

**Nr. 41****Schiesser gegen Schweiz**

Urteil vom 4. Dezember 1979 (Kammer)

Ausgefertigt in französischer und englischer Sprache, wobei die französische Fassung maßgebend ist, veröffentlicht in Série A / Series A Nr. 34.

**Beschwerde Nr. 7710/76**, eingereicht am 15. November 1976; am 16. Mai 1978 von der Kommission und am 11. Juli 1978 von der schweizerischen Regierung vor den EGMR gebracht.

**EMRK:** Anordnung der U-Haft durch einen Richter oder eine andere gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigte Person, Art. 5 Abs. 3; Anspruch auf gerichtliche Haftprüfungsentscheidung, Art. 5 Abs. 4; Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs, Art. 26 (Art. 35 Abs. 1 n.F.).

**Innerstaatliches Recht:** §§ 49 lit. a, 55, 64, 65 StPO-ZH i.d.F. vom 4. Mai 1919, U-Haft wegen Verdunkelungsgefahr, Rolle des Bezirksanwalts; § 99 GVG-ZH i.d.F. vom 29. Januar 1911, Rechtsstellung des Bezirksanwalts.

**Ergebnis:** Keine Verletzung der Konvention; Bezirksanwalt genügt den Anforderungen von Art. 5 Abs. 3; Vorbringen zu Art. 5 Abs. 4 verspätet.

**Sondervoten:** Zwei.

**Zum Verfahren:**

*Zum abschließenden Bericht der Kommission* (Art. 31 EMRK) s.u. Ziff. 21.

*Zu der öffentlichen mündlichen Verhandlung* am 23. Januar 1979 sind vor dem Gerichtshof erschienen:

*für die Regierung:* J. Voyame, Direktor der Eidgenössischen Justizabteilung, als Verfahrensbevollmächtigter, unterstützt durch: R. Hauser, Professor an der Universität Zürich, O. Jacot-Guillarmod, Eidgenössische Justizabteilung, Berater;

*für die Kommission:* J.A. Frowein, Hauptdelegierter, B. Kiernan, Delegierter, RA E. Schönenberger, der den Bf. vor der Kommission vertreten hatte, zur Unterstützung der Delegierten der Kommission gem. Art. 29 Abs. 1 VerFO-EGMR.

**Sachverhalt:**

(Übersetzung)\*

*1. Der Beschwerdeführer (Bf.)*

*a) Die Anordnung der Untersuchungshaft gegen den Bf.*

**7.** Friedrich Schiesser [im Folgenden: der Beschwerdeführer – Bf.], Schweizer Bürger, geboren 1952 und wohnhaft in Winterthur (Kanton Zürich), stellte sich am 5. April 1976 der Polizei, nachdem er sich längere Zeit durch Flucht dem Zugriff der Polizei entzogen hatte.

Er wurde unverzüglich dem Bezirksanwalt von Winterthur vorgeführt, der ihn in Abwesenheit seines Anwalts einvernahm und mit Verfügung vom selben Tag in Untersuchungshaft versetzte. Der Bezirksanwalt verdächtigte ihn dringend, eine Reihe von qualifizierten Diebstählen (Einbrüchen) begangen bzw. versucht zu haben, und befürchtete, er werde Beweismittel beseitigen (§ 49 lit. a der Zürcher Strafprozessordnung (StPO)).

**8.** Gegen die oben erwähnte Verfügung legte der Bf. Rekurs ein, der am 13. April 1976 von der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich abgewiesen wurde.

\* Anm. d. Hrsg.: Auf der Grundlage einer Übersetzung der Kanzlei des EGMR.

Die Staatsanwaltschaft folgte der Begründung des Bezirksanwalts und hielt fest, dass die Untersuchung noch nicht abgeschlossen sei und man berechtigterweise annehmen konnte, der Bf., der in der Schweiz über keinen festen Wohnsitz verfügte, werde untertauchen.

9. Der Bf. gelangte darauf mit staatsrechtlicher Beschwerde an das Bundesgericht und machte geltend, dass der Entscheid der Staatsanwaltschaft gegen Art. 4 Bundesverfassung und gegen Art. 5 Abs. 1 lit. c und Art. 5 Abs. 3 der Konvention verstoße. Er nannte die Behauptung, er könnte Beweismittel unterdrücken, willkürlich und bestritt, dass der Bezirksanwalt als eine „gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigte Person“ i.S.v. Art. 5 Abs. 3 angesehen werden könne.

Mit Urteil vom 14. Juli 1976 wies das Bundesgericht (staatsrechtliche Kammer) die Beschwerde ab. Es anerkannte, dass Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass der Bf. im Falle seiner Freilassung Beweismittel beseitigen werde. Im Übrigen war das Bundesgericht der Meinung, dass die Umstände es offensichtlich zuließen, den Bf. der Diebstähle zu verdächtigen und deshalb Art. 5 Abs. 1 lit. c nicht verletzt war. In Bezug auf Art. 5 Abs. 3 führte das Gericht aus, nachdem es festgestellt hatte, dass die Interpretation dieser Bestimmung in der Literatur kontrovers war:

„Maßgebend für die Charakterisierung einer Tätigkeit als richterliche ist in erster Linie die Unabhängigkeit der in dieser Eigenschaft handelnden Organe, und zwar gegenüber den andern Staatsgewalten, anderen Trägern von Funktionen der Rechtspflege und Stellen und Gruppen des öffentlichen Lebens (...).

Der Wortlaut von Art. 5 Ziff. 3 EMRK bringt nun allerdings zum Ausdruck, dass es die Richterqualität und die richterliche Unabhängigkeit nicht im Sinne des rechtsstaatlichen Gewaltenteilungsprinzips (...) versteht, (...). Dies kann nur so verstanden werden, dass auch ihrer Stellung nach administrative Organe mit der Konvention vereinbar sind, soweit sie richterliche *Funktionen* ausüben, d.h. in dieser Eigenschaft unabhängig entscheiden. Nach Art. 5 Ziff. 3 ist also nicht in erster Linie die organisatorische Stellung, sondern die ausübende Funktion ausschlaggebend. Damit ist gleichzeitig gesagt, dass die Ausübung verschiedener, d.h. untersuchungsrichterlicher neben anderen Funktionen der Strafrechtspflege (...) in Personalunion durch die genannte Bestimmung grundsätzlich nicht ausgeschlossen wird.“

Zur Stützung dieser Auslegung führte das Bundesgericht an, dass Abs. 4 im Gegensatz zu Abs. 3 des Artikels 5 von „Gericht“ spreche. Ein weiteres Argument entnahm es Art. 6 Abs. 1:

„Man kann mit guten Gründen annehmen, die Schöpfer der Konvention hätten in Art. 5 Ziff. 3 EMRK die gleiche Formulierung wie in Art. 6 Ziff. 1 gewählt“ – „ein unabhängiges und unparteiisches Gericht“ – „wenn sie den Angeschuldigten eine in Bezug auf die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der zuständigen Behörde ebenso weitgehende Garantie hätten vermitteln wollen.“

Im Hinblick auf die Zuständigkeiten des Bezirksanwalts stellte das Bundesgericht fest, dass er zugleich Ermittlungs- und Untersuchungsbehörde unter Aufsicht der Staatsanwaltschaft sowie Anklagebehörde beim Einzelrichter

in Strafsachen und beim Bezirksgericht sei. Im vorliegenden Fall sei der Bezirksanwalt [ausschließlich] als Untersuchungsbehörde tätig geworden, die gem. § 31 StPO den belastenden und entlastenden Tatsachen mit gleicher Sorgfalt nachzuforschen habe. Daraus schließt das Bundesgericht:

„Unmaßgebend ist, dass die Bezirksanwaltschaft der Verwaltungshierarchie inkorporiert, somit nach ihrer organisatorischen Stellung eine Verwaltungsbehörde ist (...). Denn sie übt im Verfahrensstadium der Untersuchung keine Administrativtätigkeit aus, sondern erfüllt eine richterliche Funktion (...). Sodann kommt in der Bestimmung über die Volkswahl der Bezirksanwälte (...) zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber diesem Organ auch in der Form der Bestellung im Verhältnis zur Exekutive und zur Verwaltung eine gewisse Unabhängigkeit zuerkennen wollte.

Auch die Tatsache, dass die Bezirksanwaltschaft während der Untersuchung – sowohl allgemein hinsichtlich der Art und Weise ihrer Tätigkeit wie mit Bezug auf den einzelnen Straffall (Einleitung, Führung und Einstellung der Untersuchung) – der Weisungskompetenz der Staatsanwaltschaft unterstellt ist (...), steht dieser Beurteilung nicht entgegen. Entscheidend ist, dass auch die Staatsanwaltschaft als Aufsichtsinstanz im Verfahrensstadium der Untersuchung eine untersuchungsrichterliche Funktion erfüllt und erst mit der allfälligen Überweisung der Strafsache an die Urteilsbehörde die Rolle des Anklägers mit Parteistellung im Beurteilungsverfahren annimmt.“

*b) Verlängerung der Untersuchungshaft des Bf.*

**10.** Am 20. April 1976 entschied der Präsident der Anklagekammer des Zürcher Obergerichts, der Bf. müsse bis zum 18. Mai in Untersuchungshaft bleiben. Der Bf. gelangte vergeblich an die Anklagekammer selbst, die die Verfügung am 10. Mai bestätigte und daraufhin an das Bundesgericht, das am 25. Mai 1976 seine staatsrechtliche Beschwerde abwies.

Die Untersuchungshaft war inzwischen in Anwendung von § 51 StPO verlängert worden. Er wurde schließlich am 12. Juli 1976 freigelassen.

**11.** In Anbetracht der Schwere der Anschuldigungen gegen den Bf. (Diebstahle im Wert von über SFr. 30.000,- [ca. 18.097,- Euro])\* war das Obergericht des Kantons Zürich für das Verfahren zuständig. Die Anklageerhebung fiel daher in die Kompetenz der Staatsanwaltschaft, die im Prozess auch die Anklagevertretung zu übernehmen hatte (s.u. Ziff. 14), während die Untersuchung von einem regulären Bezirksanwalt geführt worden war.

Das Obergericht verurteilte am 11. Mai 1978 den Bf. zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 17 Monaten bei einer Probezeit von vier Jahren wegen bandenmäßigen und berufsmäßigen Diebstahls (Art. 137 StGB).

*2. Der Bezirksanwalt: Rechtsstellung und Zuständigkeit*

**12.** Der Kanton Zürich ist in elf Bezirke mit je einer Bezirksanwaltschaft mit einem oder mehreren Bezirksanwälten eingeteilt. Zur maßgeblichen Zeit wa-

---

\* Anm. d. Hrsg.: Die hier und nachstehend in Klammern angegebene Umrechnung in Euro (gem. offiziellem Kurs: 1 Euro = 1,65771 SFr.) dient einer ungefähren Orientierung. Durch Zeitablauf bedingte Wertveränderungen sind nicht berücksichtigt.

ren die Rechtsstellung und die Zuständigkeiten der Bezirksanwälte im Gerichtsverfassungsgesetz vom 29. Januar 1911 (GVG) geregelt. Es wurde inzwischen durch ein Gesetz vom 13. Juni 1976, in Kraft getreten am 1. Januar 1977, ersetzt, das im Wesentlichen die Bestimmungen der alten Fassung übernimmt.

**13.** Die Bezirksanwälte werden nach dem Gesetz von 1911 in einer allgemeinen Volksabstimmung für die Dauer von drei Jahren (§ 99 GVG) gewählt. Das Gesetz von 1976 hat die Amtsdauer auf vier Jahre angehoben. Auch wenn jeder Bürger wählbar ist, handelt es sich doch in den meisten Fällen um Juristen, die ein Universitätsstudium absolviert und an Gerichten, in der Industrie, der Verwaltung oder in juristischen Berufen eine praktische Ausbildung genossen haben. Die Kantonsregierung kann bei Bedarf außerordentliche Bezirksanwälte zur zeitweisen Aushilfe bestellen (§§ 100 und 106 GVG).

**14.** Der Bezirksanwalt ist dem Staatsanwalt untergeordnet, der seinerseits unter der Aufsicht der Justizdirektion und des Zürcher Regierungsrats steht. Während der Bezirksanwalt Anklagebehörde beim Einzelrichter in Strafsachen und beim Bezirksgericht für Delikte kleinerer und mittlerer Bedeutung ist, nimmt der Staatsanwalt dieselbe Funktion vor höheren kantonalen Gerichten wahr (Obergericht, Geschworenengericht – § 93 GVG). Zudem hat er die Kompetenz, Strafbefehle zu erlassen, wenn der Angeschuldigte sich für schuldig erklärt und eine Buße oder eine Freiheitsstrafe von höchstens einem Monat als ausreichend angesehen wird (§ 317 StPO). Der Bestrafte, wie auch der Staatsanwalt, haben in jedem Fall die Möglichkeit, gegen diesen Strafscheid Einsprache zu erheben (§ 321 StPO).

**15.** Die Untersuchung einer Strafsache fällt in die Kompetenz der Staatsanwaltschaft (§ 94 GVG). Der Bezirksanwalt führt die Untersuchung, außer in Fällen, in denen das Gesetz den Staatsanwalt oder den Richter mit ihr betraut (§ 25 StPO). Er ist berechtigt, einen Verhaftsbefehl auszustellen (§ 55 StPO), den er zu begründen hat. Er ist verpflichtet, den Verhafteten binnen 24 Stunden zu verhören (§ 64 StPO). In dieser ersten Einvernahme, bei der in der Regel der Anwalt des Angeschuldigten nicht zugegen ist, sind dem Verhafteten die gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe genau und vollständig mitzuteilen (§ 65 StPO). Er ist weiter darüber zu belehren, dass ihm ein Rekursrecht gegen den Verhaftsbefehl zusteht (Kreisschreiben der Staatsanwaltschaft von 1956). Die Weisung Nr. 219 (Sammlung der Kreisschreiben der Staatsanwaltschaft an die Bezirksanwaltschaften von 1968) präzisiert, dass diese Einvernahme nicht als bloße Formalität betrachtet werden dürfe. Nach Weisung Nr. 58 ist es dem Bezirksanwalt untersagt, seine Befragungskompetenz an Unterebene zu delegieren.

**16.** Die vom Bezirksanwalt angeordnete Untersuchungshaft darf nicht länger als 14 Tage dauern. Die Dauer der Untersuchungshaft kann vom Bezirksgerichtspräsidenten oder, wenn die Sache in die Zuständigkeit des Geschworenengerichtes fällt, vom Präsidenten der Anklagekammer des Obergerichtes verlängert werden (§ 51 StPO).

**17.** In Bezug auf Einleitung und Führung von Untersuchungen bleibt der Bezirksanwalt der Aufsicht des Staatsanwaltes unterstellt. Der Staatsanwalt ist befugt, ihm Weisungen zu erteilen (§ 27 StPO) und muss über sämtliche schweren Delikte informiert werden (Weisung Nr. 100). Die Justizdirektion

oder der Zürcher Regierungsrat können über die Einleitung und Durchführung von Strafprozessen von der Staatsanwaltschaft Bericht anfordern und ihr besondere Aufträge und Weisungen erteilen (§ 28 StPO). Bei Einleitung von Strafprozessen mit politischer Bedeutung muss dem Regierungsrat ein Bericht erstattet werden (§ 29 StPO).

Zusätzlich nimmt der Erste Staatsanwalt zweimal jährlich Inspektionen vor, mit dem einzigen Ziel, die Verfahren zu beschleunigen.

Die Bezirksanwälte erhalten jedoch in der Praxis schon seit mehr als 30 Jahren keine besonderen Aufträge und Weisungen mehr, die ihre Zuständigkeit zur Anordnung von Untersuchungshaft betreffen.

Ist die Untersuchung abgeschlossen, muss der Bezirksanwalt, wenn er die Haftentlassung des Angeschuldigten in Betracht zieht, dem Staatsanwalt Mitteilung machen, falls die Anklageerhebung in dessen Kompetenz fällt (Weisung Nr. 171).

**18.** Ist das Verfahren nicht eingestellt worden, so wird entweder der Bezirksanwalt oder der Staatsanwalt Prozesspartei. Der Ankläger soll bei seinen Vorträgen nicht einseitig nur dasjenige hervorheben, was den Angeschuldigten beschweren kann, sondern auch das berücksichtigen, was zu seinen Gunsten spricht (§ 178 StPO).

#### *Verfahren vor der Kommission*

**19.** In seiner am 15. November 1976 bei der Kommission eingereichten Individualbeschwerde machte der Bf. geltend, Art. 5 Abs. 3 der Konvention werde dadurch verletzt, dass der Bezirksanwalt nicht als eine „gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigte Person“ im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden könne.

**20.** Die Kommission hat die Beschwerde am 12. Juli 1977 für zulässig erklärt. Nachträglich machte der Bf. außerdem eine Verletzung von Art. 5 Abs. 4 mit der Begründung geltend, ihm sei das Recht vorenthalten worden, bei einem Gericht zu beantragen, es möge in kurzer Frist über die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung entscheiden.

**21.** Die Kommission gelangt in ihrem Bericht vom 9. März 1978 zu dem Ergebnis:

- mit neun Stimmen gegen fünf, dass keine Verletzung von Art. 5 Abs. 3 vorliegt;
- mit elf Stimmen gegen eine, bei zwei Enthaltungen, sie sei, was die Berufung auf Art. 5 Abs. 4 betrifft, nicht zuständig, sich zur Begründetheit dieses Beschwerdepunktes zu äußern, da der Bf. den innerstaatlichen Rechtsweg i.S.v. Art. 26 nicht erschöpft habe.

Dem Bericht sind Sondervoten von fünf Kommissionsmitgliedern beigefügt.

#### *Anträge an den Gerichtshof*

**22.** In ihrer schriftlichen Stellungnahme vom 30. Oktober 1978 hat die Regierung beantragt, der Gerichtshof möge

- „1. feststellen, dass Art. 5 Abs. 3 der Konvention im vorliegenden Fall nicht verletzt worden ist;

2. feststellen, dass die erst nach der Zulässigkeitsentscheidung der Kommission erhobene Behauptung des Bf., Art. 5 Abs. 4 der Konvention sei verletzt, mit der Verpflichtung aus Art. 26 der Konvention unvereinbar ist“.

Der Verfahrensbevollmächtigte der Regierung hat diese Anträge in der mündlichen Verhandlung am 23. Januar 1979 wiederholt.

**23.** Der Hauptdelegierte der Kommission hat seinerseits beantragt, der Gerichtshof „möge feststellen, dass er im vorliegenden Fall nicht zuständig ist, zu entscheiden, ob eine Verletzung von Art. 5 Abs. 4 vorliegt“.

### **Entscheidungsgründe:**

#### *I. Zur behaupteten Verletzung von Art. 5 Abs. 3*

**24.** Art. 5 Abs. 3 lautet wie folgt: [Text s.u. S. 629].

Nach Ansicht des Bf. kann der Winterthurer Bezirksanwalt nicht als eine „gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigte Person (magistrat/officer)“ angesehen werden.

Sowohl die Regierung wie die Kommission haben, als sie den Fall vor den Gerichtshof gebracht haben, beantragt zu entscheiden, ob die Inhaftierung des Bf. das durch die oben genannte Vorschrift garantierte Recht verletzt habe.

**25.** Probleme wirft der vorliegende Fall weder im Bereich von Art. 5 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 noch in Bezug auf Anfang und Ende von Art. 5 Abs. 3 auf („unverzüglich vorgeführt“, „Urteil innerhalb angemessener Frist oder ... Entlassung während des Verfahrens“; s. sinngemäß, *Wemhoff*, Urteil vom 27. Juni 1968, Série A Nr. 7, S. 21, EGMR-E 1, 55 f.). Der Gerichtshof hat einzig zu prüfen, ob der betreffende Bezirksanwalt die Eigenschaften einer „gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigten Person (magistrat/officer)“ aufgewiesen hat.

**26.** Der letztgenannte Satz enthält drei Elemente.

Das zweite Element („gesetzlich zur Wahrnehmung ... ermächtigt“) bereitet keine besonderen Schwierigkeiten: weder Kommission noch Regierung noch Bf. bestreiten, dass der Winterthurer Bezirksanwalt im vorliegenden Fall Aufgaben wahrgenommen hat, die ihm vom kantonalen Recht übertragen sind (s.o. Ziff. 7, 12 und 15-17).

Das erste Element („ermächtigte Person“ [magistrat/officer]) und das dritte Element („richterliche Aufgaben“) sind gemeinsam zu prüfen.

**27.** Indem Art. 5 Abs. 3 der Konvention vorsieht, dass ein Verhafteter unverzüglich einem „Richter“ oder einer „anderen ... ermächtigten Person (autre magistrat / other officer)“ vorzuführen ist, überlässt Art. 5 Abs. 3 den Vertragsstaaten die Wahl zwischen den beiden Behördenkategorien. Eine solche Wahlmöglichkeit setzt voraus, dass die beiden Kategorien nicht identisch sind. Die Konvention erwähnt sie jedoch im selben Satzteil und geht davon aus, dass beide Behörden ähnliche Aufgaben wahrnehmen. Sie anerkennt also deutlich eine gewisse Analogie zwischen „Richter“ und „ermächtigten Personen“, ohne die das Adjektiv „anderen“ im Übrigen gar nicht zu erklären wäre.

**28.** „Magistrat“ auf Französisch und mehr noch „officer“ auf Englisch haben offensichtlich eine weitergehende Bedeutung als „juge“ und „judge“.

Zudem beschränkt sich die Wahrnehmung richterlicher Aufgaben nicht notwendigerweise auf die urteilende Tätigkeit. In vielen Vertragsstaaten üben ermächtigte Personen und sogar Richter die genannten Funktionen aus, ohne Recht zu sprechen wie z.B. Mitglieder von Staatsanwaltschaften und Untersuchungsrichter.

Eine wörtliche Auslegung deutet also darauf hin, dass Art. 5 Abs. 3 sowohl Staatsanwälte wie Richter (*les magistrats du parquet comme ceux du siège*) umfasst.

29. Was den Kontext der auslegungsbedürftigen Begriffe betrifft, vertreten Kommission und Regierung die Meinung, dass Art. 5 insgesamt zwei Arten von Termini verwende: die einen präzise – „Gericht“ (Abs. 1 lit. a und b, Abs. 4) und „Richter“ (Abs. 3) – die anderen eher unscharf – „zuständige Gerichtsbehörde“ (Abs. 1 lit. c) und „einer gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigten Person“ (Abs. 3). Ihrer Ansicht nach kann daraus vernünftigerweise abgeleitet werden, dass die erstgenannten Termini auf strengere Anforderungen zielen als die an zweiter Stelle genannten.

Der Gerichtshof schließt sich dieser Meinung zwar an, legt aber Wert darauf, die Grenzen der dadurch geschaffenen Unterscheidung zu verdeutlichen.

Da Abs. 1 lit. c zusammen mit Abs. 3 eine Einheit bildet, stellt „zuständige Gerichtsbehörde“ nur ein abgekürztes Synonym von „Richter oder ... einer anderen gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigten Person“ dar (*Lawless*, Urteil vom 1. Juli 1961, Série A Nr. 3, S. 52, EGMR-E 1, 15 f.; *Irland gegen Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 18. Januar 1978, Série A Nr. 25, S. 75, Ziff. 199).

Im vorliegenden Fall ist der Vergleich des Abs. 3 mit Abs. 4 von größerem Interesse: anders als Abs. 3 verlangt Abs. 4 die Intervention eines „Gerichtes“. Um als Gericht angesehen zu werden, muss eine Behörde insbesondere von der Exekutive und den Parteien unabhängig sein (*Neumeister*, Urteil vom 27. Juni 1968, Série A Nr. 8, S. 44, EGMR-E 1, 71, Ziff. 24; *De Wilde, Ooms und Versyp*, Urteil vom 18. Juni 1971, Série A Nr. 12, S. 41, Ziff. 78, EGMR-E 1, 117), aber dies gilt auch von der in Abs. 3 erwähnten „ermächtigten Person“ (*magistrat/officer*): auch wenn ihre „richterlichen Aufgaben“ anders als die Aufgaben nach Abs. 4 keinen Urteilscharakter haben müssen („un caractère juridictionnel“ / „the form of adjudicating on legal disputes“), sind sie doch nicht ohne die Unabhängigkeit ihres Trägers denkbar (s.u. Ziff. 31).

30. Die gewöhnliche Bedeutung des fraglichen Begriffs (s.o. Ziff. 28) in seinem Zusammenhang (Ziff. 29) entspricht im Übrigen Ziel und Zweck des Art. 5, über die Kommission und Regierung derselben Ansicht sind.

Nach Ansicht der Regierung bezweckt Art. 5 Abs. 3, die Unparteilichkeit und Objektivität der Person zu garantieren, vor die der Betroffene geführt wird. Im Übrigen soll die Vorführung den Einzelnen vor jeglicher ungerechtfertigter Festnahme und Haft schützen.

Für die Kommission ist das Ziel der untersuchten Bestimmung, den Personen, denen die Freiheit entzogen wurde, eine besondere Garantie zu bieten: nicht die Anrufung einer bestimmten Behörde, nämlich eines Gerichts, sondern die Anwendung eines gerichtlichen Verfahrens.

Nach Ansicht des Gerichtshofs will Art. 5 sicherstellen, dass niemandem willkürlich die Freiheit entzogen wird (*Winterwerp*, Urteil vom 24. Oktober 1979, Série A Nr. 33, Ziff. 37, EGMR-E 1, 434). Aus dieser umfassenden Zielsetzung folgt im Anwendungsbereich des Abs. 4 die Notwendigkeit, ein „Verfahren“ einzuhalten, das einen „gerichtlichen Charakter“ hat und „die Garantien gewährleistet, die der Art der Freiheitsentziehung, um die es geht, angemessen sind“, ohne die von einem „Gericht“ nicht gesprochen werden könnte (*De Wilde, Ooms und Versyp*, a.a.O., S. 40-41, Ziff. 76, EGMR-E 1, 116 f.). Die „ermächtigte Person“, auf die Abs. 3 Bezug nimmt, muss ihrerseits Garantien bieten, die ihren vom Gesetz übertragenen „richterlichen“ Aufgaben angemessen sind.

**31.** Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die „ermächtigte Person“ nicht mit dem „Richter“ identisch ist, wenngleich sie einige seiner Attribute aufweisen muss, nämlich Voraussetzungen erfüllen, die für die festgenommene Person jeweils entsprechende Garantien darstellen.

Die erste Voraussetzung liegt in der Unabhängigkeit von der Exekutive und von den Parteien (s. sinngemäß, *Neumeister*, a.a.O., S. 44, EGMR-E 1, 71, Ziff. 24). Sie schließt nicht jegliche Unterordnung unter andere Richter oder ermächtigte Personen aus, vorausgesetzt diese selbst genießen eine ähnliche Unabhängigkeit.

Zudem ergeben sich aus Art. 5 Abs. 3 [zwei getrennte] Anforderungen, und zwar eine bzgl. des Verfahrens und eine in der Sache selbst. In formeller Hinsicht verpflichtet Art. 5 Abs. 3 die „ermächtigte Person“ (magistrat/officer), den ihr Vorgeführten persönlich zu hören (s. sinngemäß, *Winterwerp*, a.a.O., Ziff. 60, EGMR-E 1, 441 f.). Zweitens verlangt das materielle Erfordernis von ihr, die Umstände, die für oder wider eine Inhaftierung sprechen, gegeneinander abzuwägen, und nach richterlichen Kriterien über das Vorliegen von Gründen zu befinden, welche die Haft rechtfertigen, sowie bei Nichtvorliegen solcher Gründe die Freilassung anzuordnen (*Irland gegen Vereinigtes Königreich*, a.a.O., S. 76, Ziff. 199).

Der Gerichtshof hat bei der Prüfung, ob die verschiedenen Bedingungen erfüllt sind, keine Fragen zu behandeln, die sich im konkreten Fall nicht stellen, wie z.B., ob eine Person aufgrund ihrer Ausbildung oder ihrer Erfahrung geeignet ist, richterliche Funktionen wahrzunehmen.

**32.** Der Gerichtshof hat sich im Folgenden davon zu überzeugen, dass der Winterthurer Bezirksanwalt dem Bf. diejenigen Garantien geboten hat, die sich aus der vom Gerichtshof dargelegten Bedeutung des Begriffs ergeben.

Zwei Vorbemerkungen erscheinen dem Gerichtshof notwendig:

Erstens sind die Rechtsstellung des Bezirksanwalts und seine Zuständigkeiten im Bereich der Untersuchungshaft detailliert im Gerichtsverfassungsgesetz vom 29. Januar 1911 (GVG), in der Strafprozessordnung vom 4. Mai 1919 (StPO) und in der Sammlung der Kreisschreiben der Staatsanwaltschaft an die Bezirksanwaltschaften von 1968 (s.o. Ziff. 12-18) geregelt. Insbesondere die StPO bezeichnet klar die Haftgründe sowie das Verfahren bei Anordnung von Untersuchungshaft, und der Entscheid des Bezirksanwalts hat sich im vorliegenden Fall auf sie gestützt (s.o. Ziff. 7).

Zweitens behauptet der Bf. keine Verletzung von kantonalem Recht. Wie die Kommission feststellt, macht er nicht geltend, der Bezirksanwalt von Winterthur habe nicht unabhängig gehandelt oder habe nicht, wie § 31 StPO vorschreibt, sämtliche Umstände, die für oder gegen eine freiheitsentziehende Zwangsmaßnahme sprechen, berücksichtigt. Er bestreitet auch nicht, dass dieser Beamte den Haftbefehl begründet hat, wie es ein Kreisschreiben der Staatsanwaltschaft von 1956 verlangt. Folglich greift der Bf. die Zürcher Gesetzgebung als solche an.

In diesem Zusammenhang erinnert der Gerichtshof an seine ständige Rechtsprechung: Wird er mit einer Sache befasst, die auf eine Individualbeschwerde zurückgeht, die unter Berufung auf Art. 25 der Konvention eingereicht worden ist, darf der Gerichtshof keine abstrakte Normenkontrolle vornehmen, sondern muss seine Prüfung, soweit möglich, auf die Art und Weise beschränken, wie die betreffende Gesetzgebung im konkreten Fall angewendet worden ist (vgl. *Marckx*, Urteil vom 13. Juni 1979, Série A Nr. 31, S. 13, Ziff. 27, EGMR-E 1, 397 f.).

**33.** Der Bf. und die Minderheit der Kommission sind der Meinung, der Bezirksanwalt gebe nicht die nötige Gewähr der Unabhängigkeit und zwar aus zwei Gründen: Erstens tritt er in bestimmten Fällen als Strafverfolgungsorgan auf; zweitens ist er der Staatsanwaltschaft und durch sie auch der Justizdirektion sowie der Kantonsregierung untergeordnet. Zum Beweis seiner Behauptung führt der Bf. die §§ 27-29 StPO und verschiedene Texte aus der erwähnten Sammlung der Kreisschreiben von 1968 an, unter ihnen die Weisungen Nr. 100 und 171 (s.o. Ziff. 14 und 17).

**34.** Der Gerichtshof betont, was den ersten Punkt betrifft (Strafverfolgung), dass der Bezirksanwalt im vorliegenden Fall ausschließlich als Untersuchungsorgan tätig geworden ist: vorerst bei der Entscheidung, ob gegen den Bf. eine Strafuntersuchung einzuleiten und ob er in Untersuchungshaft zu versetzen sei, sodann bei der Führung der Untersuchung, wobei er verpflichtet war, allen den Bf. belastenden und entlastenden Tatsachen mit gleicher Sorgfalt nachzuforschen (§ 31 StPO). Der Bezirksanwalt hat nicht die Rolle der Strafverfolgungsbehörde übernommen: er hat weder die Anklageschrift verfasst, noch ist er als Vertreter der Anklage vor Gericht aufgetreten (s.o. Ziff. 11). Er hat also Untersuchungs- und Verfolgungsfunktion nicht kumulativ wahrgenommen, so dass der Gerichtshof nicht zu entscheiden aufgerufen ist, ob die gegenteilige Situation mit Art. 5 Abs. 3 vereinbar gewesen wäre.

**35.** Zum zweiten Punkt (Unterordnungsverhältnis) betont die Regierung, der Entscheid des Winterthurer Bezirksanwalts, den Bf. in Untersuchungshaft zu versetzen, sei in völliger Unabhängigkeit getroffen worden. Sie führt überdies die seit 30 Jahren gefestigte Praxis im Kanton Zürich an, nach der die Justizdirektion und die Staatsanwaltschaft nie Aufträge oder Weisungen zur Versetzung eines bestimmten Verdächtigen in Untersuchungshaft erteile (s.o. Ziff. 17). Zwar könne zweifellos vorkommen, dass sie dem Bezirksanwalt Weisungen erteilen, jedoch nur sehr selten, und nach der in der Literatur vertretenen Auffassung dürfen diese sich nur auf Fragen der Gesetzmäßigkeit nicht aber der Opportunität beziehen. Die Sammlung der Kreisschreiben von 1968 habe lediglich zum Ziel, die Einheit der Rechtsanwendung sicherzustellen.

Diese Darstellung, deren Erheblichkeit der Gerichtshof im Lichte seines Urteils *Delcourt* vom 17. Januar 1970 (Série A Nr. 11, S. 17-18, Ziff. 32, 2. Abs., EGMR-E 1, 103) anerkennt, entspricht der Realität. Tatsächlich hat der Winterthurer Bezirksanwalt, bevor er die Untersuchungshaft gegen den Bf. anordnete, von der Justizdirektion oder der Kantonsregierung wie auch vom Staatsanwalt weder Ratschläge noch Weisungen erhalten. Der Bf. stellt dies auch gar nicht in Abrede. Im Übrigen hat der Bezirksanwalt den Bf. selbst vernommen, d.h. ohne Hilfe oder Kontrolle durch den Staatsanwalt. Da der Bezirksanwalt weder einer Einmischung von außen ausgesetzt war noch eine andere Behörde zu konsultieren hatte, hat er die ihm vom Gesetz zugewiesene eigene Entscheidungsgewalt ausgeübt. Unter diesen Umständen ist der Gerichtshof der Ansicht, [der Bezirksanwalt] habe im vorliegenden Fall ausreichende Gewähr für seine Unabhängigkeit i.S.v. Art. 5 Abs. 3 geboten. Der Gerichtshof misst dem zusätzlichen Argument der Regierung aus dem Wahlverfahren dieser Behörde – der allgemeinen Volksabstimmung – keine wirkliche Bedeutung bei.

**36.** Hinsichtlich der Verfahrensgarantien hält der Gerichtshof fest, dass der Bezirksanwalt, nachdem der Bf. sich gestellt hatte, diesen binnen 24 Stunden persönlich vernommen hat, wie es Art. 64 StPO und die Weisung Nr. 58 vorschreiben (s.o. Ziff. 7 und 15). Er hat ihm mitgeteilt, weshalb man ihn verdächtige, Straftaten begangen oder zu begehen versucht zu haben, und ihn über sein Recht belehrt, gegen die Anordnung der Untersuchungshaft Rekurs einzulegen (§ 65 StPO, Kreisschreiben von 1956 und oben Ziff. 15).

Der Bf. beschwert sich darüber, dass seinem Anwalt die Anwesenheit bei der Einvernahme nicht gestattet worden ist. Einer der Berater der Regierung und der Hauptdelegierte der Kommission haben diese Tatsache, die der Praxis im Kanton Zürich entspricht, bestätigt. Der Gerichtshof hält sie jedoch nicht für unvereinbar mit Art. 5 Abs. 3 der Konvention, der die Anwesenheit eines Anwalts nicht verlangt.

**37.** Nach der Einvernahme hat der Bezirksanwalt, auf zwei der in § 49 StPO genannten Haftgründe gestützt, Untersuchungshaft angeordnet; einer der Haftgründe war das Vorliegen von Anhaltspunkten dafür, dass der Bf. einer Straftat verdächtig war (s.o. Ziff. 7). Dies ist einer der Gründe, die nach Art. 5 Abs. 1 lit. c der Konvention die Anordnung von Untersuchungshaft rechtfertigen. Zudem ist die Verfügung unter Beachtung des gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens erlassen worden.

**38.** Aus diesen Gründen ist der Gerichtshof der Auffassung, dass der Winterthurer Bezirksanwalt im vorliegenden Fall die in dem Begriff „gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigte Person“ enthaltenen Garantien sowohl in prozessualer und materieller Hinsicht als auch bzgl. seiner Unabhängigkeit geboten hat. Art. 5 Abs. 3 ist also nicht verletzt worden.

## *II. Zur behaupteten Verletzung von Art. 5 Abs. 4*

**39.** Nachdem seine Beschwerde von der Kommission für zulässig erklärt worden war, machte der Bf. eine Verletzung von Art. 5 Abs. 4 geltend. Art. 5 Abs. 4 lautet wie folgt: [Text s.u. S. 629].

Im Grunde behauptete er, ihm sei dieses Recht verweigert worden, da er nach Zürcher StPO in den 14 Tagen nach seiner Verhaftung nur an den Staatsanwalt rekurrieren konnte.

**40.** Die Kommission vertritt in ihrem Bericht die Meinung, der Bf. hätte diese Frage schon vor dem Bundesgericht aufwerfen müssen, weil die Konvention in das schweizerische Recht inkorporiert worden sei und dem kantonalen Recht vorgehe. Da er dies versäumt habe, sei in dieser Hinsicht der innerstaatliche Rechtsweg nicht erschöpft worden.

Als sie den Fall vor den Gerichtshof brachten, beantragten die Kommission wie dann auch die Regierung, der Gerichtshof möge entscheiden, ob sich der Bf. dennoch auf Art. 5 Abs. 4 berufen könne. In der mündlichen Verhandlung hat der Hauptdelegierte den Gerichtshof aufgefordert, wegen Nichtbeachtung von Art. 26 seine Zuständigkeit zur Prüfung der Begründetheit der Beschwerde in Bezug auf Art. 5 Abs. 4 zu verneinen. Der Verfahrensbevollmächtigte der Regierung wiederholte seinerseits die schon in der schriftlichen Stellungnahme der Regierung vertretene Ansicht; er beantragte, der Gerichtshof möge entscheiden, „dass die nach der Zulässigkeitsprüfung der Kommission vorgebrachte Behauptung des Bf., Art. 5 Abs. 4 sei verletzt, nicht mit der Verpflichtung aus Art. 26 zu vereinbaren“ sei (...).

**41.** Der Gerichtshof ist der Ansicht, dass der Bericht der Kommission zu diesem Punkt inhaltlich einer impliziten Unzulässigkeitsentscheidung gleichkommt, auch wenn formell weder auf Art. 29 Abs. 1 noch auf Art. 27 Abs. 3 Bezug genommen wird. Weiter stellt der Gerichtshof fest, dass es sich dabei im vorliegenden Fall nicht lediglich um ein neues rechtliches Argument oder Vorbringen handelt, sondern um eine selbständige Beschwerde, die über den Rahmen der Sache hinausgeht, zu deren Entscheidung er aufgerufen ist. Im Lichte seiner diesbezüglichen Rechtsprechung gelangt der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass die Prüfung der erwähnten impliziten Entscheidung außerhalb seiner Zuständigkeit liegt (s. sinngemäß, *Delcourt*, a.a.O., S. 20, Ziff. 40, EGMR-E 1, 105; *De Wilde, Ooms und Versyp*, a.a.O., S. 30, Ziff. 51, EGMR-E 1, 113; *Handyside*, Urteil vom 7. Dezember 1976, Série A Nr. 24, S. 19 und 20, Ziff. 41, EGMR-E 1, 220 f.; *Irland gegen Vereinigtes Königreich*, a.a.O., S. 63, Ziff. 157, EGMR-E 1, 247 f.; *Winterwerp*, a.a.O., Ziff. 71 und 72, EGMR-E 1, 444 f.).

#### **Aus diesen Gründen entscheidet der Gerichtshof**

1. mit fünf Stimmen gegen zwei, dass Art. 5 Abs. 3 der Konvention nicht verletzt worden ist;
2. einstimmig, dass er nicht zuständig ist, über die Beschwerde in Bezug auf Art. 5 Abs. 4 zu entscheiden.

**Zusammensetzung des Gerichtshofs (Kammer):** die Richter Balladore Pallieri, *Präsident* (Italiener), Zekia (Zypriot), Ryssdal (Norweger), Bindschedler-Robert (Schweizerin), Evrigenis (Griechen), Teitgen (Franzose), Matscher (Österreicher); *Kanzler:* Eissen (Franzose); *Vize-Kanzler:* Petzold (Deutscher)

**Sondervoten:** Zwei. (1) Abweichende Meinung des Richters Ryssdal; (2) Abweichende Meinung des Richters Evrigenis.