

Strafrecht, Justiz und Menschenrechte in Zeiten von Covid-19

Zum Virus der medialen Aufgeregtheit

Prof. Dr. iur. Marc Forster, Rechtsanwalt (St. Gallen/Lausanne)*

I. Überwachungsstaat und Justizlockdown?

In Zeiten von Covid-19 gerät auch der Rechtsstaat zunehmend unter Druck. In manchen europäischen Ländern gehen die antidemokratischen und justizfeindlichen Tendenzen bekanntlich bereits so weit, dass sich das Parlament gleich selber entmachtet (zugunsten unbeschränkter Vollmachten der Regierung) oder dass die Gerichte zu Erfüllungsgehilfen der Regierung umfunktioniert werden.¹ In dramatischer Tonlage warnen gewisse Stimmen auch vor rechtsstaatlichem Ungemach für die Schweiz: So wurde in einer durchaus als seriös geltenden wirtschaftsnahen Zeitung nicht nur der «moderne totale Überwachungsstaat» (als angebliche Folge der behördlichen Covid-19-Schutzmassnahmen) heraufbeschworen, sondern den vom Coronavirus bedrohten Risikogruppen (also Betagten und Kranken) auch noch ein merkantil-verzweifeltes «*Wollt ihr denn ewig leben?*» zugerufen.² Heftig hat auch der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) auf Covid-19 reagiert: In einem Brief vom 16. März 2020 an die Vorsteherin des EJPD, den er «stellvertretend auch für sämtliche kantonalen Anwaltsverbände» einreichte, beantragte der SAV unter

Auch Strafjustiz und Menschenrechtspraxis waren in den vergangenen Monaten von Hektik, Aufregung und Verwerfungen geprägt. In der Schweiz erfolgten Aufrufe zu einem «Justizlockdown» und zu einem Amtsenthebungsverfahren gegen den Bundesanwalt. Wichtige Strafprozesse wurden verfahrensfremd beeinflusst oder scheiterten gar. Das Bundesgericht hatte sich mit erratischen Urteilen des Strassburger Europäischen Gerichtshofes zu befassen (welcher der Schweiz menschenrechtswidrige Inhaftierungen und die Missachtung eines angeblichen Grundrechts auf Genozidleugnung vorwirft). Gleichzeitig manifestieren sich justizfeindliche Strömungen in Europa. Es gibt aber auch hoffnungsvolle Entwicklungen. Die Schweizer Stimmbevölkerung zeigt sich erstaunlich «immun» gegen viral verbreitete Aufgeregtheit und hat den kriminalpolitischen Weg zu einer bemerkenswerten Strafnorm gegen Hate Speech geebnet.

La justice pénale et la jurisprudence en matière de droits de l'homme ont elles aussi été exposées à des agitations, des tensions et des rejets durant les derniers mois. En Suisse, certains ont appelé à un «confinement de la justice» et une procédure de destitution à l'égard du Procureur de la Confédération. Des facteurs externes ont influencé des procédures pénales importantes, qui se sont parfois terminées par un échec. Le Tribunal fédéral devait traiter d'arrêts surprenants de la Cour européenne des droits de l'homme (qui reproche à la Suisse des emprisonnements contraire aux droits de l'homme et des violations d'un soi-disant droit fondamental à la négation de génocide). De plus, des courants opposés au monde judiciaire se manifestent en Europe. Il y a toutefois aussi des développements porteurs d'espoir. Le peuple suisse se montre étonnement «immunisé» contre cette nervosité ambiante. Il a notamment ouvert la voie d'une politique pénale en adoptant une norme pénale contre le «hate speech» (discours de haine). P.P.

* Der Autor ist Titularprofessor für Straf- und Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht an der Universität St. Gallen und wissenschaftlicher Berater am Schweizerischen Bundesgericht. Er äussert hier ausschliesslich seine private Auffassung als Strafrechtsexperte.

¹ Zu diesen besorgniserregenden Tendenzen vgl. *Patrick Guidon*, Die Unabhängigkeit der Justiz ist keine Selbstverständlichkeit, *Justice – Justiz – Giustizia* 2019/4; *Thomas Gutschker/Stephan Löwenstein*, Wird bei der Corona-Bekämpfung die Rechtsstaatlichkeit ausgehebelt?, *FAZ* online vom 25.3.2020, abrufbar unter <<https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/bruessel-mahnt-ungarn-die-rechtsstaatlichkeit-zu-wahren-16696348.htm>>; s.a. <<https://www.tagesanzeiger.ch/polen-verliert-verfechterin-der-unabhaengigen-justiz-957632696990>> beide Webseiten zuletzt besucht am 1.5.2020.

² Zitate bzw. Untertitel aus einem am 17.4.2020 auf *NZZ.ch* online erschienenen (nicht etwa satirisch gemeinten) Meinungsartikel. Das betreffende historische Zitat (im Untertitel) wurde vom Autor des Artikels übrigens nur ungenau wiedergegeben. Es lautet: «Hunde, wollt ihr ewig leben?», und wird Friedrich dem Grossen zugeschrieben, der damit im Jahre 1757 versucht haben soll, seine Soldaten in der Schlacht von Kolin zu mehr Tapferkeit zu «motivieren».

anderem die Anweisung an alle Justizbehörden, «sämtliche Verhandlungstermine, Einvernahmen, Besprechungen und Augenscheine schweizweit zu vertagen». Auch seien alle Gerichts- und Verwaltungsbehörden anzuweisen, «für die gesamte Dauer der beschlossenen Dringlichkeitsmassnahmen sämtliche hängigen Verfahren und die diesbezüglichen von ihnen angesetzten Fristen zu sistieren».³

Vom «totalen Überwachungsstaat» ist in der hiesigen Justizrealität zwar noch wenig zu sehen, und auch die Gerichte und Verwaltungsbehörden haben nicht nur ihre Arbeit im Wesentlichen weitergeführt, sondern sogar den *ordentlichen Verhandlungsbetrieb* (mit Schutzmassnahmen) grösstenteils schon vor Ende April 2020 wieder aufgenommen.⁴ Covid-19 hat allerdings auch im Schweizer *Strafrecht* bereits Spuren hinterlassen. So war im März 2020 die Hauptverhandlung vor dem Bundesstrafgericht im FIFA-Fall «WM Deutschland 2006» zunächst (im Zuge der Schutz- und Quarantänemassnahmen) *sistiert* worden. Bellinzona bzw. der Kanton Tessin waren denn auch besonders stark von der Pandemie betroffen. Am 27. April 2020 ist dann im Fall «DFB/Sommermärchen 2006» – für Fachleute wenig überraschend – die *Verjährung* eingetreten. In den USA hat Covid-19 dazu geführt, dass ein rechtskräftig verurteilter hoher FIFA-Funktionär vorzeitig aus dem Strafvollzug *entlassen* wurde. Aber auch in Europa hat das Coronavirus aus medizinisch-sanitarischen Gründen die vorzeitige Freilassung von zehntausenden Verurteilten bewirkt.⁵

II. Mediales Getrommel und Desinformationen in den FIFA-Fällen

Die Bundesanwaltschaft (BA) hatte aber nicht nur im Fall «Sommermärchen 2006» Anklage gegen diverse prominente Beschuldigte beim Bundesstrafgericht (BstGer) erhoben. Im Februar 2020 erfolgte in einem anderen der zahlreichen FIFA-Skandale auch noch eine separate Anklage gegen den ehemaligen FIFA-Generalsekretär Jérôme Valcke, mit Vorwürfen der mehrfachen qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung, der passiven Privatbestechung und der Urkundenfälschung.⁶ Das BstGer hat den Beginn der Hauptverhandlung auf den 14. September 2020 anberaumt.⁷ Begleitet werden die insgesamt mehr als zwei Dutzend FIFA-Strafverfahren seit Jahren von einem enormen Medienecho. Diverse Medienschaffende stützen sich dabei auf *Indiskretionen* von Personen, die offenbar Zugang zu den Verfahrensakten haben. Dabei werden gelegentlich auch *Desinformationen* verbreitet.⁸

Das orchestrierte «Medienrauschen» richtete sich in den letzten ein bis zwei Jahren gezielt gegen die *Person* von Bundesanwalt *Lauber*. Heftige Vorwürfe zu (vermeintlichen und tatsächlichen) prozessualen Fehlern des Bundesanwaltes gipfelten am 17. Juni 2019 – auf Begehren der beiden Beschuldigten Valcke und Kattner hin – in zwei *Ausstandsentscheiden* der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichtes (BK BstGer) gegen den Bundesanwalt und weitere Angehörige der «Taskforce FIFA». Im Vorfeld dieser Ausstandsentscheide war (laut Medienberichten und gemäss den prozessualen Vorbringen der BA) «präjudizierende Kritik» am Bundesanwalt durch einen am Ausstandsverfahren beteiligten Richter der BK BstGer geäussert worden.⁹ Weiter erfolgten, ebenfalls über die Presse, auch noch Äusserungen des Präsidenten der *Auf-*

³ Weiter forderte der SAV die unverzügliche Anweisung an die Gerichts- und Verwaltungsbehörden, es sei für die Dauer der beschlossenen Dringlichkeitsmassnahmen von der «Zustellung von Urteilen, Entscheiden und Verfügungen abzusehen»; zusätzlich sei «via Notrecht» auch bei *sämtlichen gesetzlichen Fristen* «auf Rechtsstillstand» hinzuwirken, <https://www.sav-fsa.ch/de/documents/news/sav_schreiben_i-s_covid_19_16-03-2020.pdf> zuletzt besucht am 1.5.2020.

⁴ Im Kanton Zürich z.B. seit dem 27.4.2020. Für eine beschränkte Zeit, nämlich zwischen dem 21.3. und dem 19.4.2020, hatte der Bundesrat (am 20.3.20) einen *Verfahrensfristen*-Stillstand im Bereich der *Verwaltungs- und Zivilrechtspflege* verordnet.

⁵ Im April 2020 wurden allein in Frankreich ca. 5000 Strafgefangene vorzeitig freigelassen (Tages-Anzeiger vom 1.4.2020). Im gleichen Monat hat das türkische Parlament entschieden, wegen Covid-19 bis zu 90000 Häftlinge in die Freiheit zu entlassen; davon profitierten (gemäss Medienberichten) offenbar primär gemeinrechtliche Delinquenten, aber keiner der mehreren tausend Journalisten und politischen Oppositionellen, die unter meist sehr diffusen «Terrorismus»-Vorwürfen eingesperrt bleiben, <<https://www.dw.com/de/türkei-entlässt-tausende-gefangene/a-53115093>> zuletzt besucht am 1.5.2020.

⁶ Vgl. Medienmitteilung der BA vom 20.2.2020.

⁷ Vgl. Tages-Anzeiger vom 29.4.2020, 4; NZZ online vom 28.4.2020, <<https://www.nzz.ch/sport/fifa-prozess-gegen-jerome-valcke-auf-september-angesetzt-ld.1553997?reduced=true>> zuletzt besucht am 1.5.2020.

⁸ Zum Beispiel wurde am 1.3.2020 in der NZZ am Sonntag fälschlicherweise berichtet, «das Verfahren wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung gegen Valcke und Kattner» gebe es «nicht mehr». An gleicher Stelle wurde vermeldet, die BA habe im April 2019 «bereits entschieden, dass sie das Strafverfahren gegen Valcke und Kattner einstellen wolle». In Wahrheit ist das Verfahren seit Februar 2020 vor dem BstGer anhängig; der Beginn der Hauptverhandlung wurde (Ende April) auf den 14.9.2020 angesetzt.

⁹ Diese Kritik des Bundesstrafrichters gab (für den Bundesanwalt und die BA) ihrerseits Anlass zu einem Revisionsgesuch und nachträglichen Ausstandsbegehren gegen diesen Richter wegen Befangenheit (vgl. zur BGE-Publikation bestimmtes Urteil BGer 1B_442/2019 vom 18.3.2020).

sichtsbehörde über die BA (AB-BA) mit Vorwürfen gegen Lauber, die eigentlich im Disziplinarverfahren erst zu *untersuchen* gewesen wären. Dem schloss sich auch noch ein gescheiterter Versuch der AB-BA an, die Disziplinaruntersuchung an einen externen Experten zu «delegieren».¹⁰ Nach Vorliegen des erstinstanzlichen Disziplinarsentseides der AB-BA Ende Februar 2020,¹¹ also noch bevor das Disziplinarverfahren überhaupt rechtskräftig abgeschlossen war, erhoben einige Parlamentarier öffentlich Rücktrittsforderungen gegen den Bundesanwalt.¹²

III. Sonderpraxis ad personam zum Ausstand von Strafverfolgern?

Es bestehen gewisse Anzeichen, dass auch die BK BstGer im Fall Lauber nicht völlig immun war gegen das «Virus der medialen Aufgeregtheit»:¹³ Die Ausstandsentscheide der BK BstGer gegen Lauber und weitere Angehörige der «Taskforce FIFA» wurden vom Bundesanwalt und von der BA mit Revisions- und nachträglichen Ausstandsbegehren bei der *Berufungskammer* des BstGer angefochten. Diese trat darauf nicht ein. Die Nichteintretensentscheide zogen Lauber und die BA auch noch (erfolglos) an das Bundesgericht weiter.¹⁴ – Auffällig ist der *Kontrast* zwischen der restriktiven Praxis des *Bundesgerichtes* zum Ausstand von Strafverfolgern einerseits und den (betont behördenkritischen) Aus-

standsentscheiden des *Bundesstrafgerichtes* im Fall Lauber andererseits: Befangenheit einer staatsanwaltlichen Untersuchungsleiterin oder eines Untersuchungsleiters (Art. 56 lit. f StPO) ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes nicht leichthin anzunehmen. Zu bejahen ist sie, wenn nach objektiver Betrachtung *besonders krasse* oder *ungewöhnlich häufige Fehlleistungen* der Untersuchungsleitung vorliegen, welche bei gesamthafter Würdigung eine schwere Verletzung der Amtspflichten darstellen und sich einseitig zulasten einer der Prozessparteien auswirken.¹⁵ Dem Bundesanwalt legte die BK BstGer in ihrem *französischsprachigen* Beschluss (betreffend den Beschuldigten Valcke) im Wesentlichen zur Last, dass er drei informelle Treffen mit Vertretern der FIFA nicht habe *protokollieren* lassen und dass die Treffen in *Hotels* bzw. *Restaurants* stattgefunden hätten.¹⁶ In ihrem konnexen *deutschsprachigen* Beschluss (betreffend den Beschuldigten Kattner) widersprach die BK ihrem eigenen (französischsprachigen) Entscheid insofern, als sie erwog, der Umstand, dass die Treffen in *Hotels* bzw. *Restaurants* stattgefunden hätten, spiele «nur eine untergeordnete Rolle».¹⁷

Leider waren dem Bundesgericht hier aus prozessrechtlichen Gründen die Hände gebunden: Da Ausstandsentscheide der BK BstGer nicht in Lausanne anfechtbar sind (Art. 79 BGG), konnten sie vom Höchstgericht inhaltlich gar nicht überprüft werden.¹⁸ Mediale Schlagzeilen wie: «Bundesgericht bestätigt rote Karte gegen Lauber»¹⁹ stellen die juristische Sachlage somit arg verkürzt (wenn nicht sogar entstellt) dar. – Im Übrigen wäre es weder der Rechtssicherheit noch der Rechtsgleichheit zuträglich, wenn die BK BstGer in Fällen

¹⁰ Vgl. dazu BGE 8C_551/2019 vom 10.1.2020 und Entscheid des Bundesverwaltungsgerichtes A-3612/2019 vom 29.7.2019.

¹¹ Vgl. Medienmitteilung der AB-BA vom 4.3.2020.

¹² Kurz darauf brach die Covid-19-Pandemie auch in der Schweiz aus, worauf sich die medialen Wogen vorübergehend etwas glätteten. Ende April 2020 ging aber das «Rauschen im Blätterwald» erneut los, mit Schlagzeilen auf den Titelseiten, Rücktrittsforderungen gegen den Bundesanwalt und Androhungen eines Amtsenthebungsverfahrens (vgl. z.B. Tages-Anzeiger vom 27.4.2020).

¹³ Aus dem Lateinischen übersetzt bedeutet Virus: Gift, Schleim. Das *Virus der Aufgeregtheit* liesse sich als «virus commotum» bezeichnen.

¹⁴ Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die *Nichteintretensentscheide* der Berufungskammer bundesrechtskonform waren. Art. 60 Abs. 3 StPO (Revision wegen nachträglich entdeckter Ausstandsgründe, hier gegen einen Richter der BK BstGer) ist nur auf materielle Straferkenntnisse (nach rechtskräftig abgeschlossenem Hauptverfahren im Sinne von Art. 410 Abs. 1 StPO) anwendbar. Die Ausstandsentscheide der BK BstGer waren daher einer Revision gar nicht zugänglich (zur BGE-Publ. bestimmtes Urteil BGE 1B_442/2019 vom 18.3.2020 E. 3–6.5; s.a. konnexes Urteil 1B_443/2019). Zu den Ausstandsentscheiden der BK BstGer äusserte sich das Bundesgericht materiell nicht: Gegen Ausstandsentscheide der BK BstGer ist keine Beschwerde ans Bundesgericht gegeben (Art. 79 BGG).

¹⁵ BGE 143 IV 69 E. 3.2 S. 74 f.; 141 IV 178 E. 3.2.3 S. 180; 138 IV 142 E. 2.3 S. 146; 125 I 119 E. 3e S. 124; 115 Ia 400 E. 3b S. 404; 114 Ia 153 E. 3b/bb S. 158; BGE 1B_149/2019 vom 3.9.2019 E. 2.2; 1B_535/2018 vom 16.4.2019 E. 3; 1B_375/2017 vom 7.2.2018 E. 2. – Eine restriktive Praxis der Gerichte müsste (nach Ansicht des Autors) gerade auch bei Ausstandsgesuchen gegen den *Bundesanwalt* (oder die Bundesanwältin) zur Anwendung gelangen, zumal ihm (bzw. ihr) nicht zuletzt die *Führung, Koordination und Organisation* der BA im Rahmen der Strafverfolgung bei komplexen Fällen obliegt (Art. 9 Abs. 1–2 i.V.m. Art. 16 Abs. 1–2 StBOG) und ein erzwungener Ausstand der obersten Leitungsinstanz schwerwiegende Auswirkungen auf das Funktionieren der BA als Gesamtbehörde (und damit auch der Bundesstrafrechtspflege an sich) haben kann.

¹⁶ BstGer BB.2018.190+198 vom 17.6.2019 E. 5.4 (S. 17).

¹⁷ BstGer BB.2018.197 vom 17.6.2019 E. 4.4 (S. 20). – Inwiefern *besonders krasse* oder *ungewöhnlich häufige* Fehlleistungen des Bundesanwaltes (als oberstes Leitungsorgan der BA) vorgelegen hätten, wird in den Entscheiden der BK BstGer nicht erläutert.

¹⁸ Zur BGE-Publ. bestimmtes Urteil BGE 1B_442/2019 vom 18.3.2020 E. 2.1–2.2; s.a. konnexes Urteil 1B_443/2019 E. 1.1–1.2.

¹⁹ Tages-Anzeiger vom 11.4.2020.

der Bundesgerichtsbarkeit eine von der einschlägigen Bundesgerichtspraxis (in den kantonalen Fällen) *abweichende* Rechtsprechung zu Art. 56 lit. f StPO verfolgen würde. Es wird Aufgabe der Forschung und der weiteren Gerichtspraxis sein zu untersuchen, ob die Lauber-Ausstandsentscheide der BK mit der Praxis des Bundesgerichtes vereinbar sind oder ob sich die BK BstGer hier (unter dem Eindruck medialer Aufgeregtheit) zu einer «Sonderpraxis» *ad personam* hat verleiten lassen.

IV. Freedom of Hate Speech oder «Immunisierung» gegen Hassreden?

1. Homophobe Hetze, Menschenwürde und die alte Mär vom Maulkorb

Kurz bevor die Covid-19-Pandemie die Schweiz erreichte, ging am 9. Februar 2020 noch die Referendumsabstimmung zum revidierten Art. 261^{bis} StGB²⁰ über die Bühne. Nachdem die Revision mit einem Ja-Stimmen-Anteil von 63,1% der teilnehmenden Stimmberechtigten angenommen worden ist, werden nun auch die (vorsätzliche, öffentliche und gegen die Menschenwürde verstossende) systematische *Diskriminierung* und *Herabsetzung* sowie der öffentliche *Aufruf zu Hass* gegen Personen (oder Gruppen) aufgrund ihrer *sexuellen Orientierung* als Vergehen unter Strafe gestellt. Der frühere «Rassismustatbestand» hat sich damit seit seinem Inkrafttreten 1995 zu einem international bemerkenswerten *Anti-Hassreden-Artikel* zum Schutze der Menschenwürde entwickelt.

In den digitalisierten und medial stark vernetzten freien Gesellschaften bedarf auch der öffentliche Diskurs eines elementaren kriminalpolitischen «Klimaschutzes». Der neue «Homophobie-Tatbestand»²¹ sah sich allerdings (wie schon die ursprüngliche Strafnorm) erbittertem *politischem Widerstand* ausgesetzt: Der Einwand, mit dem neuen Straftatbestand werde religiös-konservativen und anderen «genderkritischen» Kreisen ein «Maulkorb» verpasst, erinnert an jahrzehntealte kriminalpolitische Ausflüchte: Schon vor der Einführung des ursprünglichen Rassismustatbestandes (mit Referendumsabstimmung vom 25. September 1994) waren Befürchtungen geäussert worden, das Publikum dürfe am Stammtisch künftig nicht mehr «rustikal» seine Meinung zu «Ausländerfragen»

ausdrücken.²² Solche Befürchtungen haben sich – schon wegen der restriktiven Gesetzeswortlaute – angesichts der einschlägigen Gerichtspraxis nicht bewahrheitet.

Auch die kriminalpolitische Drohkulisse, partikuläre Gruppierungen jeglicher Provenienz,²³ die sich von «polemischen Sprüchen» beleidigt und «verhetzt» fühlten, könnten nun einen analogen Tatbestand zu ihrem Schutz fordern, schlägt nicht durch, wenn man sich die geschützten Rechtsgüter der Genderhass-Strafnorm vergegenwärtigt. In einem von einschlägigen Internetforen und «Hategroups» befeuerten *Hassklima* waren gerade Homo- und Transsexuelle in den letzten Jahren deutlich überproportional von Gewalt- und Hassdelikten betroffen.²⁴ Von analogen (massiven und konstanten) Angriffen gegen Veganer, Impfgegner oder strenggläubige Bibel-Exegeten wäre dem Autor dieses Artikels bisher noch nichts zu Ohren gekommen. Eine Woche vor der Volksabstimmung vom 9. Februar 2020 hat sich ein juristischer Experte gegen die neue Homophobie-Strafnorm ausgesprochen, allerdings mit Argumenten, die aus strafrechtlicher Sicht ziemlich erstaunen.²⁵

²² Zu diesem stark emotionsgeladenen kriminalpolitischen Konflikt s. schon Marc Forster, Die Korrektur des strafrechtlichen Rechtsgüter- und Sanktionenkataloges im gesellschaftlichen Wandel, ZSR 1995 II 157–161.

²³ Etwa die im Volksmund oft bemühten Veganer oder andere weltanschauliche bzw. religiöse Gruppierungen.

²⁴ Anfang März 2020 hat es der *Ständerat* (mit 21 zu 18 Stimmen und einer Enthaltung) unverständlicherweise *abgelehnt*, homophobe Hassdelikte *statistisch* erfassen zu lassen. Die betreffende Motion Quadranti war vom Nationalrat noch unterstützt worden (vgl. NZZ.ch online vom 10.3.2020). Die für das Hassklima stark mitursächlichen Hetzschriften und Onlineartikel, in denen Homo- und Transsexuelle in ihrer Menschenwürde systematisch herabgesetzt (und als «krank», «pädoophil» usw. verunglimpft) werden, konnten bisher mit dem blossen Ehrverletzungsstrafrecht nicht ausreichend erfasst werden. Ebenso wäre es z.B. stossend, wenn an Bahnhöfen angebrachte Grossschmierereien, auf denen «Lespen» (sic) und Schwule als «Abschaum» verhetzt werden (wie etwa in Steinibach/BE im Sommer 2019), auch künftig nur als Sachbeschädigung verfolgt werden könnten, als ob es sich dabei um harmlose Graffiti handeln würde. Zur jüngeren Forschung s. z.B. *Jasmin Finger*, Homophobie und Strafrecht – Eine strafrechtliche Untersuchung homophober Äusserungen und Äusserungen in Bezug auf Homosexualität, Berlin 2015.

²⁵ Wie z.B. «Sexualität ist immer diskriminierend»; «wer gibt schon zu, eine Bewerberin nicht einzustellen, weil sie lesbisch ist?»; «wir leben in einer Zeit, in der sich alle möglichen Gruppen diskriminiert fühlen»; «tatsächlich ist die Partnerwahl fast immer ausschliessend»; «was ist mit einem Schwulenclub? diskriminiert dieser heterosexuelle Männer und Frauen?» usw., <<https://www.tagesanzeiger.ch/leben/gesellschaft/sexualitaet-ist-immer-diskriminierend/story/21998172>> zuletzt besucht am 1.5.2020.

²⁰ BBl 2018 7861 f.

²¹ Da Menschen *jeglicher* sexueller Orientierungen geschützt sind (nicht zu verwechseln mit der *Sexualpräferenz*, dazu BBl 2018 3785), könnte präziser auch von einer «Genderhass-Strafnorm» gesprochen werden; kriminalstatistisch steht allerdings die Hetze gegen *Homo- und Bisexuelle* im Vordergrund.

Erfreulicherweise hat die grosse Mehrheit der Stimbevölkerung ihre Resilienz gegen solche Scheinargumente unter Beweis gestellt. – Schwere rassistische und homophobe («genderfeindliche») Hetze beeinträchtigt nicht nur massiv die *psychische Integrität* und die Lebensqualität der Direktbetroffenen. Sie vergiftet zudem den *öffentlichen Frieden* durch ein aufgeheiztes und kriminogenes Klima der Angst, der Intoleranz, des Hasses und der Gewalt. Zwar lassen sich sexistische Intoleranz und Xenophobie nicht (allein) durch staatliche Zwangsveranstaltungen überwinden. Wo jedoch Menschen erhebliches Leid zugefügt wird und elementare Rechtsgüter verletzt werden, erwächst dem demokratischen Rechtsstaat die Verpflichtung, das alte Schandmaul des menschenverachtenden Rassismus und Sexismus auch mit den Mitteln des Strafrechts zu stopfen.²⁶

2. Ein «Menschenrecht» auf Genozidleugnung?

Ein strafrechtlicher «Maulkorb» wird nach schweizerischem Recht – wenn überhaupt – nur besonders aggressiven «Beisern» verpasst. Dies gilt auch für (blind- und tollwütige) rassistische und *revisionistische* Thesen, die unter dem Deckmantel der «Wissenschaftlichkeit» und «freien Meinungsäusserung» daherkommen: Im Strafrecht «heiligt» der angebliche Zweck wissenschaftlicher Forschung und «demokratischer Diskussion» nicht jedes Mittel. *Agitatorische Hetzredner*, die unter solchen Vorwänden *genozidleugnerische* Thesen öffentlich verbreiten, indem sie die in wissenschaftlichen Fachkreisen anerkannten Fakten krass missachten, sind in der Schweiz grundsätzlich strafbar (Art. 261^{bis} Abs. 4 in fine StGB). In dieser Zielrichtung wird unser Land vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) aber leider nicht unterstützt:

Im *Fall Perinçek*²⁷ haben sowohl die erste Instanz des EGMR als auch die von der Schweiz angerufene Grosse Kammer des EGMR gefunden, es sei «menschenrechtswidrig», wenn die Schweiz *Geldstrafen* – in bescheidener Höhe – gegen türkische Nationalisten verhängt, die *wiederholt* in die Schweiz gereist sind, um in unserem Land *öffentliche Hetzreden* zu halten, in denen der (unter seriösen Experten unbestrittene) *Völkermord* an der armenischen Zivilbevölkerung (1915–

1916) *geleugnet* bzw. *grob verharmlost* wurde.²⁸ Zwar hat der EGMR keineswegs entschieden, dass Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB per se dem Menschenrecht auf Meinungsäusserung (Art. 10 EMRK) zuwiderliefe; es hat lediglich eine Grundrechtsverletzung im konkreten Fall (Perinçek) festgestellt.²⁹ Dennoch scheint sich das Bundesgericht dem EGMR bisher in ähnlichen Fällen zu «fügen».³⁰ Die wackelige Argumentationsbasis der Revisionisten erodiert allerdings weiter wie Sandstein: Im Dezember 2019 hat nun auch der *US-Kongress* den Völkermord an den Armeniern formell *als Genozid anerkannt*.³¹ Xenophobie und homophobe Hetze in der Öffentlichkeit ist in der Schweiz nicht Ausdruck des Grundrechts auf freie Meinungsäusserung (Art. 16 BV), sondern ein strafbares Vergehen. Insoweit hat unser Land eine *Vorreiterrolle* gegen menschenverachtenden Hate Speech inne. In einer Welt, die zunehmend vom Virus populistischer und sogar nationalistisch-autoritärer Strömungen erfasst wird, ist eine solche Rolle der direktdemokratischen Schweiz (mit ihren humanitären Traditionen) umso wichtiger. Die Zukunft wird zeigen, ob ein Europa der Demokratien ausreichend immun sein wird gegen rassistische Aufhetzung und andere aggressive antidemokratische Strömungen, welche der Rechtsstaatlichkeit in Zeiten von Covid-19 Schaden zufügen.

V. Sperrt die Schweiz Gemeingefährliche menschenrechtswidrig ein?

Allerdings «beugt» sich die Schweizer Justiz nicht in allen Fällen den (manchmal erratischen) Einschätzungen und Rechtsbehauptungen des EGMR: In seinem Urteil *IL gegen die Schweiz* vom 3. Dezember 2019 (Nr. 72939/16) hat der Strassburger Gerichtshof (mit etwas sonderbaren Argumenten) die Behauptung aufgestellt, es fehle an einer konstanten und langjährigen Praxis des Bundesgerichtes zur sogenannten *Sicherheitshaft* im massnahmenrechtlichen gerichtlichen

²⁶ Forster (Fn. 22) 159–161.

²⁷ EGMR vom 17. Dezember 2013, Nr. 27 510/08; vgl. dazu Marc Forster, *forumpenale*, 1/2014, 1 ff.

²⁸ Der Entscheid der Grossen Kammer fiel mit 10:7 Richterstimmen, vgl. <<https://www.marc-forster-strafrecht.com/2015/10/15/fall-perincek-strassburger-gerichtshof-für-menschenrechte-schützt-rassistische-hetze-gegen-die-armenier-auch-in-zweiter-instanz/>> zuletzt besucht am 1.5.2020.

²⁹ BBl 2018 3780 f. (Rechtskommission des Nationalrates mit Hinweis auf einen entsprechenden Bericht des BJ vom 2.2.16).

³⁰ Es hat die Perinçek-Praxis auch auf die öffentliche Leugnung und Verharmlosung des *Srebrenica-Massakers* an mehr als 8000 Bosniaken (Knaben und Männern im Alter von 13 bis 78 Jahren) im Juli 1995 angewendet (BGE 145 IV 23 E. 5 S. 33 ff.).

³¹ Tages-Anzeiger vom 13.12.2019.

Nachverfahren.³² Der EGMR stellte deshalb eine *Verletzung* von Art. 5 Ziff. 1 EMRK durch die Schweiz fest.³³ Auch in diesem Zusammenhang kam es zu teilweise sehr aufgeregten Kommentaren und Forderungen in einschlägigen Medien und Foren. Verlangt wurde namentlich, alle rechtskräftig verurteilten Gemeingefährlichen, deren stationäre Massnahme nicht rechtzeitig vor Ablauf des Vollzugstitels verlängert wurde, seien ohne Weiteres auf *freien Fuss* zu setzen und für ihren (angeblich) menschenrechtswidrig erlittenen Freiheitsentzug finanziell zu entschädigen.

Das «Virus commotum» hat sich hier nicht nachhaltig ausgebreitet: Zwar *fehlt* es in der Schweiz bisher an einer ausdrücklichen und detaillierten gesetzlichen Regelung dieser speziellen Haftart. Die Verabschiedung solcher spezifischer Gesetzesnormen im Parlament steht jedoch kurz bevor. Seit Dezember 2017 gibt es einen *Vorentwurf* dazu;³⁴ und im August 2019 hat der Bundesrat dem Parlament eine entsprechende Botschaft samt *Entwurf* vorgelegt.³⁵ Diese Gesetzesentwürfe bauen auf der einschlägigen Praxis des Bundesgerichtes zur Sicherheitshaft im Nachverfahren auf. Die betreffenden Normen (Art. 364a und 364b E/StPO) sollen gemäss einem Beschluss der Rechtskommission des Nationalrates vom 21. Februar 2020 in der parlamentarischen Beratung *zeitlich vorgezogen* werden, damit die Bestimmungen rascher in Kraft treten können.

Nach der Praxis des EGMR kann in einer solchen Konstellation eine «analoge» Anwendung von haftrechtlichen Normen vor dem *Legalitätsprinzip* (Art. 5 Ziff. 1 EMRK) standhalten, wenn als einschlägige Rechtsquelle (wenigstens) eine *konstante* und *langjährige höchstrichterliche Praxis* besteht. Entscheidend ist laut EGMR, dass das massgebliche Haftrecht für die Betroffenen *unter den konkreten Umständen* und allenfalls unter Beizug fachkundigen Rats *hinreichend klar* und sein Gehalt somit *voraussehbar* ist. In seinem (zur amtlichen Publikation bestimmten) Urteil 1B_111/2020 vom 31. März 2020 hat das Bundesgericht dargelegt, dass in der Schweiz eine entsprechende konstante und langjährige Praxis sehr wohl *besteht*.³⁶ Im vom Bundesgericht beurteilten Fall ging es um eine Sicherheitshaft im Nachverfahren, die am 20. Dezember 2019 vom Walliser Zwangsmassnahmengericht gegen einen mehrfach verurteilten und weiterhin als gefährlich eingestuften Pädosexuellen angeordnet worden war. Das Bundesgericht kam zum Schluss, es sei angesichts seiner bereits mehr als *8½ Jahre* andauernden und *konstanten Rechtsprechung* sowie der darauf aufbauenden *Gesetzesentwürfe* (vom Dezember 2017 bzw. August 2019) nicht ersichtlich, dass die anwendbaren Regeln für den anwaltlich verbeiständeten Beschwerdeführer am 20. Dezember 2019 nicht *voraussehbar* oder nicht *hinreichend klar* gewesen wären.³⁷ Es bleibt zu hoffen, dass auch das *reale* Coronavirus das Parlament nicht daran hindern wird, die genannte Gesetzesnovelle möglichst rasch zu verabschieden.³⁸

³² Hier geht es z.B. um Fälle von *rechtskräftig verurteilten* psychisch kranken Personen, die sich nach schweren Verbrechen (auf noch unbestimmte Zeit) in einer stationären therapeutischen Massnahme befinden. Die Rechtmässigkeit der Massnahme muss vom Richter periodisch überprüft werden. Es kann vorkommen (z.B. wenn die Vollzugsbehörde ihren Antrag um Verlängerung oder Umwandlung der Massnahme verspätet stellt), dass die gerichtlich bewilligte Vollzugsdauer abläuft, *bevor* das Gericht neu (im sogenannten Nachverfahren, Art. 364 ff. StPO) über die *Verlängerung* der Massnahme (oder z.B. über die nachträgliche Anordnung einer Verwahrung) entscheiden kann. In solchen Fällen ist besonders bei *gemeingefährlichen* Verurteilten zu prüfen, ob bis zum Urteil im Nachverfahren *Sicherheitshaft* (als vorübergehender Hafttitel) anzuordnen ist (analog den Regeln zur Sicherheitshaft vor einer rechtskräftigen Verurteilung, vgl. Art. 221 und Art. 229–233 StPO).

³³ Das Urteil I.L. des EGMR ist am 15.4.2020 *endgültig* geworden, nachdem der Fünfer-Ausschuss der Grossen Kammer den Antrag des Bundesrates auf Vorlage des Falles an die Grosse Kammer des EGMR abgelehnt hatte. Am Urteil I.L. hatten Richterinnen und Richter aus *Belgien, Zypern, Portugal, der Slowakei, San Marino, Malta* und der *Schweiz* mitgewirkt.

³⁴ Vgl. *Marc Forster*, Gemeingefährliches Haftrecht? Zur Teilrevision des strafprozessualen Haftrechts gemäss dem Vorentwurf von 2017, Jusletter 26.3.2018, Rz. 41–42.

³⁵ BBl 2019 6697, 6799 f.

VI. Resilienz durch Gelassenheit

Während der Covid-19-Krise hat sich *Daniel Koch*³⁹ als Ikone der *unaufgeregten Sachlichkeit* dem kollektiven Gedächtnis vieler Schweizerinnen und Schweizer eingepägt. Von ihm könnten sich viele Juristen, Politiker/-innen und Medienschaffende ruhig etwas inspirieren lassen. Resistenz gegen Viren aller Art, darunter auch das mediale «Virus commotum», beginnt mit etwas Gelassenheit. – *Oscar Wilde* soll es mal ungefähr so formuliert haben: «Am Ende wird alles gut. Und wenn es nicht gut ist, ist es wohl noch nicht zu Ende.»

³⁶ BGer 1B_111/2020 vom 31.3.2020 E. 2.6–2.7 (amtl. Publ.).

³⁷ BGer 1B_111/2020 vom 31.3.2020 E. 2.8–2.9 (amtl. Publ.).

³⁸ Diese Hoffnung drückt (sinngemäss) auch *Alain Joset* aus (Plädoyer 1/2020, 43), der die Bundesgerichtspraxis im Übrigen dezidiert kritisiert, wogegen *Benjamin Brägger* die Praxis ausdrücklich begrüsst («Vollzugsrechtliche Sicherheitshaft», Jusletter vom 6.4.2020).

³⁹ Bis April 2020 Leiter der Abteilung «Übertragbare Krankheiten» beim BAG.