial control which might affect its independence.

[...]

Allein schon der Umstand, dass das Bundesamt für Statistik in der Schweiz 159 Haftanstalten mit rund 6500 Plätzen für Erwachsene (September 2004), und 190 vom EJPD anerkannte und subventionierte Institutionen für Jugendliche (2003) verzeichnet, lässt Zweifel an der Angemessenheit der vom Bundesrat vorgeschlagenen Ressourcen aufkommen. In die Zuständigkeit der Kommission werden neben diesen rund 350 Haftanstalten freilich auch andere Orte des Freiheitsentzuges fallen, wie die Gefangenenabteilungen in Spitälern oder die psychiatrischen Institutionen. Die Zahl der Personen, die der fürsorgerischen Freiheitsentziehung unterliegen, wird z.B. auf über 10'000 geschätzt.⁶

Will aber eine Kommission von 12 Personen nur schon bloss die vom BFS verzeichneten 350 Haftanstalten inspizieren, und geht man davon aus, dass sie dies in Delegationen von zwei Mitgliedern bei einer Rate von zwei Anstalten pro Tag unternimmt, bräuchte die Kommission allein schon dafür 30 Tage. Dies liegt bereits deutlich über den 20 vom Bundesrat veranschlagten Tagen, doch damit sind all die restlichen Orte des Freiheitsentzuges noch nicht inspiziert.

Ferner sind damit sind die administrativen Arbeiten noch nicht erledigt. Zu erwarten ist insbesondere, dass die Kommission ein eigenes Register der Orte des Freiheitsentzuges erstellen und führen muss, das den Stand der Inspektionen, die Daten der besuchten Personen etc. akkurat wiedergibt- kein zu vernachlässigendes Unterfangen bei einem „Zielpublikum“ von weit über 10'000 Personen. Ferner ist zu erwarten, dass die Kommission diverse Zuschriften von Personen, denen die Freiheit entzogen ist, erhalten wird, auf die es zu reagieren gilt.

Nicht zu vernachlässigen ist auch der Aufwand, den die Kommission betreiben muss, um Empfehlungen an die Behörden, Stellungnahmen zu bestehenden oder geplanten Gesetzen sowie den Jahresbericht zu formulieren. Ferner muss sie, will sie ihre Arbeit seriös ausüben, die Einzelfallentscheidungen des UNO-Ausschusses für die CAT laufend analysieren und mitverfolgen.

⁶ F. Lerch, Verwahren gegen die Verwahrlosung, WOZ vom 20.03.2003, erhältlich unter <http://www.woz.ch/artikel/inhalt/2003/nr12/Schweiz/10030.html>.

Es ist kaum vorstellbar, dass eine 12-köpfige Kommission, die nach den Vorstellungen des Bundesrates auch noch ehrenamtlich tätig sein soll, alle diese Arbeiten zufriedenstellend ausführen kann.

Damit sich die Kommission auf ihre Kernarbeit, die Inspektion von Orten des Freiheitsentzuges, konzentrieren kann, muss sie durch die Beistellung eines Sekretariats von der administrativen Arbeit entlastet werden. Das Formulieren von Empfehlungen, Stellungnahmen und des Jahresberichtes sollte sodann unter der Ägide der Kommission von fachlich kompetenten Assistierenden, darunter mindestens einer Person mit Spezialkenntnissen im Menschenrechtsbereich, übernommen werden.

Wir schlagen nach dem Gesagten vor, dass die Kommission mit **20 Mitgliedern** besetzt wird. Sie muss über ein **Sekretariat mit mindestens einer 50%-Stelle verfügen**, wobei **eigene Räumlichkeiten** mitgemeint sind. Ferner sind der Kommission **zwei Assistierende** mit den relevanten Fachkenntnissen zu je mindestens 50% beizustellen.

2. Die Kommissionsmitglieder werden verschiedene Ressourcen *in natura* benötigen, um ihre Arbeit effektiv ausüben zu können. Im Vordergrund stehen hier Ausweise oder Passierscheine, die ihnen den unmittelbaren, unverzüglichen Zugang zu allen Orten des Freiheitsentzuges garantieren. Es kann in der Praxis zu Blockadehaltungen auf Seiten der Behörden kommen, v.a. wenn ihnen die Kommission noch unbekannt ist, oder deren Delegation unangemeldet auftritt. Damit die Kommission ihre Aufgabe effektiv erfüllen kann, muss sie über eine Art „Passepartout“ verfügen, die ihr reibungslosen Zugang zu allen Orten des Freiheitsentzuges gewährt. Da dieser Zugang im Mittelpunkt der ganzen Vorlage steht, und sich unverzüglich und reibungslos gestalten sollte, rechtfertigt es sich u.E., diese Detailregelung ins Gesetz aufzunehmen. Wir schlagen deshalb die folgende Ergänzung vor:

Art. 4 Status

3 Die Kommission verfügt über ein Sekretariat und die notwendigen fachkompetenten Hilfskräfte sowie die Ressourcen, die die unabhängige und effektive Ausübung ihres Mandats garantieren. Ihre Mitglieder erhalten insbesondere Ausweise oder Passierscheine, die ihnen den Zugang zu allen Orten des Freiheitsentzuges ermöglichen.

VI. Folgemassnahmen

1. Der Gesetzesentwurf enthält leider keine Bestimmungen über die Nachverfolgung der Empfehlungen und Jahresberichte der Kommission. Es sollte auf jeden Fall die Verpflichtung der Schweiz, die Jahresberichte der Kommission zu veröffentlichen und zu verbreiten (Art. 23 OP-CAT), im Gesetz wiedergegeben werden. Ferner ist der Bund als Verantwortlichkeitsträger für die OP-CAT zu verpflichten, zum Bericht der Kommission Stellung zu nehmen.

2. Die Bestimmung in Art. 22 des OP-CAT, die die Verpflichtung der zuständigen Behörden zur Prüfung der Empfehlungen der Kommission enthält, ist zwecks Rechtssicherheit ebenfalls im Gesetz wiederzugeben.

3. Ferner muss garantiert werden, dass die Empfehlungen der Kommission ernst genommen werden und ihnen Taten folgen. Wir schlagen deshalb die Einführung eines Rechenschaftsberichtes vor.

Art. 8bis Folgemassnahmen

1 Die Adressaten der Empfehlungen der Kommission prüfen diese und treten unverzüglich mit der Kommission in einen Dialog, um mögliche Umsetzungsmassnahmen zu besprechen.

2 Sie legen der Kommission Rechenschaft über die Massnahmen ab, die sie auf ihre Empfehlung getroffen haben. Der Rechenschaftsbericht erfolgt innert der von der Kommission gesetzten, jedenfalls aber in einer der Dringlichkeit der Sache angemessenen Frist.

3 Die Kommission kann weitere Präzisierungen oder Nachfolgeberichte verlangen.

4 Der Bund veröffentlicht und verbreitet den Jahresbericht der Kommission und nimmt zu seinem Inhalt Stellung.