

MenschenRechtsZentrum

## MenschenRechtsMagazin

Informationen | Meinungen | Analysen

Aus dem Inhalt:

- Auf dem Weg zu einem menschenrechtlichen Schutz vor Abschiebung für Schwerkranke? Anmerkungen zum *Paposhvili*-Urteil des EGMR
- Der EGMR und die Derogation von Menschenrechten – Werden Notstände zu akzeptierten Dauerzuständen in Zeiten des Terrorismus?
- EGMR: Wolter und Sarfert ./.. Deutschland – Ungleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder im Erbrecht



MenschenRechtsZentrum

## **MenschenRechtsMagazin**

Informationen | Meinungen | Analysen

Aus dem Inhalt:

- Auf dem Weg zu einem menschenrechtlichen Schutz vor Abschiebung für Schwerkranke? Anmerkungen zum *Paposhvili*-Urteil des EGMR
- Der EGMR und die Derogation von Menschenrechten – Werden Notstände zu akzeptierten Dauerzuständen in Zeiten des Terrorismus?
- EGMR: Wolter und Sarfert ./.. Deutschland – Ungleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder im Erbrecht

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de/> abrufbar.

**Universitätsverlag Potsdam 2018**

<http://verlag.ub.uni-potsdam.de/>

Am Neuen Palais 10, 14469 Potsdam

Tel.: +49 (0)331 977 2533 / Fax: 2292

E-Mail: [verlag@uni-potsdam.de](mailto:verlag@uni-potsdam.de)

**Herausgeber:**

Prof. Dr. phil. Logi Gunnarsson ([logi.gunnarsson@uni-potsdam.de](mailto:logi.gunnarsson@uni-potsdam.de))

Prof. Dr. iur. Eckart Klein ([klein@uni-potsdam.de](mailto:klein@uni-potsdam.de))

Prof. Dr. iur. Andreas Zimmermann, LL.M. (Harvard) ([andreas.zimmermann@uni-potsdam.de](mailto:andreas.zimmermann@uni-potsdam.de))

MenschenRechtsZentrum der Universität Potsdam

August-Bebel-Straße 89, 14482 Potsdam

Tel.: +49 (0)331 977 3450 / Fax: 3451 ([mrz@uni-potsdam.de](mailto:mrz@uni-potsdam.de))

**Redaktion:**

Prof. Dr. iur. Norman Weiß ([weiss@uni-potsdam.de](mailto:weiss@uni-potsdam.de))

Mag. iur. Johanna Weber ([johanna.weber@uni-potsdam.de](mailto:johanna.weber@uni-potsdam.de))

Das Manuskript ist urheberrechtlich geschützt.

Satz: text plus form, Dresden

Druck: docupoint GmbH Magdeburg

ISSN 1434-2820

## Inhaltsverzeichnis

Editorial .....	86
AUFsätze:	
Charlotte Steinorth Auf dem Weg zu einem menschenrechtlichen Schutz vor Abschiebung für Schwerkranke? Anmerkungen zum <i>Paposhvili</i> -Urteil des EGMR .....	87
Katrin Kappler/Svenja Auerswald Der EGMR und die Derogation von Menschenrechten – Werden Notstände zu akzeptierten Dauerzuständen in Zeiten des Terrorismus? .....	97
Anna Phirtskhalashvili Menschenrechte als Grundwert der georgischen Verfassung .....	108
BERICHTE UND DOKUMENTATIONEN:	
Johanna Weber Bericht über die Tätigkeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen im Jahre 2016 – Teil II: Individualbeschwerden .....	119
URTEILSBESPRECHUNGEN:	
Jascha Patt EGMR: Wolter und Sarfert ./ . Deutschland – Ungleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder im Erbrecht .....	135
BUCHBESPRECHUNGEN:	
<i>Tania Fabricius</i> , Aufarbeitung von in Kolonialkriegen begangenen Unrecht. Anwendbarkeit und Anwendung internationaler Regeln des bewaffneten Konflikts und nationalen Militärrechts auf Geschehnisse in europäischen Kolonialgebieten in Afrika (Steinbach) .....	143
<i>Berenike Schriewer</i> , Zur Theorie der internationalen Offenheit und der Völkerrechtsfreundlichkeit einer Rechtsordnung und ihrer Erprobung am Beispiel der EU-Rechtsordnung (Klein) .....	148
Autorenverzeichnis .....	152

## Editorial

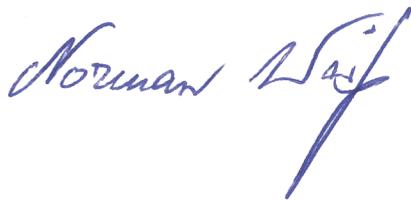
Die ersten Beiträge dieses Hefts beschäftigen sich aus verschiedenen Perspektiven mit der EMRK und der diesbezüglichen Tätigkeit des EGMR. *Charlotte Steinorth* stellt den Ausweisungsschutz für Schwerkranke dar und nimmt kritisch zur Reichweite dieses Schutzes Stellung. *Katrin Kappler* und *Svenja Auerswald* fragen mit Blick auf die Derogation von Menschenrechten, ob Notstände zu akzeptierten Dauerzuständen in Zeiten des Terrorismus werden.

*Anna Phirtskhalashvili* erläutert, inwieweit Menschenrechte als Grundwert der georgischen Verfassung anzusehen sind. Eine Urteilsbesprechung von *Jascha Patt* gilt dem Fall *Wolter und Sarfert* gegen Deutschland, in dem es um die Ungleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder im Erbrecht geht.

Der Bericht aus der Feder von *Johanna Weber* über die Tätigkeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen wird mit dem zweiten Teil zu den Individualbeschwerdeverfahren des Jahres 2016 abgeschlossen.

Buchbesprechungen von *Peter Steinbach* und *Eckart Klein* beschließen das Heft.

Wir wünschen unseren Lesern eine anregende Lektüre.

Handwritten signature of Norman Wolf in blue ink.Handwritten signature of Charlotte Steinorth in blue ink.

## Auf dem Weg zu einem menschenrechtlichen Schutz vor Abschiebung für Schwerkranke? Anmerkungen zum *Paposhvili*-Urteil des EGMR

Charlotte Steinorth

### Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Das Abschiebeverbot nach Artikel 3 EMRK
- III. Der eingeschränkte Umfang des Abschiebungsschutzes für Schwerkranke
- IV. Das *Paposhvili*-Urteil: Ein verbesserter Schutz vor Abschiebung in Länder mit unzureichender medizinischer Versorgung?
- V. Abschließende Bewertung

### I. Einführung

Die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) bietet Ausländern keinen generellen Schutz vor individueller Abschiebung.<sup>1</sup> Der Straßburger Gerichtshof (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, EGMR) weist immer wieder darauf hin, dass nach dem Völkerrecht jeder Staat selbst bestimmen kann, wer sich auf seinem Gebiet aufhalten darf.<sup>2</sup> Dennoch haben menschenrechtliche Standards auf dieses Recht einschränkend gewirkt. Insbesondere das Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe kann zu einer Verletzung der Konvention bei Abschiebungen führen. Da diese Begriffe nicht in Art. 3 der Konvention definiert

sind, ist es Sache des Gerichts zu entscheiden, wann ein Verstoß vorliegt. Dabei kann das drohende Unheil im auswärtigen Empfangsland ganz unterschiedlicher Art sein, wie z. B. unmenschliche Haftbedingungen,<sup>3</sup> die Todesstrafe,<sup>4</sup> oder unzumutbare wirtschaftliche Bedingungen.<sup>5</sup> Auch die Frage, inwieweit die mangelnde Gesundheitsversorgung im Herkunftsland ein Abschiebeverbot durch den Schutz des Art. 3 begründen kann, hat sich in der Rechtsprechung gestellt.<sup>6</sup> Dieser Beitrag möchte sich der Problematik der Ausweisung schwerkranker Ausländer ohne Aufenthaltsstatus anhand der Rechtsprechung im Fall *Paposhvili* widmen.<sup>7</sup> Einführend sollen im Folgenden zunächst jedoch die Besonderheiten des an Art. 3 EMRK geknüpften Ausweisungsschutzes skizziert werden, die eine besondere Herausforderung für die Rechtsprechung darstellen.

### II. Das Abschiebeverbot nach Artikel 3 EMRK

Im Gegensatz zu den meisten Verfahren geht es in Ausweisungsfällen, in denen Folter oder unmenschliche oder degradierende Behandlung droht, um noch nicht geschehene Ereignisse. Der Straßburger Gerichts-

1 Die kollektive Ausweisung ist nach Art. 4 Protokoll No. 4 verboten, European Treaties Series 46. Zu dem völkerrechtlich anerkannten Recht des Staates, die Einreise, den Aufenthalt und die Ausweisung von Ausländern zu kontrollieren siehe z. B. EGMR, *Vilvarajah et al.* ./ Vereinigtes Königreich, 45/1990/236/302-306, Urteil vom 26. September 1991. Die Urteile des EGMR sind abrufbar unter: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

2 Vgl. auch EGMR, *Moustaquim* ./ Belgien, 12313/86, Urteil vom 18. Februar 1991 und *Vilvarajah* (Fn. 1).

3 Vgl. z. B. EGMR, *Soldatenko* ./ Ukraine, 2440/07, Urteil vom 23. Oktober 2008.

4 Vgl. EGMR, *Al-Saadoon and Mufdhi* ./ Vereinigtes Königreich, 61498/08, Urteil vom 2. März 2010.

5 Vgl. EGMR, *M. S. S.* ./ Belgien und Griechenland, 30696/09, Urteil vom 21. Januar 2011.

6 Zum ersten Mal vor dem EGMR in D. ./ Vereinigtes Königreich, 30240/96, Urteil vom 2. Mai 1997.

7 EGMR, *Paposhvili* ./ Belgien, 41738/10, Urteil vom 13. Dezember 2016.

hof, wie auch zuvor die nationalen Gerichte, haben also nicht das Vorliegen einer Menschenrechtsverletzung festzustellen, sondern vielmehr zu beurteilen, ob eine solche zukünftig eintreten wird. In dem bahnbrechenden *Soering*-Urteil, in dem das Gericht zum ersten Mal aus Art. 3 einen Ausweisungsschutz abgeleitet hat, formuliert der Gerichtshof als ausschlaggebenden Maßstab für die Bewertung die Annahme eines realen Risikos einer Behandlung, die dem Verbot des Art. 3 zuwiderläuft.<sup>8</sup> Wie in vielen Urteilen bestätigt, verlangt das Gericht bei dieser Bewertung ein sehr hohes Maß an Wahrscheinlichkeit, dass die Gefahr sich im Falle der Rückführung realisiert.<sup>9</sup> Das trotz alledem weiterbestehende spekulative Element bringt allerdings unweigerlich einen Unsicherheitsfaktor mit sich und erschwert sowohl dem Kläger als auch dem Gericht die Darlegung bzw. Einschätzung der Gefahrenlage. Obgleich der Gerichtshof in den Ausweisungsfällen häufig das Vokabular des Beweisrechts benutzt,<sup>10</sup> hat Richter Zupančič zu Recht auf das logische Problem hingewiesen, dass man genau genommen die Wahrscheinlichkeit von zukünftigen Ereignissen nie beweisen, sondern nur pro-

gnostizieren kann.<sup>11</sup> Daher spricht er von einer Risikoeinschätzung für die Informationen, nicht aber Beweise, heranzuziehen seien.<sup>12</sup>

Nicht nur die zeitliche Komponente, sondern auch die räumliche Distanz der zu beurteilenden Situation jenseits nationaler Grenzen gehört zu den Besonderheiten der Ausweisungsklagen. Nach Art. 1 EMRK ist der Wirkungsbereich der Konvention auf die Personen beschränkt, die sich in der Hoheitsgewalt eines Mitgliedsstaates befinden. Zwar hat der Gerichtshof bestätigt, dass die Konvention auch extra-territorial anwendbar ist, aber nur dann, wenn zwischen dem Betroffenen und dem Vertragsstaat ein 'jurisdictional link' besteht.<sup>13</sup> In Ausweisungsfällen hingegen werden Konventionsstandards extraterritorial projiziert, obgleich keine grenzüberschreitende Hoheitsgewalt eines Vertragsstaates ausgeübt wird. Die Verantwortung des ausweisenden Staates liegt darin begründet, dass er einen Menschen, der sich in seiner Jurisdiktion befindet, durch den Akt der Ausweisung voraussichtlich einer Situation aussetzt, die nicht dem Konventionsverbot der Folter oder des unmenschlichen oder erniedrigenden Behandelns entspricht. So wird hier der Maßstab der EMRK in Ausweisungsfällen fiktiv angewendet, obgleich die Situation in dem Rückführungsland nicht in den räumlichen Wirkungsbereich der Konvention fällt.<sup>14</sup>

Als leitenden Gedanken für die Frage, wann ein Verstoß gegen Artikel 3 vorliegt, hat sich der Gerichtshof in einigen Urteilen auf die Verletzung der Menschenwürde berufen. So hat der Gerichtshof z. B. unwürdige Haftbedingungen im Rückführungsland und unzureichende materielle Versorgung von Asylsuchenden im Land der Erstregistrierung als unvereinbar mit dem Respekt vor der Würde des Menschen beschrieben und als inkompatibel mit den Anforderun-

8 EGMR, *Soering ./. Vereinigtes Königreich*, 14038/88, Urteil vom 7 Juli 1989. Zu der Bedeutung des Urteils für Abschiebungen siehe u.a. *Susanne Zihlke/Jens-Christian Pastille*, *Soering Revisited*, in: *ZaöRV* 59 (1999), S. 749–784 (750–751), *Marie-Bénédicte Dembours*, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, 2015, S. 202 ff.

9 So verdeutlichte der EGMR, dass die bloße Möglichkeit ("mere possibility") einer Misshandlung nicht ausreicht, um Art. 3 zu aktivieren. Siehe *Vilvarajah* (Fn. 1) §111. Für eine ausführliche Übersicht der Beschreibung des Wahrscheinlichkeitsgrades in der Rechtsprechung siehe *Fanny de Weck*, *Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture*, 2014, S. 232–43.

10 Neben dem Begriff "evidence" hat das Gericht auch von einem "standard of proof" und "burden of proof" gesprochen vgl. EGMR, *Chahal ./. Vereinigtes Königreich*, 22414/93, 15. November 1996, §117; EGMR, *Ahorugeze ./. Schweden*, 37075/09, Urteil vom 27 Oktober 2011, §116.

11 EGMR, *Saadi ./. Italien*, 37201/06, Urteil vom 28. Februar 2008, Zustimmende Meinung von Richter Zupančič.

12 *Ibid.*

13 Vgl. EGMR, *Banković et al. ./. Belgien et al.*, 52207/99, Entscheidung vom 12. Dezember 2001.

14 Vgl. *Soering* (Fn. 8), §91.

gen des Art. 3 bewertet.<sup>15</sup> Wie der Gerichtshof vielfach verdeutlicht hat, nimmt das Verbot der Folter und der unmenschlichen Behandlung eine ganz besondere Bedeutung innerhalb der Konvention ein.<sup>16</sup> Nur im Hinblick auf wenige Bestimmungen der Konvention hat der Gerichtshof die Verpflichtung eines Rückführungsschutzes interpretativ entwickelt.<sup>17</sup> Im Gegensatz zu den einschränkenden Rechten sieht der Text des Art. 3 keinerlei Einschränkungen vor. Der Gerichtshof hat das Verbot des Art. 3 als ein absolutes Verbot interpretiert.<sup>18</sup> Selbst in Rückweisungsfällen von Terrorverdächtigen hat der EMGR die absolute Natur des Verbots bekräftigt – auch wenn die Abzuweisenden eine Gefahr für den Rücksendestaat darstellen.<sup>19</sup> Die Nachteile, die durch das Verbot der Ausweisung in dem Kontext des Terrorismus für die Gemeinschaft des Vertragsstaates entstehen, wurden von dem Gericht als unmaßgeblich angesehen.<sup>20</sup>

Die herausragende Bedeutung des Art. 3 innerhalb der Konvention stellte auch einen

wichtigen Beweggrund für den Gerichtshof dar, die Anwendung des Rückweisungsverbots selbst in Situationen zu erwägen, in denen die Gefahr weder von staatlichen Akteuren noch von Privaten ausgeht. So hat sich der Gerichtshof im Rahmen der Beschwerden, die sich auf Art. 3 stützen, auch mit der Ausweisung Schwerkranker beschäftigt. Allerdings haben nur wenige dieser Klagen Erfolg gehabt, wie im nächsten Abschnitt dargestellt wird.

### III. Der eingeschränkte Umfang des Abschiebungsschutzes für Schwerkranke

Der EGMR hat 1997 in dem Fall eines mit HIV/AIDS erkrankten Beschwerdeführers erstmals entschieden, dass eine unzureichende medizinische Versorgung im Rückführungsland ein Abschiebungsverbot zur Folge haben kann.<sup>21</sup> Der straffällige Beschwerdeführer ohne Aufenthaltsrecht sollte nach seiner Haft aus Großbritannien in sein Herkunftsland St. Kitts abgeschoben werden. Der Beschwerdeführer brachte gegen seine Abschiebung vor, dass er aufgrund des fortgeschrittenen Krankheitsverlaufs ohne ausreichende medizinische Behandlung, die in seinem Herkunftsland nicht zur Verfügung stehe, einem früheren und elenden Tod ausgeliefert sei. Darüber hinaus habe er dort weder Unterstützung von Familie oder Freunden, noch könne er auf staatliche Unterstützung zählen. Der Gerichtshof entschied, dass in diesen "exceptional circumstances" eine Abschiebung einen Verstoß darstellen würde.<sup>22</sup> Bemerkenswerter Weise hatte der Gerichtshof vorangestellt, dass er den Ausweisungsschutz nicht auf Situationen beschränkt, in denen ein Versagen des Herkunftslandes für das zu erwartende Unheil verantwortlich ist und daher auch bereit ist, Faktoren zu berücksichtigen, die allein genommen keine Verletzung des Art. 3 darstellen würden.<sup>23</sup>

15 Vgl. EGMR, *Babar Ahmad et al. v. Vereinigtes Königreich*, 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09, 67354/09, Urteil vom 10. April 2012. Die Rechtsprechung ist zusammengestellt in *Lennart von Schichow*, Die Menschenwürde in der EMRK, 2016, S. 27–111. Siehe auch Anmerkungen von *Jean-Paul Costa*, Human Dignity in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, in: Christopher McCrudden (Hrsg.), *Understanding Human Dignity*, 2013, S. 393–402 (396f).

16 Vgl. *Soering* (Fn. 8) § 88.

17 So hat der Gerichtshof auch einen Abschiebungsschutz im Rahmen von Art. 8, Art. 6, Art. 5, Art. 2 EMRK entwickelt. Vgl die Übersicht von Richter *Johannes Silvis*, *Extradition and Human Rights Diplomatic Assurances and Human Rights in the Extradition Context*, abrufbar unter: [www.coe.int/t/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC\\_documents/Documents%202014/Special%20session%20Extradition%20-%20Extradition%20and%20human%20rights%20-%20Silvis.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC_documents/Documents%202014/Special%20session%20Extradition%20-%20Extradition%20and%20human%20rights%20-%20Silvis.pdf) (zuletzt besucht 30. September 2017).

18 Vgl. *Chahal* (Fn. 10); *Saadi* (Fn. 11).

19 So hat der EGMR in *Chahal* hinsichtlich des Ausweisungsschutzes im Rahmen von Art. 3 verdeutlicht: "the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration" (§ 80).

20 *Chahal* (Fn. 10), § 79.

21 EGMR, *D. v. Vereinigtes Königreich*, 30240/96, Urteil vom 2. Mai 1997.

22 *Ibid.*, § 53.

23 *Ibid.*, § 49.

Zahlreiche weitere Klagen Schwerkranker gegen ihre Abschiebungen wurden vom Gerichtshof als unzulässig abgewiesen, da ihre Umstände nicht einen vergleichbaren Schweregrad erreichten.<sup>24</sup> In der Zulässigkeitsentscheidung *Henao gegen Niederlande* benannte der Gerichtshof erneut als relevante Kriterien, die gegen eine Abschiebung sprechen, den schlechten Zustand des Kranken und die mangelnde Aussicht auf angemessene medizinische Versorgung und den Beistand der Familie.<sup>25</sup> Das Problem der Rechtmäßigkeit der Abschiebung einer Schwerkranken im Rahmen des Art. 3 wurde zum ersten Mal von der Großen Kammer des EGMR 2008 beurteilt.<sup>26</sup> Der Fall *N. gegen Vereinigtes Königreich* betraf eine aidskranke, abgelehnte Asylsuchende aus Uganda. In seinem Urteil entschied der Gerichtshof, dass die Abschiebung aufgrund des noch nicht kritischen Gesundheitszustands der Klägerin und der theoretisch verfügbaren medikamentösen Versorgung rechtmässig sei.<sup>27</sup> Der Gerichtshof nahm den Fall zum Anlass seine bisherige Rechtsprechung zu rekapitulieren und unterstrich dabei, dass nur in wenigen Ausnahmefällen die Krankheit eine konventions-konforme Abschiebung unmöglich machen würde. Auf der einen Seite räumte der Gerichtshof zwar ein, dass auch andere schwerwiegende Gründe als die bisher in der Rechtsprechung behandelten, denkbar wären, was den Anwendungsbereich des Art. 3 bei Ausweisungen von Kranken potentiell ausweiten könnte. Auf der anderen Seite aber vertrat der Ge-

richtshof das Prinzip einer restriktiven Auslegung des Ausweisungsschutzes, der im Falle von Krankheit nur in Härtefällen greifen sollte. Hierzu führte das Gericht zunächst an, dass Art. 3 vor allem gegen staatliches Versagen (Misshandlung oder fehlender Schutz vor dem Handeln Nicht-Staatlicher Akteure) Anwendung findet.<sup>28</sup> Die Konvention ziele darauf ab, bürgerliche Freiheiten und politische Rechte zu schützen, und sei nicht dazu geeignet, ein sozialwirtschaftliches Versorgungsgefälle auszugleichen.<sup>29</sup> Der Gerichtshof betonte daher, dass die Klägerin keine Gefahr politisch-motivierter Misshandlung in ihrem Herkunftsland angeführt habe.<sup>30</sup>

Darüber hinaus verwies der Gerichtshof in einer viel kritisierten Passage auf die Grundidee eines Gleichgewichts zwischen dem Schutz der Rechte des Einzelnen und den Interessen der Gemeinschaft. Vehement verneinte das Gericht, dass die Konvention von Mitgliedstaaten eine kostenlose Gesundheitsversorgung von Ausländern ohne Aufenthaltsrecht beinhalte. Dies, so die Richter, würde eine zu große Last für die Vertragsstaaten bedeuten.<sup>31</sup>

Das Urteil stieß sowohl innerhalb des Gerichts als auch in der Literatur auf scharfe Kritik.<sup>32</sup> In ihrer gemeinsamen abweichenden Meinung distanzieren sich die Richter *Tulkens, Bonello* und *Spielmann* von der

24 EGMR, *S. C. C. ./ Schweden*, 46553/99, Entscheidung vom 15. Februar 2000, EGMR, *Arcila Henao ./ Niederlande*, 13669/03, Entscheidung vom 24 Juni 2003, EGMR, *Ndangoya ./ Schweden*, 17868/03, Entscheidung vom 22. Juni 2004, EGMR, *Amegnigan ./ Niederlande*, 25629/04, Entscheidung vom 25 November 2004.

25 *Henao* (Fn. 24). Der EGMR fasste die Gründe für die Unzulässigkeit der Beschwerde im Rahmen des Art. 3 wie folgt zusammen: "it does not appear that the applicant's illness has attained an advanced or terminal stage, or that he has no prospect of medical care or family support in his country of origin".

26 EGMR, *N. ./ Vereinigtes Königreich*, 26565/05, Urteil vom 27. Mai 2008.

27 *Ibid.*, §§ 47–48.

28 *Ibid.*, § 43.

29 *Ibid.*, § 44.

30 *Ibid.*, § 46.

31 *Ibid.*, § 44.

32 Siehe u.a. *Sylvie da Lomba*, *The ECHR and the Protection of Irregular Migrants in the Social Sphere*, in: *International Journal on Minority and Group Rights* 22 (2015), S. 39–67, *Fanny de Weck* (Fn. 9), S. 174–175; *Tobias Thienel*, *ECHR on Expulsion of AIDS Patient: N v. United Kingdom*, Blogpost vom 27. Mai 2008, abrufbar unter: <https://invisiblecollege weblog.leidenuniv.nl/2008/05/27/ecthr-on-expulsion-of-aids-patient-n-v-u/> (zuletzt besucht am 30. September 2017), siehe auch *Kathryn Greenman*, *A Castle Built on Sand? Article 3 ECHR and the Source of Risk in Non-Refoulement Obligations in International Law*, in: *International Journal of Refugee Law* 29 (2015), S. 264–296, (S. 268 ff).

Einschätzung, es lägen bei der Beschwerdeführerin keine besonders schwerwiegenden Umstände vor.<sup>33</sup> Schließlich würde die Ausweisung einen frühen Tod und erhebliches Leid nach sich ziehen. Grundsätzlich widersprachen die Richter der Mehrheit, die in der Anwendung von Art. 3 zwischen der Art der Gefahr unterschieden und besonders hohe Anforderungen bei Krankheitsfällen verlangten. Außerdem kritisierten sie die verzerrte Wiedergabe der Rechtsprechung, welche die soziale Dimension der Konvention durchaus anerkennt. Letztlich zeigten sich die Richter entrüstet, dass die Mehrheit im Kontext des Art. 3 den Gedanken eines Ausgleichs zwischen Einzelinteresse und Gemeinwohl heranzog. Den wahren Grund für den Mehrheitsbeschluss sahen die dissentierenden Richter in der Angst vor vermeintlich vermehrter Einwanderung erkrankter Menschen, welche „Europa in die Krankenstation der Welt“ verwandeln würden.<sup>34</sup>

Auch in nachfolgenden Urteilen verdeutlichte der Gerichtshof seine restriktive Interpretation des Ausweisungsschutzes in Krankheitsfällen. So sahen die Richter in dem Fall *Yoh-Ekale Mwanje gegen Belgien* in der Ausweisung einer AIDS-Patientin nach Kamerun keine Verletzung des Art. 3, obgleich dem Gerichtshof bewusst war, dass die Klägerin wenig Chance hatte Zugang zu notwendigen Medikamenten zu bekommen. Entscheidend für das Gericht war, dass die Auszuweisende sich zum Zeitpunkt der Ausweisung aufgrund der medikamentösen Behandlung in Belgien in einem stabilen Zustand befand und reisefähig war.<sup>35</sup> Obgleich das Urteil einstimmig gefällt worden war, drückten einige der Richter ihr Unbehagen über die hohen Anforderungen des Abschiebungsschutzes aus, dessen Anwendungsreichweite lediglich auf Sterbende beschränkt sei. Dies, so die Meinung von fünf der Richter, wäre nur schwer mit Art. 3 zu

vereinbaren, der die Integrität und Würde des Menschen betreffe.<sup>36</sup>

Nicht nur fehlende Behandlungsaussichten für AIDS-Kranke, auch der unsichere Zugang zu lebenswichtigen Dialysegeräten waren für den EGMR kein Grund eine Abschiebung ins Herkunftsland als konventionswidrig in Bezug auf Art. 3 einzuschätzen. Auch in dem Fall *M. T. gegen Schweden* war der Beschwerdeführer nicht in akuter Lebensgefahr; denn die Konsequenzen der Ausweisung auf die tatsächliche medizinische Versorgung stellten für das Gericht kein Abschiebungshindernis dar.<sup>37</sup> Der EGMR stellte lediglich fest, dass Dialysegeräte im Herkunftsland vorhanden seien und der Kläger nicht hinreichend bewiesen habe, dass ihm der Zugang zu medizinischer Versorgung verwehrt bliebe.

Der begrenzte Schutz, den der Gerichtshof in diesen Abschiebungsfällen Schwerkranken gewährte, legt die Vermutung nahe, dass die Wichtigkeit, die dem Recht der Vertragsstaaten, den Aufenthalt von Ausländern zu steuern, zugeschrieben wird, sich auf die Leidensanforderung der Abzuschiebenden auswirkte. Dass für inländische Situationen und Abschiebungsfälle verschiedene Maßstäbe zulässig seien, unterstrich das Gericht in dem Fall *Harkins und Edwards gegen Vereinigtes Königreich*,<sup>38</sup> in dem die Richter über die Abschiebung in ein Land, in dem den Klägern eine lebenslange Gefängnishaft drohte, zu urteilen hatten. In einer allgemeinen Bemerkung betonte das Gericht, dass die Konvention nicht dazu diene, seine Standards anderen Ländern

33 Gemeinsame abweichende Meinung der Richter Tulkens, Bonello and Spielmann, §§ 9–13.

34 Ibid., §§ 3–8.

35 EGMR, *Yoh-Ekale Mwanje ./. Belgien*, 10486/10, Urteil vom 20. Dezember 2011.

36 Teilweise zustimmende Meinung der Richter Tulkens, Jočienė, Popović, Karakaş, Raimondi, Pinto de Albuquerque, die ihre Kritik wie folgt äußerten: «Nous pensons cependant qu'un seuil de gravité aussi extrême – être quasi-mourant – est difficilement compatible avec la lettre et l'esprit de l'article 3, un droit absolu qui fait partie des droits les plus fondamentaux de la Convention et qui concerne l'intégrité et la dignité de la personne.» (§ 6)

37 EGMR, *M. T. ./. Schweden*, 1412/12, Urteil vom 26. Februar 2015.

38 EGMR, *Harkins und Edwards ./. Vereinigtes Königreich*, 9146/07 und 32650/07, Urteil vom 17. Januar 2012.

aufzudrängen.<sup>39</sup> So könnte in einem Ausweisungsfall der nötige Schweregrad noch nicht erreicht sein, selbst wenn die gleichen Umstände im Inland zu einer Verletzung des Art. 3 geführt hätten. Als Beispiel nannte das Gericht eine mangelnde medizinische Versorgung, die vom EGMR eher im inländischen Kontext als bei Abschiebungsfällen als konventionswidrig eingestuft würde.<sup>40</sup>

Zu einer Neubewertung der bisherigen Rechtsprechung führte schließlich der Fall *Aswat gegen Vereinigtes Königreich*.<sup>41</sup> Hier handelte es sich um die Ausweisung eines an Schizophrenie leidenden Terrorverdächtigen in die Vereinigten Staaten. Aufgrund der zu erwartenden harten Haftbedingungen und der Tatsache, dass der Kläger keine sozialen Beziehungen in den Vereinigten Staaten hatte, sah das Gericht eine reale Gefahr gegeben, dass sich sein Gesundheitszustand entscheidend verschlechtern würde.<sup>42</sup> Im Gegensatz zu dem bisher vom Gericht angewendeten Standard, der die Ausweisung Kranker nur bei sehr fortgeschrittener Krankheit als unzulässig betrachtete, hatte der Gerichtshof in *Aswat* bereits die Gefahr der Verschlechterung des Gesundheitszustands als einer Abschiebung zuwiderlaufend gewertet. Mit dem Fall *Aswat* hatte der Gerichtshof den Weg für einen weitergefassten Abschiebungsschutz nach Art. 3 geschaffen.

#### IV. Das Paposhvili-Urteil: Ein verbesserter Schutz vor Abschiebung in Länder mit unzureichender medizinischer Versorgung?

In dem Fall *Paposhvili*<sup>43</sup> hatte der EGMR zu entscheiden, ob die Abschiebung eines Leukämie-Kranken nach Georgien nach Art. 3 der Konvention rechtmäßig sei. Bevor der

Fall an die Große Kammer ging, hatte zunächst das Kammerurteil entschieden,<sup>44</sup> dass bei Abschiebung des Beschwerdeführers kein Schutz nach Art. 3 zu gewähren sei. Der Gerichtshof berief sich abermals auf den stabilen Zustand des Abzuschiebenden, die zumindest theoretisch mögliche medizinische Versorgung im Herkunftsland Georgien und den besonders hohen Maßstab, der bei dem Abschiebungsschutz von Kranken anzulegen sei.<sup>45</sup> Obgleich der Kläger während der Verhandlungen vor der Großen Kammer seiner Krankheit erlag, verabschiedete das Gericht posthum das Urteil, in dem es die Grundsätze darlegte, nach denen Abschiebungen Schwerkranker mit Hinblick auf Art. 3 zu beurteilen seien. Dabei nahm der EGMR eine vielfach begrüßte Kurskorrektur vor.<sup>46</sup>

Dem Urteil der Großen Kammer waren zwei Entwicklungen vorangegangen. Zum einen, wie der belgische Richter Lemmens

44 Ebd.

45 Ibid., §§ 119–124.

46 Siehe u.a. folgende Blogbeiträge: *Adrienne Anderson*, Comment on *Paposhvili v Belgium and the Temporal Scope of Risk Assessment*, abrufbar unter: [www.ejiltalk.org/comment-on-paposhvili-v-belgium-and-the-temporal-scope-of-risk-assessment/](http://www.ejiltalk.org/comment-on-paposhvili-v-belgium-and-the-temporal-scope-of-risk-assessment/) (zuletzt besucht am 30. September 2017). *Lourdes Peroni*, *Paposhvili v. Belgium: Memorable Grand Chamber Judgment Reshapes Article 3 Case Law on Expulsion of Seriously Ill Persons*, abrufbar unter: <https://strasbourgobservers.com/2016/12/15/paposhvili-v-belgium-memorable-grand-chamber-judgment-reshapes-article-3-case-law-on-expulsion-of-seriously-ill-persons/> (zuletzt besucht am 30. September 2017). *Lourdes Peroni* und *Steve Peers*, *Expulsion of seriously ill migrants: a new ECtHR ruling reshapes ECHR and EU law*, abrufbar unter: <http://eulawanalysis.blogspot.de/2017/01/expulsion-of-seriously-ill-migrants-new.html> (zuletzt besucht am 30. September 2017), *Duran Seddon*, *Strasbourg revisits approach to serious illness, medical treatment and Article 3*, abrufbar unter: <https://www.freemovement.org.uk/strasbourg-revisits-approach-to-serious-illness-medical-treatment-and-article-3/> (zuletzt besucht am 30. September 2017). Siehe auch die Äußerungen von Richter Guido Raimond über das vielfach beachtete Urteil, Opening address of the President *Guido Raimondi* vom 27. Januar 2017, abrufbar unter: [www.echr.coe.int/Documents/Speech\\_20170127\\_Raimondi\\_JY\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20170127_Raimondi_JY_ENG.pdf) (zuletzt besucht am 30. September 2017).

39 Ibid., §§ 129, 134 (“the Convention does not purport to be a means of requiring the Contracting States to impose Convention standards on other States.”).

40 Ibid., § 129.

41 EGMR, *Aswat ./. Vereinigtes Königreich*, 17299/12, Urteil vom 16. April 2013.

42 Ibid., § 57.

43 *Paposhvili* (Fn. 7).

betonte,<sup>47</sup> hatte sich bereits die belgische Rechtslage dahin geändert, dass der Schutz vor Ausweisungen Schwerkranker erweitert interpretiert worden war und nicht nur die unmittelbare Gefahr des Todes Berücksichtigung fand. Zum anderen hatte der Europäische Gerichtshof (EuGH) in dem Fall *Abdida*<sup>48</sup> entschieden, dass die Rückführung eines schwerkranken Drittstaatsangehörigen den Anforderungen der Rückführungsrichtlinie<sup>49</sup> von 2008 sowie der EU-Grundrechts-Charta unterliege. Der EuGH definierte in seinem Urteil die vom Straßburger Gericht entwickelten Anforderungen der besonderen Umstände für den Abschiebungsschutz Schwerkranker als dann gegeben, wenn dem Abzuschiebenden eine ernsthafte und irreparable Verschlechterung des gesundheitlichen Zustands drohe.<sup>50</sup>

Vor diesem Hintergrund verabschiedete die Große Kammer des EGMR das *Paposhvili*-Urteil, das im Folgenden genauer beleuchtet werden soll. In einem ersten Schritt werden die Aspekte des Urteils analysiert, die den Abschiebungsschutz für Schwerkranke festigen. In einem zweiten Schritt soll erörtert werden, inwiefern auch nach *Paposhvili* das Nichtrückführungsverbot für Schwerkranke Hindernisse birgt.

### 1. Die Erweiterung des Abschiebungsschutzes für Schwerkranke

Im Gegensatz zu den vorausgehenden Urteilen und Entscheidungen, sah die große Kammer in dem Fall *Paposhvili* das Bestehen eines bereits kritischen Krankheitszustandes des Betroffenen, bei dem von einem baldigen Tod auszugehen ist, nicht mehr für notwendig, um den erforderlichen Schwe-

regrad der außergewöhnlichen Umstände zu erfüllen. In vergleichsweise deutlicher Form wendete sich die Große Kammer damit von ihrer bisherigen Rechtsprechung ab. Nach der Feststellung, dass Schwerkranken, die nicht unmittelbar mit dem Tod konfrontiert waren, bisher kein Schutz vor einer Abschiebung durch Art. 3 gewährt wurde, fügte das Gericht einen weiteren besonderen Umstand ein, der ebenfalls als Härtefall zu werten sei: nämlich dann, wenn aufgrund mangelnder medizinischer Behandlung im Herkunftsland, die Gefahr einer ernsthaften, schnellen, und irreversiblen ("serious, rapid, and irreversible decline") gesundheitlichen Verschlechterung des Abzuschiebenden droht.<sup>51</sup> Somit hat das Urteil den Schweregrad von dem Erfordernis eines unmittelbar bevorstehenden Todes auf das einer schnellen gesundheitlichen Verschlechterung der Erkrankung herabgesetzt.<sup>52</sup>

Das *Paposhvili*-Urteil hat darüber hinaus den Schutz für Schwerkranke verbessert, indem es an die Ausweisungsstaaten nicht nur die Anforderung stellt zu prüfen, ob in dem Herkunftsland eine angemessene medizinische Versorgung prinzipiell angeboten wird, sondern auch, inwiefern der Betroffene einen tatsächlichen Zugang zu medizinischer Versorgung haben würde. Das Urteil benennt als relevante Faktoren unter anderem die Kosten der medizinischen Versorgung und die physische Distanz, die von dem Kranken für die Behandlung zurückgelegt werden muss.<sup>53</sup> Sofern die Versorgungslage im Lichte der dem Ausweisungsland vorliegenden Informationen unklar ist, habe das Land die Pflicht, Zusagen des Rückführungslands einzuholen, die eine ausreichende medizinische Behandlung für den Betroffenen garantieren.<sup>54</sup> Allerdings hat das Urteil nicht genauer bestimmt, wann das Gericht eine Zusage als glaubhaft ansieht und inwiefern das Ausweisungsland eine Pflicht hat, nachzuprü-

47 Zustimmungende Meinung von Richter Lemmens, § 5.

48 EUGH, Case C-562/13, Urteil vom 18. Dezember 2014.

49 Richtlinie 2018/115/EC des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (Rückführungsrichtlinie).

50 Ebd.

51 *Paposhvili* (Fn. 7), § 183.

52 Zu der Problematik des zeitlichen Faktors siehe Kommentar von *Anderson* (Fn. 46).

53 *Paposhvili* (Fn. 7), § 190.

54 *Ibid.*, § 191.

fen, ob die medizinische Behandlung nach Ankunft des Kranken im Herkunftsland auch tatsächlich erfolgt. Die Problematik der Belastbarkeit diplomatischer Zusagen hat sich bereits in der Rechtsprechung über die Rechtmäßigkeit von Abschiebungen Terrorverdächtiger dargestellt, in der das Gericht einen ganzen Katalog von Anforderungen formulierte.<sup>55</sup> Hier könnte das Gericht in Zukunft genauere Vorgaben machen, die die Effektivität der Zusagen erhöhen. Dennoch ist es grundsätzlich positiv zu bewerten, dass das Gericht sich nicht mehr mit dem bloßen Vorhandensein medizinischer Behandlungsmöglichkeiten zufrieden gibt. In dem Fall des leukämiekranken *Paposhvili* befanden die Richter, dass die Verletzung des Art. 3 dadurch begründet war, dass Belgien aufgrund der Informationslage nicht davon ausgehen konnte, dass kein konkretes Risiko einer konventionswidrigen Behandlung nach Art. 3 in dem Herkunftsland Georgien bestand.

Letztlich ist auch noch hervorzuheben, dass die Große Kammer in *Paposhvili* verdeutlicht hat, dass in einem Ausweisungsfall eines Schwerkranken die völkerrechtliche Verantwortung des ausweisenden Staates nicht auf der unzureichenden medizinischen Versorgung im Rückführungs-ort basiert, sondern durch den Akt der Ausweisung begründet wird.<sup>56</sup> Damit verliert die Unterscheidung zwischen Gefahren, die durch staatliche Akteure ausgelöst werden und „natürlichen“ Krankheiten an Bedeutung. Das Urteil war in diesem Punkt sichtlich von der Stellungnahme des Menschenrechtszentrums der Universität Gent geleitet. Dieses hatte unterstrichen, dass die bewusste Ausweisung des Kranken an einen Ort, an dem eine lebenserhaltende Be-

handlung nicht erfolgen würde, den Betroffenen vermeidbarem Leid aussetzen würde und daher eine Verletzung des Art. 3 bedeutete.<sup>57</sup>

## 2. *Hindernisse und Begrenzungen einer effektiven Schutzwirkung für Schwerkranke*

Trotz der erweiterten Umstände, in denen Schwerkranke nach dem *Paposhvili*-Urteil Schutz vor einer Rückführung in ihr Herkunftsland genießen, weist das Urteil der Großen Kammer auch potentiell schutzbegrenzende Tendenzen auf. So ordnet das Urteil Abschiebungsfälle Schwerkranker, bei denen eine schnelle und irreversible Verschlechterung des Gesundheitszustands nach der Rückführung zu erwarten ist, als „the other very exceptional cases“ ein, die eine Verletzung des Art. 3 bewirken können.<sup>58</sup> Das Gericht bezog sich dabei auf den ersten Ausweisungsfall eines Aidskranken, bei dem es das Erfordernis außergewöhnlicher Umstände etablierte (kritische Krankheitsphase, keine soziale/familiäre Unterstützung oder Unterstützung des Staates).<sup>59</sup> In dem ersten Urteil der Großen Kammer zu der Rückführung Schwerkranker, hatte das Gericht sich dann zusätzlich auf mögliche andere außergewöhnliche Umstände bezogen, die auch zu einer rechtswidrigen Abschiebung führen könnten.<sup>60</sup> In *Paposhvili* (kritische Krankheitsphase oder rapide Verschlechterung der Krankheit nach Abschiebung) schien die Große Kammer nun die Möglichkeit noch weiterer Umstände, die einer Abschiebung zuwiderlaufen könnten, nicht mehr in Betracht zu ziehen. Dabei erscheint es schwer, abstrakt zu antizipieren, ob nicht noch andere Szenarien einer Rückführung den Anforderungen des Art. 3 widersprechen könnten. So ist beispielsweise denkbar, dass für schwerkranke Minderjährige eine Rückführung nicht zumutbar sei, sofern der Beistand wichtiger Bezugspersonen nicht gewährleistet ist, selbst

55 Vgl. EGMR, *Othman (Abu Qatada) ./ Vereinigtes Königreich*, 8139/09, Urteil vom 17. Januar 2012. Für eine kritische Analyse der Auswirkungen der Praxis diplomatischer Zusagen auf das Nichtrückführungsverbot siehe *Yannick Ghelen, Eroding the Absolute Character of the Principle of Non-Refoulement. A Comparative Study of the Use of Diplomatic Assurances Against Torture*, LLM Thesis, abrufbar unter [www.etd.ceu.hu/2014/ghelen\\_yannick.pdf](http://www.etd.ceu.hu/2014/ghelen_yannick.pdf) (zuletzt besucht am 30. September 2017).

56 *Paposhvili* (Fn. 7), § 192.

57 *Ibid.*, § 168.

58 *Ibid.*, § 183.

59 *D. ./ Vereinigtes Königreich* (Fn. 21), § 53.

60 *N. ./ Vereinigtes Königreich* (Fn. 26), § 43.

wenn die medizinische Behandlung im Herkunftsland garantiert wäre. Daher wäre es wünschenswert gewesen, dass der EGMR explizit darauf hinweist, dass es keine abschließende Aufzählung der Sonderfälle geben kann, sondern, dass sich das Gericht auch in Zukunft die notwendige Flexibilität vorbehält, um alle Faktoren eines Falles in ihrem Zusammenspiel zu bewerten.

Eine weitere Passage des *Paposhvili*-Urteils könnte auf eine zukünftige Begrenzung des Abschiebungsschutzes deuten, da sie den subsidiären Charakter der Konvention betont, und unterstreicht, dass es primär die Aufgabe der Vertragsstaaten ist, die Gefahren, denen Abzuschiebende ausgesetzt sein könnten, zu bewerten. Da der subsidiäre Schutz der Konvention für alle Rechte gilt und keine Besonderheit des Ausweisungsschutzes durch Art. 3 darstellt, liegt es nahe, dass hier der EGMR zum Ausdruck bringt, wie ungern er in Fragen der Migration eingreift. Nach den Worten einer Kommentatorin scheut das Gericht die Rolle einer Berufungsinstanz für gescheiterte Asylansträge anzunehmen.<sup>61</sup> So hat bezeichnenderweise der Gerichtshof in dem Fall *Cruz Varas*,<sup>62</sup> wie auch dem Fall *Vilvaraja*,<sup>63</sup> die Beschwerden abgelehnter Asylsuchender aus Chile und Sri Lanka betrafen, die Erfahrungen der Staaten mit der Beurteilung von Anträgen aus diesen Ländern hervorgehoben. Vor dem Hintergrund des vom Gericht häufig betonten absoluten Verbots der Folter und Misshandlung des Art. 3 scheint es paradox, dass gerade in dem Kontext dieser Konventionsbestimmung der Gerichtshof seine Rolle einschränkend beschreibt. Die Besorgnis, dass der Gerichtshof einer Gefahrenbeurteilung in Rückführungsfällen ausweichen möchte, könnte auch der Bemerkung des Gerichts zu Grunde liegen, dass die Verpflichtung der Vertragsstaaten in Fällen dieser Art vor allem durch angemessene Beurteilungsverfahren erfüllt werde. Es bleibt daher abzuwarten, wie

engagiert in Zukunft der Gerichtshof die Umstände eines Schwerkranken, der abgeschoben werden soll, prüfen wird, oder ob sich das Gericht allein darauf zurückziehen wird, festzustellen, dass ein nationales Verfahren stattgefunden hat, in dem die Gefahrenlage geprüft wurde.

Letztlich ist zu hinterfragen, inwiefern eine anfängliche Beweislast,<sup>64</sup> die die Große Kammer dem Betroffenen weiterhin zuschreibt, ein Hindernis für einen effektiven Schutz darstellt. Laut Urteil ist es zunächst die Aufgabe der Abzuschiebenden, glaubhafte Beweise dafür zu liefern, dass ein begründeter Verdacht besteht, dass sie durch eine Abschiebung Umstände erleiden müssten, die nicht mit Art. 3 vereinbar seien. Abgesehen davon, dass für potentiell eintretende Gefahren keine Beweise erbracht werden können,<sup>65</sup> stellt sich auch das Problem, inwiefern es Schwerkranken realistisch zuzumuten ist, diese Informationen zu erbringen. Abhängig von der gesundheitlichen Situation der Betroffenen wäre es daher sinnvoll, sie lediglich in die Informationsfindung einzubinden, nicht aber diese Aufgabe gänzlich bei ihnen zu verorten. Hätte das Rücksendeland wissen können, dass in dem Herkunftsland keine ausreichende medizinische Versorgung zu erwarten ist, wäre es schwer nachzuvollziehen, dass keine Konventionsverletzung vorläge, auch dann, wenn der Schwerkranke selbst diese Information nicht vorgebracht hätte.

## V. Abschließende Bewertung

Die Rechtsprechung des Straßburger Gerichts auf dem Gebiet des Abschiebungsschutzes für Schwerkranke spiegelt deutlich die Spannung zwischen dem Anspruch universaler Menschenrechte und der nationalstaatlich-orientierten Struktur der internationalen Ordnung wider.<sup>66</sup> Auf der einen Seite hat der Gerichtshof durch die Interpre-

61 *Nuala Mole*, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, 2000, S. 39.

62 EGMR, *Cruz Varas et al. / Schweden*, 15576/89, Urteil vom 20. März 1991, § 81.

63 *Vilvarajah et al* (Fn. 1) 1991, § 114.

64 Vgl. Richter Zupančič (Fn. 11).

65 *Ibid.*

66 Zu dem grundsätzlichen Paradoxon staatenzentrierter Menschenrechtsinstrumente, siehe Analyse von *Cathryn Costello*, *Human Rights and the*

tation eines Rückführungsschutzes, der an das Verbot der Folter oder der unmenschlichen oder herabsetzenden Behandlung anknüpft, einen entscheidenden Schritt getan, auch die Menschenrechte von Migranten ohne Bleiberecht zu schützen. Die Anwendung dieses Schutzes auf die Situation von Schwerkranken unterstreicht dabei den Auftrag der Konvention, die Menschenrechte aller Personen, die sich in der Hoheitsgewalt eines Vertragsstaates befinden, zu schützen – selbst wenn sich das unmenschliche Leid erst jenseits der Grenzen ereignen wird. Dennoch hat der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung nach Möglichkeiten gesucht, die Schutzwirkung des Art. 3 in seiner extra-territorialen Wirkung einzugrenzen. Immer wieder betont der EGMR den Grundsatz, nach dem Staaten das souveräne Recht haben, Immigration zu kontrollieren, auch wenn das Gericht die menschenrechtlichen Grenzen dieses Rechts nicht abstreitet.<sup>67</sup>

Das *Paposhvili*-Urteil der Großen Kammer bedeutet eine Erweiterung des Abschiebungsschutzes für Schwerkranke, denn der EGMR wendet sich deutlich von der zynischen Praxis ab, Schwerkranke, die durch die medizinische Versorgung des Rücksendestaates in einem reisefähigen Zustand

waren, einer voraussehbaren Leidensphase und einem beschleunigten Tod in ihrem Herkunftsland auszusetzen. Aber auch das *Paposhvili* Urteil ist nicht frei von restriktiven Tendenzen. Es gibt insbesondere Anlass zur Sorge, dass der Gerichtshof sich in Zukunft von einer faktischen Prüfung abwenden könnte und sich lediglich darauf beschränkt, zu untersuchen, ob ein nationales Prüfungsverfahren stattgefunden hat, welches die Konsequenzen der Abschiebung auf den gesundheitlichen Zustand des Betroffenen gewürdigt hat.

Eine skeptische Haltung gegenüber den Abschiebungsentscheidungen der Mitgliedstaaten wäre jedoch anzuraten. Gerade für jene Menschen, die keine politische Stimme besitzen, kommt dem menschenrechtlichen Schutz, den Gerichte gewähren können, besondere Bedeutung zu.<sup>68</sup> Schwerkranken Migranten ohne Aufenthaltsrecht, die keine Aussicht auf eine ausreichende medizinische Versorgung nach einer Abschiebung haben, droht schweres Leid. Ob der Gerichtshof und die Mitgliedstaaten dem Anspruch der Konvention auch in Zeiten globaler Migrationsströme gerecht werden, hängt davon ab, ob sie willens und in der Lage sind, den unbedingten Schutz der Menschenwürde zu gewährleisten.

---

Elusive Universal Subject, in: *Indiana Journal of Global Legal Studies* 19 (2012), S. 257–303, (S. 261 ff).

67 *Marie-Benedicte Dembours* beschreibt die Haltung des EGMR als eine für die die Souveränität in der Migrationskontrolle die Regel und in den Konventionsrechten die sich für den Staat einschränkend auswirken die Ausnahme und plädiert für die logische Umkehrung. (Fn. 8), S. 3–4. Die Individualrechtliche Perspektive wird vor allem unter dem Eindruck der Massenmigration in den Hintergrund geschoben. Vgl. *Elsbeth Guild, The Right to Dignity of Refugees. A response to Fleur Johns*, in: *AJIL Unbound* 111 (2017), S. 193–195.

---

68 Zu der Rolle von Gerichten für die Realisierung der Rechte von Migranten siehe *Cathryn Costello, The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, 2016. Siehe auch *Joseph H.H. Weiler, Thou Shalt Not Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-EC Nationals – A Critique*, in: *EJIL* 65 (1992), S. 65–91.

## Der EGMR und die Derogation von Menschenrechten – Werden Notstände zu akzeptierten Dauerzuständen in Zeiten des Terrorismus?

Katrin Kappler/Svenja Auerswald

### Inhaltsübersicht

- I. Problemaufriss
- II. Sinn und Zweck von Notstandsklauseln
- III. Derogation von Menschenrechten gemäß Art. 15 EMRK – Voraussetzungen und (fehlende) Kontrolle des EGMR
- IV. Ausnahmezustände als Gefahr für den demokratischen Rechtsstaat
- V. Ausblick und Fazit

### I. Problemaufriss

Nachdem die Notstandsklausel des Art. 15 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) lange Zeit eine eher untergeordnete Rolle gespielt hat<sup>1</sup> und die große Mehrzahl der Vertragsstaaten noch nie von ihrem Derogationsrecht Gebrauch gemacht hat,<sup>2</sup> scheint es in Zeiten des Terrorismus, der Flüchtlingsbewegungen und Militäraufstände üblich geworden zu sein, den Staatsnotstand auszurufen.

So berief sich Frankreich nach den Terroranschlägen in Paris am 13. November 2015 auf den Staatsnotstand: dieser war zunächst auf drei Monate begrenzt, wurde aber mehrfach verlängert.<sup>3</sup> Das Kabinett des neu-

en Präsidenten *Emmanuel Macron* beschloss bereits die erneute Verlängerung des Ausnahmezustandes bis zumindest Anfang November 2017 und brachte zugleich ein neues Anti-Terror-Gesetz mit weitgehenden Befugnissen der Regierung zur Terrorabwehr auf den Weg.<sup>4</sup> Ein weiteres Beispiel ist die Türkei: Nach dem Militäraufstand im Juli letzten Jahres wurde der Staatsnotstand ausgerufen,<sup>5</sup> welcher ebenfalls zunächst auf drei Monate begrenzt war, aber mittlerweile drei Mal verlängert wurde.<sup>6</sup> Erst kürzlich kündigte der türkische Ministerpräsident *Binali Yildirim* die erneute Verlängerung des Ausnahmezustandes an, der es dem umstrittenen türkischen Präsidenten *Recep Tayyip Erdogan* ermöglicht per Dekret zu regieren.<sup>7</sup> Bereits vor der letzten Verlängerung erhob *Human Rights Watch* schwere Vorwürfe gegen die türkische Polizei. Es konnte von der NGO dargelegt werden, dass seit Verkündung des Staatsnotstan-

1 So hatten bis zum Jahre 2015 seit Inkrafttreten der EMRK im Jahre 1953 lediglich acht Staaten vom Notstandsrecht Gebrauch gemacht. Vgl. zu den Entwicklungen vor 1980: *Heinz-Eberhard Kritz*, Die Notstandsklausel des Art. 15 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1982, S. 30–48; S. 96–99. Zu den Entwicklungen seit 1980: *Heike Krieger*, in: Oliver Dörr/Rainer Grote/Thilo Marauhn, EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2. Aufl. 2013, Kap. 8, Rn. 2.

2 *David Harris/Michael O'Boyle/Colin Warbick*, Law of the European Convention on Human Rights, 2. Aufl. 2009, S. 618.

3 EGMR, Factsheet – Derogation in time of emergency, Juli 2016, S. 2.

4 Macrons Kabinett will Ausnahmezustand verlängern, (FAZ.net ohne weitere Autorenangabe), [www.faz.net/aktuell/politik/ausland/kabinett-von-emmanuel-macron-will-ausnahmezustand-verlaengern-15072471.html](http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/kabinett-von-emmanuel-macron-will-ausnahmezustand-verlaengern-15072471.html) (zuletzt besucht am 22. Oktober 2017).

5 Fn. 3.

6 Die letzte offizielle Verlängerung des Ausnahmezustandes erfolgte am 18. April 2017 nach dem türkischen Unabhängigkeitsreferendum: Türkische Regierung verlängert Ausnahmezustand, SZ.de (ohne weitere Autorenangabe), [www.sueddeutsche.de/politik/nach-dem-referendum-tuerkische-regierung-verlaengert-ausnahmezustand-1.3467251#redirectedFromLandingpage](http://www.sueddeutsche.de/politik/nach-dem-referendum-tuerkische-regierung-verlaengert-ausnahmezustand-1.3467251#redirectedFromLandingpage) (zuletzt besucht am 22. Oktober 2017).

7 Türkische Regierung will den Ausnahmezustand verlängern, WR.de (ohne weitere Autorenangabe), [www.wr.de/politik/tuerkische-regierung-will-den-ausnahmezustand-verlaengern-id211244731.html](http://www.wr.de/politik/tuerkische-regierung-will-den-ausnahmezustand-verlaengern-id211244731.html) (zuletzt besucht am 22. Oktober 2017).

des die Menschenrechte Schritt für Schritt ausgehöhlt werden; unter anderem sollen Foltermaßnahmen in Gefängnissen durchgeführt worden seien.<sup>8</sup> Klar ist, dass Staaten mit Kriegen, Krisen, Naturkatastrophen oder anderen Herausforderungen konfrontiert sein können. Ohne Zweifel stellt vor allem der organisierte Terrorismus<sup>9</sup> durch seine Unvorhersehbarkeit der Anschläge und Gewalttaten für den Schutz der Menschenrechte eine große Herausforderung dar.<sup>10</sup> Aufgrund der Dauergefahr des Terrorismus können Krisen alltäglich werden,<sup>11</sup> sodass wir uns zunehmend in einer Zeit wiederfinden, in der die Ausnahme zur Regel wird. Wird damit auch der Ausnahmezustand zur Gewohnheit, führt dies unweigerlich zu einer Gefährdung der Demokratie, des Rechtsstaats und der Achtung der Menschenrechte. Dies zeigen die dauerhaften Ausnahmezustände und die damit einhergehenden Einschränkungen der Menschenrechte in Frankreich und der Türkei eindrucksvoll.<sup>12</sup> Präsident *Erdogan* kündigte

bereits an, den Ausnahmezustand nicht zu beenden, solange die Notwendigkeit zum Kampf gegen den Terrorismus bestehe.<sup>13</sup> Dies legt die Annahme nahe: Der Ausnahmezustand wird zum Dauerzustand. Gerade in solchen Zeiten ist es wichtig, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) seiner Überwachungsfunktion nachkommt. Dazu muss Art. 15 EMRK restriktiv angewendet werden. Dieser Beitrag möchte zum einen aufzeigen, dass der EGMR dieser Funktion nicht nachkommt, sondern zur Normalisierung von Ausnahmezuständen beiträgt. Zum anderen sollen Handlungsalternativen entwickelt werden.

## II. Sinn und Zweck von Notstandsklauseln

Art. 15 EMRK ist nicht die einzige Derogationsklausel im internationalen Recht. Im Gegenteil: Die meisten Menschenrechtsverträge beinhalten Notstandsklauseln,<sup>14</sup> die sich grundsätzlich im Wortlaut kaum voneinander unterscheiden.<sup>15</sup> Auch nationale Verfassungen enthalten normalerweise ähnliche Klauseln.<sup>16</sup> Solche Notstandsklauseln verkörpern die Einsicht, dass die Staaten im Falle eines Notstandes Maßnahmen ergreifen können, welche die Menschenrechte einschränken können; zugleich wird damit anerkannt, dass die Übergänge zwischen vorübergehenden Maßnahmen zur Wiederherstellung des Normalzustandes und dauerhafter unkontrollierbarer Macht fließend sein können.<sup>17</sup> Deshalb sind Derogationsklauseln als Ausnahmetatbestände

8 *Human Rights Watch*, World Report 2017 Türkei, abrufbar unter: [www.hrw.org/world-report/2017/country-chapters/turkey](http://www.hrw.org/world-report/2017/country-chapters/turkey) (zuletzt besucht am 3. Februar 2017).

9 Der Begriff des Terrorismus ist bisher nicht einheitlich definiert, vgl. dazu auch ausführlich: *Tobias Kerber*, Der Begriff des Terrorismus im Völkerrecht, 2009; *Thomas Herzog*, Terrorismus: Versuch einer Definition und Analyse internationaler Übereinkommen zu seiner Bekämpfung, 1991.

10 Vgl. *Wolfgang S. Heinz*, Internationale Terrorismusbekämpfung und Achtung der Menschenrechte, in: APuZ B 3-4 (2004), S. 32-40; *Günter Krings*, Terrorismusbekämpfung im Spannungsfeld zwischen Sicherheit und Freiheit, in: ZRP 2015, S. 167-170.; *Katja Weigelt*, Die Auswirkung der Bekämpfung des internationalen Terrorismus auf die staatliche Souveränität, 2016, S. 15-16.

11 Hierzu Terrorismusexperte Peter Neumann im Interview: Die Terroristen wollen uns verrückt machen, *Christine Böhme*, [www.tagesspiegel.de/politik/experte-peter-neumann-im-interview-die-terroristen-wollen-uns-verrueckt-machen/19893648.html](http://www.tagesspiegel.de/politik/experte-peter-neumann-im-interview-die-terroristen-wollen-uns-verrueckt-machen/19893648.html) (zuletzt besucht am 22. Oktober 2017); vgl. *William E. Scheuerman*, Die Globalisierung von Carl Schmitt?, in: KJ 2017, S. 30-38 (S. 30).

12 Vgl. u. a. *Amnesty International*, Joint Statement: Turkey – state of emergency provisions violate human rights and should be revoked (EUR 44/

5012/2016), [www.amnesty.org/en/documents/eur44/5012/2016/en/](http://www.amnesty.org/en/documents/eur44/5012/2016/en/) (zuletzt besucht am 20. Juli 2017).

13 Vgl. (Fn. 7).

14 Vgl. Art. 30 ESC, Art. 4 IPBPR, Art. 27 AMRK, Art. 4 ArMRK.

15 *Dinah L. Shelton*, Advanced Introduction to International Human Rights Law, 2014, S. 200.

16 *Harris/O'Boyle/Warwick* (Fn. 2), S. 618.

17 Ähnlich auch *Christoph Ashauer*, Die Menschenrechte im Notstand. Eine Untersuchung zu den Voraussetzungen der Derogation nach Artikel 15 EMRK unter besonderer Berücksichtigung der Figur des überpositiven Notstandes, in: AVR 2007, S. 400-431.

konzipiert – ausgehend von der Grundannahme, dass Notstandslagen außergewöhnliche Ereignisse sind und stark von dem Normalzustand abweichen.<sup>18</sup> Einschränkungen werden dann in Kauf genommen und dadurch gerechtfertigt, dass sie temporär erfolgen und der Rettung der Verfassung dienen.<sup>19</sup> Sinn und Zweck von Notstandsklauseln ist daher, dem Staat einen ausreichenden Handlungsapparat für Krisensituationen zur Verfügung zu stellen, aber gleichzeitig die Wahrscheinlichkeit eines Machtmissbrauchs zu minimieren.<sup>20</sup> Diesem grundsätzlichen Prinzip folgt auch die EMRK. Die Staaten können gemäß Art. 15 EMRK in Ausnahmefällen von ihren vertraglichen Rechten abweichen, sie stehen allerdings unter der internationalen Supervision des EGMR.<sup>21</sup> Dies bedeutet, dass letztlich die Konvention und nicht etwa der Vertragsstaat selbst über den Eintritt des Notstandes entscheidet.<sup>22</sup> Denn die Derogation von Menschenrechten im Sinne des Art. 15 EMRK bedeutet nicht, dass die Vertragsstaaten nicht mehr an die EMRK gebunden sind oder nicht mehr der Jurisdiktion des EGMR unterliegen.<sup>23</sup>

Zu beachten ist aber, dass das Recht im Notstandsfall den Ausnahmezustand auszurufen und Bestimmungen menschen-

rechtlicher Verträge zu derogieren zu den wichtigsten Ausprägungen der Staatensouveränität<sup>24</sup> gehört und Notstandsklauseln daher häufig von den Staaten zur Bedingung für den Vertragsbeitritt gemacht werden.<sup>25</sup> So wird der Ausnahmezustand als Grundpfeiler der Demokratie im Gegensatz zum Absolutismus angesehen.<sup>26</sup> Art. 15 EMRK muss daher so ausgelegt werden, dass einerseits das staatliche Souveränitätsbedürfnis durch ein Derogationsrecht befriedigt wird und andererseits ein Schutzregime besteht, um Staaten davor zu bewahren, die in der EMRK geschützten Menschenrechte nur allzu leicht zu umgehen.<sup>27</sup> Dem wird vor allem durch die *Margin of Appreciation* Rechnung getragen, indem den Staaten bei der Anwendung der Konventionsrechte ein Beurteilungsspielraum zugestanden wird, weil diese besser geeignet seien, die Lage ihrer Nation einzuschätzen.<sup>28</sup> Im Ergebnis entsteht daher stets ein Spannungsverhältnis zwischen der souveränen Entscheidung über die Derogation und dem Schutz der Menschenrechte, welches durch den EGMR ausbalanciert werden muss.<sup>29</sup>

18 Oren Gross, "Once More unto the Breach": The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies, in: Yale Journal of International Law Vol. 23 (1998), S. 437–501 (S. 442).

19 Franziska Brachthäuser/Anton Haffner, Das Krisenregime in Europa und die Rede vom Ausnahmezustand, in: KJ 2017, S. 19–29 (S. 24–25).

20 Oren Gross/Fionnuala Ni Aolain, From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights, in: Human Rights Quarterly Vol. 23 (2001), S. 625–649 (S. 635).

21 Dazu auch ausführlich Gross/Ni Aolain (Fn. 20), S. 634–636.

22 So auch der EGMR: EGMR, *Lawless ./. Irland*, 332/57, Entscheidung vom 1. Juli 1961, Rn. 43–44; EGMR, *Brannigan und McBride ./. Vereinigtes Königreich*, 14553/89; 14554/89, Entscheidung vom 25. Mai 1993, Rn. 43.

23 Felix Weber, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Türkei, in: DÖV 2016, S. 921–928 (S. 924).

24 Frederick Cowell, Sovereignty and the Question of Derogation; An Analysis of Article 15 of the ECHR and the Absence of a Derogation Clause in the ACHPR, in: Birkbeck Law Review Vol. 1 (2013), S. 135–162 (S. 136).

25 Weber (Fn. 23), S. 922.

26 Stephen Humphrey, Legalizing lawlessness: on Giorgio Agamben's State of Exception, in: European Journal of International Law 17 (2006), S. 677–687 (S. 677).

27 Cowell (Fn. 24), S. 145.

28 Vgl. EGMR *Aksoy ./. Türkei*, 21987/93, Entscheidung vom 18. Dezember 1996, Rn. 68: "[...] the national authorities were in principle better placed than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of the derogations necessary to avert it."

29 So auch Jörg Künzli, Zwischen Rigidität und Flexibilität: Der Verpflichtungsgrad internationaler Menschenrechte, 2001, S. 362.

### III. Derogation von Menschenrechten gemäß Art. 15 EMRK – Voraussetzungen und (fehlende) Kontrolle des EGMR

Dem EGMR wird zunehmend der Vorwurf gemacht, seiner Kontrollfunktion nicht gerecht zu werden.<sup>30</sup> Um dies zu überprüfen, soll die Rechtsprechung mit Blick auf den Kontrollmaßstab der Richter\*innen analysiert werden. Der Beitrag folgt der Struktur des Tatbestandes und analysiert die Auslegung sowie den Prüfungsmaßstab im Rahmen der einzelnen Tatbestandsmerkmale.

#### 1. Krieg oder öffentlicher Notstand

Damit Vertragsstaaten überhaupt von den Konventionsrechten abweichen dürfen, muss zunächst ein Krieg oder sonstiger Notstand vorliegen. Die Konventionsstaaten haben bisher stets auf das Vorliegen eines Notstandes verwiesen, in keinem Fall wurde ein Kriegszustand geltend gemacht.<sup>31</sup> Schon nach der allgemeinen Wortbedeutung sind solche Notstandslagen Ausnahmezustände, also Abweichungen von der Regel;<sup>32</sup> sie herrschen, wenn ein Normalzustand nicht mehr vorliegt, insbesondere wenn die Institutionen, welche Normalität garantieren sollen, kollabieren oder ausgeschaltet werden.<sup>33</sup>

##### a) Der Begriff des Notstandes

Diesem Bild ähnelt auch die Definition des Gerichtshofs: In *Lawless* hat der EGMR den Notstand, der das Leben der Nation bedroht, als eine außergewöhnliche und unmittelbar bevorstehende Krisen- und Gefahrensituation definiert, die die Ge-

samtheit der Bevölkerung betrifft und eine Bedrohung für das geregelte Leben der den Staat bildenden Gemeinschaft darstellt.<sup>34</sup> Im *Griechenland-Fall* hat die Kommission eine davon abweichende Definition verwendet und strenge Voraussetzungen an das Vorliegen eines Notstandes aufgestellt: *erstens* muss der Notstand bestehen oder unmittelbar bevorstehen, wobei zu berücksichtigen ist, dass der Ausnahmezustand – anders als im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpr)<sup>35</sup> – nicht notwendigerweise zeitlich begrenzt sein muss;<sup>36</sup> *zweitens* müssen Auswirkungen für die gesamte Nation bestehen; *drittens* muss die Gefahrensituation eine Bedrohung für das organisierte Gemeinschaftswesen darstellen; und *viertens* muss die Situation so außergewöhnlich sein, dass normale Maßnahmen eindeutig unzureichend sind, um die Sicherheit, Gesundheit, und die öffentliche Ordnung zu gewährleisten.<sup>37</sup> Diese Definition hat der EGMR allerdings nicht übernommen, sondern stets an die in *Lawless* entwickelte Definition angeknüpft.<sup>38</sup>

##### b) Auslegung des Begriffes durch den EGMR

Während die Definition des EGMR zunächst auf starre Kriterien und hohe Anforderungen hindeutet, wird bei einer detaillierten Anwendung der bisherigen Rechtsprechung sichtbar, dass die Richter\*innen die Tatbestandsvoraussetzungen des Not-

30 *Ashauer* (Fn. 17), S. 420; *Künzli* (Fn. 29), S. 377–378.

31 *Jens Meyer-Ladewig/Christiane Schmaltz*, in: *Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer* (Hrsg.), *EMRK Handkommentar*, 4. Aufl., Art. 15, Rn. 3.

32 *Brachthäuser/Haffner* (Fn. 19), S. 26; *Gross/Ni Aolin* (Fn. 20), S. 644.

33 *Günter Frankenberg*, *Im Ausnahmezustand*, in: *KJ* 2017, S. 3–18 (S. 6).

34 EGMR, *Lawless* ./ *Irland*, (Fn. 22), Rn. 30.

35 Human Rights Council, General Comment 5, Rn. 3; Ausführlich zur Derogation im IPbpr zudem: *Sarah Joseph/Melissa Castan*, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*, 3. Aufl. 2013, S. 910–923.

36 Dies wurde im Fortgang auch nochmal durch den Gerichtshof bestätigt: EGMR, *A. und Andere* ./ *Vereinigtes Königreich*, 3455/05, Entscheidung vom 19. Februar 2009, Rn. 178.

37 EKMR, *Regierungen von Dänemark, Norwegen, Schweden und die Niederlande* ./ *Griechenland*, 3321/67, 3322/67, 3323/67 und 3344/67, Kommissionsbericht vom 5. November 1969, Rn. 113.

38 *Gross* (Fn. 18), S. 457. Vgl. auch EGMR, *Brannigan und McBride* ./ *Vereinigtes Königreich*, (Fn. 22), Rn. 47.

stands nur unzureichend überprüfen. Denn in ständiger Rechtsprechung gesteht der Gerichtshof den Vertragsstaaten einen weiten Beurteilungsspielraum in der Frage zu, ob ein Notstand vorliegt.<sup>39</sup> Dies ist nach Ansicht der Richter\*innen dem Umstand geschuldet, dass die staatlichen Behörden grundsätzlich näher an den bestehenden Verhältnissen agieren und Bedürfnisse daher besser einschätzen können.<sup>40</sup> Dementsprechend seien sie häufig auch besser in der Lage, über das Bestehen eines Notstandes zu urteilen.<sup>41</sup> Diese Annahme des EGMR kann bereits grundsätzlich in Frage gestellt werden, denn obwohl die Frage, ob ein Notstand vorliegt, zunächst innerstaatlicher Natur ist,<sup>42</sup> folgt daraus nicht denkbare, dass die staatlichen Institutionen auch besser in der Lage sind die Voraussetzungen einer rechtmäßigen Derogation nach Art. 15 EMRK zu beurteilen.<sup>43</sup> Klar ist, dass die staatlichen Institutionen unmittelbar und fortlaufend mit den aktuellen Verhältnissen in Verbindung stehen und deshalb auch grundsätzlich geeignet sind über das Bestehen eines Notstandes zu urteilen.<sup>44</sup> Dennoch gibt es auch berechtigte Zweifel daran, dass der Vertragsstaat tatsächlich besser geeignet ist als ein unabhängiger Gerichtshof, um zu beurteilen, ob ein Notstand vorliegt. So wird im Schrifttum etwa darauf hingewiesen, dass Krisensituationen

Emotionen hervorrufen, welche die rationale Dimension des öffentlichen Denkens beschädigen können.<sup>45</sup> Dies führe häufig dazu, dass rechtsstaatliche und demokratische Strukturen nicht mehr ausreichend berücksichtigt würden.<sup>46</sup> Deshalb darf der Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten auch unter Berücksichtigung des Telos des Art. 15 EMRK nicht unbegrenzt sein. Staatliches Handeln muss sich auch in Zeiten des Notstandes an den Konventionsrechten messen lassen, sodass die Letztkontrolle über das Vorliegen eines Notstandes beim Gerichtshof verbleiben muss.<sup>47</sup>

Diese Kontrolle übt der Gerichtshof aber aufgrund des weiten Beurteilungsspielraums nicht aus. Deutlich wird dies beispielsweise in dem Fall *A. und Andere*: Nach den Anschlägen vom 11. September 2001 ging die britische Regierung von einer akuten Bedrohungslage für das Vereinigte Königreich aus und erließ Notstandsgesetze, welche unter anderem die präventive Inhaftierung ausländischer Terrorverdächtiger auf unbestimmte Zeit ermöglichten.<sup>48</sup> Der Gerichtshof urteilte, dass die Voraussetzungen für einen öffentlichen Notstand nach Art. 15 EMRK erfüllt seien, denn ein Staat müsse nicht erst warten, bis eine schwere Katastrophe oder Krisensituation eintrete, sondern könne bei ausreichend sicherer Informationslage bereits präventiv tätig werden.<sup>49</sup> Zudem betonten die Richter\*innen, dass der EGMR nur von der Entscheidung des *House of Lords* – welches ebenfalls mehrheitlich entschieden hatte, dass eine Notstandslage vorliege – abweichen würde, wenn das

39 Der Beurteilungsspielraum ist keine exklusive Figur des Art. 15 EMRK. Dieser Beitrag möchte aber zeigen, dass der Beurteilungsspielraum hier besonders weit ist. Für eine kritische Hinterfragung der Konzepts siehe *Carla M. Zoethout*, Margin of Appreciation, Violation and (in) Compatibility: Why the ECtHR Might Consider Using an Alternative Mode of Adjudication, in: *European Public Law* Vol. 20 (2014), S. 309–330.

40 Vgl. etwa EGMR, *Brannigan und McBride ./. Vereinigtes Königreich*, (Fn. 22), Rn. 43.

41 Ebd.

42 *Otto Wurst*, Der Schutz der Menschenrechte nach der MRK in Zeiten des Notstandes, in: *JZ* 1967, S. 483–485 (S. 484); *Eberhard Menzel*, Notstandsgesetzgebung und Europäische Menschenrechtskonvention, in: *DÖV* 1968, S. 1–10 (S. 6–7).

43 So auch: *Ashauer* (Fn. 17), S. 420; *Gross/Ni Aolin* (Fn. 20), S. 638–639.

44 EGMR, *Brannigan und McBride ./. Vereinigtes Königreich*, (Fn. 22), Rn. 43; siehe dazu *Meyer-Ladewig/Schmaltz* (Fn. 31), Art. 15, Rn. 8.

45 *Gross/Ni Aolin* (Fn. 20), S. 639.

46 Ebd., die etwa darauf hinweisen, dass Minderheitenrechte bei solchen Notstandsmaßnahmen besonders gefährdet sind.

47 So zumindest theoretisch auch der EGMR: EGMR, *Brannigan und McBride ./. Vereinigtes Königreich* (Fn. 22), wengleich die Richter\*innen dies wohl insbesondere auf die Notwendigkeit der Maßnahmen, nicht aber auf den Notstand selbst beziehen. Ausführlich dazu *Krieger* (Fn. 1), Rn. 7. Vgl. *Gross/Ni Aolin* (Fn. 20), S. 627, welche die Kontrolle des EGMR ebenfalls als theoretisch bezeichnen.

48 EGMR, *A. und Andere ./. Vereinigtes Königreich*, (Fn. 36), Rn. 90–97.

49 *Ibid.*, Rn. 177.

britische Gericht Art. 15 EMRK bzw. die damit verbundene Rechtsprechung falsch interpretiert hätte oder zu einer offensichtlich unververtretbaren Schlussfolgerung gekommen sei.<sup>50</sup> Dies zeigt, dass der EGMR nicht gewillt ist, das Vorliegen eines Notstandes tatsächlich zu überprüfen. Zudem verpasste er es zu konkretisieren, wann eine Informationslage ausreichend sicher ist, um bereits präventiv einen Notstand auszurufen. Einen anderen und weitaus überzeugenderen Prüfungsmaßstab schien bereits die Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR) anzulegen: Im *Griechenland-Fall* führte sie aus, dass die Beweislast für eine solche Notstandslage bei der griechischen Regierung lag und beanspruchte für sich ein autonomes Prüfungsrecht.<sup>51</sup>

### c) Schlussfolgerungen

Die bisherige Rechtsprechung zeigt, dass die Kontrolle des EGMR bei der Frage, ob ein Notstand vorliegt, mangelhaft ist.<sup>52</sup> Es ist zwar richtig, den Staaten bei der Beurteilung der Frage, ob ein Staatsnotstand vorliegt, einen Beurteilungsspielraum zuzugestehen, weil die staatlichen Behörden näher an den hiesigen Verhältnissen sind und sich daher grundsätzlich eignen, die Lage einzuschätzen. Gleichwohl darf der Gerichtshof nicht pauschal auf einen weiten Beurteilungsspielraum verweisen. Vielmehr müssen die Richter\*innen eine Einzelfallüberprüfung vornehmen. Insoweit sollte sich der EGMR an den Prüfungsmaßstab der EKMR annähern: Die Richter\*innen können nur dann auf einen Beurteilungsspielraum verweisen, wenn der Staat schlüssig geltend machen kann, dass ein Notstand vorliegt.

50 Ibid., Rn. 174.

51 EKMR, Regierungen von *Dänemark, Norwegen, Schweden und die Niederlande ./. Griechenland*, (Fn. 37). Anders wohl *Sebastian Wolf*, Die politische Dimension der Notstandsklausel der Europäischen Menschenrechtskonvention, in *Matthias Lemke* (Hrsg.), *Ausnahmestand*, 2017, S. 257–270 (S. 264, 267), der annimmt, dass auch der EGMR eine „bemerkenswerte Prüfungscompetenz für sich in Anspruch genommen hat“.

52 So auch *Gross/Ni Aolin* (Fn. 20), S. 634.

Bedenklich ist zudem die Auffassung des Gerichtshofs, dass die Staaten auch dazu befugt sind, präventiv einen Notstand auszurufen. Es ist verständlich, dass der Gerichtshof den Staaten die Möglichkeit einräumen möchte, bereits vor einer Krisensituation tätig zu werden. Eine solche Argumentation birgt aber die Gefahr, dass die Ausnahmekonzeption des Art. 15 EMRK nicht hinreichend beachtet wird und Menschenrechte leichtfertig außer Kraft gesetzt werden. Sinn und Zweck des Art. 15 EMRK ist, dass Menschenrechte nur in absoluten Ausnahmefällen derogierbar sein sollen. Dies ist bei präventiven Notständen nicht gewahrt, sodass die Staaten zunächst unter Einhaltung der Grund- und Menschenrechte versuchen müssen, die Situation zu kontrollieren.

## 2. Notwendigkeit der einzelnen Maßnahmen

Im Rahmen eines Ausnahmezustandes darf der Vertragsstaat nur unter engen Voraussetzungen unter Verweis auf Art. 15 EMRK Regelungen treffen, die von den Konventionsrechten abweichen. Denn gemäß Art. 15 Abs. 1 EMRK muss die Abweichung unbedingt notwendig sein.<sup>53</sup>

### a) Grundsätzliche Konzeption

Der EGMR hat in ständiger Rechtsprechung festgelegt, dass es an den Richter\*innen sei, zu prüfen, ob die konkreten Maßnahmen unbedingt notwendig sind.<sup>54</sup> Geprüft wird also die Verhältnismäßigkeit der einzelnen Maßnahmen.<sup>55</sup> Im Rahmen der mehrstufigen Prüfung wird untersucht, ob der Staat die Situation auch durch andere mildere Maßnahmen hätte beherrschen können;<sup>56</sup>

53 Hierzu auch *Meyer-Ladewig/Schmaltz* (Fn. 31), Art. 15, Rn. 9.

54 Vgl. etwa EGMR, *A. und Andere ./. Vereinigtes Königreich*, (Fn. 36), Rn. 184.

55 *Krieger* (Fn. 1), Rn. 25.

56 Dazu bereits ausführlich *Stein*, Die Außerkraftsetzung von Garantien menschenrechtlicher Verträge, in: *Ines Maier* (Hrsg.), *Europäischer Menschenrechtsschutz*, 1982, S. 134–147 (S. 144).

erst wenn dies nicht der Fall ist, ist eine Derogation möglich.<sup>57</sup> In einem letzten Schritt nimmt der EGMR eine umfassende Abwägung vor.<sup>58</sup> Notwendig sind zudem nur solche Maßnahmen, die eine echte Reaktion auf die Notstandslage sind, die den besonderen Umständen der Notstandslage gerecht werden und angemessene Sicherungen gegen Missbrauch vorsehen.<sup>59</sup> Im Rahmen der Prüfung berücksichtigen die Richter\*innen theoretisch eine Vielzahl von greifbaren Faktoren, vor allem die Natur der Rechte<sup>60</sup>, und die Eingriffsintensität,<sup>61</sup> aber auch die Dauer des Notstandes<sup>62</sup> und die Umstände, die den Notstand verursacht haben.<sup>63</sup>

#### b) Kontrolldichte des EGMR

Diese grundsätzliche Konzeption betont auch der EGMR in seiner Rechtsprechung. So führen die Richter\*innen beispielsweise in *Aksoy* aus, dass die Vertragsstaaten trotz ihres weiten Beurteilungsspielraums keine unbeschränkte Entscheidungsbefugnis haben und letztlich der Gerichtshof entscheidet, ob der Staat sich im Rahmen der notwendigen Maßnahmen bewegt.<sup>64</sup> Aber auch hier zeigt sich, dass der Gerichtshof letztlich in dem konkreten Einzelfall zumeist nicht prüft, ob die Maßnahmen wirklich notwendig sind, um die Krisensituation zu bewältigen. Denn auch bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit gesteht der Gerichtshof den Mitgliedsstaaten einen weiten Beurteilungsspielraum zu, sodass die zuvor erarbeiteten, starren Kriterien weitgehend leerlaufen.<sup>65</sup> So bejahte der EGMR in den Fällen *Lawless*,

*Irland ./.* *Großbritannien* sowie *Brannigan und McBride*, welche die Situation in Nordirland betrafen, die Notwendigkeit der einzelnen Maßnahmen. In *Lawless* etwa sahen es die Richter\*innen als vereinbar mit den Konventionsrechten an, dass terrorverdächtige Personen längere Zeit inhaftiert wurden, ohne sie einem Richter vorzuführen.<sup>66</sup> Ähnlich argumentierte der Gerichtshof auch in *Brannigan und McBride*.<sup>67</sup> Hier zeigt sich die geringe Kontrolldichte des EGMR, denn hier wird nur pauschal auf den Beurteilungsspielraum der Staaten verwiesen, ohne dass die Richter\*innen die von ihnen erarbeiteten Kriterien tatsächlich in ihre Abwägung einfließen lassen. Die Weite dieses Beurteilungsspielraums ist auch nicht abhängig von den Umständen des Notstandes.<sup>68</sup> Dies soll exemplarisch am Beispiel der Dauer des Notstandes und der Notstandslage in Nordirland aufgezeigt werden: Zwar betont der Gerichtshof auch in dem Urteil *Brannigan und McBride*<sup>69</sup>, dass die Dauer des Notstandes im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen ist, diese Feststellung hat die Richter\*innen allerdings nicht dazu bewogen, den Beurteilungsspielraum der Staaten einzuschränken oder auch nur an der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen zu zweifeln.<sup>70</sup> Vielmehr verwies der Gerichtshof nur darauf, dass die Vertragsstaaten verpflichtet seien, die Notstandslage regelmäßig zu überprüfen.<sup>71</sup>

Mit Blick auf den Beurteilungsspielraum bemühte der EGMR einen anderen Maßstab in den Fällen mit Bezug zum Kurden-

57 *Harris/O'Boyle/Warbrick* (Fn. 2), S. 635.

58 *Krieger* (Fn. 1), Rn. 28.

59 EGMR, *A. und Andere ./.* *Vereinigtes Königreich*, (Fn. 36), Rn. 184.

60 EGMR, *Brannigan und McBride ./.* *Vereinigtes Königreich*, (Fn. 22), Rn. 43.

61 Vgl. etwa EGMR, *Aksoy ./.* *Türkei*, (Fn. 28), Rn. 83.

62 EGMR, *Brannigan und McBride ./.* *Vereinigtes Königreich*, (Fn. 22), Rn. 43.

63 *Ibid.*, Rn. 43.

64 EGMR, *Aksoy ./.* *Türkei*, (Fn. 28), Rn. 68.

65 Ähnlich *Ashauer* (Fn. 17), S. 421.

66 EGMR, *Lawless ./.* *Irland*, (Fn. 22), Rn. 31–38.

67 EGMR, *Brannigan und McBride ./.* *Vereinigtes Königreich*, (Fn. 22), Rn. 58–60.

68 Vgl. *Krieger* (Fn. 1), Rn. 10.

69 Ausführlich zu dem Urteil auch: *Susan Marks*, *Civil Liberties at the Margin: the UK Derogation and the European Court of Human Rights*, in: *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 15 (1995), S. 69–95; *Edward Crysler*, *Brannigan and McBride v. U.K. – A New Generation on Article 15 Derogations under the European Convention on Human Rights?*, in: *Nordic Journal of International Law* Vol. 65 (1996), S. 91–121.

70 Ähnlich *Krieger* (Fn. 1), Rn. 30.

71 EGMR, *Brannigan und McBride ./.* *Vereinigtes Königreich*, (Fn. 22), Rn. 65.

konflikt in der Türkei: In den Fällen *Aksoy* und *Demir* gegen die Türkei verneinte der Gerichtshof die Erforderlichkeit der Maßnahmen. Dies begründete er damit, dass die Regierung keine genauen Gründe dafür anführen konnte, weshalb der Kampf gegen den Terrorismus die Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle der Anhaltung von Personen erfordert hätte.<sup>72</sup> Im Fall *Aksoy* stellten die Richter\*innen fest, dass nicht gesichert sei, dass die getroffenen Maßnahmen tatsächlich geeignet seien, den Normalzustand wiederherzustellen und hielten sie daher für unverhältnismäßig.<sup>73</sup> Und auch im Fall *A. und Andere* hat der EGMR die konkreten Maßnahmen für unvereinbar mit der Konvention gehalten, da die britische Regelung ausländische Terrorverdächtige gegenüber mutmaßlichen Terroristen mit britischer Staatsbürgerschaft diskriminiere.<sup>74</sup>

### c) Schlussfolgerungen

Im Ergebnis ist eine deutliche Diskrepanz zwischen dem Wortlaut der Norm und der tatsächlichen Anwendung des EGMR erkennbar. Während der Wortlaut des Art. 15 EMRK auf eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung hindeutet, verweisen die Richter\*innen in den meisten Fällen auf einen weiten Beurteilungsspielraum der Staaten. Etwas anderes kann in Ansätzen nur in den Fällen *Aksoy* und *Demir* festgestellt werden, wobei offen bleibt, aus welchen Gründen der Gerichtshof hier scheinbar eine höhere Kontrolldichte angenommen hat. Dies führt gleichsam zu scheinbar willkürlichen Prüfungsmaßstäben.<sup>75</sup> Hier kann Abhilfe dadurch geschaffen werden, dass die Richter\*innen die bereits vom Gerichtshof

ausdeklinierten Faktoren<sup>76</sup> auch tatsächlich anwenden. Die Faustregel muss lauten: Je länger der Notstand andauert und je intensiver in gewichtige Rechtsgüter eingegriffen wird, desto kleiner muss der Beurteilungsspielraum der Staaten sein.

### 3. Übereinstimmung mit sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen

Die von einem Mitgliedsstaat im Falle eines Staatsnotstandes getroffenen Maßnahmen dürfen nach Art. 15 Abs. 1 EMRK nicht in Widerspruch zu sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen stehen. Zu beachten ist neben dem zwingenden Völkerrecht, den Regeln des humanitären Völkerrechts und den Genfer Konventionen insbesondere Art. 4 IPbPR<sup>77</sup>, der eine amtliche Verkündung des Notstands voraussetzt.<sup>78</sup> Bei Art. 15 EMRK ist eine amtliche Verkündung hingegen nicht zwingend erforderlich.<sup>79</sup> Unterschiede bei den Tatbestandsvoraussetzungen zwischen den sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen werden dadurch gelöst, dass auch die materiellen Notstandsbefugnisse der EMRK sich an den engsten Notstandsklauseln aus anderen einschränkenden Verträgen messen lassen müssen.<sup>80</sup> Darauf ist der EGMR aber nur in *Brannigan und McBride* eingegangen, indem er geprüft hat, ob der Notstand offiziell verkündet werden muss.<sup>81</sup> Hier betonte der Gerichtshof, dass es nicht seiner Aufgabe entspreche, die Bestimmungen des

72 EGMR, *Aksoy ./. Türkei*, (Fn. 28), Rn. 83–84; EGMR, *Demir u. a. ./. Türkei*, 21380/93 u. a., Entscheidung vom 23. 9. 1998, Rn. 49–50.

73 EGMR, *Aksoy ./. Türkei*, (Fn. 28), Rn. 78.

74 EGMR, *A. und Andere ./. Vereinigtes Königreich*, (Fn. 36), Rn. 190.

75 Vgl. auch *Gross/Ni Aolin* (Fn. 20), S. 636, die darauf hinweisen, dass Krisensituationen sehr unterschiedlich sein können und deshalb auch eine Einzelfallprüfung notwendig ist.

76 EGMR, *Brannigan und McBride ./. Vereinigtes Königreich*, (Fn. 22), Rn. 43.

77 Alle Mitgliedsstaaten des Europarates sind auch Vertragsparteien des IPbPR.

78 Vgl. *Krieger* (Fn. 1), Rn. 31.

79 *Robert Eser*, in: Löwe-Rosenberg (Hrsg.), StPO, Bd. 11, 2012, Art. 15 EMRK/Art. 4 IPBPR, Rn. 10.; EGMR, *Lawless ./. Irland*, (Fn. 22), Rn. 45–47.

80 Vgl. *Eser* (Fn. 79), Art. 15 EMRK/Art. 4 IPBPR, Rn. 18.

81 EGMR, *Marshall ./. Vereinigtes Königreich*, 41571/98, Entscheidung über die Zulässigkeit; *Bart Van Der Sloot*, *Is all fair in Love and War: An Analysis of the Case Law on Article 15 ECHR*, *Military Law and Law of War Review* Vol 53 (2014), S. 319–358 (S. 336); *Eser* (Fn. 79), Art. 15 EMRK/Art. 4 IPBPR, Rn. 10.

IPbPR auszulegen.<sup>82</sup> Letztlich stellte er im Wege einer Plausibilitätskontrolle eine Entsprechung des Falls zu den in Art. 4 IPbPR verwendeten Termini her und ließ eine Regierungserklärung an das Parlament ausreichen.<sup>83</sup> Wie bereits festgestellt, müssen hier aber die engeren Voraussetzungen gelten.<sup>84</sup> Insofern muss auch von den Vertragsstaaten verlangt werden, die Berufung auf Art. 15 EMRK amtlich zu verkünden; eine bloße Regierungserklärung würde dann wie im Fall *Brannigan* nicht mehr ausreichen. Dieses Erfordernis könnte zum einen zu einer verstärkten öffentlichen Wahrnehmung der Notstandserklärung führen; zudem könnte der EGMR durch eine konsequente Einbindung anderer internationaler Verpflichtungen die Schutzdichte des Tatbestandes erhöhen.

#### 4. Unterrichtung des Generalsekretärs

Das formelle Kriterium der Unterrichtung des Generalsekretärs dient insbesondere als Information der Öffentlichkeit sowie der anderen Vertragsstaaten.<sup>85</sup> Form- oder Fristerfordernisse zur Bekanntmachung an den Generalsekretär gibt der Wortlaut von Art. 15 EMRK indes nicht her. Im *Griechenland-Fall* wurde von der EKMR lediglich der unbestimmte Begriff der vermeidbaren Verspätung als Richtschnur angesetzt.<sup>86</sup> Der EGMR hat es bisher für ausreichend erachtet, wenn der Generalsekretär nach 12 Tagen über die Notstandsgesetze informiert wird,<sup>87</sup> verspätet war die Unterrichtung sogar erst nach 4 Monaten<sup>88</sup> – eine klare Linie

ist hier nicht erkennbar. Zudem bleibt die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen Art. 15 Abs. 3 EMRK bisher unklar.<sup>89</sup> Im Sinne der Rechtsklarheit ist erforderlich, dass der EGMR die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Unterrichtung des Generalsekretärs konkretisiert.

#### 5. Schlussfolgerungen

Deutlich wurde, dass den Vertragsstaaten seit jeher sowohl bei der Einschätzung des Vorliegens der Notstandslage als auch bei der Notwendigkeit der einzelnen Maßnahmen ein weiter Beurteilungsspielraum zugestanden wird. Dieser de facto doppelte Beurteilungsspielraum der Staaten lässt den Prüfungsmaßstab des EGMR zusammenschrumpfen. Im Ergebnis macht es die aktuelle Rechtsprechung nahezu unmöglich, eine Entscheidung gegen die Vertragsstaaten zu treffen.<sup>90</sup> Der EGMR hat dies bislang in Kauf genommen und vornehmlich mit der Begründung gerechtfertigt, dass diese Einschränkungen nur temporär erfolgen.<sup>91</sup> Diese Argumentation schlägt allerdings dann nicht durch, wenn Ausnahmestände nicht mehr die Ausnahme sind, sondern zu Dauerzuständen werden.<sup>92</sup> Mit seiner Rechtsprechung trägt der EGMR daher zu einer Normalisierung von Ausnahmeständen bei. Dies kann mit Blick auf die zukünftige Entwicklung gravierende Folgen haben. Schon jetzt wird im Schrifttum zu Recht darauf hingewiesen, dass die Dauer der Verfolgung des internationalen Terrorismus nur begrenzt kalkulierbar ist,<sup>93</sup>

82 EGMR, *Brannigan und McBride ./. Vereinigtes Königreich*, (Fn. 22), Rn. 72.

83 *Ibid.*, Rn. 73.

84 Eser (Fn. 79), Art. 15 EMRK/Art. 4 IPBPR, Rn. 18.

85 EKMR, *Zypern ./. Türkei*, 8007/77, Entscheidung vom 12. Mai 2014, Rn. 67.

86 EKMR, *Griechenland ./. Vereinigtes Königreich*, 176/56, Entscheidung über die Zulässigkeit, Rn. 158.

87 EGMR, *Lawless ./. Irland*, (Fn. 22), Rn. 47.

88 EKMR, *Regierungen von Dänemark, Norwegen, Schweden und die Niederlande ./. Griechenland*, (Fn. 37), Rn. 45–46.

89 Vgl. hierzu ausführlich: *Matthias Maslaton*, Notstandsklauseln im regionalen Menschenrechtsschutz, 2002, S. 229–230, der zu dem Ergebnis kommt, dass „[...] die Straßburger Organe die Frage nach der Rechtsfolge einer Verletzung des Art. 15 Abs. 3 EMRK bewusst offengelassen haben.“

90 *Gross* (Fn. 18), S. 497; *Gross/Ni Aolin* (Fn. 20), S. 632.

91 *Brachthäuser/Haffner* (Fn. 19), S. 24–25.

92 Ähnlich *Frankenberg* (Fn. 34), S. 18, der drauf hinweist, dass die Grenze zwischen dem Ausnahmefall und dem Normalzustand verschwimmt.

93 *Krieger* (Fn. 1), Rn. 30.

was in neuerer Zeit zu immer längeren Notstandslagen geführt hat.<sup>94</sup> Der Kampf gegen den Terrorismus kann allerdings für sich genommen noch kein Grund sein, gemäß Art. 15 EMRK von den Menschenrechten abzuweichen.<sup>95</sup> Vielmehr ist auch hier erforderlich, dass der Terrorismus zu einem Notstand im Sinne des Art. 15 EMRK führt, denn eine Abweichung ist nur in extremen Ausnahmesituationen möglich.<sup>96</sup> Wird diese Voraussetzung nicht ernst genommen, droht die Gefahr, dass menschenrechtliche Garantien in der heutigen Zeit weitgehend leerlaufen.

#### IV. Ausnahmezustände als Gefahr für den demokratischen Rechtsstaat

Ausnahmezustände stellen darüber hinaus eine ernstzunehmende Gefahr für den demokratischen Rechtsstaat dar. Krisensituationen attackieren die Grundpfeiler unserer demokratischen Gesellschaft.<sup>97</sup> Ausnahmezustände und die damit verbundenen Möglichkeiten, weitreichende Maßnahmen zu ergreifen, können bei Vorliegen einer Katastrophe zunächst beruhigend wirken.<sup>98</sup> Der Staat signalisiert den Bürger\*innen, dass er Maßnahmen ergreift, um den Normalzustand wiederherzustellen.<sup>99</sup> Zugleich weist er auf die Möglichkeit hin, dass möglicherweise Maßnahmen ergriffen werden, die außerhalb seiner Machtbefugnisse liegen.<sup>100</sup> Aber: Je länger der Ausnahmezustand dauert, desto größer ist die Gefahr sowohl für den Schutz der Menschenrechte als auch für den demokratischen Rechtsstaat.<sup>101</sup> Menschenrechte sind ohnehin anfällig

für Interventionen und Verletzungen;<sup>102</sup> dies gilt umso mehr in Krisensituationen.<sup>103</sup> Die dauerhafte Derogation von Menschenrechten hat deshalb auch einen großen Einfluss auf den demokratischen Rechtsstaat.<sup>104</sup> Die Grund- und Menschenrechte sind Basis unseres friedlichen Zusammenlebens und begrenzen in einem demokratischen Rechtsstaat die Staatsgewalt.<sup>105</sup> Dies gilt auch für die EMRK, denn auch die Konvention stellt eine verfassungsrechtliche Materie dar, indem sie die Ausübung öffentlicher Gewalt begrenzt.<sup>106</sup> Daher geht von staatlichen Ausnahmemassnahmen grundsätzlich die Gefahr aus, dass sie missbraucht und überdehnt werden.<sup>107</sup> So dienen Ausnahmezustände nicht nur dazu, Krisensituationen zu beherrschen, sondern können beispielsweise auch im Dienste einer Diktatur stehen.<sup>108</sup> Es besteht nur ein schmaler Grat zwischen der Funktion der Wiederherstellung des Normalzustandes und unkontrollierbarer Macht der Staatsorgane.<sup>109</sup> Gerade deshalb ist eine eindeutige Bestimmbarkeit der Modalitäten des Ausnahmezustandes notwendig. Denn allzu flexible Definitionen und Voraussetzungen gestatteten den staatlichen Behörden einen sehr weiten Ermessensspielraum zu, ohne jedoch gewisse Kriterien oder Leitlinien zu bestimmen.<sup>110</sup> Es

94 So beispielsweise in Frankreich, vgl. umfassend dazu *Wihl*, Der Ausnahmezustand in Frankreich, in: KJ 2017, S. 68–80. Ähnlich auch *Gross* (Fn. 18), S. 455–456.

95 So auch *David Harris/Michael O'Boyle/Colin Warbick* (Fn. 2), S. 623.

96 So auch *Gross/Ni Aolin* (Fn. 20), S. 644.

97 *Ibid.* (Fn. 20), S. 637.

98 *Gross* (Fn. 18), S. 438.

99 *Frankenberg* (Fn. 33), S. 4.

100 *Ebd.*, *Susan Marks* (Fn. 69), S. 72.

101 *Brachthäuser/Haffner* (Fn. 19), S. 24.

102 *Gross* (Fn. 18), S. 454.

103 *Gross/Ni Aolin* (Fn. 20), S. 627.

104 *Brachthäuser/Haffner* (Fn. 19), S. 24.

105 Ausführlich hierzu *Harris/O'Boyle/Warbick* (Fn. 2), S. 618.

106 *Anne Peters/Tilmann Altwicker*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2012, § 2, Rn. 10.

107 *Rüdiger Voigt*, Ausnahmezustand. Wird die Statue der Freiheit nur kurzzeitig verhüllt, oder wird sie auf Dauer zerstört?, in: *Voigt* (Hrsg.), Ausnahmezustand, Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur, S. 9–18 (S. 9).

108 *Frankenberg* (Fn. 33), S. 5–6, der unter Verweis auf historische Beispiele eindrucksvoll darauf aufmerksam macht, dass Ausnahmezustände auch für ethnische Säuberungen oder politischen Machterhalt genutzt werden; *Wurst* (Fn. 42), S. 483–484.

109 *Ashauer* (Fn. 17), S. 400. Ausführlich dazu auch: *Klein*, in: *Isensee* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht, S. 936–937; *Gross/Ni Aolin* (Fn. 20), S. 644.

110 *Gross* (Fn. 18), S. 438.

wurde aufgezeigt, dass der EGMR die starren Kriterien nicht ernst nimmt, sondern den Staaten stets einen weiten Beurteilungsspielraum zugesteht und eine Kontrolle dadurch nahezu unmöglich gemacht hat. Ein umfassender Schutz des demokratischen Rechtsstaates und der Menschenrechte ist damit nicht gewährleistet.

## V. Ausblick und Fazit

Auch in Zeiten des Terrorismus sind Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechte die Grundpfeiler unserer Demokratie. Der Gerichtshof muss demnach – entgegen seiner bisherigen Praxis – gerade in Zeiten stetig verlängerter Ausnahmezustände seiner Kontrollfunktion nachkommen. Dazu ist erforderlich, dass der EGMR seine Kontrollichte erhöht: Es ist richtig, den Staaten sowohl bei der Frage, ob ein Notstand vorliegt als auch bei der Verhältnismäßigkeit

der Einzelmaßnahmen einen Beurteilungsspielraum zuzugestehen. Dessen Umfang ist jedoch je nach Umständen des Einzelfalls zu variieren. Mit Blick auf die Gefahr der Dauerzustände muss der Beurteilungsspielraum der Staaten mit zunehmender Dauer immer enger werden. Außerdem ist im Sinne einer klareren Übereinstimmung mit Art. 4 IPbpR die Forderung nach einer amtlichen Verkündung durch die Richter\*innen wünschenswert. Zurzeit trägt auch der EGMR durch seine fehlende Überwachung von Staatsnotständen und den dazugehörigen Maßnahmen dazu bei, dass Notstände zu akzeptierten Dauerzustände werden. Es ist angesichts der Fülle von Staatsnotständen nur eine Frage der Zeit, bis dem EGMR neue Fälle zur Entscheidung vorliegen. Dann ist es an der Zeit, dass der EGMR die starren Voraussetzungen des Art. 15 EMRK und die ihm übertragene Kontrollfunktion ernst nimmt.

## Menschenrechte als Grundwert der georgischen Verfassung

Anna Phirtskhalashvili

### Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Auslegung von Art. 6 Abs. 2 der georgischen Verfassung und die rechtlichen Garantien hinsichtlich der „allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien“
- III. Die Universalität der Menschenrechte, Relativismus und Konsentstheorie – „Der relative Universalismus“
- IV. Schlussfolgerung

### I. Einführung

Wie die Verfassungsrechtsgeschichte beweist, wurden im 19./20. Jahrhundert in den Verfassungen vieler europäischer Länder – unter diesen Verfassungen war auch die Verfassung Georgiens von 1921 – die Menschenrechte anerkannt und garantiert. Auf internationaler Ebene wurden sie erst später, nach dem Zweiten Weltkrieg, anerkannt. Am Ende des 20. Jahrhunderts schuf die nationale Gesetzgebung – darunter auch die Verfassung – neue Standards. Auf die Entwicklung des Konstitutionalismus haben die allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien des internationalen Rechts einen starken Einfluss ausgeübt.

Obwohl in Georgien die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten hierarchisch nach der Verfassung, dem Verfassungsgesetz und Verfassungsvertrag kommt, bekundet die georgische Verfassung, dass die nationale Gesetzgebung – darunter auch die Verfassung – „den allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien des internationalen Rechts“<sup>1</sup> entspricht. Auf die Frage, ob sich die Verfassung oder „die allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien

des internationalen Rechts“<sup>2</sup> in der Quellenhierarchie des Verfassungsrechts auf der höchsten Position befinden, gibt es nicht nur in der georgischen, sondern auch in der ausländischen Rechtsliteratur unterschiedliche Meinungen. In dieser Hinsicht sind die Meinungen einiger Autoren interessant<sup>3</sup>. Sie behaupten, dass die im Artikel 7 der Verfassung vorgesehenen Menschenrechte und Freiheiten in Georgien direkt und unmittelbar anwendbar sind. Bei der Bestimmung der Vorschriften und Prinzipien der Verfassung sind das Volk und der Staat sowohl mit den allgemein anerkannten Menschenrechten und Freiheiten, als auch mit dem unmittelbar geltenden Recht eingeschränkt. Der Autor meint, ungeachtet dessen, ob die allgemein anerkannten Menschenrechte und Freiheiten in dem innerstaatlichen Rechtsakt reflektiert sind, müssen sie durch den Staat geschützt sein. Jedoch bleibt eine offene Frage: Was wird geschehen, wenn die Verfassungsnorm und die allgemein anerkannten Menschenrechte miteinander in Kollision geraten?

Manche georgische Autoren<sup>4</sup> legen das Primat auf die Hauptkomponenten des internationalen Rechts – den Platz des Ge-

2 Ebd.

3 *Iakob Putkaradze*, Die allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien des internationalen Rechts und der Schutz der politisch-wirtschaftlichen und sozio-kulturellen Rechte der Bürger vor dem Verfassungsgericht, „Der Mensch und die Verfassung“, 1998, S. 3. [i. futkaraZe, saerTaSoriso samarTlis sayovelTaod aRiarebuli normebi da moqalageTa politikur-ekonomikuri dasocialur-kulturuli uflebebis da Tavisuflebebis dacva saqarTvelos sakonstitucio sasamarTloSi, „adamiani da konstitucia“, 1998, gv. 3].

4 *Konstantine Korkelia*, Internationales Gewohnheitsrecht im georgischen Rechtssystem, Georgien und internationales Recht, 2001, S. 62–80. [k. korkelia, saerTaSoriso CveulebiTi samarTali saqarTvelos samarTlebriv sistemaSi, saqarTvelo da saerTaSoriso samarTali, Tb., 2001, gv. 62–80].

1 Art. 6 Abs. 2 Verfassung Georgiens.

wohnheitsrechts in der Hierarchie des Völkerrechts – und ziehen so gegensätzliche Schlussfolgerungen. Nach Meinung von K. Korkelia<sup>5</sup> gilt: Weil Art. 7 der georgischen Verfassung keine Entscheidung über das Verhältnis des internationalen Gewohnheitsrechts zu den anderen innerstaatlichen Rechtsakten trifft, muss auf die Vorschriften dieser Kategorie Art. 6 Abs. 2 der georgischen Verfassung angewendet werden. Internationales Gewohnheitsrecht erlangt vorrangige Rechtskraft gegenüber den innerstaatlichen Normativakten von Georgien. Wenn sie gegen das internationale Gewohnheitsrecht verstoßen würde, müsste die innerstaatliche Norm aufgehoben oder geändert werden.

Die Arbeiten georgischer Autoren behandeln auch die Vorrangfrage der internationalen Verträge gegenüber dem innerstaatlichen Recht.<sup>6</sup> Die Autoren meinen: Art. 6 Abs. 2 der georgischen Verfassung bevorzugt die internationalen Verträge gegenüber den innerstaatlichen Rechtsakten, aber nicht gegenüber der Verfassung. Hier muss unbedingt erwähnt werden, dass die Autoren die internationalen Verträge und die allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien voneinander trennen, insbesondere nach dem Kriterium, dass bei dem völkerrechtlichen Vertragsabschluss der Staatswille klar und eindeutig ist. Nach den allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien entscheidet sich der Staat nicht, ob er sich an die genannten „Vorschriften und Prinzipien“ anschließen will. Die Meinung von I. Kurdadze weicht davon ab; sie ist mit Korkelia nicht einverstanden in dem Sinne, dass das Primat des internationalen

Rechts, nämlich die allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien (darunter auch die Vorschriften, die Menschenrechte schützen), auf einer niedrigeren Position stehen als die georgische Verfassung und, dass bei einer Kollision die Verfassung bevorzugt werden muss.<sup>7</sup> Ihre Argumente dahingehend<sup>8</sup>, dass die in Art. 6 Abs. 2 der georgischen Verfassung verwendeten Wörter „entspricht der Gesetzgebung“ meint, dass die georgische Verfassung immer und nicht nur bei der Verabschiedung von Gesetzen diesem Grundsatz entsprechen soll, sind überzeugend. Die Gesetzgebung und das Grundgesetz müssen nämlich den allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien des internationalen Rechts entsprechen. Diese Wortauslegung von „entspricht“ kann mit folgendem Argument bekräftigt werden: Die Rechtsnorm – so wie die ganze Rechtswissenschaft – ist präskriptiv, also beschreibt die Rechtsvorschrift nicht wie etwas ist, sondern wie es sein soll. Es bedeutet in dem Fall, dass die georgische Verfassung nicht nur dem Status quo „entspricht“, den allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien des internationalen Rechts, sondern es stellt fest, dass die Verfassung den genannten Prinzipien immer „entsprechen“ soll.

Es ist bemerkenswert, dass in der georgischen Rechtsliteratur keine Forschung oder Diskussion darüber vorliegt, was genau „die allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien des internationalen Rechts“ bedeuten und wann, wo und für wen sie gelten. Das heißt, dass die Frage darüber, was der georgischen Verfassung entspricht, ohne Antwort bleibt.

5 Ebd.

6 Irine Kurdadze, Die Entwicklungsphasen und die Modernität des Konzepts von der Gleichstellung der internationalen und innerstaatlichen Rechte, Die Zeitschrift der internationalen Rechte, #1, 2008, S. 7–17; [i.qurdaZe, saerTaSoriso da Sidasaxelmwifoebri vi samarTlis Tanafardobis Sesaxeb mecnieruli koncefciebis ganviTarebis etapebi da Tanamedroveoba, saerTaSoriso samarTlis Jurnal, #1, 2008, gv. 7–17]; Putkaradze (Fn. 3); Paata Cnobiladze, Die Zusammenarbeit der nationalen Gesetzgebung und des internationalen Rechts, ebd., S. 48–61. [p. cnobilaZe, erovnuli kanonmdeblobisa da saerTaSoriso samarTlis urTierTqmedeba, iqve, gv. 48–61].

7 Fn. 6, S. 16.

8 Ebd.

## II. Auslegung von Art. 6 Abs. 2 der georgischen Verfassung und die rechtlichen Garantien der „allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien“

In dieser Arbeit wird versucht darzulegen und zu analysieren, was unter den „allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien des internationalen Rechts“ (Art. 6 Abs. 2 georgischer Verfassung) gemeint ist, denen auch die georgische Gesetzgebung und die georgische Verfassung entsprechen müssen.

Grammatikalische und logische Auslegungen der Definition [„die allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien des internationalen Rechts“] sind interessant. Es ist wahr, dass es im internationalen Recht keine genaue Liste der Vorschriften und Prinzipien gibt, die allgemein anerkannt ist, aber nach der herrschenden Meinung<sup>9</sup> ist es unstrittig, dass das allgemeine Gewaltverbot, das Verbot des Völkermordes und das Recht auf Einhaltung der grundlegenden Menschenrechte als zentrale Bestandteile des Völkerrechts gelten. Es ist klar, dass das Ziel der ersten zwei Punkte den Schutz des kollektiven Menschenrechts fördert. Der dritte beinhaltet aber die Grundrechte des einzelnen Menschen. Das internationale Recht gibt solchen Vorschriften und Prinzipien die Kraft von *Ius cogens*, also zwingendes und imperatives Völkerrecht.<sup>10</sup> Es steht höher als internationale Verträge und das internationale Gewohnheitsrecht. Der völkerrechtliche Vertrag, der nicht internationalen Vorschriften und Prinzipien entspricht, kann deswegen nicht als international anerkanntes Dokument angenommen werden.<sup>11</sup> Weil „die allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien des internationalen Rechts“ die Kraft von *Ius cogens* aufweisen, führt uns die ausführliche Erklärung von Art. 6 Abs. 2 der georgischen

Verfassung zu folgendem Schluss: „Die allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien des internationalen Rechts“, denen die georgische Verfassung entsprechen muss, entsprechen dem Schutz der kollektiven und individuellen Menschenrechte.

Von den vier klassischen Methoden der Verfassungs- und Gesetzesauslegung wird meistens die systematische Auslegung angewendet. Es handelt sich um eine Auslegung im Lichte des Zusammenhangs der Verfassungsbestimmungen. Bei der Auslegung der Verfassungsnormen ist diese Auslegungsmethode am verbreitetsten.<sup>12</sup> Art. 6 Abs. 2 der georgischen Verfassung gehört zu dem 1. Teil (Allgemeine Bestimmungen) der Verfassung. Diese Vorschrift ist nicht nur formal, sondern auch inhaltlich ein allgemeiner Grundsatz der Verfassung, also *Lex generalis*. Ihrerseits verzweigt sie sich konsequent in verschiedene konkrete Bestimmungen der Verfassung. Es muss erwähnt werden, dass jede Vorschrift, während des Gebrauchs der systematischen Auslegungsmethode, im Zusammenhang von gleichen oder hierarchisch höheren Vorschriften ausgelegt werden soll. Zuerst soll sie in Verbindung mit anderen allgemeinen Bestimmungen der Verfassung interpretiert werden. Eine besonders enge Verbindung hat sie zur Präambel der georgischen Verfassung und zu der in Art. 7 der georgischen Verfassung anerkannten Bestimmung. Nach der Präambel der Verfassung gilt:

„Wir, Bürger Georgiens, deren unerschütterlicher Wille es ist, eine demokratische Gesellschaftsordnung zu begründen und wirtschaftliche Freiheit einzuführen sowie einen Sozial- und Rechtsstaat aufzubauen, die allgemein anerkannten Menschenrechte und Freiheiten zu gewährleisten, die staatliche Unabhängigkeit und die friedlichen Beziehungen zu anderen Völkern zu stärken“.

Ein ähnlicher Leitgedanke zeigt sich auch im 7. Teil der Verfassung. In diesem Teil heißt es:

9 Christian J. Tams, Schwierigkeiten mit dem *Ius Cogens*, in: Archiv des Völkerrechts 40 (2002), S. 331–349.

10 Jost Delbrück, Georg Dahm und Rüdiger Wolfrum, *Völkerrecht*, Band I, De Gruyter, 2. Aufl. 2002, S. 707 ff.

11 Fn. 10.

12 Reinhold Zippelius, *Das Wesen des Rechts*, 1997, Kap. 8 d.

„Der Staat bekennt sich zu den allgemein anerkannten Menschenrechten und Freiheiten und schützt sie als die höchsten und unabdingbaren menschlichen Werte. Bei der Ausübung der Macht binden diese Rechte und Freiheiten das Volk und den Staat als unmittelbar geltendes Recht“.

Wenn man diese grundlegenden Vorschriften im Zusammenhang liest, wird klar, dass die georgische Verfassung im Ganzen „den allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien des internationalen Rechts“ (Art. 6 Abs. 2) entspricht. Dabei ist es gerade die Funktion des Art. 6 Abs. 2 diese Zielsetzung der georgischen Verfassung deutlich zu machen. Die Verfassung erkennt die Menschenrechte offensichtlich als höchste und unabdingbare Werte an und macht das positive Recht (die Verfassung) davon abhängig. Der Verfassungsgeber schützt „die allgemein anerkannten Menschenrechte und Freiheiten“ mit der Präambel und gibt ihm durch Art. 6 Abs. 2 die Kraft von *Ius cogens*.

Es muss der historische Kontext der Norm berücksichtigt werden. Wie Savigny meinte, das Recht sei der Ausdruck des Menschengestes und diese Verbindung habe sich im Zusammenhang mit dem Menschenverstand mit den Zeiten gehalten, d. h., das Recht entwickelte sich mit den Menschen zusammen.<sup>13</sup>

Die Verfassungsgebung in Georgien ist mit dem historischen Übergangsprozess, nämlich mit dem Zerfall der Sowjetunion, eng verbunden. Genau aufgrund dieses wichtigen historischen Ereignisses wurde beschlossen, eine Verfassung für einen modernen Staat zu entwerfen. Die Verfassung, die am 24. August 1995 in Kraft gesetzt wurde, ist das Echo des georgischen Volkes. Dieses protestierte gegen die kommunistische Diktatur und beschloss, zu der europäischen Zivilisation und den westlichen Werten zurückzukehren. Deswegen sind die Rechtsprinzipien und Bestimmungen, die die Menschenrechte garantieren, in der georgischen Verfassung hervorgehoben. Es

besteht kein Zweifel daran, dass die historische, politische und rechtliche Reife so ein wertvolles Dokument geschaffen hat, wie es die heutige georgische Verfassung ist. Die historischen und teleologischen Auslegungen von Art. 6 Abs. 2 der georgischen Verfassung stehen in engem Zusammenhang. Der Verfassungsgeber wollte, dass die georgische Verfassung mit imperativer Kraft mit den „allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien“ verbunden wird. Mit dem 7. Artikel der Verfassung wurden die Grundprinzipien des Naturrechts anerkannt. Die Angst des Verfassungsgebers vor der „Positivität“ des Rechts ist verständlich: Die siebzigjährige Geschichte hat klar dargestellt, dass das Rechtssystem vom kommunistischen Regime missbraucht wurde. Und das ist mit der Idee der Gerechtigkeit nicht vereinbar. Das politisch diktatorische Regime hat die „kommunistische“ Gesellschaft von der anderen, westlichen Gesellschaft stark abgehoben. Dies führte zu einer internationalen Isolation Georgiens (wie auch von anderen postsowjetischen Ländern). Art. 6 Abs. 2 der georgischen Verfassung, welcher der georgischen Gesetzgebung und (darunter auch die Verfassung) den „allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien des internationalen Rechts“ entspricht, ist der offene und laute Protest. Infolge der historischen Erklärung dieser Aufzeichnung wird der Geist der Vorschrift klar. Daher lässt sich feststellen, dass das Ziel der erwähnten Vorschrift (teleologische Auslegungsmethode) darin besteht, dass Georgien zum Teil der westlichen Gesellschaft wird. Der georgische Staat soll sich bedingungslos und imperativ den Werten unterwerfen, die „den allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien des internationalen Rechts“ entsprechen.

Die logische, systematische, historische und teleologische Auslegung des oben genannten Verfassungsabsatzes zeigt: Die Verfassung Georgiens ist von naturrechtlichen Grundprinzipien geprägt. Nach dem Art. 6 Abs. 2 der georgischen Verfassung soll sie sogar den „allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien des internationalen Rechts“ entsprechen, die den Schutz der kollektiven und individuellen Menschen-

13 Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, S. 11.

rechte ergeben. „Die allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien des internationalen Rechts“ haben ihrerseits imperative Kraft (ungeachtet dessen, ob es ein Teil des Vertrages ist). Es ist eindeutig nach der oben ausgeführten Auslegung, dass Art. 6 Abs. 2 der georgischen Verfassung den Hauptwert für die Verfassung und Gesetzgebung darstellt.<sup>14</sup> Alle diese Argumente, Diskussionen und Schlussfolgerungen machen deutlich: Erstens, die georgische Verfassung garantiert die international anerkannten Menschenrechte auf Verfassungsebene, und zweitens, sie ist konzeptionell auf der Universalität der Menschenrechte basiert.

Der Schutz der Menschenrechte hat schon die Barriere überwunden<sup>15</sup>, die den Menschenrechtsschutz nur für innerstaatliche Angelegenheiten hielt, darüber auf völkerrechtlicher Ebene zu sprechen, wurde als Verletzung der staatlichen Souveränität betrachtet. Im Unterschied zum traditionellen Verständnis sind im modernen Völkerrecht die Menschenrechtstandards die Visitenkarte der Staaten. Die Individualbeschwerde (z. B. an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte) etabliert das Menschenrecht als das Recht des Individuums auf internationaler Ebene. Der Einzelne ist nicht nur Teil des Staates, Staatsbürger, sondern auch der Träger der Menschenrechte, weil er ein Mensch und nicht der Bürger irgendeines Staates ist.<sup>16</sup> Hier muss erwähnt werden, dass trotz des enormen Wachstums des Mechanismus des internationalen Menschenrechtsschutzes die internationale Garantie der Menschenrechte einige Schwächen aufweist; davon sind die folgenden drei zu beobachten:

14 Anna Phirtsckhalashvili, Schutzpflichten und die horizontale Wirkung von Grundrechten in der Verfassung Georgiens vom 24. August 1995, Potsdam 2010, S. 94 ff.

15 Während des Zweiten Weltkriegs, nach dem Völkermord durch die National-Sozialisten, haben sich die Vorstellungen der Menschen betreffend der fundamentalen Rechte und ihren Garantien geändert.

16 Der moderne normative Universalismus basiert genau auf dieser Argumentation. Vgl.: Heiner Bielefeldt, Der Anspruch der Allgemeinen Menschenrechtserklärung. In: Veronika Bock (Hrsg.), Die Würde des Menschen ist unantastbar?, S. 20.

**Die erste Schwäche:** Auf internationaler Ebene kann sich das Individuum in der Regel nur dann verteidigen, wenn der Staat, der seine Rechte vermutlich verletzt hat, einen konkreten internationalen Vertrag ratifiziert hat. Damit hat er sich verpflichtet, eine Konvention oder irgendeine internationale Verpflichtung zu erfüllen. Die Ratifizierung internationaler Verträge erfolgt in der Regel freiwillig, weil sich schließlich der Staat entscheidet, ob er an dem internationalen Schutzversuch der Menschenrechte teilnimmt. Daher kann der Einzelne den Staat wegen des Verstoßes gegen seine Rechte nicht international anklagen, wenn von dem Staat kein bestimmter internationaler Vertrag ratifiziert wurde.

**Die zweite Schwäche** des internationalen Menschenrechtsschutzes: Obwohl internationale, insbesondere europäische und inter-amerikanische Menschenrechtsgeschichte, sehr einflussreich sind, gibt es keinen wirksamen internationalen Mechanismus, der alle ihre Entscheidungen ausführt.<sup>17</sup> Hier muss erwähnt werden, dass in der Praxis meistens Entscheidungen dieser Gerichte von den Staaten ausgeführt werden. Es gibt aber Fälle, in denen die Staaten diese Entscheidungen nicht erfüllen. Es bestehen zwar eine Reihe von Sanktionen, aber der Europarat besitzt keinen wirksamen Mechanismus, durch den er die Entscheidungen der europäischen Gerichte selbst erzwingt. Für diese Ausführung der Entscheidung ist der Staat selbst bevollmächtigt und verantwortlich. In solchen Fällen kann selbst die formale Beteiligung des Staates an einem internationalen Vertrag, einem internationalen Mechanismus, keinen wirksamen Schutz für einen konkreten Menschen garantieren.

**Die dritte Schwäche** besteht darin, dass jeder konkrete Staat die Hierarchie der Rechtsnormen für sich selbst bestimmt. Dementsprechend ist die Stellung eines internationalen Paktes zu einer Vereinbarung in der innerstaatlichen Rechtshierarchie

17 Nach den Fakten der Nichterfüllung der Gerichtsentscheidung von Russland siehe Olaf Melzer, Der Europarat und Russland 1992–2006: Demokratieförderung in Russland, S. 172–174, S. 288.

unterschiedlich. Während beispielsweise die Europäische Menschenrechtskonvention in den Niederlanden über der Verfassung steht und in Österreich verfassungsrechtlichen Status genießt, steht sie in Georgien (wie auch in Frankreich, Portugal, Belgien und Griechenland) in der Hierarchie der Rechtsnormen nach der Verfassung (so wie dem Verfassungsgesetz und der Verfassungsvereinbarung), aber über anderen nationalen Gesetzen. In der Bundesrepublik Deutschland und in Italien steht jedoch die Konvention auf der Ebene der üblichen Gesetze und wird nicht als höhere Rechtsnorm angesehen. In Großbritannien<sup>18</sup> war bis 1998 die direkte Anwendung der Konvention im nationalen Recht überhaupt nicht erlaubt.

Obwohl es auf der internationalen Ebene recht erfolgreiche Sicherungsversuche der Menschenrechte gibt, ist die internationale Gesellschaft noch weit von der vollkommenen und realen Garantie der Menschenrechte entfernt. Die praktischen Garantien der Menschenrechte zu erreichen, ist nur dann möglich, wenn die theoretische Diskussion solcher Rechte mindestens auf überzeugenden Argumenten basiert.

Wie schon bei der Interpretation von Art. 6 Abs. 2 der georgischen Verfassung im ersten Teil dieses Beitrags ausgelegt wurde, basiert die georgische Verfassung konzeptionell auf der Universalität der Menschenrechte. Daher sind die Analyse und Bewertung dieser Theorie interessant.

### III. Die Universalität der Menschenrechte, Relativismus und Konsenstheorie – „Der relative Universalismus“

#### 1. Die Universalität der Menschenrechte

Universalität bedeutet, dass der gleiche und universelle Schutz der Menschenrechte theoretisch überall, in jedem Staat der Welt, möglich ist. Die Menschenrechtsgarantien gelten für alle Menschen auf der ganzen Welt. Diese Theorie hat verschiedene dok-

trinäre Begründungsmöglichkeiten. Dieser Beitrag befasst sich mit der Kritik und den rechtspositivistischen und naturrechtlichen Begründungen der Universalität.

#### a) Die rechtspositivistische Begründung der Universalität

Die Idee der Universalität der Menschenrechte wird mit verschiedenen Gründen und Argumenten untermauert. Nur ein Teil der Rechtspositivisten<sup>19</sup> ist für den Universalismus der Menschenrechte und stärkt diese Theorie mit folgenden „positivistischen“ Argumenten:<sup>20</sup> Praktisch sind alle Staaten der Welt UN-Mitgliedstaaten. Nach Art. 55 UN-Charta haben sie sich verpflichtet, dass sie sich für die allgemeinen Menschenrechte einsetzen und alle Menschen ungeachtet von Rasse, Geschlecht, Sprache und Religion respektieren. Nach Art. 56 UN-Charta gilt:

„Alle Mitgliedstaaten verpflichten sich, gemeinsam und jeder für sich mit der Organisation zusammenzuarbeiten, um die in Artikel 55 dargelegten Ziele zu erreichen“.

Kühnhardts Meinung lautet, dass alle Staaten nach dem UN-Beitritt ungeachtet ihrer politischen, ideologischen, wirtschaftlichen oder kulturellen Unterschiede in ihren Verfassungen die von den UN genannten Prinzipien und Normen übernehmen müssen. Er meint, dass die verbale Anerkennung der Menschenrechte nie universeller als heute gewesen sei. Solch eine Einheit und gleichzeitig auch souveräne Entscheidung spreche für die Universalität der Menschenrechte.<sup>21</sup>

#### *Bewertung*

Wenn wir uns auf das Prinzip der Vertragstreue verlassen: „pacta sunt servanda“ klingt schon überzeugend. Man muss aber berücksichtigen, dass die allgemeine Anerkennung oft einen deklarativen Charakter zeigt. Bei seiner Implementierung auf

18 Obwohl sie heute in Großbritannien, ähnlich wie in der Bundesrepublik Deutschland, als Gesetz angesehen wird.

19 Ludger Kühnhardt, Die Universalität der Menschenrechte, München, 1987.

20 Ebd., S. 16.

21 Ebd.

der Gesetzgebungsebene besteht der Bedarf der Klarstellung hinsichtlich der Grenzen der Menschenrechte. Bei der allgemeinen, deklarativen Anerkennung der Menschenrechte ist die Reichweite des konkreten Schutzguts des Rechts, sein Inhalt und die konkreten Grenzen doch unklar. Es ist eindeutig, dass die oben genannten Kriterien wegen ihrer politischen, ideologischen, wirtschaftlichen oder kulturellen Unterschiede in den jeweiligen Ländern unterschiedlich angenommen werden, z.B.: Gender- oder Minderheitenrechte, Frauenrechte, die in östlichen und westlichen Ländern ganz unterschiedlich angesehen und in der Gesetzgebung auch dementsprechend reflektiert werden. In westlichen Ländern gilt, dass Kopftuch, Hijab und Schleier für Frauen restriktiv sind und ihre Entwicklungsrechte und Würde verletzen. In der östlichen Kultur denkt man genau anders, und zwar, dass eine solche Bekleidung für Frauen Sicherheit bedeutet.<sup>22</sup> Das bekannte Argument des Naturrechts (sog. inhärente Schwäche) widerspricht der positiv-rechtlichen Begründung der Universalität. Nach diesem Argument darf der Staat jede Gesetzgebung ändern oder aufheben oder jeden Vereinbarungsvertrag widerrufen. Daher können kodifizierte internationale oder nationale Rechtsnormen nicht als Basis der Universalität von Menschenrechten angenommen werden.

#### b) Die naturrechtliche Begründung des Universalismus

Die naturrechtliche Theorie hat starke Argumente für die Begründung der Universalität von Menschenrechten, weil selbst das Naturrecht auf der Universalität der Menschenrechte aufgebaut ist. Seit dem Stoizismus<sup>23</sup> verfolgt die ideologische Entwicklung der Menschenrechte in Europa ständig die Idee, dass die Menschen von Geburt an frei und gleich sind. Später, nach Meinung

römischer Juristen, waren die Sklaven nicht frei, weil sie die Natur oder Gott so geschaffen hat, sondern nach *Ius gentium* – d.h., sie waren nur auf Grund des vom Menschen geschaffenen Rechts nicht frei und gleichberechtigt.<sup>24</sup> Das in Stoa entstandene Verhältnis zu der Menschenfreiheit und Gleichberechtigung wurde in vielen religiösen Ideologien (Christentum, Islam und Buddhismus)<sup>25</sup> reflektiert.

Das moderne Konzept der Universalität von Menschenrechten beginnt mit den von Philosophen entwickelten Theorien im 16./17. Jahrhundert. Bei der Entwicklung dieser Theorie haben die Naturrechtsdenker eine große Rolle gespielt, wie Hugo Grotius (1583–1645), Benedict Spinoza (1632–1677), Samuel von Pufendorf (1632–1694), Jean Bodin (1530–1596) sowie insbesondere John Locke (1632–1704) und Thomas Hobbes (1588–1679). John Locke schätzte den Menschen („Zwei Abhandlungen über die Regierung“, 1690) als unabhängiges und absolut freies Wesen, das die Menschenrechte wegen seiner Geburt besitze. Er hatte Vertrauen zu dem Staat und deswegen musste der Staat nach diesem Vertrauensprinzip handeln. Die Universalität der Menschenrechte im Naturrecht hat sich noch mehr in den Werken von Jean Jacques Rousseau (1712–1778) und Immanuel Kant (1724–1804) verfeinert.

#### *Bewertung*

Zusammenfassend muss man sagen, dass die naturrechtliche Argumentation der Universalität von Menschenrechten auf zwei Ausgangspunkten basiert: Erstens auf der Vorstellung des Menschenbildes, dass in der Welt jeder Mensch gleich vernunftbegabt sei, sowohl den gleichen freien Willen als auch die gleiche Würde besitze. Die menschliche Existenz ist ausreichend dafür, dass jeder in seiner individuellen Autonomie respektiert wird. Zweitens auf dem

22 Mit dem 59. Teil des 33. Kapitels im Koran ist die Bedeutung des Kopftuchs „für eine gläubige Frau, dass sie nicht erkannt und nicht gestört“ wird.

23 Stoizisten: Chysipp, Zenon, Herodot, Seneca Cicero.

24 Norman Weiß, Die Entwicklung der Menschenrechtsidee, Heutige Ausformung der Menschenrechte und Frage ihrer universellen Geltung, in: Jana Hasse/Erwin Müller/Patricia Schneider (Hrsg.), Menschenrechte, Bilanz und Perspektiven, Baden-Baden, 2002, S. 39–69 (S. 40).

25 Ebd.

Staatszweck, denn für einen modernen Staat ist das erste Ziel, die Sicherheit und Freiheit jedes Individuums zu sichern. Menschenrechte richten sich als Abwehr- und Schutzansprüche gegen den Staat, da er wegen seines Gewaltmonopols die Macht besitzt.

## 2. *Relativismus*

Die relativistische Kritik an der These der universellen Geltung der Menschenrechte existiert in mehreren Modifikationen und widerspricht dem Universalismus mit verschiedenen Argumenten. Der Relativismus stimmt aber mit dem Universalismus in einem Punkt überein, und zwar gründet er, wie auch der Universalismus, die Argumentation auf „die Vorstellung der Menschlichkeit“ und den „Staatszweck“. Jedoch ist die Relativität mit diesen zwei Kritikpunkten des Universalismus einverstanden und entwickelt diese in drei folgende Richtungen:

### a) Historische Kritik

Nach der historischen Kritik der Universalität der Menschenrechte sind die Menschenrechte als das Staatsziel von der Geschichte abhängig. Die Kritiker des Universalismus meinen: Die gesetzliche Garantie der Menschenrechte wurde erst dann möglich, als die notwendigen sozialen, politischen und wirtschaftlichen Faktoren gegeben waren. Aus diesem Grund muss die rechtliche Lage der Menschenrechte in den Staaten, die sich in der anderen Entwicklungsphase befinden<sup>26</sup>, andersartig bewertet werden. In dieser Hinsicht ist Karl Marx' Vorstellung von den Menschenrechten interessant. Er betonte, dass die Menschenrechte den Interessen der bürgerlichen Gesellschaft für bestimmte historische Entwicklungsstufen dienen. Sie hatten in den verschiedenen Entwicklungsphasen jeweils andere Bedeutungen.<sup>27</sup> Nach

Meinung der zeitgenössischen Autoren<sup>28</sup>, auch wenn alle Länder der Welt die Menschenrechte deklarativ anerkennen, bleiben sie für den Staat objektive Werte. Ihre subjektiven Garantien und auch der individuelle Schutz werden nur in den westlichen Ländern realisiert. Wenn der Staat das für ihn gesetzte Ziel – die institutionelle Garantie der Menschenrechte – verletzt, ist ihre individuelle Gerichtsschutzgarantie nur in westlichen Ländern möglich, weil sie sich in einer höheren historischen Entwicklungsphase befinden.

### b) Kulturelle Kritik

Die kulturelle Kritik des Universalismus hat die kulturellen Unterschiede der verschiedenen Völker zur Grundlage. Während in der westlichen Kultur der Mensch als Individuum betrachtet wird, ist der Mensch in den östlichen und afrikanischen Kulturen ein Teil der Familie, Gemeinde, Gilde oder des Ethnos. Der Mensch ist ein Teil der gesellschaftlichen Klassen oder einer ethnischen Gruppe. Ein Mensch assoziiert sich als ein Teil der Gesellschaft. Er genießt die Rechte nicht wie ein Individuum, sondern er hat Pflichten gegenüber der Familie oder der Umgebung, in der er lebt und existiert.<sup>29</sup> In den östlichen Kulturen ist die Isolierung des Menschen von der Gesellschaft kompliziert. Daher ist es fast unvorstellbar, das individuelle Recht eines Menschen zu sichern, z. B. Meinungs- und Äußerungsfreiheit, wenn es nicht konform mit der gesellschaftlichen Meinung ist. Auch können sich Frauenrechte nicht selbst präsentieren, wenn sie keinen verbreiteten religiösen Dogmen entsprechen. Auf die Frage, ob das Konzept der Menschenrechte universell ist, gibt der bekannte Wissenschaftler und Philosoph *Raimon Panikkar*<sup>30</sup> eindeutig eine negative Antwort. Er meint, dass ein Konzept

26 Chinesische Delegation auf der Wiener Weltkonferenz im Jahr 1993, in: *Walter Kälin/Jörg Künzli* (Hrsg.), *Universeller Menschenrechtsschutz*, S. 16 (§ 35).

27 Marx analysierte diese Theorie nach dem Beispiel des Eigentumsrechts. *Karl Marx*, *Zur Judenfrage* (1843), in: *Marx-Engels-Werke* Bd. 1 Berlin 1972, S. 365.

28 *Ludger Kühnhardt*, *Die Universalität der Menschenrechte*, München, 1987, S. 290.

29 *Die Afrikanische Charta der Menschenrechte und der Rechte der Völker*, §§ 27, 28, 29.

30 *Raimundo Panikkar*, in: *Lars Kälin/Walter Müller/Judith Wyttenbach* (Hrsg.), *Das Bild der Menschenrechte*, Baden, 2007, S. 34.

allgemein nicht universell sein kann und jedes Konzept gilt da, wo es entworfen und entwickelt wurde. Außerdem erwähnt *Panikkar*, dass die Ablehnung der Universalität der Menschenrechte nicht bedeutet, dass sie nie universell werden können. Damit das benannte Konzept universell wird, muss es folgende Voraussetzung erfüllen: Die Kultur, in der die Universalität der Menschenrechte entworfen wurde (*Panikkar* meint die westliche, europäische Kultur), muss weltweit universell werden. Es ist wichtig zu erwähnen, dass sich die sozial-wirtschaftlichen Beziehungen nach verschiedenen Nationen und Kulturen unterscheiden. In mancher Gesellschaft ist die finanzielle oder soziale Unterstützung, Hilfe und Pflege der Verwandten, Freunde, Familienangehörigen eine moralische Verpflichtung. Solche sozial-wirtschaftlich engen Kontakte und moralischen Verpflichtungen kennen die anderen Kulturen nicht, deswegen werden in solchen unterschiedlichen gesellschaftlichen Beziehungen die Ausdrucksformen der Solidarität auch unterschiedlich sein, unabhängig davon, welche Garantien und Rechte der Staat setzt.

### c) Erkenntnistheoretische Kritik

Obwohl sich die Wissenschaftler einig sind, dass der Grund der Menschenrechte die Menschenwürde ist – die Frage darauf, was genau die Menschenwürde bedeutet, bleibt offen. Genau von der erkenntnistheoretischen Erklärung der Menschenwürde ist der Inhalt der Menschenrechte abhängig. Bei der Erarbeitung der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte hat die amerikanische anthropologische Gesellschaft (American Anthropological Society) im Jahre 1947 eine methodische Studie zur Universalität der Menschenrechte durchgeführt.<sup>31</sup> Laut dieser Forschung ist die Kognition eines Menschen, eines Individuums, ein Produkt der kulturellen Umgebung, deswegen könne es keine wissenschaftliche Methode

geben, für die die objektive Bewertung irgendwelcher konkreten kulturellen Werte möglich wäre. Nach dem Forschungsergebnis könne es keine wissenschaftliche Methode geben, die es erlauben würde, den Wert einer bestimmten kulturellen Tradition von einem überkulturellen Standpunkt aus objektiv zu bewerten. Die Eigenschaften der einzelnen Kulturen müssen nach ihren eigenen Traditionen und Werten analysiert werden. Weil jeder Maßstab und jeder Wert nach einem kulturellen Spezifikum charakterisiert werde, können sich die Werte und Postulate einer bestimmten Kultur nicht über die ganze Welt verbreiten.

### 3. Konsenstheorie – „Der relative Universalismus“

Die These „des relativen Universalismus“ der Menschenrechte ist mit vielen interessanten Argumenten recht überzeugend. Sie basiert auf der Zwischenposition von Universalismus und Relativismus und schließt die Idee nicht aus, dass es einen Weg zur Universalität der Menschenrechte gibt. Es muss erwähnt werden, dass man die radikale Idee der Relativität der Menschenrechte „zynisch“ nennen kann, weil sie zu einem Rechtspartikularismus tendiert und ideologisch als das Gegenteil der Universalität angesehen wird. In dieser Hinsicht ist die Meinung von Heiner Bielefeldt interessant<sup>32</sup>, wonach die Menschenrechte eine Institution bilden, die charakteristisch nur für die westliche Welt ist. Dementsprechend gilt sie lediglich für die Menschen, die in der „westlichen Welt“ leben. Andere Menschen, die z. B. mit schwarzer Haut geboren wurden und nicht in einer westlichen Gesellschaft leben, müssen keine Garantien von ihrer diktatorischen Regierung erwarten. Im Unterschied zu der Idee des Partikularismus (als auch Relativismus) anerkennt der relative Universalismus die Menschenrechte in bestimmten Formen als universell, aber nach dieser Theorie kann der Universalismus nur durch Konsens entwickelt werden. Die Existenz der Möglichkeiten ei-

31 American Anthropological Association, Statement on Human Rights by The Executive Board, 49, Source: American Anthropologist, New Series, Vol. 49, No. 4, Part 1 (Oct.–Dec., 1947), S. 543, <http://franke.uchicago.edu/aaa1947.pdf>.

32 Heiner Bielefeldt, *Auslaufmodell Menschenwürde*, Freiburg 2011, S. 118.

ner solchen Theorie beschreibt John Rawls im Rahmen der Theorie „des übergreifenden Konsenses“. Die Antwort auf die Frage, wie die gemeinsame Konzeption in den Bedingungen vom Weltpluralismus erreicht wird, lautet folgenderweise: Die verschiedenen Richtungen der jeweiligen politischen Konzeptionen müssen mindestens einen gemeinsamen Punkt der Vereinbarung finden. Nach *John Rawls* ist sogar eine solche minimale fakultative Vereinbarung ausreichend, wenn sich die Vertreter der Kulturen auf die Anerkennung irgendeiner Norm mit verschiedenen Begründungen einigen. Die inhaltlich gleiche Norm kann mit verschiedenen Motivationen begründet werden, z. B. das Verbot der Folter und unmenschlicher Behandlung kann mit der naturrechtlichen, religiösen oder auch wissenschaftlichen Forschung, historisch oder auch anders begründet werden. Das Wichtigste ist, dass die Vereinbarung auf dem minimalen Inhalt einer konkreten Vorschrift basieren muss.<sup>33</sup> Die Begründung der „Konsenstheorie“ wird erst dann kompliziert, wenn es in irgendeiner Kultur nicht nur keine Garantien für die Menschenrechte gibt, sondern sie sich auch völlig gegen solche Garantien stellt. Solche Unterschiede können zwischen kulturellen Wertschätzungen mit großen Bedeutungen belastet sein. Die Liste solcher kulturellen Unterschiede ist nicht lang. Sogar der traditionelle Islam verurteilt den Völkermord, verbietet Folter und anerkennt die Garantien des menschenwürdigen Lebens. Obwohl sich sofort das Problem des Kulturkompromisses ergibt, wenn man von der Gleichberechtigung der Männer und Frauen und von der gesellschaftlichen Rolle der Frau spricht. Aus diesem Grund stellt die „Konsenstheorie“ fest, dass die Menschenrechte in der heutigen Weltordnung keine universale Einheit sein können. Deswegen kann sich die Konsenstheorie nicht über die allgemeinen Rechte, sondern nur über einzelne „konsensfähige“ Rechte verbreiten.

Die Konsenstheorie des Universalismus der Menschenrechte ist recht realistisch und

verwendbar.<sup>34</sup> Während der Globalisierung ist der Wille zur Zusammenarbeit nicht nur zwischen den Staaten groß, sondern auch zwischen den Menschen und Gesellschaften, weil die Menschen die gleichen Anforderungen und Interessen haben, die die Garantien der Sicherheit und Stabilität berücksichtigen.

„Die Konsenstheorie“ basiert auf zwei Grundlagen, die recht bemerkenswert und gleichzeitig auch gut begründet sind. Der erste Grund stammt von den menschlichen Bedürfnissen, die überall gleich sind, unabhängig davon, in welcher Gesellschaft und in welcher kulturellen Umgebung die Personen leben, ungeachtet ihrer Traditionen, Kulturen und Mentalitäten. Alle Menschen erleben körperliche und psychische Schmerzen gleichermaßen und alle streben nach Glück. Selbstverständlich sind sie verschiedene Individuen und ihre persönliche Entwicklung liegt an der natürlichen Umgebung, aber ihre Ähnlichkeit mit intelligenten Wesen ist so groß, dass sogar die zwischen ihnen existierenden Persönlichkeitsmerkmale die Unterschiede abdecken. Solche fundamentalen Lebensregeln und Traditionen, wie z. B. Pflichten gegenüber eigenen Kindern, Hunger, der Wunsch nach Wärme, Verteidigungsreflex, Geschlechterunterschiede und viele andere biologische Bedürfnisse hat jeder Mensch, unabhängig davon, wo und wann er lebt.<sup>35</sup> Der kritische Moment entsteht aber da, wo sich nicht nur genannte fundamentale Bedürfnisse, sondern das konkrete Bestreben und die Rechte eines gemeinsamen Phänomens mit einem Namen „die universelle Freiheit“ ergeben soll. Der zweite Grund, auf dem die „Konsenstheorie“ der Universalität der Menschenrechte basiert, ist folgendes Argument: Obwohl die ideologische Konzeption der Menschenrechte historisch wirklich in Westeuropa und Nordamerika entstan-

33 *John Rawls*, *Politischer Liberalismus*, Frankfurt 1998.

34 *Anna Phirtskhalashvili*, *Universalismus der Menschenrechte*, in: *Justice and Law*, N: 2'14, S. 80. [ana pircxalaSvili, adaminis uflebata unibersalurobis teoria, marTmsajuleba da kanoni, N: 2'14]

35 *Tushar Kanti Barua*, *Humanität zwischen Universalität und Regionalität*, in: *Batzli/Kissling/Zihlmann* (Hrsg.), *Menschenbilder, Menschenrechte*. Zürich. 1994, S. 26.

den und weiterentwickelt worden ist, sind sie langsam als Folge des jahrhundertelangen Zusammenlebens der unterschiedlichen Kulturen ineinander verschmolzen. Während dieses Prozesses wird durch verschiedene Kulturen die „Assimilation“ der positiven Eigenschaften durchgeführt.<sup>36</sup> Deswegen schließt die „westliche Herkunft“ der Konzeption der Menschenrechte ihre Verbreitung und Nutzung durch andere Kulturen nicht aus.

#### IV. Schlussfolgerung

Die georgische Verfassung basiert als das oberste Gesetz des Landes auf bestimmten Wertvorstellungen. Wie jeder Mensch, weist die Verfassung auch eigene Werte und Ideen

auf. Diese Werte stellen die unterschiedlichen Erkenntnisse und Ansichten dar, wonach die Ideen und Vorteile eingeschätzt werden. In der Bewertungshierarchie wird schließlich das Beste bevorzugt. Nach der georgischen Verfassung wird „der Mensch“ als der höchstgeschätzte Wert gewürdigt. Die Verfassung anerkennt seine Würde und Freiheit und der durch die Verfassung gewährte Grundwert ist der Mensch, den die Verfassung nicht nur als Träger der Naturrechte ansieht (nach Artikel 7), sondern welchem sie auch den Schutzmechanismus dieser Rechte durch „die allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien des internationalen Rechts“ (Art. 6 Abs. 2 georgischer Verfassung) sichert.

---

36 Heiner Bielefeldt, Menschenrechtlicher Universalismus ohne eurozentrische Verkürzung, in: Nooke/Lohmann/Wahlers (Hrsg.), Gelten Menschenrechte universal? Begründungen und Infragestellungen, Freiburg: 2008, S. 98-141 (S. 125).

## Bericht über die Tätigkeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen im Jahre 2016 – Teil II: Individualbeschwerden

Johanna Weber

---

---

### Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Das Individualbeschwerdeverfahren
- III. Statistische Angaben
- IV. Zulässigkeitsfragen
- V. Materiellrechtliche Fragen

#### I. Einführung

Dieser Beitrag stellt die Fortführung der Berichterstattung über die Tätigkeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen (im Folgenden Ausschuss) im Jahre 2016 dar.<sup>1</sup> Während Heft 1 allgemeine Ereignisse und die Auswertung von Staatenbeschwerden im Berichtszeitraum 2016 (116. bis 118. Sitzung) zum Thema hatte, widmet sich dieser Artikel den vom Ausschuss 2016 entschiedenen Individualbeschwerden und schließt damit an die Berichterstattung für das Jahr 2015 an.<sup>2</sup>

#### II. Das Individualbeschwerdeverfahren

Das 1. Fakultativprotokoll zum Zivilpakt (im Folgenden FP I)<sup>3</sup> ermöglicht Einzelpersonen eine Beschwerde auf Basis der im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (im Folgenden Zivilpakt)<sup>4</sup>

verbürgten Rechte beim Ausschuss. Im Gegensatz zum Staatenbeschwerdeverfahren nach Art. 40 Abs. 1, welches für jeden Mitgliedstaat obligatorisch gilt, ist der Ausschuss für die Entgegennahme und Prüfung von Individualbeschwerden nur dann zuständig, wenn der betreffende Staat das Zusatzprotokoll ratifiziert hat.

Die Zulässigkeit der Beschwerde ist im FP I geregelt, der Ablauf des Verfahrens ist in der Verfahrensordnung festgelegt. Gemäß Art. 2 FP I wird das Verfahren durch die schriftliche Einreichung der Beschwerde eingeleitet. Der Ausschuss kann zum Ergebnis kommen, dass diese unzulässig ist, dann wird die Entscheidung mittels einer "Inadmissability decision" dem Beschwerdeführer und dem betroffenen Vertragsstaat mitgeteilt.

Kommt der Ausschuss zu der Schlussfolgerung, dass die Beschwerde zulässig ist, wird in einem nächsten Schritt die Begründetheit an Hand der im Zivilpakt und im Zweiten Fakultativprotokoll zur Abschaffung der Todesstrafe<sup>5</sup> verbürgten Rechte geprüft. Abgeschlossen wird dieses Verfahren durch eine Auffassung ("View"), die den Parteien in der Folge mitgeteilt wird.

Formell kommt diesen Auffassungen mangels einer entsprechenden gesetzlichen Regelung zwar keine rechtsverbindliche Wirkung zu,<sup>6</sup> die Staaten sind aber gemäß Art. 2

---

1 Siehe bereits *Johanna Weber*, Bericht über die Tätigkeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen im Jahre 2016 – Teil I: Staatenberichte, in: MRM 2017, S. 56–78.

2 Siehe *Pascal Nägeler*, Bericht über die Tätigkeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen im Jahre 2015 – Teil II: Individualbeschwerden, in: MRM 2016, S. 148–157.

3 Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights vom 16. Dezember 1966. UNTS Bd. 999, S. 302; BGBl. 1992 II, S. 1247.

4 International Covenant on Civil and Political Rights, UNTS Bd. 999, S. 171; BGBl. 1973 II,

---

S. 1524. Alle im Folgenden genannten Artikel sind, sofern nicht ausdrücklich anders bezeichnet, solche des Zivilpaktes.

5 Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty vom 15. Dezember 1989, UNTS Bd. 1642, S. 414; BGBl. 1992 II, S. 391.

6 *Theodor Schilling*, Internationaler Menschenrechtsschutz, 3. Aufl. 2016.

dazu verpflichtet die Bestimmungen des Zivilpaktes zu wahren und umzusetzen, sowie Rechtsbehelfe zur Geltendmachung von Menschenrechtsverletzungen zu schaffen und insbesondere ihre Durchsetzung nach Artikel 2 Abs. 3 lit. c zu gewährleisten. Des Weiteren führte der Ausschuss in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 33<sup>7</sup> zu den Verpflichtungen der Vertragsstaaten aus dem FP I aus, dass eine Verpflichtung zur Kooperation nach Treu und Glauben gegeben ist. Ein Sonderberichtersteller überprüft zudem die Umsetzung und kann den Vertragsstaaten gegebenenfalls weitere Empfehlungen unterbreiten.

### III. Statistische Angaben

Seit dem Beginn der Beurteilung der Individualbeschwerden im Jahre 1977 wurden bis Ende März 2017 insgesamt 2 970 Individualbeschwerden gegen 92 Vertragsstaaten eingereicht.<sup>8</sup> Im Berichtszeitraum 2016 hat der Ausschuss 90 Beschwerden behandelt, davon wurden 14 als unzulässig zurückgewiesen und 8 eingestellt. In 44 Fällen hat er eine Verletzung des Zivilpaktes festgestellt. In 24 Fällen wurde keine Verletzung festgestellt.<sup>9</sup>

### IV. Zulässigkeitsfragen

Zunächst prüft der Ausschuss, ob die vorliegende Beschwerde gemäß Art. 1 bis Art. 3 und Art. 5 Abs. 2 FP I zulässig ist.<sup>10</sup>

#### 1. Beschwerdebefugnis/Opfereigenschaft

Voraussetzung ist, dass der Beschwerdeführer durch eine Handlung oder ein Unterlassen des Vertragsstaates persönlich in seinen Rechten beeinträchtigt ist. Dabei reicht es nicht aus auf allgemeine Umstände zu verweisen, die sich zu einer Bedrohung entwickeln könnten. Es zählt die gegenwärtige oder vergangene Verletzung eines oder mehrerer Rechte, die durch den Pakt geschützt werden. Es dürfen nur Individuen, die selbst oder in Vertretung eines anderen betroffen sind, den Ausschuss befragen. Juristische Personen sind demnach ausgeschlossen, aber gemäß Allgemeiner Bemerkung Nr. 31 (2004)<sup>11</sup> schließt das die Möglichkeit nicht aus, dass Individuen Vermögenswerte juristischer Personen als Verletzung ihres eigenen Vermögens geltend machen.<sup>12</sup>

Im Fall *A.N. ./ Dänemark*<sup>13</sup> wurde die Voraussetzung der Opfereigenschaft und persönliche Betroffenheit behandelt. Der Beschwerdeführer sah sich als Moslem persönlich verletzt durch die Hassrede gegen Muslime von der Danish People's Party und die anschließende Einstellung der Ermittlungen durch den dänischen Staat. Der Ausschuss führte dazu aus, dass keine Person in theoretischer Weise und mittels Actio popularis Einspruch gegen ein Gesetz oder eine Handlung erheben darf, welche er oder sie als für nicht im Einklang mit der Konvention hält. Jede Person, die behauptet Opfer einer Verletzung einer Bestimmung der Konvention zu sein, muss nachweisen, dass diese Verletzung entweder schon passiert ist oder unmittelbar bevorsteht, basierend auf einem Gesetz oder einer richterlichen oder administrativen Entscheidung oder Handlung. Da der Kläger nicht nachweisen konnte, dass er persönlich davon betroffen

7 General Comment Nr. 33 (2008), UN-Dok. CCPR/C/GC/33.

8 Bericht des Ausschusses an die Generalversammlung der Vereinten Nationen von 2016, UN-Dok. A/72/40, S. 4.

9 Eine Übersicht der behandelten Fälle findet sich hier: <http://ccprcentre.org/decision-by-session/> (letzter Zugriff am 4. Februar 2018).

10 Ausführlich dazu: *Bernhard Schäfer*, Die Individualbeschwerde nach dem Fakultativprotokoll zum Zivilpakt, 2. Aufl. 2007, S. 40–100.

11 General Comment Nr. 31 (2004), UN-Dok. CCPR/C/21/Rev. 1/Add.13, para. 9.

12 Auffassung vom 30. März 2016, *Roberto Isaias Dassum und William Isais Dassum ./ Ecuador*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2244/2013, para. 7.3.

13 Entscheidung vom 30. März 2016, *A.N. ./ Dänemark*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2039/2011, para. 7.4.

war, wurde die Beschwerde als unzulässig abgewiesen.<sup>14</sup>

## 2. *Hinreichende Substantiiertheit der Beschwerde*

Die Verletzung muss entsprechend Art. 96 lit. b S. 1 VerfO<sup>15</sup> hinreichend substantiiert sein. Dies ist nur dann erfüllt, wenn die Behauptungen durch entsprechendes Beweismaterial belegt sind.<sup>16</sup> Wird beispielsweise behauptet, dass die Befragung von Zeugen während des Verfahrens verwehrt wurde und der Richter voreingenommen war ohne auf Details einzugehen und konkrete Beweise vorzubringen, wird die Beschwerde als unzulässig abgewiesen.<sup>17</sup> Ein Mangel an ausreichenden Informationen muss aber nicht dazu führen, dass die gesamte Beschwerde zurückgewiesen wird, es können auch nur Teile von der weiteren Prüfung ausgeschlossen werden.<sup>18</sup>

14 Ebd., para. 7.5.; ähnlich: Auffassung vom 14. Juli 2016, *Mohamed Rabbae, A. B. S. und N. A. ./ Niederlande*, UN-Dok. CCPR/C/117/D/2124/2011 betreffend Hassrede durch den niederländischen Politiker Geert Wilders.

15 Rules of Procedure of the Human Rights Committee, UN-Dok. CCPR/C/3/Rev. 10. (2012).

16 Auffassung vom 31. März 2016, *Annakurban Amanklychev ./ Turkmenistan*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2078/2011, para. 6.4.

17 Auffassung vom 11. März 2016, *Vladimir Vasilievich Neporoyhnev ./ Russland*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/1941/2010, para. 7.3. Weitere Fälle: Entscheidung vom 14. Juli 2016, *X ./ Niederlande*, CCPR/C/117/D/2729/2016; Entscheidung vom 30. März 2016, *V.L. ./ Weißrussland*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2084/2011; Entscheidung vom 14. Juli 2016, *S.M. ./ Bulgarien*, UN-Dok. CCPR/C/117/D/2100/2011; Entscheidung vom 30. März 2016, *S.V. ./ Weißrussland*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2047/2011; Entscheidung vom 30. März 2016, *V.K. ./ Russland*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2411/2014; Entscheidung vom 3. November 2016, *K.A. ./ Weißrussland*, UN-Dok. CCPR/C/118/D/2112/2011.

18 Auffassung vom 26. Oktober 2016, *Kayum Ortikov ./ Usbekistan*, UN-Dok. CCPR/C/118/D/2317/2013; Auffassung vom 27. Oktober 2016, *S.P. ./ Russland*, UN-Dok. CCPR/C/118/2152/2012.

## 3. *Zuständigkeit ratione materiae*

Auf materieller Ebene muss ein Beschwerdegegenstand vorliegen, der eine Verletzung von Rechten aus dem Zivilpakt oder seinen Fakultativprotokollen zum Inhalt hat. Die in Art. 2 vorgesehene generelle Verpflichtung der Staaten kann nicht separat geltend gemacht werden, sondern nur in Verbindung mit einer konkreten Verpflichtung aus dem Zivilpakt. Andernfalls wird dieser Teil der Beschwerde, wie beispielsweise im Fall *W.M.G. ./ Kanada*, als unzulässig zurückgewiesen.<sup>19</sup>

## 4. *Zuständigkeit ratione temporis*

Der Ausschuss darf nur über Beschwerden entscheiden, die eine Verletzung zugrunde haben, die sich nach dem Inkrafttreten des Zivilpaktes und des FP I im betreffenden Staat zugetragen hat. Eine Ausnahme besteht, wenn die ursprüngliche Verletzung fortwirkt, andernfalls muss der Ausschuss die Beschwerde verwerfen. Im Fall *Ramazan Esergepov ./ Russland*<sup>20</sup> brachte der Beschwerdeführer vor, dass er am 1. Dezember 2008 und am 6. Januar 2009 entführt wurde. Das FP I trat in Russland allerdings erst am 30. September 2009 in Kraft, weshalb dieser Teil der Beschwerde abgewiesen werden musste. Das innerstaatlich ergangene Urteil gegen den Kläger, welches auch davor gefällt wurde, wurde in einem weiteren Verfahren am 22. Oktober 2009 bestätigt und eine Überprüfung durch das Höchstgericht am 14. Dezember 2009 und am 24. Mai 2010 verworfen. Der Ausschuss konnte also diese Teile der Beschwerde zulassen, weil die Verletzung fortwirkte.<sup>21</sup>

19 Auffassung vom 11. März 2016, *W.M.G. ./ Kanada*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2060/2011, para. 6.3.

20 Entscheidung vom 29. März 2016, *Ramazan Esergepov ./ Kasachstan*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2129/2012, para. 10.4.

21 Ibid., para. 10.5.

### 5. Missbrauch des Beschwerderechts

Die Beschwerde kann als unzulässig zurückgewiesen werden, wenn der Ausschuss zu der Feststellung kommt, dass der Beschwerdeführer sein Beschwerderecht missbraucht. Dies kann dann der Fall sein, wenn ein besonders langer Zeitraum verstrichen ist zwischen der letzten innerstaatlichen Entscheidung und der Einreichung der Beschwerde. Mangels einer vertraglich vorgesehenen Beschwerdefrist kann der Ausschuss dies hierunter subsumieren.

Im Fall *M.A.B. ./ Argentinien* erhielt der Ausschuss die Beschwerde am 10. August 2010, mehr als neun bzw. sieben Jahre nach dem letzten innerstaatlichen Rechtsakt. Während des Verfahrens in Argentinien hatte der Beschwerdeführer Polizeischutz, der anschließend jedoch widerrufen wurde, was dazu führte, dass er bis 2009 Drohungen erhielt. Der Ausschuss sah demnach die verstrichene Zeit als gerechtfertigt an.<sup>22</sup>

In einem anderen Fall betreffend den Todesfall von A.F.D. – einem der Gründer der M-19 Bewegung<sup>23</sup> in Kolumbien – entschied der Ausschuss anders. Zum Tod von A.F.D., der 1986 ermordet worden sei, gibt es bis heute keine strafrechtlichen Ermittlungen und keine Verurteilung der Verantwortlichen. Die Familie, welche immer wieder Opfer von Verfolgung war und zeitweise im Ausland internationalen Schutz suchte, befasste den Ausschuss mit der Thematik. Dieser stellte zunächst mangels Frist keine Verletzung *ratione temporis* fest, aber einen Missbrauch des Beschwerderechts. Er konkretisierte, dass die Übermittlung einer Beschwerde fünf Jahre nach Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges oder ggf. drei Jahre nach Behandlung durch eine internationale Stelle, unzulässig sei, sofern die außergewöhnliche Verspätung in An-

betracht aller Umstände nicht gerechtfertigt werden kann. Im konkreten Sachverhalt lag der Todesfall bereits dreißig Jahre zurück. Die Kläger konnten erläutern, dass es bis 2003 schwierig war, weil sie bis zu diesem Zeitpunkt immer wieder gezwungen waren als Flüchtlinge das Land zu verlassen. Ab 2003 hatten die Kläger aber verabsäumt zu erklären, warum sie nicht anschließend Klage erhoben haben, weshalb der Ausschuss die Beschwerde als unzulässig zurückwies.<sup>24</sup>

### 6. Rechtswegerschöpfung

Eine rechtmäßige Erhebung der Beschwerde vor dem Ausschuss ist nur zulässig, wenn der Beschwerdeführer gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. b FP I im Vorfeld alle zur Verfügung stehenden innerstaatlichen Rechtsbehelfe ausgeschöpft hat. Dazu muss der Beschwerdeführer jedes Mittel in Anspruch nehmen, das *de facto* verfügbar ist und wirksam erscheint. Sofern die Unwirksamkeit des Rechtsmittels bekannt ist, verzichtet der Ausschuss auf das Erfordernis. Bloße Zweifel an der Effektivität heben die Verpflichtung nicht auf.<sup>25</sup>

Turkmenistan hat mehrmals vorgebracht, dass der innerstaatliche Rechtsweg nicht ausgeschöpft wurde, da nach geltendem Recht die Möglichkeit besteht sich im Rahmen einer "supervisory review procedure" gegen die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zu wenden. Dieser Antrag an den Staatsanwalt zu einer aufsichtsrechtlichen Überprüfung von Gerichtsentscheidungen, die bereits in Rechtskraft erwachsen sind, ist nach ständiger Rechtsprechung des Ausschusses jedoch nicht erforderlich.<sup>26</sup>

22 Entscheidung vom 30. März 2016, *M.A.B. ./ Argentinien*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2122/2011, para. 8.6.

23 Die M-19 Bewegung (Movimiento 19 de Abril) war eine linksgerichtete, kolumbianische Guerilla-Organisation, die sich 1990 in eine Partei umwandelte. Sie wurde als Reaktion auf die Wahlen am 19. April 1970 gegründet, bei der es zu groben Unregelmäßigkeiten kam, die nie geklärt wurden.

24 Entscheidung vom 30. März 2016, *C.L.C.D., V.F.C. und A.F.C. ./ Kolumbien*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2399/2014, paras. 6.4.-6.6.

25 Beispielsweise: *W.M.G. ./ Kanada* (Fn. 19); Entscheidung vom 4. Juli 2016, *J.I. ./ Frankreich*, UN-Dok. CCPR/C/117/D/2154/2012, para. 6.5.; Entscheidung vom 3. November 2016, *X und Y ./ Kanada*, UN-Dok. CCPR/C/118/D/2771/2016.

26 *Annakurban Amanklychev ./ Turkmenistan* (Fn. 16), para. 6.3.; *Ramazan Esergepov ./ Kasachstan* (Fn. 20), para. 10.3.

Auch im Fall *F.J. et al. ./ Australien* betreffend unbegrenzter Haft von Migranten hatte Australien vorgebracht, dass keine richterliche Überprüfung der Haft angestrebt wurde. Die Informationen aber legten nahe, dass eine solche Überprüfung wenig aussichtsreich wäre. Einerseits wurde zuvor bereits in der Sache *Al-Kateb v. Godwin* von einem australischen Gericht die Rechtmäßigkeit der Haft geprüft und entschieden, dass sie mit dem National Migration Act im Einklang steht und eine weitere verfassungsrechtliche Überprüfung in der Folge eingestellt. Eine Aufhebung dieses Präzedenzfall ist national nicht angezeigt. Außerdem haben Richter nicht die Möglichkeit jeden einzelnen Kläger individuell zu beurteilen. Daher stellt eine richterliche Überprüfung kein geeignetes Mittel dar. Darüber hinaus wurde in der Entscheidung *M47* vom 5. Oktober 2002 die Haft des Klägers nicht unterbrochen. Eine richterliche Untersuchung führt demnach auch nicht zur Aufhebung von willkürlicher Haft, kann also nicht Abhilfe gegenüber der Verletzung schaffen.<sup>27</sup> In einem anderen Fall gegen Australien wurde in Bezug auf die Dauer der Untersuchungshaft festgestellt, dass es keine innerstaatlichen Rechtsmittel gibt, die auf Willkür abzielen, sondern nur die Überprüfung der Rechtmäßigkeit durch Richter.<sup>28</sup>

## 7. Keine Befassung anderer internationaler Instanzen

Art. 5 Abs. 2 lit. a FP I sieht vor, dass der Ausschuss eine Beschwerde nur dann überprüfen darf, wenn dieselbe Rechtssache nicht bereits in einem anderen internationalen Untersuchungs- oder Streitregelungsverfahren untersucht wird.

In dem Verfahren *J.I. ./ Frankreich* hat sich zuvor der EGMR mit der Sache beschäftigt, diese aber wegen verfahrensrechtlicher Hindernisse zurückgewiesen. Es muss also

geklärt werden, ob der „selbe Fall“ tatsächlich „untersucht“ wurde. Es handelt sich um denselben Beschwerdeführer, dieselben Fakten und dieselben materiellen Rechte. In seiner ständigen Rechtsprechung betont der Ausschuss jedoch, dass untersuchen bedeutet, wenn zumindest indirekt die Hauptsache berücksichtigt wurde. Wird ein Fall aber ausschließlich wegen verfahrensrechtlicher Hindernisse wie hier zurückgewiesen, fällt dies nicht unter die Subsumtion „untersucht“ und der Fall wird zugelassen.<sup>29</sup>

In einem anderen Fall stellte sich die Frage, ob die Behandlung durch die Inter-Parliamentary Union der Beschwerde entgegensteht. Nachdem sich der Autor an diese gewandt hatte, führte das IPU Committee on the Human Rights of Parliamentarians Erkundungsmissionen durch. Der Ausschuss aber stellte fest, dass es sich tatsächlich um eine interparlamentarische Einrichtung handelt, die durch Dialog Fälle löst und dessen Entscheidungen bestenfalls konsultativ wirken. Eine Behandlung durch den Ausschuss kann demnach erfolgen.<sup>30</sup>

## V. Materielle rechtliche Fragen

Im Jahr 2016 hat der Ausschuss zu folgenden materiellrechtlichen Fragen Stellung genommen:

### 1. Recht auf Leben (Art. 6)

Im Fall *W.M.G. ./ Kanada* verwies der Ausschuss abermals auf die Allgemeine Bemerkung Nr. 31<sup>31</sup> zur Verpflichtung der Staaten. Im betreffenden Fall war das Opfer aus Simbabwe HIV-positiv und beanspruchte die Abschiebung aus Kanada, weil er seine Gesundheit bzw. sein Leben wegen mangelnder Versorgung im Heimatland als gefährdet betrachtete. Der Beschwerdeführer konnte seinen Anspruch nicht haltbar machen, da der Ausweistaat die Si-

27 Auffassung vom 22. März 2016, *F.J. ./ Australien*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2233/2013, para. 9.3.

28 Auffassung vom 29. März 2016, *Nasir ./ Australien*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2229/2012, para. 6.4.

29 *J.I. ./ Frankreich* (Fn. 25), paras. 6.1–6.3.

30 Auffassung vom 3. November 2016, *Eugène Diomi Ndongala Nzo Mambu ./ DRC*, UN-Dok. CCPR/C/118/D/2465/2014, para. 8.2.

31 General Comment Nr. 31 (Fn. 11).

tuation in Simbabwe untersucht hatte und festgestellt wurde, dass dort sowohl im privaten als auch im öffentlichen Sektor Medikamente vorhanden sind. Bis zu seinem Ausweisebescheid hatte der Beschwerdeführer außerdem eigens entschieden keine Medikamente einzunehmen. Er hat Familie in Simbabwe, auf die er zurückgreifen kann und eine gute Ausbildung, die ihm bessere Chancen ermöglicht als der Mehrheit der Bevölkerung in Simbabwe. Sein Vorbringen war inhaltlich ausschließlich bezogen auf die allgemeine Situation in Simbabwe, weshalb er nicht nachweisen konnte, dass sein Leben oder physische und mentale Gesundheit als Folge seiner Auslieferung in unmittelbarer und direkter Gefahr wäre.<sup>32</sup>

Artikel 6 wurde außerdem häufig in Kombination mit Artikel 7 geltend gemacht, wie auch im Fall *Rafik Belamrania* ./ Algerien, in dem es um Folter und Massenhinrichtung ging.<sup>33</sup>

## 2. Verbot der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (Art. 7)<sup>34</sup>

Der Ausschuss betonte in der Entscheidung *Annakurban Amanklychev* ./ Turkmenistan<sup>35</sup>, dass der Vertragsstaat die Pflicht habe jeden Vorwurf einer Misshandlung iSd Artikel 7 umgehend und unparteiisch zu untersuchen.<sup>36</sup> Der Staat ist für die Sicherheit von allen inhaftierten Personen verantwortlich. Bei einem solchen Vorwurf trägt demnach der Vertragsstaat die Beweislast unverzüglich zu widerlegen, dass staatliche

Akteure in die Verletzung involviert waren und muss gleichzeitig nachweisen, dass Haftwärter alles getan haben, um die Häftlinge zu schützen.<sup>37</sup> Der Ausschuss betont in mehreren Entscheidungen, dass die Beweislast nicht ausschließlich auf dem Beschwerdeführer lasten darf, insbesondere, weil kein gleichwertiger Zugang zu Beweisen besteht. Wenn also eine glaubhafte Aussage vorliegt und weitere Klarstellung ausschließlich durch den Staat erfolgen kann und dieser der Aufforderung nicht nachkommt, kann der Ausschuss den Vorwurf als bewiesen annehmen.<sup>38</sup>

Im Fall *Vladimir Vasilievich Neporozhnev* ./ Russische Föderation brachte der Beschwerdeführer vor, dass er verhaftet wurde und im Keller der Polizei die ganze Nacht gefoltert wurde. Der Vertragsstaat leugnete, dass es sich um Polizisten gehandelt hatte, trotz erdrückender Beweislage. Die ursprünglichen Ermittlungen wurden eingestellt und es gibt keine Informationen zu neuerlichen Ermittlungen. Unter Bezugnahme auf die Allgemeine Bemerkung Nr. 31<sup>39</sup> weist der Ausschuss darauf hin, dass eine mangelhafte oder nicht erfolgte Untersuchung von behaupteten Misshandlungen aus sich heraus einen separaten Verstoß gegen den Pakt gem. Art. 7 i. V. m. Art. 2 Abs. 3 darstellen kann.<sup>40</sup>

Eine Verletzung von Artikel 7 kann auch festgestellt werden, wenn gesundheitliche und psychologische Dienste in der Haft zwar verfügbar waren, aber die Kombination des willkürlichen Charakters und der

32 *W.M.G.* ./ Kanada (Fn. 19), paras. 7.2.–7.4.

33 Auffassung vom 27. Oktober 2016, *Rafik Belamrania* ./ Algerien, UN-Dok. CCPR/C/118/D/2157/2012.

34 Weitere Fälle im Zusammenhang mit Folter: Auffassung vom 28. Oktober 2016, *Roy Manojkumar Samathanam* ./ Sri Lanka, UN-Dok. CCPR/C/118/D/2412/2014; Auffassung vom 26. Oktober 2016, *Kayum Ortikov* ./ Usbekistan, UN-Dok. CCPR/C/118/D/2317/2013.

35 *Annakurban Amanklychev* ./ Turkmenistan (Fn. 16), para. 7. 2.

36 General Comment Nr. 20 vom 10. März 1992, para. 14.

37 Auffassung vom 11. März 2016, *Filip Maksimovich Polkikh* ./ Russische Föderation, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2099/2011, para 9.4.; außerdem: Auffassung vom 27. Oktober 2016, *Urmatbek Akunov* ./ Kirgistan, UN-Dok. CCPR/C/118/D/2127/2011; Auffassung vom 21. Oktober 2016, *Zhakhangir Bazarov* ./ Kirgistan, UN-Dok. CCPR/C/118/D/2187/2012.

38 Auffassung vom 11. März 2016, *Mejdoub Chani* ./ Algerien, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2297/2013, para. 7.2.

39 General Comment Nr. 31 (Fn. 11).

40 Auffassung vom 11. März 2016, *Vladimir Vasilievich Neporozhnev* ./ Russische Föderation, UN-Dok. CCPR/C/116/D/1941/2010, paras. 8.2.–8.4.

unbefristeten Art der Haft solche Auswirkungen auf die psychische Gesundheit des Beschwerdeführers hatten, dass medizinische Berichte eine Verletzung bestätigen.<sup>41</sup>

Auch im Hinblick auf Abschiebeverfahren hatte der Ausschuss den Artikel 7 mehrmals zu prüfen. Er betonte, dass es die Pflicht des Vertragsstaates sei, nicht auszuliefern, wenn die Gefahr besteht, dass im Heimatland Artikel 6 oder Artikel 7 verletzt wird. Die Gefahr muss den Beschwerdeführer persönlich betreffen, es wird eine hohe Schwelle erwartet und eine echte Gefahr von irreparablen Schäden muss bestehen. Zur Beurteilung müssen alle relevanten Faktoren miteinbezogen werden, persönliche Umstände wie auch die allgemeine Menschenrechtssituation im betreffenden Staat.<sup>42</sup> Der Ausschuss erinnert an seine Entscheidungspraxis, dass der Beurteilung durch den Vertragsstaat ein signifikantes Gewicht beigemessen werden muss. Es sei gerade die Aufgabe der Staatsorgane, die erworbenen Erkenntnisse und Fakten zu bewerten und zu beurteilen, um festzustellen, ob dem Abzuschiebenden in seinem Herkunftsland Folter oder unmenschliche Behandlung droht.

Im Fall *A. H. A. ./ Dänemark* schloss sich der Ausschuss der Beurteilung des Ausweisestaates an. Die Argumente des Beschwerdeführers seien sehr vage und unplausibel, die allgemeine Sicherheitslage im betreffenden Teil von Somalia nicht drastisch. Er entschied daher, dass keine Verletzung von Artikel 7 vorliegt.<sup>43</sup>

Der Ausschuss kann aber auch zu einem anderen Ergebnis kommen und eine Verletzung feststellen, wenn die Entscheidung des Vertragsstaates offenkundig unangemessen oder willkürlich ist oder dieser es verabsäumt hat, entscheidungserhebliche Tatsachen angemessen zu berücksichtigen.

41 *F. J. ./ Australien* (Fn. 27), para. 10.6.

42 General Comment Nr. 31 (Fn. 11), para. 12.

43 Auffassung vom 8. Juli 2006, *A. H. A. ./ Dänemark*, UN-Dok. CCPR/C/117/d/2493/2014, paras. 8.2-8.6.; auch: Auffassung vom 14. Juli 2016, *A. M. M. ./ Dänemark*, UN-Dok. CCPR/C/117/D/2415/2014, para. 7.4.; Entscheidung vom 14. Juli 2016, *V. R. und N. R. ./ Dänemark*, UN-Dok. CCPR/C/117/2745/2016, paras. 4.4.-4.6.

In einem weiteren Fall betreffend die Auslieferung nach Somalia wurde festgestellt, dass das kumulative Vorliegen zahlreicher Gründe dazu führt, dass der Beschwerdeführer durch eine Auslieferung nach Somalia von einer Gefahr von irreparablen Schäden betroffen wäre. Dieser hatte das Land bereits im Alter von fünf Jahren verlassen, keine Familie mehr vor Ort, eingeschränkte Sprachkenntnisse in Somali, gehört einem Minderheitsclan an, hatte kürzlich Tuberkulose und sein Bruder hatte gerade erst Schutzstatus in Dänemark erhalten.<sup>44</sup>

In der Rechtssache *K. G. ./ Dänemark* betreffend die beabsichtigte Abschiebung des Beschwerdeführers nach Sri Lanka sah der Ausschuss keinen Verstoß gegen Art. 7. Der Beschwerdeführer trug vor, dass er Tamile sei und befürchte getötet zu werden, da die Freundin seines ehemaligen Angestellten sein Geschäft nutzte, um Treffen der Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE)<sup>45</sup> zu organisieren. Allerdings sah der Ausschuss eine solche Gefahr als nicht gegeben an. Der Beschwerdeführer habe keinerlei Anhaltspunkte vorgetragen, die ihn in eine konkrete Verbindung zu politischen Aktivitäten der LTTE bringen könnten. Der Ausschuss betonte, dass rein die Tatsache der Zugehörigkeit zur Minderheit der Tamilen nicht ausreicht und keine ernsthafte Gefahr für den Beschwerdeführer festzustellen war.<sup>46</sup>

Eine Vielzahl weiterer Fälle gegen Dänemark waren zu beurteilen.<sup>47</sup> Darunter auch

44 Auffassung vom 4. Juli 2016, *A. A. S. ./ Dänemark*, UN-Dok. CCPR/C/117/D/2464/2014, paras. 7.2.-7.7.

45 Hintergrund ist der Bürgerkrieg in Sri Lanka, der von 1983 bis 2009 andauerte. Tamilische Separatisten (v. a. die Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE)) kämpften um die Unabhängigkeit vom Inselstaat Sri Lanka. Sie forderte, aus den tamilischen Siedlungsgebieten im Norden und Osten einen unabhängigen Staat Tamil Eelam zu bilden. Der Bürgerkrieg endete mit dem vollständigen Sieg der sri-lankischen Regierungstruppen über die Rebellen im Jahr 2009.

46 Auffassung vom 22. März 2016, *K. G. ./ Dänemark*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2347/2014, paras. 7.2.-7.4.

47 Zahlreiche weitere Fälle gegen Dänemark. Ausweisung nach Pakistan: Auffassung vom 13. Juli 2016, *A und B ./ Dänemark*, UN-Dok. CCPR/C/

einige, die sich mit der Anwendung der Dublin II-Regelung auseinandersetzen.

Die Beschwerdeführer *A. S. M. und R. A. H.* sollten nach Italien ausgewiesen werden, da dies der Ort ihrer Erstankunft auf dem Territorium der EU war. Sie brachten vor, dass sie damals bereits Unterstützung von Italien erhalten hatten und demnach bei Wiederkehr keinen Anspruch mehr hätten. Die sozioökonomischen Umstände in Italien seien beschwerlich, es herrsche ein Mangel an Zugang zu sozialer Unterstützung, Unterkünften und Arbeit, weshalb die Wahrscheinlichkeit einer Obdachlosigkeit mit zwei kleinen Kindern sehr hoch wäre. Unter Berufung auf die Allgemeine Bemerkung Nr. 31 teilt der Ausschuss diese Meinung nicht. Trotz der schwierigen Lage in Italien sei nicht erkennbar, dass die Beschwerdeführer auf eine außergewöhnliche Weise mehr gefährdet wären als andere. Diese hatten in der Vergangenheit eine Gesundheitskarte erhalten, die eine Inanspruchnahme von Leistungen ermöglicht hatte, darunter auch die Geburt der beiden Kinder. Auch war der Vater in Italien zeitweise sogar berufstätig. Es ist daher nicht erkennbar, dass eine Ausweisung offensichtlich unzumutbar ist.<sup>48</sup> In einem anderen Fall wurde eine Verletzung festgestellt. Die Beschwerdeführerin lebte zunächst in Italien, wurde aber nach Erhalt des subsidiären Schutzstatus ohne Alternative aus ihrer Unterkunft verwiesen und lebte fortan auf der Straße. Mittlerweile ist die Beschwerdeführerin mit ih-

ren vier Töchtern in Dänemark. Der EGMR hatte festgestellt, dass in Italien Probleme herrschen, aber keine systemischen Fehler. Dennoch müssen dem Ausschuss zufolge die persönlichen Umstände in Betracht gezogen werden. In diesem Fall waren die Ergebnisse daher als so drastisch zu werten, dass der Ausschuss eine Verletzung von Artikel 7 feststellte.<sup>49</sup>

Ähnliche Fragen stellten sich hinsichtlich der Ausweisung nach Bulgarien. Die Beschwerdeführer hatten in Bulgarien keinen Zugang zu einer Unterkunft, keine ausreichende medizinische Versorgung und mussten mit Baby auf der Straße leben. Sie wurden bei ihrer Ankunft von der Polizei eingesperrt und misshandelt. Mit Verweis auf das Urteil des EGMR, in dem dieser feststellt, dass eine deutliche Beeinträchtigung der materiellen und sozialen Lebensbedingungen bei einer Ausweisung kein ausreichender Grund ist, um Artikel 3 EMRK zu verletzen, betont der Ausschuss, dass es sich im gegenständlichen Fall jedoch um intolerable Lebensbedingungen handelt, weshalb eine Verletzung vorliegt.<sup>50</sup> Anders entschieden wurde ein Fall, in dem die Betroffenen eine Unterkunft hatten, bis sie freiwillig in eine eigene Wohnung gezogen sind. Sie hatten keine Probleme mit Behörden und lediglich die sozioökonomische Situation vorgebracht. Daher sah der Ausschuss keine Verletzung.<sup>51</sup>

Zahlreiche weitere Fälle betreffend die Auslieferung von Asylwerbern wurden dem Ausschuss vorgelegt.<sup>52</sup>

117/D/2291/2013. Ausweisung nach Russland: Auffassung vom 13. Juli 2016, *S. Z. ./ Dänemark*, UN-Dok. CCPR/C/117/D/2443/2014. Ausweisung nach Armenien: Auffassung vom 11. März 2016, *Z. ./ Dänemark*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2422/2014. Ausweisung nach Afghanistan: Auffassung vom 1. Juli 2016, *E. U. R. ./ Dänemark*, UN-Dok. CCPR/C/117/D/2469/2014; Entscheidung vom 30. März 2016, *A. ./ Dänemark*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2357/2014. Ausweisung nach China: Auffassung vom 26. Oktober 2016, *J. D. ./ Dänemark*, UN-Dok. CCPR/C/118/D/2204/2012. Ausweisung nach Bangladesch: Auffassung vom 12. Juli 2016, *M. K. H. ./ Dänemark*, CCPR/C/117/D/2462/2014.

48 Auffassung vom 7. Juli 2016, *A. S. M. und R. A. H. ./ Dänemark*, UN-Dok. CCPR/C/117/D/2378/2014, para. 8.6.

49 Auffassung vom 7. Juli 2016, *Ms. Obah Hussein Ahmed ./ Dänemark*, UN-Dok. CCPR/C/117/D/2379/2014, paras. 13.2.–13.9.; ähnlich: Auffassung vom 29. März 2016, *Abdilafrir Abubakar Ali und Mayul Ali Mohamad ./ Dänemark*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2409/2014.

50 Auffassung vom 28. Oktober 2016, *R. A. A. und Z. M. ./ Dänemark*, UN-Dok. CCPR/C/118/2608/2015, paras. 7.2.–7.8.

51 Auffassung vom 28. Oktober 2016, *B. M. I. und N. A. K. ./ Dänemark*, CCPR/C/118/D/2569/2015.

52 Auslieferung nach Kirgistan: Auffassung vom 2. März 2016, *K. B. ./ Russland*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2193/2012. Auslieferung nach Weißrussland: Entscheidung vom 30. März 2016, *V. D. ./ Russland*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/

### 3. *Recht auf Freiheit und Sicherheit der Person; Verfahrensgarantien bei Freiheitsentziehung (Art. 9)*

Artikel 9 schützt das Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit. Niemand darf willkürlich festgenommen oder in Haft gehalten werden. Wer also inhaftiert wird ohne über den Grund der Verhaftung informiert zu werden, ohne Kontakt zur Familie und ohne Rechtsbehelf, wurde in seinem Recht aus Artikel 9 verletzt.<sup>53</sup>

Der Ausschuss betonte erneut, dass der Begriff „willkürlich“ nicht mit „rechtswidrig“ gleichzusetzen sei, sondern weiter interpretiert werden muss. Abzustellen sei darauf, ob unangemessen, ungerecht und ohne Vorhersehbarkeit auf ein ordentliches Gerichtsverfahren vorgegangen wurde.<sup>54</sup> Die Inhaftierung zum Zwecke eines laufenden Zuwanderungsverfahrens ist nicht per se willkürlich. Sie muss allerdings gerechtfertigt werden als begründet, notwendig und verhältnismäßig in Anbetracht aller Umstände und nach Zeitablauf immer wieder neu evaluiert werden. Zunächst können Migranten zur Überprüfung ihrer Identität festgehalten werden, anschließend jedoch handelt es sich um Willkür, sofern nicht Gründe vorliegen, die sich auf die Einzelperson beziehen, z. B. weil die konkrete Gefahr besteht, dass die betreffende Person Straftaten gegen andere begehen könnte. Eine generelle Regel ist nicht zulässig; es müssen immer weniger invasive Mittel in Betracht gezogen werden. Außerdem muss die mentale Gesundheit der Migranten berücksichtigt werden. Eine unbefristete Haft aufgrund Unmöglichkeit der Abschiebung ist jedenfalls nicht rechtmäßig. Im gegenständlichen Fall wurden die Beschwerdeführer auf Grundlage des „Migration Act“ Australiens rechtmäßig inhaftiert. Allerdings konnte vom Staat nicht nachgewiesen wer-

den, dass jeder Einzelne beurteilt wurde. Es wurden auch keine Rechtsmittel in Aussicht gestellt oder anderweitig angezeigt, dass der Staat bemüht sei, Lösungen zu finden, um eine Freilassung zu ermöglichen. Daher stellte der Ausschuss eine Verletzung von Artikel 9 Abs. 1 fest.<sup>55</sup>

Der Ausschuss betont abermals, dass eine Verletzung von Artikel 9 Abs. 4 vorliegt, wenn kein Rechtsmittel existiert, das auch die Möglichkeit der Freilassung beinhaltet, wenn die Haft als nicht vereinbar mit den Konventionsrechten ist.<sup>56</sup>

Eine unrechtmäßige Freiheitsentziehung, wie in Artikel 9 Abs. 5, bedeutet nach Auslegung durch die Allgemeine Bemerkung Nr. 35<sup>57</sup>, dass sich die Unrechtmäßigkeit aus einer Verletzung des innerstaatlichen Rechts oder einer Verletzung einer Bestimmung aus der Konvention ergeben kann. Die Tatsache, dass ein Verurteilter im Nachgang freigesprochen wird – erstinstanzlich oder in Berufung – macht per se eine vorangegangene Haft nicht unrechtmäßig.<sup>58</sup> Eine Festnahme ohne Haftbefehl ist aber nicht zulässig. Der Beschwerdeführer Paul Eric Kingue, Bürgermeister in Kamerun, konnte im vorliegenden Fall nachweisen, dass er wegen seiner Handlungen im Amt vom Staat mutwillig zur Zielscheibe gemacht wurde und wegen drei verschiedenen Verbrechen hintereinander angeklagt und verurteilt wurde, die allesamt in der Berufung aufgehoben bzw. vom Höchstgericht annulliert wurden. Er wurde außerdem zwanzig Tage in einer Einzelzelle in Untersuchungshaft gehalten; dies ohne Haftbefehl und ohne Außenkontakt. Der Ausschuss stellte deshalb eine Verletzung von Artikel 9 Abs. 1 und Abs. 3 fest.<sup>59</sup> Auch die verspätete Entlassung nach Ende der Haftstrafe ist ab Tag eins eine Verletzung gem. Artikel 9 Abs. 5.<sup>60</sup>

2198/2012. Auslieferung nach Sri Lanka: Auffassung vom 22. März 2016, *Y. / Kanada*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2314/2013.

53 *Annakurban Amanklychev / Turkmenistan* (Fn. 16), para. 7.3.; ähnlich: Auffassung vom 28. Oktober 2016, *Vyacheslav Berezchnoy / Russland*, UN-Dok. CCPR/C/118/D/2107/2011.

54 General Comment Nr. 35 (2014), UN-Dok. CCPR/C/GC/35.

55 *F. J. / Australien* (Fn. 27), paras. 10.2.–10.4.

56 *Ibid.*, para. 10.5.

57 General Comment Nr. 35 (Fn. 54).

58 *Ebd.*, para. 51.

59 Auffassung vom 3. November 2016, *Paul Eric Kingue / Kamerun*, UN-Dok. CCPR/C/118/D/2388/2014, para. 7.6.

60 *Ramazan Esergepov / Kasachstan* (Fn. 20).

In einem weiteren Fall gegen Australien wurde der Beschwerdeführer wegen nichtvorhandenem Visum zunächst in Untersuchungshaft genommen, bevor es in der Folge zu strafrechtlichen Ermittlungen kam. In der Zwischenzeit gab es keine formale Anklage. Es konnte nicht ausreichend begründet werden, warum es fünf Monate dauerte, bis der Kläger strafrechtlich angeklagt wurde. Der Ausschuss betonte, dass ein Gefangener bei strafrechtlichen Ermittlungen auch vor einer formalen Anklage unverzüglich vor einen Richter gebracht werden muss.<sup>61</sup> Im gegenständlichen Fall beantragte der Staatsanwalt auf Basis des Einwanderungsgesetzes ein strafjustizliches Bleiberecht. Spätestens ab diesem Zeitpunkt hätte der Beschwerdeführer vor einen Richter gebracht werden müssen.<sup>62</sup> Die Haft war demnach als willkürlich zu werten.<sup>63</sup>

Im selben Fall wurde auch die Dauer der Haft wegen des strafrechtlichen Verbrechens untersucht, da der Beschwerdeführer die Mindesthaft für Menschenschmuggel als nicht gerechtfertigt sah. Unter Verweis auf die Allgemeine Bemerkung Nr. 35<sup>64</sup> stellte der Ausschuss klar, dass die Mindesthaft für Menschenschmuggel in Verbindung mit der Schwere der Tat, vor allem, weil zahlreiche Menschenleben gefährdet wurden, notwendig ist. Willkür bedeute die Verhängung drakonischer Strafen für minderschwere Taten ohne angemessene Erklärung und ohne unabhängige prozessrechtliche Schutzmaßnahmen. Im gegenständlichen Fall wurde der Beschwerdeführer für schuldig erklärt, die Maximalstrafe wurde nicht ausgereizt und er wurde nach Ablauf der Haft entlassen. Es ergaben sich daher keinerlei Hinweise auf Willkür.<sup>65</sup>

Artikel 9 kann auch verletzt werden, wenn es um die Zwangseinweisung von Personen in medizinische Einrichtungen geht. Im gegenständlichen Fall hatte sich der Präsident

des Quarter's Committee in seiner Arbeit zahlreiche Male durch die Beschwerdeführer gestört gefühlt und sah sich gezwungen eine psychiatrische Untersuchung einzuleiten, um andere Bewohner zu schützen. Die Betroffenen wurden daraufhin zwangsweise eingewiesen. Der Ausschuss betont, dass Freiheitsentzug nicht willkürlich erfolgen darf und nur unter Beachtung der Rechtsstaatlichkeit. Auch die Zwangseinweisung darf nur als letztes Mittel und für die kürzestmögliche Dauer, begleitet von angemessenen verfahrens- und materiellrechtlichen Garantien erfolgen. In diesem Fall waren die Beschwerdeführer neun Tage im Krankenhaus ohne richterliche Anordnung und gegen das Gesetz. Eine medizinische Untersuchung wurde zunächst nicht vorgenommen, auch wurde kein Beistand bestellt. Die Feststellung einer psychiatrischen Krankheit berechtigt als solche nicht zum Freiheitsentzug. Dieser muss immer notwendig und gerechtfertigt sein, um die betreffenden Personen vor sich selbst oder andere vor ihnen zu schützen. Auch wenn Freiheit kein absolutes Recht darstellt, kann aufgrund der Schwere eines Entzugs dieser nur gerechtfertigt werden, wenn andere weniger invasive Maßnahmen in Erwägung gezogen und als nicht ausreichend bewertet wurden. Es handelt sich daher um willkürliche Haft.<sup>66</sup>

#### 4. *Menschenwürdige Freiheitsentziehung (Art. 10)*

Im folgenden Fall brachte der Beschwerdeführer vor, dass die Haftbedingungen unmenschlich und in Verletzung von Artikel 10 waren, insbesondere der Mangel an ausreichendem Zugang zu medizinischer Versorgung. Der Beschwerdeführer wurde gefoltert und hatte zahlreiche Verletzungen, die sich durch die Haftbedingungen verschlechterten. Er wurde im Laufe der Haft zwei Mal von einer amerikanischen Ärztin untersucht, die feststellte, dass er sofortige Hilfe benötige, unter anderem wegen fortschreitendem Sehverlust und traumatischer Kopfverletzungen. Bis heute wurden

61 General Comment Nr. 35 (Fn. 54), para. 32.

62 *Nasir ./ Australien* (Fn. 28), para. 7.5.

63 *Ibid.*, paras. 7.2.–7.5.

64 General Comment Nr. 35 (Fn. 54), paras. 14 und 20.

65 *Nasir ./ Australien* (Fn. 28), para. 7.7.

66 Auffassung vom 11. März 2016, *T. V. und A. G. ./ Usbekistan*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2044/2011, paras. 7.3.–7.9.

keinerlei Tests oder Behandlungen durchgeführt. Der Ausschuss betont in diesem Zusammenhang nochmals die Einhaltung der Mindestregeln für Häftlinge.<sup>67</sup> In diesem Fall wurde eine klare Verletzung, auch von zahlreichen unabhängigen Experten, bestätigt.<sup>68</sup>

### 5. *Beschränkung der Ausweisung (Art. 13)*

Der Beschwerdeführer wurde von Kanada nach Thailand wegen strafrechtlicher Ermittlungen ausgewiesen, ohne dass ihm im Vorfeld die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben wurde. Das Hauptproblem war die Frage, ob die Zustimmung Kanadas zur Auslieferung eine Verletzung der Rechte des Opfers darstellte, nachdem der Beschwerdeführer anschließend in Thailand wegen zusätzlicher Verbrechen verfolgt wurde, die im Originalantrag nicht enthalten waren. Erst nach der Auslieferung und Inhaftierung wurde ein Spezialitätsgesuch gestellt. Der Ausschuss betont, dass eine Auslieferung unter den Schutz der Konvention fällt, auch wenn bilaterale Regeln bestehen. Außerdem liegt die Kompetenz der Entscheidung zur Auslieferung bei Gericht, im vorliegenden Fall wurde sie aber durch das Justizministerium gewährt ohne richterliche Überprüfung und andere rechtliche Garantien. Da der Beschwerdeführer sich im Vorfeld nicht äußern durfte und auch kein Richter das Auslieferungsgesuch geprüft hatte, lag eine Verletzung vor.<sup>69</sup>

In zahlreichen Fällen wurde Artikel 13 vorgebracht in Bezug auf die Ausweisung illegaler Migranten. Der Ausschuss stellte klar, dass dieser hier nicht anzuwenden ist.<sup>70</sup>

67 Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen für die Behandlung von Gefangenen (Nelson-Mandela-Regeln) vom 17. Dezember 2015, UN-Dok. A/Res/70/175.

68 Auffassung vom 31. März 2016, *Azimjan Askarov ./. Kirgistan*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2231/2012, para. 2.15.

69 Auffassung vom 3. November 2016, *Rakesh Saxena ./. Kanada*, UN-Dok. CCPR/C/118/D/2118/2011, paras. 11.2.-12.

70 Unter anderem erwähnt in: Entscheidung vom

### 6. *Recht auf ein faires Verfahren (Art. 14)*

Im Fall *Annakurban Amanklychev ./. Turkmenistan* stellte der Ausschuss fest, dass zahlreiche verfahrensrechtliche Garantien missachtet wurden. Obwohl die Anhörung formal als öffentlich gekennzeichnet war, wurden Freunde, Familie und Nichtregierungsorganisationen nicht zugelassen. Der Ausschuss betont unter Verweis auf die Allgemeine Bemerkung Nr. 32<sup>71</sup>, dass alle Strafrechtsverhandlungen öffentlich und mündlich stattfinden müssen, um im Sinne des Transparenzgedankens den Einzelnen und die Gesellschaft als Ganzes zu schützen.<sup>72</sup>

Auch im Fall *Ramazan* hat der Ausschuss betont, dass eine Ausnahme vom Prinzip nur möglich sei, wenn das Gericht aufgrund moralischer Gründe, *Ordre public* oder nationaler Sicherheit beschließt einen Teil oder die ganze Öffentlichkeit auszuschließen. Die wesentlichen Feststellungen und das Urteil müssen dennoch öffentlich gemacht werden.<sup>73</sup>

Die Kennzeichnung des Falles als „streng geheim“ führte hier auch dazu, dass dem Beschwerdeführer Dokumente vorenthalten wurden, die für seine ausreichende Vorbereitung auf die Verteidigung notwendig waren, obwohl diese bereits öffentlich waren. Der Angeklagte muss Zugang zu allen Dokumenten haben, die der Staatsanwalt plant vor Gericht zu verwenden.<sup>74</sup>

Das Recht der Verteidigung ist ein fundamentales Recht, das beinhaltet, dass man persönlich anwesend ist und von einem Anwalt der eigenen Wahl vertreten wird. Im Interesse der Justiz kann es möglich werden

3. November 2016, *I. A. K. ./. Dänemark*, UN-Dok. CCPR/C/118/D/2115/2011.

71 General Comment Nr. 32 (2007), UN-Dok. CCPR/C/GC/32, para. 14.

72 *Annakurban Amanklychev ./. Turkmenistan* (Fn. 16), 7.4.

73 General Comment Nr. 32 (Fn. 71), para. 29.; auch: *Vasilievich ./. Russische Föderation* (Fn. 40), para. 8.5.; ähnlich: Auffassung vom 31. März 2016, *Y. M. ./. Russland*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2059/2011.

74 General Comment Nr. 32 (Fn. 71), para. 33.

auch gegen den Willen des Angeklagten einen Anwalt zu bestellen, dies allerdings nur bei objektiv schwerwiegendem Grund. Andernfalls liegt eine Verletzung von Artikel 14 Abs. 3 lit. d vor.<sup>75</sup>

Unter Verweis auf die Allgemeine Bemerkung Nr. 32<sup>76</sup> wiederholt der Ausschuss seine Entscheidungspraxis, dass niemand wegen desselben Verbrechens noch einmal angeklagt oder verurteilt werden darf, wenn dieser dafür schon ein Mal abschließend verurteilt wurde. Im vorliegenden Fall wurde der Beschwerdeführer zwei Mal zu langen Haftstrafen verurteilt, nachdem er beide Male mit Verweis auf seinen Glauben als Zeuge Jehovas den obligatorischen Militärdienst verweigert hatte. Dies stellt eine Verletzung von Artikel 14 Abs. 7 dar.<sup>77</sup>

Betreffend das Vorbringen, dass eine Mindeststrafe die Unabhängigkeit des Richters verletzt, weil dieser nicht frei ist unabhängig ein Urteil zu fällen, stellt der Ausschuss klar, dass das Erfordernis der Unabhängigkeit sich auf tatsächliche Unabhängigkeit von politischer Einmischung bezieht. Da der Beschwerdeführer nicht nachgewiesen hat, dass der Richter beeinflusst oder eingeschüchtert wurde, war die Beschwerde unzulässig.<sup>78</sup>

Ein Geständnis, welches unter physischem oder psychischem Druck erlangt wurde, muss gem. Artikel 14 Abs. 3 lit. g vom Verfahren ausgeschlossen werden.<sup>79</sup>

## 7. Anerkennung der Rechtsfähigkeit (Art. 16)

Der Ehemann der Beschwerdeführerin wurde 1999 von Polizisten abgeholt und in Sundhara, Kathmandu, eingesperrt. Sie konnte ihn kurz darauf von Weitem auf dem Polizeigelände sehen, aber seitdem gilt er als vermisst. Erzwungenes Verschwindenlassen ist zwar nach dem Pakt kein eigener Tatbestand, aber besteht aus zahlreichen Tatbeständen, die mehrere Konventionsrechte verletzen. Das bewusste Entfernen einer Person aus dem Schutz des Rechts ist die Verleugnung der Rechtsfähigkeit, also eine Verletzung von Artikel 16.<sup>80</sup>

## 8. Recht auf Privatleben (Art. 17)

Artikel 17 schützt das Privatleben, wozu auch das Familienleben gehört. Eine Verletzung kann vorliegen, wenn Personen aus einem Familienverband abgeschoben werden. Es ist jedoch nicht so, dass die Ausweisung eines oder mehrerer Familienmitglieder per se eine Verletzung darstellt.

Bei Vorliegen einer Einmischung muss im nächsten Schritt geprüft werden, ob diese willkürlich oder rechtswidrig ist. Gerechtfertigt sein kann die Einmischung also nur dann, wenn objektiv feststellbar ist, dass die Gründe des Staates höher wiegen als die Last der Familie. Im Verfahren *W.M.G. ./ Kanada* konnte zweifellos bejaht werden, dass die Ausweisung zum Schutz des Staates notwendig war. Der Beschwerdeführer wurde während seiner Zeit in Kanada wegen zumindest elf Straftaten verurteilt, wovon einige gegen seine Ehefrau gerichtet waren. Er hatte zuvor 28 Jahre in Simbabwe gelebt, dort studiert und geheiratet. Während der zehn Jahre in Kanada hatte er sich weder an die Einreisebestimmungen noch andere rechtliche Vorschriften gehalten. Außerdem war die Fürsorge der gemeinsamen Kinder hauptsächlich seiner Frau überlassen, wodurch auch nicht festgestellt werden konnte, dass die Abschiebung das Familienleben drastisch beeinträchtigen würde. Es besteht

75 *Ramazan Esergepov ./ Kasachstan* (Fn. 20), para. 11.5.

76 General Comment Nr. 32 (Fn. 71).

77 Auffassung vom 14. Juli 2016, *Dovran Bahramovich Matyakubov ./ Turkmenistan*, UN-Dok. CCPR/C/117/D/2224/2012, para. 7.5.

78 *Nasir ./ Australien* (Fn. 28), para. 6.6.

79 Auffassung vom 11. März 2016, *Filip Maksimovich Polkikh ./ Russische Föderation*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2099/2011, para. 9.6.

80 Auffassung vom 12. Juli 2016, *Sabita Basnet ./ Nepal*, UN-Dok. CCPR/C/117/D/2164/2012, para. 10.9.

auch kein Hindernis, dass die Familie ihn in Simbabwe besucht. Die Einmischung war daher nicht als unverhältnismäßig zu werten.<sup>81</sup>

Ein anderer Fall bestätigt, dass es auf die individuellen Umstände ankommt, die eine Verletzung begründen können, wenn es um die Ausweisung von Familienmitgliedern geht. Im Fall *D. T. ./ Kanada* sollte die Mutter eines siebenjährigen Sohnes, der die kanadische Staatsbürgerschaft besitzt, nach Nigeria ausgewiesen werden. Mangels weiterer Familienmitglieder in Kanada zwingt dies die Beschwerdeführerin dazu ihren Sohn gegebenenfalls mitzunehmen. Dies würde ihren Sohn in vielerlei Hinsicht benachteiligen, da er an mehreren Krankheiten leidet und in Kanada bereits Operationen hatte, die weitere nach sich ziehen können. Der Ausschuss betont das Prinzip, dass in allen Entscheidungen, die ein Kind betreffen, dessen bestes Interesse im Mittelpunkt stehen muss. Dies ist in der vorliegenden Konstellation jedenfalls nicht gegeben. In Zusammenschau aller Umstände hat der Ausschuss daher eine klare Verletzung festgestellt.<sup>82</sup>

Artikel 17 kann außerdem im Haftzustand betroffen sein. Gemäß der Nelson-Mandela-Mindestregeln<sup>83</sup> sollen Häftlinge diese unter notwendiger Überwachung die Erlaubnis haben mit ihren Familien und engen Freunden regelmäßig ungehindert Korrespondenz zu halten.<sup>84</sup> Eine gewisse Einschränkung des Telefonkontaktes ist der Haft allerdings innewohnend. Eine Verletzung liegt auch nicht vor, wenn Gründe auf Seiten des Häftlings vorliegen, wie im vorliegenden Fall, wo die Familie in einem abgelegenen Dorf mit beschränkter Telefonmöglichkeit lebt.<sup>85</sup>

Der Begriff Familie wurde im Verfahren *I. M. Y. ./ Dänemark* konkretisiert. Mit Verweis auf Paragraph 5 der Allgemeinen Bemerkung Nr. 16<sup>86</sup> hält der Ausschuss fest, dass der Begriff Familie weit interpretiert werden muss. Der Beschwerdeführer sah sein Recht auf Privatleben gefährdet nachdem er aus Dänemark ausgewiesen werden sollte. Er brachte vor, dass seine gesamte Familie in Dänemark lebt, hatte aber keinerlei genaue Angaben gemacht oder Informationen vorgelegt, die eine enge Beziehung zu seinen Eltern und Geschwistern bestätigen. Aufgrund dieses Mangels konnte nicht festgestellt werden, warum eine Auslieferung in sein Heimatland Somalia eine Einmischung in das Familienleben darstellen würde.<sup>87</sup>

Artikel 17 schützt außerdem jeden vor unrechtmäßigen Angriffen auf Ehre und Ruf.<sup>88</sup>

In einem Fall gegen Irland ging es um den Schwangerschaftsabbruch der Beschwerdeführerin Amanda Jane Mellet, die in der 21. Schwangerschaftswoche erfuhr, dass ihr Fötus Geburtsfehler habe, die dazu führen, dass dieser entweder noch im Mutterleib oder kurz nach der Geburt versterben würde. Aufgrund des innerstaatlichen Verbots von Schwangerschaftsabbrüchen hatte die Beschwerdeführerin nur die Möglichkeit entweder bis zum Ende auszutragen, in dem Wissen, dass das ungeborene Kind im Leib sterben kann, oder eine Abtreibung im Ausland vornehmen zu lassen. Sie brachte vor, dass sie keine medizinische Unterstützung in Irland erhielt, unmenschlich und erniedrigend behandelt wurde und einer großen Stigmatisierung ausgesetzt war. Der Vertragsstaat brachte vor, dass die betreffende Bestimmung eine Balance der Rechte des Fötus und der Rechte der Mutter gewährleisten soll. Nach ihrer Entscheidung im Ausland abzutreiben erhielt die Beschwerdeführerin keine Unterstützung mehr vom

81 *W. M. G. ./ Kanada* (Fn. 19), paras. 7.5.-7.6.

82 Auffassung vom 15. Juli 2016, *D. T. ./ Kanada*, UN-Dok. CCPR/C/117/D/2081/2011, paras. 7.2.-7.11.

83 Nelson-Mandela-Regeln (Fn. 67).

84 *Annakurban Amanklychev ./ Turkmenistan* (Fn. 16), para. 7.5.

85 *Nasir ./ Australien* (Fn. 28), para. 6.5.

86 General Comment Nr. 16 (1988), para. 5.

87 Entscheidung vom 14. Juli 2016, *I. M. Y. ./ Dänemark*, UN-Dok. CCPR/C/117/D/2559/2015, para. 7.8.

88 Auffassung vom 3. November 2016, *Kouider Kerrouche ./ Algerien*, UN-Dok. CCPR/C/118/D/2128/2012, para. 8.6.

irischen Gesundheitssystem, musste ihre finanziellen Reserven aufbrauchen, war getrennt von der Unterstützung ihrer Familie und musste vor ausreichender Besserung ihrer Gesundheit in ihr Heimatland zurückkehren. Das innerstaatliche Verbot stellt zudem auch jede Befürwortung und Förderung von Schwangerschaftsabbrüchen unter Strafe, was dazu führt, dass auch der Zugang zu Informationen über ausländische Einrichtungen deutlich erschwert wird. Es wurden daher zahlreiche Konventionsverletzungen festgestellt. Auch die Privatsphäre einer Frau wird durch die Entscheidung über einen freiwilligen Schwangerschaftsabbruch berührt. Entscheidend ist aber, ob die vorliegende Einmischung willkürlich oder unrechtmäßig erfolgte. Die Allgemeine Bemerkung Nr. 16<sup>89</sup> konkretisiert, dass Willkür auch vorliegen kann, wenn die Einmischung durch Gesetz erfolgt. In jedem Fall müssen Bestimmungen stets mit den Zielen und Zwecken der Konvention im Einklang stehen und im Lichte der Umstände einer jeweiligen Situation als angemessen bewertet werden. Im konkreten Fall war die lang erhoffte Schwangerschaft der Beschwerdeführerin nicht lebensfähig, beide ihr zu Verfügung stehenden Optionen brachten starkes Leid und die Reise ins Ausland hatte zusätzliche schwere negative Konsequenzen, die hätten vermieden werden können, wenn im Vertragsstaat ein Schwangerschaftsabbruch möglich gewesen wäre. Daher handelt es sich um eine Verletzung von Artikel 17. Der Ausschuss hat zudem eine Verletzung von Artikel 26 festgestellt, da die Beschwerdeführerin vor allem als Frau auch dadurch benachteiligt wurde, dass ihre medizinischen Bedürfnisse und sozioökonomischen Umstände nicht berücksichtigt und in Erwägung gezogen wurden.<sup>90</sup>

89 General Comment Nr. 16 (1988).

90 Auffassung vom 31. März 2016, *Amanda Jane Mellet ./. Irland*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2324/2013, paras. 7.2.-7.11.

## 9. *Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 18)*

In zahlreichen Fällen gegen Turkmenistan wurden Zeugen Jehovas auf Grund ihres Glaubens diskriminiert.<sup>91</sup> Shadurdy Uchetov verweigerte mit Hinweis auf seinen Glauben den Militärdienst, was seine Inhaftierung zur Folge hatte. Er sah sich daher in seinem Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit verletzt. Die Freiheit berechtigt jeden zu einer Befreiung vom Militärdienst, wenn dieser mit der Religion oder dem Glauben nicht vereinbar werden kann. Das Recht darf durch Zwang nicht beeinträchtigt werden. Der Ausschuss führte mit Hinweis auf die Allgemeine Bemerkung Nr. 22<sup>92</sup> aus, dass dieses Recht auch in Krisenzeiten nicht verletzt werden darf. Es muss eine Alternative zum Wehrdienst geben, welche keinen Strafcharakter haben darf, eine Dienstleistung an der Gesellschaft darstellt und die Menschenrechte respektiert. Die Verhaftung als Folge der Verweigerung des Wehrdienstes stellt also einen unzulässigen Verstoß gegen das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit dar. Bereits im ersten Staatenbericht und vorangegangenen Beschwerden wurde diese Regelung kritisiert, weshalb der Ausschuss Turkmenistan abermals aufrief seine Gesetzeslage in Einklang zu bringen.<sup>93</sup>

Auch in einem anderen Fall geht es um einen Zeugen Jehovas, der den Militärdienst in Korea verweigert hat und auf Basis von Artikel 18 die Ausweisung aus Kanada beanstandet. Diese ist jedoch unzulässig *ratione loci* und *ratione materiae*, denn die Be-

91 Auffassung vom 14. Juli 2016, *Matkarim Aminov ./. Turkmenistan*, UN-Dok. CCPR/C/117/D/2220/2012; Auffassung vom 14. Juli 2016, *Akmurat Halbayewich Yegendurdyjew ./. Turkmenistan*, UN-Dok. CCPR/C/117/D/2227/2012; Auffassung vom 15. Juli 2016, *Navruz Tahirovich Nasyrlayev ./. Turkmenistan*, UN-Dok. CCPR/C/117/D/2219/2012; Auffassung vom 15. Juli 2016, *Akmurad Nurjanov ./. Turkmenistan*, UN-Dok. CCPR/C/117/D/2225/2012.

92 General Comment Nr. 22 (1993), UN-Dok. CCPR/C/21/Rev. 1/Add.4.

93 Auffassung vom 15. Juli 2016, *Shadurdy Uchetov ./. Turkmenistan*, UN-Dok. CCPR/C/117/D/2226/2012, para. 7.6.

schränkung der Nicht-Ausweisung bezieht sich nur darauf, wenn ein begründetes Risiko besteht, dass Artikel 6 oder 7 verletzt wird. Dies konnte nicht belegt werden, daher war die Beschwerde nicht zulässig.<sup>94</sup>

#### 10. *Recht auf Meinungs- und Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 19)*

Das Recht auf freie Meinungsäußerung beinhaltet die Gewährleistung Informationen und Ideen aller Art zu suchen, zu erhalten und zu vermitteln, unabhängig von mündlichen, schriftlichen oder gedruckten Beschränkungen. Die Allgemeine Bemerkung Nr. 34<sup>95</sup> führt dazu weiter aus, dass dies die Basis jeder Gesellschaft darstellt und eine Beschränkung der strikten Prüfung von Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit entsprechen muss. Beschränkungen dürfen ausschließlich für den vorgeschriebenen Zweck angewendet werden und müssen direkt in Bezug zur Notwendigkeit stehen. Artikel 19 Abs. 3 zählt Möglichkeiten der Beschränkung auf. Diese müssen im Einzelfall vom Staat als notwendig gerechtfertigt werden und es muss sichergestellt werden, dass diese nicht unvereinbar mit dem Ziel und Zweck der Konvention sind.<sup>96</sup> Im Fall *Ramazan ./ Kasachstan* wurde der Beschwerdeführer zu einem Verbot der Veröffentlichung über einen Zeitraum von zwei Jahren verurteilt. Der Ausschuss aber stellte fest, dass die gegenständlichen Informationen weder als Staatsgeheimnisse zu betrachten waren, noch gaben diese Mittel oder Methoden zu Strafermittlungen preis, die Sicherheitsinteressen des Staates betrafen oder eine Gefahr für die Integrität des Staatsterritoriums oder die politische Unabhängigkeit darstellten. Die Einschränkung erfolgte demnach nicht auf Basis der genannten Gründe in Artikel 19 Abs. 3. Der Kläger ist Journalist, dessen berufliche Hauptaufgabe es ist die Öffentlichkeit über Belange zu informieren, die für diese von

Relevanz sind. Im vorliegenden Fall ging es um Korruption und Amtsmissbrauch von Staatsbediensteten. Es wurde nicht ausreichend gerechtfertigt, weshalb eine Verletzung des *Ordre public* vorliegt und die Beschränkung rechtfertigt.<sup>97</sup>

Das Versagen des Mitgliedstaates – trotz nationaler Verpflichtung – regelmäßige Vergabeverfahren durchzuführen und verfügbare Rundfunkfrequenzen zu veröffentlichen, hat den Beschwerdeführer davon abgehalten eine Radiolizenz zu erhalten. Die Allgemeine Bemerkung Nr. 35<sup>98</sup> konkretisiert:

„freie, unzensurierte und ungehindert arbeitende Medien sind notwendig, um das Recht auf Meinungsfreiheit und freie Meinungsäußerung sowie die Umsetzbarkeit weiterer Menschenrechte abzusichern. Es stellt auch einen der Grundpfeiler einer demokratischen Gesellschaft dar. Als Maßnahme um die Rechte der Mediennutzer zu schützen ist es notwendig eine große Bandbreite an Informationen und Ideen zu gewährleisten, Mitgliedstaaten sollten besonders bemüht sein eine unabhängige und diverse Medienlandschaft zu fördern.“<sup>99</sup>

Der Staat muss vor allem beschwerliche Lizenzbedingungen und Gebühren vermeiden. Die Kriterien für deren Auferlegung müssen angemessen und objektiv, klar, transparent sowie nichtdiskriminierend sein und im Einklang mit der Konvention stehen.<sup>100</sup> Eine Bestrafung rein aufgrund der kritischen Haltung gegenüber der Regierung oder dem politischen System kann nie als gerechtfertigte Beschränkung der Meinungsfreiheit gesehen werden.<sup>101</sup> Die Nichtveröffentlichung der Liste von Frequenzen, mangelnde Vergabeverfahren und Zuweisung von Frequenzen ohne Verfahren an bereits bestehende Einrichtungen, die enge Verbindungen zur Regierung aufweisen, erfüllen nicht das Ziel der Siche-

94 Entscheidung vom 3. November 2016, *Ch. H. O. ./ Kanada*, UN-Dok. CCPR/C/118/D/2195/2012.

95 General Comment Nr. 34 (2011), UN-Dok. CCPR/C/GC/34.

96 *Ibid.*, para. 22.

97 *Ramazan Esergepov ./ Kasachstan* (Fn. 20), paras. 11.6.–11.9.

98 General Comment Nr. 35 (Fn. 54).

99 *Ibid.*, paras. 13–14.

100 *Ibid.*, para. 39.

101 *Ibid.*, para. 42.

nung der Pluralität, sondern sind willkürliche Maßnahmen.<sup>102</sup>

### 11. *Recht auf friedliche Versammlung (Art. 21)*

Das Recht auf friedliche Versammlung ist ein fundamentales Menschenrecht, welches essentiell für den öffentlichen Ausdruck einer individuellen Meinung und unerlässlich für die demokratische Gesellschaft ist. Das Recht beinhaltet das Organisieren und Teilnehmen an einer Versammlung, einschließlich eines festen Mahnpostens an einem öffentlichen Ort. Die Organisatoren dürfen dabei einen Ort wählen, der sich in Sicht- und Hörweite der Zielgruppe befindet. Beschränkungen sind nur im Einklang mit der gesetzlichen Lage erlaubt und wenn sich die Notwendigkeit aus dem Interesse der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung, öffentlichen Sicherheit, dem Schutz der Gesundheit, der Moral oder dem Schutz der Rechte und Freiheiten anderer ergibt. Bei einer Beschränkung muss der Zweck im Vordergrund stehen. Im Fall *Margarita Korol ./. Weißrussland*<sup>103</sup> wurde die Beschränkung gar nicht gerechtfertigt, weshalb automatisch eine Verletzung festgestellt wurde. Zahlreiche ähnlich gelagerte Fälle gegen Weißrussland erreichten den Ausschuss, die allesamt eine Verletzung darstellten.<sup>104</sup>

### 12. *Schutz, Registrierung und Staatsangehörigkeit von Kindern (Art. 24)*

Im Zusammenhang mit der Behandlung anderer Konventionsrechte kann auch Artikel 24 eine große Rolle spielen, nämlich dann, wenn es sich um eine minderjährige Person handelt. Im gegenständlichen Fall wurde der damals 16-jährige Vyacheslav Berezhnoy 1995 von der Polizei festgenommen und verhaftet. Artikel 24 sieht vor, dass Jugendliche besonderen Schutz brauchen, insbesondere bei Strafverhandlungen, einschließlich durch die Unterstützung der Eltern oder der gesetzlichen Vertreter. Aufgrund der besonders vulnerablen Position müssen zusätzliche Vorkehrungen getroffen werden, darunter die freie Wahl eines Anwalts, ein besonders schnelles Verfahren und ausreichende Vorbereitungszeit für die Verteidigung. Da der Vertragsstaat keinerlei spezielle Maßnahmen vorgesehen hatte, hat der Ausschuss eine Verletzung festgestellt.<sup>105</sup>

102 Auffassung vom 27. Oktober 2016, *Yashar Agazade und Rasul Jafarov ./. Aserbaidshan*, UN-Dok. CCPR/C/118/D/2205/2012.

103 Auffassung vom 14. Juli 2016, *Margarita Korol ./. Weißrussland*, UN-Dok. CCPR/C/117/D/2089/2011.

104 Auffassung vom 30. März 2016, *Sergei Androsenko ./. Weißrussland*, UN-Dok. CCPR/C/116/D/2092/2011; Auffassung vom 14. Juli 2016, *Valentin Evzrezov ./. Weißrussland*, UN-Dok. CCPR/C/117/D/2101/2011; Auffassung vom 14. Juli 2016, *Evgeny Basarevsky und Valery Rybchenko ./. Weißrussland*, UN-Dok. CCPR/C/117/D/2108/2011 und CCPR/C/117/D/2109/2011; Auffassung vom 14. Juli 2016, *Pavel Levinov ./. Weißrussland*, UN-Dok. CCPR/C/117/D/2082/2011; auch: Auffassung vom 14. Juli 2016, *Valery Misnikov ./. Weißrussland*, UN-Dok. CCPR/C/117/D/2093/2011.

105 Auffassung vom 28. Oktober 2016, *Vyacheslav Berezhnoy ./. Russland*, UN-Dok. CCPR/C/118/D/2107/2011, para. 9.7. Auch: Auffassung vom 28. Oktober 2016, *Valentina Kashtanova und Gulnara Slukina ./. Usbekistan*, UN-Dok. CCPR/C/118/D/2106/2011.

## EGMR: Wolter und Sarfert ./ . Deutschland – Ungleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder im Erbrecht

Urteil der Fünften Sektion vom 23. März 2017<sup>1</sup>

Jascha Patt

### Zusammenfassung – nichtamtliche Leitsätze:

- Auch nach Einführung des Zweiten Gesetzes zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder vom 12. April 2011<sup>2</sup> sieht die deutsche Rechtslage für ein nichteheliches Kind, das vor dem 1. Juli 1949 geboren wurde, keinen Erbersatzanspruch vor, sofern sein Vater vor dem 28. Mai 2009 verstorben ist.
- Die erbrechtliche Ungleichbehandlung nichtehelicher Kinder gegenüber ehelichen Kindern stellt eine ungerechtfertigte Diskriminierung vermögensrechtlicher Art und somit eine Verletzung des Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Konvention dar.
- Eine unterschiedliche Behandlung wegen der Geburt ist nur bei gewichtigen sachlichen Gründen mit Art. 14 EMRK vereinbar.
- Die Mitgliedstaaten haben grundsätzlich das Recht, Übergangsvorschriften mit Stichtagsregelungen zu erlassen, um einerseits der Rechtssicherheit Rechnung zu tragen und andererseits bestehende Diskriminierungen aufzuheben.
- Der Schutz des Testaments und der Vertrauensschutz der Erben müssen in der Regel hinter dem höherrangigen Gebot der Gleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder zurückstehen.
- Die Kenntnis der Erben von anderen Abkömmlingen des Erblassers, die Anfechtbarkeit der erbrechtlichen Ansprüche und die bis zur Geltendmachung verstrichene Zeit entscheiden maßgeblich darüber, ob die starre Anwendung der Stichtagsregelung verhältnismäßig ist.

### I. Sachverhalt

Die Beschwerdeführer der beiden vom EGMR verbundenen Beschwerden rügten, dass sie durch die Anwendung des deutschen Erbrechts durch die innerstaatlichen Gerichte aufgrund ihrer Geburt diskriminiert worden seien. Beide Beschwerdeführer sind vor dem Jahr 1949 als nichteheliche Kinder geboren worden und haben die deutsche Staatsangehörigkeit inne.

Der leibliche Vater des ersten Beschwerdeführers hatte die Vaterschaft einige Monate nach der Geburt anerkannt und beschäftigte diesen in seinem Betrieb. Nach dem Tod des Vaters wurde dem ersten Beschwerdeführer auf dessen Antrag vom Amtsgericht Köln ein Erbschein

1 EGMR, Wolter und Sarfert ./ . Deutschland, Urteil der Fünften Sektion vom 23. März 2017, 59752/11 und 66277/13. Die Urteile des EGMR sind abrufbar unter: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

2 Zweites Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder, zur Änderung der Zivilprozessordnung und der Abgabenordnung vom 12. April 2011, BGBl. 2011 I, S. 615.

ausgestellt, der jedoch im Folgemonat mangels gesetzlicher Erbenstellung wieder eingezogen wurde. Die Beschwerde gegen die Einziehung hatte vor dem Landgericht Köln keinen Erfolg. Sein Antrag auf erneute Ausstellung eines Erbscheins wurde vom Amtsgericht Köln abgewiesen. Die Beschwerde vor dem Landgericht Köln und die weitere Beschwerde vor dem Oberlandesgericht Köln blieben erfolglos.

Der Vater des zweiten Beschwerdeführers ist 1949 dazu verurteilt worden, Unterhalt für den Sohn zu zahlen. Die beiden trafen sich nur viermal, weil der Vater keinen Kontakt wünschte. Als Alleinerbin hatte er seine eheliche Tochter im Testament eingesetzt. Der Beschwerdeführer klagte auf Auszahlung seines Pflichtteils. Das Landgericht Hamburg wies die Klage ebenso ab wie das Oberlandesgericht Hamburg die Berufung und der Bundesgerichtshof die Revision.

Beide Beschwerdeführer legten in der Folge Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht ein. Die verbundenen Verfassungsbeschwerden verwarf das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 18. März 2013<sup>3</sup>, indem es feststellte, dass die Fachgerichte das nationale Recht verfassungskonform ausgelegt hätten. Insbesondere habe der erste Beschwerdeführer zu spät und der zweite Beschwerdeführer überhaupt nicht nachgewiesen, in einer engen persönlichen Beziehung zu ihrem leiblichen Vater gestanden zu haben. Die Beschwerdeführer beriefen sich in allen Instanzen auf die neuerliche Rechtsprechung des EGMR zur Ungleichbehandlung nichtehelicher Kinder.

In seinem Urteil vom 28. Mai 2009 in der Sache *Brauer ./ Deutschland*<sup>4</sup> entschied der EGMR, dass die Anwendung des Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 des Nichteelichengesetzes (NEhelG) aus dem Jahr 1970 den Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK verletze. Denn nach dieser innerstaatlichen Vorschrift stand nur solchen nichtehelichen Kindern, die vor dem 1. Juli 1949 geboren wurden, ein Erbersatzanspruch in Höhe des Wertes des Erbteils zu. Der EGMR befand, dass der Schutz des Vertrauens des Erblassers und seiner Familie dem Gebot der Gleichbehandlung nichtehelicher und ehelicher Kinder unterzuordnen sei. Durch das Zweite Erbrechtgleichstellungsgesetz vom 12. April 2011 (ZwErbGleichG) wurde die gerügte Vorschrift rückwirkend dahingehend geändert, dass auch solchen nichtehelichen Kindern, die vor dem 1. Juli 1949 geboren worden sind, ein entsprechender Erbersatzanspruch eingeräumt wurde. Allerdings galt diese Regelung ausschließlich für solche Erbfälle, bei denen der Erblasser am oder nach dem 28. Mai 2009, also dem Tag der Urteilsverkündung in der Rechtssache *Brauer ./ Deutschland*, verstorben war.

Die jeweiligen Väter der Beschwerdeführer sind jedoch schon im Jahre 2006 bzw. 2007 verstorben. Daher waren ihre Fälle noch nicht von der erbrechtlichen Gleichstellung erfasst. Der EGMR musste sich also mit der Frage befassen, ob die Untersagung eines Erbersatzanspruches für solche nichtehelichen Kinder, die vor dem 1. Juli 1945 geboren wurden und deren Väter vor dem 28. Mai 2009 verstarben, durch die Anwendung der bestehenden nationalen Regelungen diese in ihrem Recht aus Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Konvention verletzte.

## II. Entscheidung der Fünften Sektion

Die Kammer der Fünften Sektion des EGMR erließ das vorliegende Urteil. Aufgrund ihres ähnlichen tatsächlichen und rechtlichen Hintergrundes hat die Kammer die beiden Individualbeschwerden nach Art. 42 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichts verbunden.

3 BVerfG, Beschluss vom 18. März 2013 – 1BvR, 2436/11 und 1 BvR 3155/11.

4 EGMR, *Brauer ./ Deutschland*, Urteil der Fünften Sektion vom 28. Mai 2009, 3545/04.

## 1. *Einwand Deutschlands gegen die Zulässigkeit*

Die Bundesregierung bestritt zunächst die Zulässigkeit der ersten Individualbeschwerde, indem sie vorbrachte, der innerstaatliche Rechtsweg sei nicht ausgeschöpft worden. Der erste Beschwerdeführer habe die Intaktheit der Beziehung zu seinem Vater erst vor dem Oberlandesgericht vorgebracht. Es handle sich dabei um ein verspätetes Vorbringen, weil der diesbezügliche Sachvortrag im Hinblick auf die Prüfung, ob seine Rechte aus Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Konvention betroffen waren, relevant gewesen wäre.

Der EGMR stellte fest, dass Art. 35 Abs. 1 EMRK hinsichtlich der Erschöpfung des Rechtswegs nur eine Befassung innerstaatlicher Gerichte der Sache nach erfordere. Daher sei es unschädlich, dass der erste Beschwerdeführer nicht auf Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Konvention Bezug genommen hat. Der ausdrückliche Vortrag der Diskriminierung und die Berufung auf einen ihm zustehenden Erbersatzanspruch seien ausreichend. Auch habe das Bundesverfassungsgericht eine inhaltliche Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde des ersten Beschwerdeführers getroffen und sei somit hinreichend mit der Sache betraut gewesen. Die Einwendung der Bundesregierung wurde daher zurückgewiesen. Die verbundenen Beschwerden waren zulässig.

## 2. *Rügen einer Verletzung von Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls*

### a) *Vorbringen der Parteien*

Der erste Beschwerdeführer brachte vor, das Zweite Erbrechtgleichstellungsgesetz vom 12. April 2011 habe die ungerechtfertigte Diskriminierung gegen ihn nicht verhindern können, da es die Ungleichbehandlung zwischen vor und nach dem 1. Juli 1949 geborenen nichtehelichen Kindern lediglich in denjenigen Fällen aufgehoben habe, in denen der Vater nach dem 28. Mai 2009 verstorben sei. In Fällen, in denen der Erbfall vor dem 28. Mai 2009 eintrat, habe die Unterscheidung weiterbestanden. Angesichts der Rechtsprechung des EGMR sei der Schutz des Testamentes sowie das möglicherweise bestehende Vertrauen der als Erben eingesetzten Familienmitglieder dem Gebot der Gleichbehandlung nichtehelicher und ehelicher Kinder unterzuordnen.

Nach Ansicht des zweiten Beschwerdeführers hat die Anwendung des Zweiten Erbrechtgleichstellungsgesetzes ihn diskriminiert, da es kein angemessenes Verhältnis zwischen den eingesetzten Mitteln und dem verfolgten Ziel hergestellt habe. Hätte der deutsche Gesetzgeber in Fällen, in denen der Vater vor dem 28. Mai 2009 verstorben war, am Ausschluss vor dem Stichtag 1. Juli 1949 geborener nichtehelicher Kinder von gesetzlichen Erbansprüchen festhalten wollen, hätten Entschädigungsansprüche gegenüber den Erben vorgesehen werden sollen, um das Gesetz mit der Konvention in Einklang zu bringen.

Die Regierung trug hingegen vor, dass für die fortbestehende Ungleichbehandlung eine objektive und vernünftige Rechtfertigung vorgelegen habe. Der Schutz des Vertrauens derjenigen Personen, die bereits von Artikel 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Konvention geschützte Rechte aus einem Erbfall erlangt hätten, also der Erben, überwiege den Interessen der nichtehelichen Kinder. Durch die Rückwirkung der Gesetzesänderung auf den Tag des Urteils des EGMR in der Rechtssache *Brauer ./ . Deutschland* sei ein verhältnismäßiger Ausgleich zwischen den Interessen der von dieser Gesetzesänderung betroffenen Abkömmlinge und den Interessen nichtehelicher Kinder hergestellt worden. Die Tatsache, dass Erben den Nachlass nach innerstaatlichem Recht mit Ableben des Erblassers erlangen, ohne dass es dazu weiterer rechtlicher Schritte bedürfte, verhindere eine weiter reichende Reform dieser Gesetzesbestimmung. Darüber hinaus seien in Erbfällen, in denen der Nachlass bereits zwischen den Erben verteilt worden sei, rechtliche und praktische Probleme unausweichlich. Eine weitere Rückwirkung des Gesetzes aus Gründen der Verhältnismäßigkeit sei daher nicht erforderlich gewesen, insbesondere angesichts des Grundsatzes der Rechtssicherheit, welchen der Gerichtshof in sei-

nem Urteil in der Rechtssache *Marckx ./. Belgien*<sup>5</sup> derart festgelegt habe, dass ein Staat nach dem Konventionsrecht davon entbunden sei, Rechtshandlungen oder Rechtslagen, die vor der Verkündung eines Urteils des EGMR gelegen haben, in Frage zu stellen.

#### b) Entscheidung der Kammer

Die Kammer stellte zunächst die Einschlägigkeit von Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Konvention fest. Voraussetzung für eine Verletzung dieser Rechte sei, dass der Beschwerdeführer bei Nichtvorliegen des von ihm gerügten diskriminierenden Grundes einen nach innerstaatlichem Recht durchsetzbaren Anspruch auf den betreffenden Vermögensgegenstand gehabt hätte. Dies treffe auf beide Beschwerdeführer zu, da ihnen das Erbrecht auf den Nachlass ihres jeweiligen Vaters einzig aufgrund ihrer Stellung als nichteheliche Kinder verwehrt worden sei.

Eine Ungleichbehandlung sei nach der Rechtsprechung des EGMR<sup>6</sup> im Sinne von Art. 14 EMRK diskriminierend, wenn es für sie „keine objektive und vernünftige Rechtfertigung“ gebe, d. h. wenn mit ihr kein „legitimes Ziel“ verfolgt werde oder „die eingesetzten Mittel zum angestrebten Ziel nicht in einem angemessenen Verhältnis“ stünden. Dabei verwies die Kammer auf die hohe Bedeutung, die die Mitgliedstaaten der zivilrechtlichen Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder beimäßen. Daraus folge eine beachtliche Hürde für die Konventionskonformität dahingehender Ungleichbehandlungen. Aus diesen Rahmenbedingungen ergebe sich, dass der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes der Erblasser und ihrer Familien dem Gebot der Gleichbehandlung unterzuordnen sei. Prüfungsmaßstab sei gewesen, ob die Anwendung der im Zweiten Erbrechtsgleichstellungsgesetz enthaltenen starren Stichtagsregelung ein angemessenes Verhältnis zwischen dem eingesetzten Mittel und dem angestrebten Ziel hergestellt habe oder ob es sich dabei um eine ungerechtfertigte Diskriminierung von nichtehelichen Kindern handle.

Dass die Anwendung der geänderten Fassung von Artikel 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEheG zu einer Ungleichbehandlung eines vor dem Stichtag des 1. Juli 1949 geborenen nichtehelichen Kindes, dessen Vater vor dem 28. Mai 2009 verstorben ist, gegenüber anderen Kindern geführt hat, habe die Regierung nicht bestritten. Zu prüfen war daher nur, ob diese Ungleichbehandlung gerechtfertigt war.

Dabei stellte die Kammer zunächst fest, dass die Bundesrepublik im Anschluss an das Urteil *Brauer ./. Deutschland* zur maßgeblichen Zeit seine erbrechtlichen Vorschriften reformiert habe. Die Beibehaltung der Ungleichbehandlung diene dem legitimen Ziel, Rechtssicherheit zu gewährleisten und das Testament des Erblassers sowie die Rechte seiner Familie zu schützen. Die Einführung eines Stichtages sei geeignet die Erreichung dieses Zieles zu fördern und an sich nicht diskriminierend. Die Begründung des Bundesverfassungsgerichts<sup>7</sup> hinsichtlich der Verfassungskonformität des geänderten Artikel 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEheG nahm die Kammer dahingehend zur Kenntnis, dass eine weiter reichende Rückwirkung des Gesetzes über den Verkündungstermin in der Rechtssache *Brauer ./. Deutschland* hinaus den Grundsatz der Rechtssicherheit verletzt hätte, der sowohl dem Konventions- als auch dem Gemeinschaftsrecht notwendigerweise innewohne. Folglich habe das Bundesverfassungsgericht die Rechte der Beschwerdeführer gegenüber einem der Konvention zugrundeliegenden Wert abgewogen.

5 EGMR, *Marckx ./. Belgien*, Urteil vom 13. Juni 1979, 6833/74.

6 Insbesondere EGMR, *Fabris ./. Frankreich*, Urteil vom 7. Februar 2013, 16574/08; EGMR, *Mazurek ./. Frankreich*, Urteil vom 1. Februar 2000, 34404/97.

7 BVerfG, Beschluss vom 18. März 2013 (Fn. 3).

Ob unter den besonderen Umständen der zu entscheidenden Fälle ein gerechter Ausgleich zwischen den betroffenen widerstreitenden Interessen hergestellt worden sei, hänge nach der Kammerentscheidung von folgenden Faktoren ab:

- (1) „der Kenntnisstand der betroffenen Personen“<sup>8</sup>,
- (2) „der Status der betroffenen erbrechtlichen Ansprüche“<sup>9</sup> und
- (3) „die bis zur Geltendmachung der Rügen vergangene Zeit.“<sup>10</sup>

Zu (1): Der erste Beschwerdeführer sei kein den Erben unbekannter Abkömmling. Vielmehr sei den späteren Erben wegen der ursprünglichen Ausstellung eines Erbscheines an den Beschwerdeführer bekannt gewesen, dass ihre Ansprüche auf den Nachlass des Erblassers streitig waren. Hinsichtlich des zweiten Beschwerdeführers hielt die Kammer für möglich, dass seine Halbschwester als Erbin nicht über dessen Existenz informiert war, da der Erblasser den Beschwerdeführer unstreitig darum gebeten habe, sich von der Familie fernzuhalten und er diesem Wunsch wohl nachgekommen sei.

Zu (2): In beiden Fällen war die Frist zur Geltendmachung erbrechtlicher Ansprüche nach dem innerstaatlichen Recht noch nicht abgelaufen. Daher hätten die Erben wissen müssen, dass trotz Übergangs des Nachlasses noch Ansprüche auf den gesetzlichen Erbteil oder einen Pflichtteil durch einen Dritten geltend gemacht und dadurch ihre Rechte am Nachlass beeinträchtigt werden konnten. Darin sah der EGMR eine erhebliche Einschränkung des Vertrauensschutzes, der daher „bestenfalls relativ“ bestanden habe.

Zu (3): Auch hätten beide Beschwerdeführer unmittelbar nach Verkündung des Urteils in der Rechtssache *Brauer ./ . Deutschland* Klage erhoben und somit nicht schuldhaft gezögert. Nach der bis dahin bestehenden Rechtslage habe ihnen schließlich kein Erbersatzanspruch zugestanden.

Alle erheblichen Faktoren dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung sprächen mithin für das Überwiegen der Interessen der Beschwerdeführer. Gegen sie sprächen ausschließlich ihre vor dem 1. Juli 1949 datierten Geburtsdaten sowie das Versterben ihrer Väter vor dem 28. Mai 2009. Wegen der „enormen Bedeutung“<sup>11</sup> der Beseitigung aller Ungleichbehandlungen ehelicher und nichtehelicher Kinder sei die auf die Rechtssicherheit abstellende Begründung der innerstaatlichen Gerichte nicht ausreichend, um die Ansprüche der Beschwerdeführer auf einen Anteil am Nachlass ihrer Väter unter den konkreten Umständen zu überwiegen.

Da der Grund für den Ausschluss der Erbansprüche der Beschwerdeführer gerade in der Ungleichbehandlung aufgrund ihrer Stellung als nichteheliche Kinder zu sehen sei und den Beschwerdeführern durch das nationale Recht auch keine anderweitige Entschädigungsmöglichkeit gewährt werde<sup>12</sup>, liege ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Konvention vor.

### III. Anmerkung und nationale Umsetzung

1. Methodisch erscheint das Urteil des EGMR nicht vollumfänglich stringent. Nach Auflistung der drei maßgeblichen Kriterien für die Interessenabwägung, stellt die Kammer plausibel dar, dass das Kriterium „Kenntnisstand der betroffenen Personen“ nur im Falle des ersten Beschwerdeführers hinreichend erfüllt ist. Sie legt der Entscheidung zugrunde, dass die

8 EGMR, *Wolter und Sarfert ./ . Deutschland* (Fn. 1), Rn. 72.

9 Ebd.

10 Ebd.

11 Ibid., Rn. 77.

12 Ibid., Rn. 79.

Angehörigen des Erblassers im Falle des zweiten Beschwerdeführers nicht von dessen Existenz wussten. Trotz dieser unterschiedlichen Ergebnisse differenziert die Kammer in ihrer abschließenden Würdigung der Kriterien nicht zwischen den einzelnen Beschwerdeführern. Im Ergebnis scheint die Würdigung dennoch auch im Fall des zweiten Beschwerdeführers zutreffend zu sein. Die übrigen beiden Kriterien sprechen eindeutig für ein Überwiegen der Interessen des Beschwerdeführers gegenüber dem Vertrauensschutz der gesetzlichen Erben. Dennoch wäre eine saubere getrennte Darstellung der Ergebnisse der Subsumtion unter die vom EGMR erstmals aufgestellten Kriterien wünschenswert gewesen.

2. Rechtsdogmatisch bemerkenswert ist insbesondere, dass der EGMR hier eine Verletzung des Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Konvention i. V. m. Art. 14 EMRK gegeben sah. In der Rechtssache *Brauer ./ Deutschland* hatte er ausschließlich eine Verletzung von Art. 8 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 EMRK festgestellt<sup>13</sup> und dafür konsequenterweise ein bestehendes „Familienverhältnis“ für erforderlich gehalten. Durch das Abstellen auf Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Konvention wird diese Voraussetzung umgangen, sodass auch der zweite Beschwerdeführer einen Erbersatzanspruch geltend machen kann. Ein bestehendes familiäres Verhältnis zwischen dem Erblasser und dem nichtehelichen Kind ist demnach also keine Voraussetzung mehr für den Erbersatzanspruch. Dies verdient unter Gleichbehandlungsaspekten Zustimmung, da für die Schlechterstellung eines nichtehelichen Kindes, welches den Bezug zu seinem leiblichen Vater verloren oder nie erlangt hat, kein sachliches Argument besteht.

3. Nach diesem richtungsweisenden Urteil des EGMR stellte sich die Frage, wie die nationale Rechtsordnung darauf reagieren würde. In Betracht kam einerseits eine klarstellende Gesetzesänderung, andererseits eine Änderung der Rechtsprechungspraxis deutscher Gerichte. In einem Beschluss vom 12.07.2017<sup>14</sup> führte der BGH aus, dass eine teleologische Erweiterung des Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG durch die Gerichte eine ausreichende Reaktion auf die neue Rechtsprechung des EGMR sei. Diese teleologische Erweiterung und die Frage der Notwendigkeit einer gesetzlichen Änderung soll nun abschließend beleuchtet werden.

Der BGH nennt bezugnehmend auf das Urteil des EGMR neben den genannten Hauptkriterien noch den Umstand, ob durch das nationale Recht eine finanzielle Entschädigung für den Verlust des Erbrechts gewährt wird, als maßgeblich für einen gerechten Interessenausgleich. Dieses hat der EGMR zwar nur als abschließenden Gesichtspunkt in seinen Entscheidungsgründen angeführt, es dann aber doch als zusätzliches Kriterium eingeordnet. In seinem Beschluss stellt der BGH zurecht fest, dass unter Zugrundelegung dieser Kriterien die Antragstellerin des zu entscheidenden ähnlich gelagerten Falles bei einer wortlautgetreuen Anwendung von Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG in ihren Rechten aus Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur Konvention verletzt würde. Der Antragstellerin stehe für den Ausschluss des Erbrechts insbesondere auch kein Anspruch auf Zahlung einer finanziellen Entschädigung zu, weil die Voraussetzung von Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG in der gem. Art. 1 Nr. 2 ZwErbGleichG geänderten Fassung – das Bestehen des Fiskuserbrechts gem. § 1936 BGB – im Streitfall nicht erfüllt sei.

Daher sei Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG dahingehend teleologisch zu erweitern, dass die Ersetzung von Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG aF gem. Art. 1 Nr. 2 ZwErbGleichG bereits für den in Rede stehenden Erbfall Geltung beansprucht und § 1598 Abs. 2 BGB aF damit nicht mehr anzuwenden sei. Die Möglichkeit dieser teleologischen Erweiterung habe das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 18.03.2013<sup>15</sup> ausdrücklich offen gelassen. Sie sei nach den geltenden Methodenstandards angezeigt. Der BGH wendet im Rahmen dieser „teleologischen Erweiterung“ die Methodik der analogen Anwendung an. Eine Regelungslücke

13 EGMR, *Brauer ./ Deutschland*, Urteil der Fünften Sektion vom 28. Mai 2009, 3545/04, Rn. 45.

14 BGH, Beschluss vom 12. Juli 2017 – IV ZB 6/15, ZEV 2017, S. 510.

15 BVerfG, Beschluss vom 18. März 2013 (Fn. 3).

bestehe, da Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG gemessen an seinem gesetzesimmanenten Zweck hinsichtlich Erbfällen, die sich vor dem 29.05.2009 ereigneten und in tatsächlicher Hinsicht mit der Rechtssache *Brauer ./ . Deutschland* vergleichbar seien, ergänzungsbedürftig sei. Das Zweite Erbrechtsgleichstellungsgesetz bezwecke nämlich eine möglichst weitgehende Beseitigung der Ungleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder. Dabei habe der Gesetzgeber diese Beseitigung auch für Erbfälle, die sich vor dem 29.05.2009 ereigneten, ausweislich der Beratungsprotokolle<sup>16</sup>, für wünschenswert gehalten und sich nur wegen des entgegenstehenden Vertrauensschutzes und der zu befürchtenden praktischen Schwierigkeiten gegen eine solche Rückwirkung entschieden. Er ging davon aus, dass eine erneute Verurteilung durch den EGMR unwahrscheinlich sei, da die Rechtssache *Brauer ./ . Deutschland* von besonderen Umständen gekennzeichnet gewesen sei.<sup>17</sup> Dies mache nach Ansicht des BGH deutlich, dass der Gesetzgeber solche aus seiner Sicht „atypischen Fälle“ nicht dahingehend habe regeln wollen, dass es zu einer weiteren Verurteilung komme. Vielmehr sei es dem Gesetzgeber ja gerade um die Aufhebung der Konventionswidrigkeit gegangen. In dem von ihm zu entscheidenden Fall hat der BGH eine Vergleichbarkeit mit der Rechtssache *Brauer ./ . Deutschland* angenommen, da alle Besonderheiten gegeben gewesen seien, die aus Sicht der Gesetzgebers einen „atypischen Fall“ begründeten: die Antragstellerin lebte in der DDR, der Erblasser in der BRD; eine tatsächliche Nähebeziehung zwischen beiden; kein schutzwürdiges Vertrauen der gesetzlichen Erben mangels ihrerseitigen Nähebeziehung zum Erblasser.

Die teleologische Erweiterung des Art. 5 Satz 2 ZwErbGleichG sei verfassungskonform, da sie weder den Erblasser noch die Erben in ihren Grundrechten verletze. Insbesondere überwiege das bis zur Änderung des Nichtehechengesetzes durch das Zweite Erbrechtsgleichstellungsgesetz bestehende Erbrecht der Angehörigen nicht das in Art. 6 Abs. 5 GG ebenfalls verfassungsrechtlich verbürgte Recht der Antragstellerin auf grundsätzliche Gleichbehandlung mit ehelichen Kindern. Maßgebend sei insoweit der Gesichtspunkt, dass seit der Entscheidung in der Rechtssache *Brauer ./ . Deutschland* kein gefestigtes Vertrauen der Väter nichtehelicher Kinder und deren erbberechtigter Familienangehöriger auf den Fortbestand der bisherigen Rechtslage mehr habe entstehen können.

Nicht erforderlich ist eine teleologische Erweiterung auch nach der Rechtsprechung des EGMR für die Fälle, in denen über die erbrechtlichen Ansprüche bereits rechtskräftig entschieden worden ist. Denn dann kann nach nationalem Recht keine anderweitige Entscheidung mehr ergehen. Mangels materieller Rechtskraft gegenüber dem nichtehelichen Kind genügt eine Entscheidung im Erbscheinsverfahren, wie im Falle des ersten Beschwerdeführers, hingegen nicht.<sup>18</sup> Auch die Fälle des *Staatserbrechts* bedürfen keiner neuen Bewertung, da den nichtehelichen Kindern ein angemessener Anspruch auf Geldersatz aus Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG nF zusteht. Zuletzt muss auch dann kein Erbersatzanspruch gewährt werden, wenn die Verhältnismäßigkeitsprüfung anhand der vom EGMR aufgestellten Kriterien zu dem Ergebnis führt, dass der Vertrauensschutz der Erben den Anspruch auf Gleichbehandlung des nichtehelichen Kindes im Einzelfall überwiegt. Anhand des Urteils *Wolter und Sarfert ./ . Deutschland* wird jedoch deutlich, dass dies nicht zwangsläufig bei Nichterfüllung eines Kriteriums gegeben ist. Nichteheleichen Kindern, die in den Anwendungsbereich der neuen Rechtsprechung fallen, sollte allerdings geraten werden, ihren Erbersatzanspruch umgehend geltend zu machen um dem dritten Kriterium der Verhältnismäßigkeitsprüfung Rechnung zu tragen. Insbesondere wenn zu dem leiblichen Vater kein familiäres Verhältnis bestand, ist erst durch das Urteil *Wolter und Sarfert ./ . Deutschland* die Aussicht auf einen Anspruch entstanden, sodass diesem Kriterium in diesen Fällen noch nachgekommen werden kann.

---

16 BT-Drs. 17/4776, 7.

17 Ibid.

18 D. Leipold, Neue Erbchancen für „alte“ nichteheliche Kinder: der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und der BGH beseitigen die Diskriminierung, in: ZEV 2017, S. 489–496 (S. 494).

Eine gesetzliche Neuregelung zur Klarstellung der Rechtslage hat der EGMR in seinem Urteil nicht ausdrücklich gefordert. Stattdessen verlangt er, dass eine im innerstaatlichen Recht bestehende Stichtagsregelung eine flexible Handhabung zulässt. Diese kann durch eine gerichtliche Anwendung der Verhältnismäßigkeitsprüfung anhand der vom EGMR aufgestellten Kriterien hinreichend gewährleistet werden. Eine Gesetzesänderung erscheint mithin entbehrlich.

Die besprochene Entscheidung veranschaulicht einmal mehr, dass sich menschenrechtliche Fragestellungen nicht nur auf Sachverhalte beziehen, die sich im Ausland zutragen, sondern auch ein für den deutschen Rechtsanwender praxisrelevantes Rechtsgebiet wie das nationale Erbrecht betreffen können.

## Buchbesprechungen

***Tania Fabricius, Die Aufarbeitung von in Kolonialkriegen begangenen Unrecht: Anwendbarkeit und Anwendung internationaler Regeln des bewaffneten Konflikts und nationalen Militärrechts auf Geschehnisse in europäischen Kolonialgebieten in Afrika. Schriften zum Völkerrecht 223, Berlin: Duncker & Humblot, 2017, 405 Seiten, ISBN 978-3-428-15011-3.***

Die Notwendigkeit einer Aufarbeitung kolonialen Unrechts wird von vielen Politikern, die in den Nachfolgestaaten der Kolonialmächte Einfluss haben, inzwischen nicht mehr bestritten. So haben sich, um ein Beispiel zu nennen, deutsche Entwicklungs- und Außenpolitiker in Namibia wiederholt für Massaker entschuldigt, die deutsche Truppen im ersten Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts unter den Hereros angerichtet haben. Damalige Militäraktionen, die faktisch Ausrottungsfeldzüge waren, endeten, was nicht mehr bestritten wird, mit dem Völkermord an einer Volksgruppe, deren Bezeichnung als „Hottentotten“ noch Jahrzehnte später sprichwörtlich wurde. Deshalb gilt der Begriff des „Völkermord“ als angemessen.

Schuldbekennnisse von Politikern sind inzwischen, so scheint es, sogar wohlfeil geworden. Umstritten bleiben allerdings weiterhin politische und völkerrechtliche Konsequenzen, soweit sie eine Verpflichtung zu Wiedergutmachung berühren. Die Verpflichtung zur Begleichung hängt natürlich von Prämissen ab, die den Juristen berühren. Denn für ihn ist nicht die gegenwärtige politisch-moralische Bewertung entscheidend, sondern die Frage der Strafbarkeit zum Zeitpunkt der später als „Verbrechen“ eingestuften Handlungen.

Wie erst jüngste Bemühungen der Nachfahren der Hereros belegen, ist die Bereitschaft der deutschen Regierung, Folgerungen aus gewaltsamer Unterdrückung der „Kolonialvölker“ und einer inhumanen Kriegsführung zu ziehen, mehr als schwach ausgebildet. Beschwerden werden abgelehnt, die Annahme von Beschwerdeschreibern wird sogar verweigert.

Hier setzt die vorliegende, sehr gründlich erarbeitete und keineswegs deklamatorisch

sich erschöpfende juristische Berliner Dissertation von Tania Fabricius an. Der komplizierte Titel, bei juristischen Dissertationen nicht unüblich und deshalb für den Nicht-Juristen häufig geeignet, die Bedeutung einer Arbeit nicht angemessen einschätzen zu können, verbirgt die politische Bedeutung dieser Studie ebenso wie ihre Relevanz für Nachbardisziplinen, insbesondere die historische Friedens- und Menschenrechtsforschung. Dies auszugleichen ist u. a. auch das Ziel dieser Besprechung.

Offensichtlich ist, dass Fabricius sich von den aktuellen Auseinandersetzungen über die „Kolonialvergangenheit“ inspirieren und motivieren ließ. Der inhaltliche Ertrag ihrer Arbeit liegt vor allem in der Aufarbeitung von zunächst faktisch weitgehend erfolglosen Bemühungen, die Kolonialkriege zu zivilisieren und zu humanisieren. Im Kern aber nimmt die Verfasserin die Praxis der „Kolonialkriege“ zum Anlass, die ebenso politisch gravierende wie auch juristisch herausfordernde und überdies die bis heute nicht umfassend gelöste Problematik einer „Aufarbeitung kolonialen Unrechts“ in den Blick zu nehmen. Dabei beschränkt sie sich nicht auf eine enge deutsche Perspektive, sondern erschließt europäische Zusammenhänge der Kolonialgeschichte. Sie berührt in Fallstudien über Deutsch-Südwestafrika, Belgisch-Kongo, Kenia und Algerien, die etwa die Hälfte der Arbeit umfassen, wesentliche Aspekte europäischer Imperial- und Kolonialgeschichte seit dem späten 19. Jahrhundert und bis weit in das 20. Jahrhundert hinein.

Angesichts heutiger Sensibilisierung großer Teile der Weltöffentlichkeit und der Möglichkeiten der UNO gegenüber dem Unrecht, das mit der Unterdrückung und Ausrottung indigener Völker im Zuge der europäischen Expansion einherging, ist es

mehr als erstaunlich, dass nach 1945 die Verletzungen der Menschenrechte in den Kolonialkriegen nur allmählich zum Thema wurden. Eigentlich sind sie erst mit der „Weltkonferenz gegen Rassismus, Rassen-diskriminierung und Fremdenfeindlichkeit und der damit zusammenhängenden Intoleranz“ seit 2001 in das Zentrum eines allgemeinen Interesses gerückt. Die Durban-Konferenz knüpfte unmittelbar nach der Jahrtausendwende programmatisch an die Empfehlung der Unterkommission der Vereinten Nationen aus dem Vorjahr an, mit der ein Zusammenhang zwischen Kolonialverbrechen und der aktuellen Menschenrechtspolitik hergestellt wurde (vgl. S. 24).

Um die Bedeutung dieser Dissertation zu verdeutlichen, sei betont, dass die Verfasserin nicht nur substantiell, sondern auch methodisch und somit prinzipiell eine Forschungslücke füllt, weil sie die allgemeine Formulierung, der Kolonialismus hätte Leid verursacht, im ersten Hauptteil ihrer Arbeit zunächst durch eine den erwähnten Fallstudien vorausgehende Darstellung von Entwicklungen des Völkerrechts auf eine theoretisch reflektierte Grundlage stellt. Dadurch gewinnt die Studie exemplarische Bedeutung, nicht zuletzt durch methodische Reflexionen.

Der Verfasserin ist zuzustimmen, wenn sie betont, die „gewaltsamen Auseinandersetzungen zwischen den Kolonialmächten und der autochthonen Bevölkerung“ ließen sich nicht nur historisch beschreiben oder politisch-theoretisch verallgemeinern. Weil sie grundsätzliche Fragen des Völkerstrafrechts berührt, werden grundsätzliche Fragen einer Wiedergutmachung dieses Unrechts aufgeworfen und schließlich auch die Zivilisierung der Kolonialkriege in den Blick gerückt, die viel zäher vonstatten ging als die, wenn es dies überhaupt geben kann, Humanisierung der kriegerischen Auseinandersetzungen zwischen den europäischen Nationalstaaten, die im 19. Jahrhundert versuchten, in Afrika ihre Einflussphären auszuweiten und ihre eigenen Rechtsvorstellungen durchzusetzen. Mit leichthin und anlässlich von Staatsbesuchen deklamierten „Schuldeingeständnissen“ (S. 27) der Regierungen, den Nachfolgern ehemaliger Kolo-

nialmächte, ist es also nicht getan; ebenso wichtig ist es, sich dem anzunähern, was gemeinhin vergangene Wirklichkeit und „historische Wahrheit“ genannt wird.

Bemerkenswert ist, dass die Verfasserin den Ertrag der in den vergangenen zwanzig Jahren kräftig vermehrten kolonialen Zeitgeschichte erfasst. Er hat sich, wie Literaturverzeichnis und Anmerkungen belegen, in einer kaum mehr überschaubaren Forschungsliteratur niedergeschlagen. Es wäre angesichts dieser Fülle an zeithistorischer Literatur beckmesserisch, eine juristische Dissertation an der Frage zu messen, ob die Ergebnisse kolonialgeschichtlicher Forschung mit filigraner Delikatesse erfasst oder reproduziert wurden. Denn darum geht es der Verfasserin nicht.

Vertreter benachbarter Disziplinen, nicht zuletzt der Politikwissenschaft, sollten nutzen, dass diese Arbeit sich einem viel zentraleren Problem historisch-zeitgeschichtlicher und juristischer Forschung widmet, nämlich der rechtshistorisch bedeutsamen Frage, welche Bedeutung bei der Beurteilung der völker- und menschenrechtswidrigen Unterdrückungs- und Ausbeutungspraxis der Kolonialmächte des 19. und 20. Jahrhunderts der Frage zukommt, wie sich „rechtliche Maßstäbe“ der Vergangenheit auf gegenwärtige Beurteilungen auswirken. Gerade dieses Problem wird bei retrospektiven Diskussionen über Schuld und Verantwortung und damit sicherlich auch der Wiedergutmachung ausgeblendet. Die Verfasserin deutet an, dass „die rechtliche Bewertung von Geschehnissen unterschiedlicher Epochen verschieden ausfallen“ könne (S. 31).

Dies kann mit dem Blick auf Diskussionen über Schuld und Verantwortung und damit zusammenhängende Wiedergutmachungsforderungen nicht bedeuten, es mit zeitbedingten Relativierungen genug sein zu lassen. Und gerade deshalb sind die Vorarbeiten für eine substantielle Auseinandersetzung mit Ereignissen, Voraussetzungen und Folgen der Kolonialkriege, die nicht einmal mit dem Algerienkrieg ihr Ende fanden, sondern im irischen Bürgerkrieg, in den Auseinandersetzungen im Baskenland oder in den spanischen Kolonien fortwirkten.

Die Verfasserin lässt keinen Zweifel daran, dass bereits seit der Mitte des 19. Jahrhunderts multilaterale Versuche auf eine Kodifizierung bewaffneter Konflikte und damit auf eine Modifizierung des jeweils national-spezifischen Militärrechts zielten. Problematisch war, dass die auf die europäische Kriegsführung orientierten Bestimmungen, die einer Einhegung der Kriegsführung und dem Schutz der ihrer Truppen dienten, nicht auch für die Kriegsführung in den Kolonien und insbesondere bei den Kämpfen gegen die Einheimischen gelten sollten. Die bewaffneten Auseinandersetzungen richteten sich vor allem gegen die dort lebende Bevölkerung und kannten, wie die Fallstudien im zweiten Teil der Arbeit zeigen, in der Regel weder Maß noch Ziel. Die Darstellung der Einzelheiten überschreitet den Rahmen, der dieser Rezension zur Verfügung steht; deshalb müssen diese allgemeinen Bemerkungen genügen.

In der Dissertation geht es mithin nicht um den historischen Kolonialismus in seiner Vielschichtigkeit und Breite, sondern um die Frage nach der „Anwendbarkeit und Anwendung internationaler Regeln des bewaffneten Konflikts sowie des nationalen Militärrechts auf gewaltsame Geschehnisse zwischen Kolonialmächten und autochthon-arabischen Afrikanern“ in den von europäischen Mächten beherrschten Kolonien Afrikas (S. 30). Dieses Problem wird in der überaus differenziert gegliederten, Literaturbezüge erschließende und historische, politikwissenschaftliche, rechtsphilosophische und juristische Argumente zusammenführende Studie hervorragend verfolgt. Die differenzierte Gliederung dieser Studie, die auch durch ein Register erschlossen wird, ist geeignet, endgültig alle Kontroversen über die Reichweite und die Möglichkeit interdisziplinärer Sekundäranalyse ad absurdum zu führen.

Herausfordernd und im Ergebnis bedeutsam bleibt, dass die Verfasserin zunächst die Maßstäbe einer möglichen Beurteilung der von ihr nicht in Frage gestellten Kolonialverbrechen ergründet. Sie kann belegen, dass die führenden Völkerrechtler des 19. Jahrhunderts zutiefst befangen blieben in einer ethnisch begründeten Überheblich-

keit, die Angehörige der Kolonialverwaltungen und Kolonialmächte, wie viele Kolonialanekdoten belegen, auszeichnete. Auch dies wird in den Fallstudien durch geradezu unüberschaubare Details und Zitate belegt. In diesem Zusammenhang ist ein wenig bedauerlich, dass die Verfasserin nicht nach jenen fragt, die, wie etwa der 1920 von Freischärlern ermordete Hans Paasche, früh dafür warben, in den „Eingeborenen“ Menschen zu sehen, die einen Anspruch auf eine eigene Lebensgestaltung und Anerkennung besäßen, eigentlich sogar den „Weißen“ überlegen waren.

Die Versuche, die Kriegsführung zu regulieren und damit zu humanisieren, betrafen nur die Angehörigen der als angeblich höherstehend bezeichneten „Rasse“ der Weißen. Die Verfasserin verwahrt sich davor, mit dem „White bias“ (S. 36) belastet zu werden; sie rechtfertigt nichts, im Gegenteil: zuweilen verspürt man ebenso ihre Ratlosigkeit angesichts des menschenrechtswidrigen Verhaltens wie auch ihr Entsetzen. „Unzweifelhaft“ stellen die in den Kolonialkriegen verübten Gräueltaten Beispiele einer Vernichtungspraxis dar, die als „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ bezeichnet werden müssen (S. 37).

Weshalb aber galten die Gewaltakte nicht als Verstoß gegen bestehende Gesetze? Rechtsethisch lautet eine Erklärung, dass die Vorstellung von Recht und Unrecht eine Frage der Zeit ist und die „internationale Rechtsordnung“ das Ergebnis eines Prozesses war, bei dem sich erst „im Lauf der Zeit“ die Veränderungen von Rechtsauffassungen niederschlugen. Wenn schließlich sogar das Rückwirkungsverbot angeführt wird, konnte man zu dem Ergebnis kommen, „nicht die heutige Völkerrechtslage“ sei bei einer „Bewertung von Geschehnissen“, die in der Vergangenheit liegen, entscheidend. Maßgebend sei hingegen „ausschließlich, wie die damaligen Geschehnisse nach dem damals geltenden Recht bewertet wurden.“ (S. 39)

Die „Geburt der internationalen Rechtsordnung“ stand unter dem Eindruck einer Überheblichkeit, denn der Zivilisationsbegriff war an die Existenz der christlich-europäischen Staatenwelt gekoppelt. Selbst John Stuart Mill plädierte gegen die universelle

Wirkung des Völkerrechts und fand Resonanz bei Juristen wie Theodor D. Woolsey, Friedrich F. Martens, Johann Caspar Bluntschli u. a. Gemeinsam war ihnen die Überzeugung, dass internationales Recht dann nicht zugrundegelegt werden müsse, wenn „christliche Staaten mit Wilden oder halb-zivilisierten Stämmen in Kontakt“ träten. Denn die zivilisierten Nationen seien per se Produkte christlich-abendländischer Kultur und deshalb berechtigt, sich über nicht zu ihrem Kulturkreis gehörende Kulturen, Stämme und Gesellschaften zu erheben, faktisch mithin zu beherrschen, zu unterdrücken und schließlich zu unterjochen. Bluntschli leitete daraus schließlich die Überlegung ab, es sei die Pflicht sogenannter zivilisierter Staaten, durch das von ihnen entwickelte und durchgesetzte Völkerrecht nicht zuletzt ihre Zivilisation zu verbreiten.

Die Vorstellung von einer höherwertigen zivilisatorischen Ordnung Europas begründete offenbar bei Gelehrten, also bei klugen Menschen, die „Vermutung“, das internationale Recht könne zu einem Instrument der Machtdurchsetzung gestaltet und damit zur Durchsetzung eigener Interessen genutzt werden. Im Zuge der europäischen Expansion sei deshalb Willkür im Umgang mit indigenen Völkern als rechtmäßig „qualifiziert“ worden. Die Verfasserin lehnt in diesem Zusammenhang das von dem Berliner Völkerrechtler Christian Tomuschat angeführte Entlastungsargument ab, die meisten Gelehrten hätten „einfach keine Kenntnis von den Geschehnissen in anderen Teilen der Welt gehabt.“

Auf dieses Entlastungsargument kommt es der Verfasserin hingegen gar nicht an. Denn sie will keine Befindlichkeiten, Weltwahrnehmungen und Weltdeutungen erklären, sondern plausibel machen, welche Vorstellungen von Rechtmäßigkeit die menschenrechtswidrigen Übergriffe – und damit das in den Kolonialkriegen praktizierte Unrecht – erklären können. Die Vorstellung einer zivilisatorischen Höherwertigkeit verband sich mit rassistischer Überheblichkeit, die geradezu eine Gefühllosigkeit und Gewissenlosigkeit evozierte, nicht zuletzt im Zusammenhang mit einem kulturell überhöhten und religiös-aggressiven Missions-

gedanken, der eine Folge der als legitim geltenden realpolitischen Interessendurchsetzung vor dem Hintergrund wirtschaftlicher Expansionsabsichten galt.

Der argumentative Kick dieser Arbeit resultiert aus der gründlichen Darstellung der – schleichenden – Entwicklung zivilisatorisch-humanitärer Normen seit der Mitte des 19. Jahrhunderts. Wenngleich Alternativen zur unmenschlichen Behandlung von Kombattanten seit dem Genfer Abkommen von 1864 entwickelt wurden, so wandte keine Kolonialmacht diese Bestimmungen auf innerstaatliche Konflikte an, vor allem, weil die Kolonien als Teil des Mutterlandes galten (S. 62) und Kolonialkriege folglich nicht als internationale Konflikte, sondern als innergesellschaftliche Auseinandersetzungen, eigentlich als Bürgerkriege klassifiziert wurden.

Mehrere Kapitel der Dissertation schildern die Konkretisierung der Umsetzung des Genfer Abkommens, vor allem, um zu verdeutlichen, dass Maßstäbe einerseits entwickelt worden waren, um eine völkerrechtswidrige Kriegsführung einzudämmen. Aber diese Maßstäbe wurden nicht universalisiert, sondern blieben auf die Auseinandersetzungen der europäischen Nationalstaaten beschränkt und wurden zugleich politisch-taktischen Finessen und Interessen untergeordnet. Deutsche Diplomaten empfahlen etwa 1899, „so viele Sicherheitsventile in den gekünstelten Apparat zu bringen, daß das Ganze nur Sand wird, den wir der öffentlichen Meinung in die Augen werfen können.“ (S. 97).

Den europäischen Kolonialmächten gelang es nicht nur vor dem Ausbruch des 1. Weltkriegs, sondern auch in der Zwischenkriegszeit und weit über das Ende des 2. Weltkriegs hinaus, ihre gemeinsamen Interessen als imperialistische Mächte zu verfolgen und ihre sie handlungsleitend bestimmenden „Kolonialerwägungen“ (S. 112) nicht zu irritieren. Gemeinsam war ihnen auch die Überzeugung, dass Aufständischen in den Kolonien nicht der Status einer „kriegführenden Konfliktpartei“ (S. 118) zuerkannt werden sollte. Diese Einschätzung veränderte sich trotz der Rekrutierung von Kolonialvölkern für den Einsatz auf den

europäischen Schlachtfeldern im 1. Weltkrieg nicht.

So wird erst der 2. Weltkrieg zu einer Zäsur der humanitären Entwicklung des Völkerrechts (S. 128), nicht zuletzt auch wegen der neuen Entwicklungen in der internationalen Menschenrechtsdiskussion. Dieser Zusammenhang wird in den Kommentaren etwa zum inzwischen entscheidend veränderten Art. 16 GG vernachlässigt, weil unbeirrt behauptet wird, darin drücke sich eine Art Erfahrungs- und Lerngeschichte aus. Entscheidend war für die Bereitschaft etwa des Parlamentarischen Rates, Grund- und Menschenrechte auch in die Bewertung der internationalen Beziehungen einzubeziehen, die Erklärung der Vereinten Nationen vom 10.12.1948, also einige Monate vor der Verabschiedung der beiden deutschen Verfassungen.

Die Diskussionen über die Praxis der Kolonialkriege seit den 50er Jahren scheinen die Durchsetzung der Menschenrechte zu forcieren. Hier gewinnen die Darstellungen der Kriege in Kenia und in Algerien ihre bedrückende Kraft. Zugleich aber mahnt die Dissertation zur Zurückhaltung in der Bewertung von zivilisatorischen Fortschritten, denn natürlich beharrten die europäischen Kolonialmächte im Übergang zur Dekolonisierung auf ihren Vorrechten gegenüber der ihnen ausgelieferten Bevölkerung in ihren Kolonien, etwa wenn der britische Kampf gegen die kenianische Unabhängigkeitsbestrebung der Mau-Mau oder die brutale Unterdrückung Algeriens durch die französische bewaffnete Macht analysiert wird.

Die Genfer Regierungskonferenz von 1949 lässt die Aufweichung der bisherigen Positionen der Kolonialmächte erahnen, die den Dekolonisierungsprozess begleitet. Vor allem durch die endgültige Diskreditierung des Rasse-Gedankens als Folge des Völkermords an den Juden wächst die Bereitschaft zur „Revision des humanitären Völkerrechts“ (S. 141)

Im Ergebnis ihrer ebenso historischen wie auch systematischen Überlegungen kommt die Verfasserin allerdings zu einem zurückhaltenden Gesamturteil und wird durch

gegenwärtige Diskussionen angesichts der Flüchtlingsfragen und deren Bewältigung durch Auffanglager und menschenrechtswidrige Traktierung der Flüchtlinge bestätigt. Mögen die dokumentierten und analysierten Fallbeispiele zeithistorisch überaus interessant sein, so wird etwas ganz anderes sichtbar. Bonhoeffer schrieb Anfang 1943 in dem selbstkritischen und bewegenden Rechenschaftsbericht an seine Freunde „nach zehn Jahren“, nichts von dem, was man im anderen verachte, sei einem selbst ganz fremd.

Gerade weil die Verfasserin sich auf Deutsch-Südwestafrika (heute Namibia), den sogenannten Kongo-Freistaat, auf die Entwicklung in Britisch-Kenia seit 1952 und Französisch-Algerien konzentriert, wird deutlich, wie Ausgrenzungen und Unterdrückungen der indigenen Bevölkerung durch koloniale Herrenvölker funktionierten. Ihre historischen Exkurse zielen deshalb letztlich viel stärker, als es der Verfasserin bei der Abfassung ihrer Dissertation bewusst zu sein schien, auf die Gegenwart und die dort verbreiteten Wahrnehmungsmuster. So ist die Arbeit von großer Aktualität. Berichte aus den Flüchtlingslagern in Südosteuropa haben den Papst veranlasst, Vergleiche zu bemühen und über die Lagerwirklichkeit zu sprechen, die ihn an Konzentrationslager erinnerte. Er lenkte den Blick auf die Bereitschaft, in kulturellen Konflikten die Normen zu relativieren, zu denen man sich am Tag der Menschenrechte bekennt.

Fabricius erinnert daran, wie lang und schwer der Weg zur Zivilisierung des Umgangs mit Bevölkerungen war, die von Kolonialmächten unterdrückt wurden, lange Zeit ohne Bedenken und ohne schlechtes Gewissen. Inzwischen aber sind Menschenrechte auch zunehmend im Völkerstrafrecht verankert worden. Nachdem dies erreicht ist, kommt es auf die Bereitschaft und das Bewusstsein an, diese Normen in der Praxis anzuwenden und eben nicht mehr Verhaltensweisen und juristische Kriterien zur Ahndung von Menschenrechtsverletzungen einem angeblichen nationalen Interesse unterzuordnen.

*Peter Steinbach*

**Berenike Schriewer, Zur Theorie der internationalen Offenheit und der Völkerrechtsfreundlichkeit einer Rechtsordnung und ihrer Erprobung am Beispiel der EU-Rechtsordnung, Duncker & Humblot, Berlin 2017, 300 Seiten, ISBN 978-3-428-14904-9.**

Mit ihrer Kieler Dissertation (Betreuer: Thomas Giegerich) möchte die Autorin, wie sie im ersten Teil der Arbeit erläutert, das, was internationale Offenheit und Völkerrechtsfreundlichkeit einer Rechtsordnung wesentlich ausmacht, herausarbeiten und prüfen, ob – gemessen an diesen Charakteristika – auch eine nicht-staatliche Rechtsordnung wie die der Europäischen Union (EU) als international offen und völkerrechtsfreundlich bezeichnet werden kann. Dies setzt zunächst die Darstellung der maßgeblichen Merkmale von internationaler Offenheit und Völkerrechtsfreundlichkeit voraus (2. Teil), deren Verallgemeinerungsfähigkeit anschließend durch ihre Übertragung auf die EU-Rechtsordnung erprobt werden soll (3. Teil).

Internationale Offenheit heißt, so Schriewer, dass eine Verfassung durchlässig gegenüber äußeren Einflüssen ist, sich nicht als exklusiv versteht, sondern sich etwa auch völkerrechtlichen Werten gegenüber offen zeigt. Völkerrechtsfreundlichkeit wird enger gefasst: Sie beziehe sich nicht auf die internationale Zusammenarbeit als solche, sondern nur auf die für das jeweilige Völkerrechtssubjekt maßgeblichen völkerrechtlichen Normen (S. 38 f.).

Es liegt nahe, dass die Verfasserin (Verf.) die nähere Untersuchung der internationalen Offenheit und Völkerrechtsfreundlichkeit am deutschen Beispiel (vor allem Präambel, Art. 1 und 24–26 GG) beginnt. Auf der Basis der hieraus gewonnenen positivrechtlichen Erkenntnisse werden dann die Elemente der hier behandelten Grundbegriffe näher diskutiert. Der als Oberbegriff verstandenen internationalen Offenheit werden drei Aspekte zugeordnet: der rezeptive Aspekt, das heißt die ihr zugrunde liegende Völkerrechtsfreundlichkeit; der aktive, nach außen wirksame Aspekt, der über bloße Völkerrechtsfreundlichkeit hinausgehend auf politische internationale Kooperation zielt; schließlich der am Wohl des Menschen, seinem Wert und seiner Würde orientierte,

menschenrechtsfreundliche Aspekt. Es ist dieser dritte Aspekt, der nach Ansicht der Verf. das „abschließende Urteil über die Offenheit einer Rechtsordnung“ nach dem jetzigen Entwicklungsstand begründet (S. 76).

Die Völkerrechtsfreundlichkeit einer Rechtsordnung wird nach zwei Kriterien beurteilt. Das erste Kriterium wird mit „größtmöglicher Wirksamkeit völkerrechtlicher Normen in der nationalen Rechtsordnung“ umschrieben (S. 76 ff.). Was dies im Einzelnen bedeutet, wird im Folgenden an sechs Punkten erläutert: (1) Richtige Ermittlung des Inhalts von Völkerrechtsnormen, wobei vor allem auf die Auslegung nach völkerrechtlichen Regeln und die Beachtung der einschlägigen Rechtsprechung internationaler Spruchkörper hingewiesen wird. (2) Unmittelbare Anwendung der Völkerrechtsnormen im innerstaatlichen Recht durch die Rechtsanwender. Die Ausblendung prozessualer Durchsetzungsmöglichkeiten überzeugt in diesem Kontext freilich wenig (S. 88 f.). (3) Vermeidung von Normkonflikten zwischen völkerrechtlichen und innerstaatlichen Regeln durch Zuweisung eines höheren Rangs für das Völkerrecht oder Parallelisierung beider Rechtsordnungen durch die Rezeption völkerrechtlicher Standards. (4) Ein ausführlicher Grundrechtskatalog, der sich an völkerrechtlichen Standards orientiert. (5) Eine auf Völkerrecht zurückgreifende Konfliktlösung, sei es durch die Nutzung vom Völkerrecht bereitgestellter Methoden der Streitlösung, sei es durch völkerrechtskonforme Auslegung. (6) Das Fehlen von völkerrechtsunfreundlichen Elementen wie Völkerrechtsskepsis und Völkerrechtsunfreundlichkeit.

Die systematisierende Zusammenstellung der genannten Punkte ist durchaus eindrucksvoll. Auf einige Probleme sei aber schon an dieser Stelle hingewiesen. Vor allem: Kann man Völkerrechtsfreundlichkeit als abstraktes Prinzip formulieren, von dem mehr abzuleiten ist als die bloße Beachtung völkerrechtlicher Verpflichtungen? Wenn

ein Staat Rechtsregeln hat oder schafft, die der Erfüllung seiner völkerrechtlichen Pflichten entgegenstehen, mag man dies völkerrechtsunfreundlich nennen, vor allem aber ist es völkerrechtswidrig. Ist es auch völkerrechtsunfreundlich, wenn ein Staat von der völkerrechtlichen Möglichkeit Gebrauch macht, sich aus einem Vertrag zu lösen, dessen Verpflichtungen er nicht mehr akzeptieren will, oder die Auslegung einer Völkerrechtsnorm durch eine internationale Instanz ablehnt, deren Rechtsspruch keine rechtliche Bindungswirkung hat, oder wenn er im zugrunde liegenden Streit nicht Partei war? Ist es völkerrechtsunfreundlich, wenn Staaten nicht alle in Verträge aufgenommene Menschenrechtsausprägungen in den eigenen Grundrechtskatalog übernehmen wollen? Gewiss, man kann dies und anderes völkerrechtsunfreundlich nennen, aber führt dieser überobligationsmäßige „Anspruch“ nicht möglicherweise zu einer nur schwer zu entkommenden Moralisierung, die das wirklich rechtlich Gesollte in den Hintergrund treten lässt, obwohl primär von seiner Erfüllung so viel abhängt? Ähnlich liegt es, wenn die Entscheidung eines Staates, einen völkerrechtlichen Vertrag nicht abzuschließen, weil dies zu einem voraussehbaren Konflikt mit seinem innerstaatlichen Recht führen würde, als „mit dem Konzept der offenen Staatlichkeit [...] nur schwerlich vereinbar“ angesehen wird (S. 99). Die Verf. erkennt zwar die zugrunde liegende Problematik durchaus an verschiedenen Stellen, so etwa wenn sie meint, dass „ein großes Vertrauen in völkerrechtliche Regelungen“ erforderlich ist, wenn diesen Vorschriften überverfassungsrechtlicher Rang eingeräumt wird (S. 93) – ein Vertrauen, das dann doch nur wenige Staaten haben. Oder wenn sie schon ganz am Anfang vor einer „Idealisierung des Völkerrechts“ warnt (S. 22). Doch in grundsätzlicher Weise wird das Problem nicht aufgegriffen.

Das zweite Kriterium zur Charakterisierung der Völkerrechtsfreundlichkeit soll darin bestehen, ob diese „natürlich“ ist oder erst „erarbeitet“ werden muss (S. 110ff.). Die Wortwahl ist nicht sehr überzeugend, da weder die monistische noch die dualistische Gestaltung des Verhältnisses vom Völ-

ker- zum nationalen Recht vom Himmel fällt. Es überzeugt auch nicht, dass bei Zugrundelegung des Monismus („natürliche Völkerrechtsfreundlichkeit“) die Gesamtrechtsordnung durch Widerspruchsfreiheit gekennzeichnet sei (S. 112); in jeder Rechtsordnung können doch Widersprüche auftreten (so zu Recht S. 259). Auch sonst gibt es Nachfragen: Es ist nicht recht verständlich, wenn die Verf. die Anwendung der Lex-posterior-Maxime dann für „besonders völkerrechtsfreundlich“ hält, wenn das spätere nationale Gesetz gegenüber einer innerstaatlich anwendbaren völkerrechtlichen Verpflichtung nur dann Vorrang haben soll, wenn die Verletzung dieser Verpflichtung vom Gesetzgeber eindeutig gewollt ist (S. 122). Diese Wertung steht zwar im Zusammenhang mit einer ungebremsen Anwendung der Lex posterior, ist also insoweit „völkerrechtsfreundlicher“, aber doch schwerlich besonders völkerrechtsfreundlich, wenn man etwa an den „treaty override“ denkt (vgl. S. 253).

Nachdem die Verf. mit den bisherigen Ausführungen ein allgemeines Modell von internationaler Offenheit und Verfassungsfreundlichkeit herausgearbeitet hat, erprobt sie seine Tauglichkeit an der Rechtsordnung der EU, die zwar kein Staat, aber als Global Player anerkannt ist (S. 126ff.). So werden die Art. 2, 3 und 21 EUV als eindeutiger Beleg für die internationale Offenheit angeführt und als deren besonderer Aspekt die Menschenrechtsfreundlichkeit der EU (Grundrechte der Mitgliedstaaten, EMRK, Grundrechte-Charta) betont. Das Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt der Union von 2014 hat diese Offenheit allerdings beschädigt. Insgesamt kommt die Verf. aber zu dem Ergebnis, dass die Gründungsverträge der EU als „hochmoderne, international offene Verfassung“ zu bezeichnen sind (S. 154).

Zur Feststellung und Bewertung der Völkerrechtsfreundlichkeit der EU-Rechtsordnung wird auf die früher entwickelten Kriterien zurückgegriffen, also etwa die Auslegung der von der Union geschlossenen völkerrechtlichen Verträge nach den im Völkerrecht anerkannten Regeln, Fragen der unmittelbaren Anwendung (GATT/

WTO) und die Einordnung von Völkerge-  
wohnheitsrecht in die unionale Normen-  
hierarchie. Während hier das Votum auf  
„vergleichsweise völkerrechtsfreundliche  
Lösung“ lautet (S. 174), lautet das Urteil be-  
zogen auf den Menschenrechtsschutz un-  
eingeschränkt auf „völkerrechtsfreundlich“  
(S. 180). Dabei darf man aber das schon er-  
wähnte, sehr selbstbezogene EMRK-Gut-  
achten des EuGH nicht ausblenden (vgl.  
auch S. 211 f.). Bei der Prüfung, ob völker-  
rechtsunfreundliche Elemente auszuma-  
chen sind, ist neben dem Hinweis auf die  
GATT/WTO-Rechtsprechung die Diskus-  
sion der Kadi-Rechtsprechung interessant.  
Hier zeigt sich, je nach Perspektive, wie  
schwierig die Einschätzung über mehr oder  
weniger völkerrechtsfreundlich sein kann –  
und zwar je nachdem, ob man der von der  
UN-Charta dem Sicherheitsrat zugewiese-  
nen Funktion zur Wahrung des Weltfriedens  
und der internationalen Sicherheit oder dem  
Menschenrechtsschutz (auch im Bereich des  
nicht zwingenden Rechts) ausgeht. Inter-  
essant ist der Abschnitt über die rechtliche  
Behandlung der von den Mit-  
gliedstaaten vor ihrem Beitritt zur EU ab-  
geschlossenen „Altverträge“, die als grund-  
sätzlich völkerrechtsfreundlich eingestuft  
wird. Insgesamt mag man resümieren, dass  
der EuGH der Warnung von Pescatore vor  
dem Völkerrecht als „trojanisches Pferd“  
nur bedingt gefolgt ist.

Auf der Grundlage der das erarbeitete Mo-  
dell konstituierenden Kriterien, deren Be-  
grenztheit die Autorin selbst vermerkt  
(S. 218 f.), werden im vierten und letzten  
Teil der Arbeit die „Entwicklungschancen“  
der beiden Konzepte erörtert (S. 220 ff.). So  
könnte das Konzept der internationalen Of-  
fenheit durch Einbeziehung eines von man-  
cherlei Seite geforderten demokratischen  
Elements ergänzt werden. Was das genau  
bedeuten kann, bleibt unklar. Entsprechen-  
des gilt von der „Einbeziehung eines bio-  
zentrischen Elementes“ (S. 224 ff.). Auch die  
Verf. bleibt gegenüber einer solchen Erwei-  
terung skeptisch (S. 30 f.).

Was die Völkerrechtsfreundlichkeit angeht  
wird kurz geprüft, ob sie im Sinn eines allein  
deskriptiven Begriffs, einer Auslegungshil-  
fe für nationale Normen, als verfassungs-

rechtliches Leitbild oder als Verfassungs-  
prinzip zu verstehen ist; in der Tat spricht  
ja das BVerfG von einem Grundsatz oder  
Prinzip. Die Verf. greift diesen Gedan-  
ken auf und entwickelt im Folgenden eine  
„Theorie des Verfassungsprinzips der Völ-  
kerrechtsfreundlichkeit“ (S. 237 ff.), dabei  
dem Prinzipienbegriff von Alexy folgend.  
Nach Überprüfung anderer Möglichkeiten  
entscheidet sich die Verf. für die „induktive  
Ableitung“ eines Prinzips der Völkerrechts-  
freundlichkeit aus dem positiven Verfas-  
sungsrecht und definiert als entschei-  
dende Grundlage das Rechtsstaatsgebot. Die  
Respektierung des Rechts erfordere, so die  
Verf. im Anschluss an Klaus Vogel, für den  
offenen Rechtsstaat auch die Anerkennung  
des zwischen den Staaten geltenden Rechts:  
das Verfassungsprinzip der Völkerrechts-  
freundlichkeit als Teil der Rechtsstaatlich-  
keit und geschützt von der „Ewigkeitsgaran-  
tie“ des Art. 79 Abs. 3 GG (S. 247). Diese  
Begründung bedeutet vor allem die Respek-  
tierung der für einen Staat geltenden völ-  
kerrechtlichen Verpflichtungen (einschließ-  
lich der völkerrechtlichen Gründe, welche  
die Nichterfüllung zulassen), die notwen-  
dige Korrektur des Rechtsverstößes sowie  
die Nichtanerkennung eines von anderer  
Seite begangenen völkerrechtlichen Un-  
rechts, falls – so muss man ergänzen – dies  
vom Völkerrecht geboten ist. Es geht also  
um die Erfüllung völkerrechtlicher Pflich-  
ten. Wer auf das Rechtsstaatsgebot aufbaut,  
kann nicht das vom Recht nicht tatsächlich  
Gebotene einfordern. Hier macht sich das  
mit Prinzipien verbundene Optimierungs-  
gebot verunklarend bemerkbar. Manches,  
was die Verf. zunächst als völkerrechts-  
unfreundliche Elemente deklariert hat, lässt  
sich nicht mehr dem vom Rechtsstaatsgebot  
abgeleiteten Verfassungsprinzip der Völ-  
kerrechtsfreundlichkeit zuordnen. Darüber  
hinaus müsste festgestellt werden, dass  
dort, wo es keine Rechtsstaatlichkeit gibt  
(und die Welt kennt leider viele Beispiele),  
die Begründung eines Verfassungsprinzips  
der Völkerrechtsfreundlichkeit nicht oder  
nur auf anderem Weg möglich ist. Das än-  
dert natürlich nichts daran, dass auch diese  
Staaten ihre völkerrechtlichen Pflichten er-  
füllen müssen.

Es handelt sich insgesamt um eine die Thematik schön aufbereitende, gut dokumentierte Dissertation, deren Lektüre in jedem Fall anregend und somit gewinnbringend ist.

*Eckart Klein*

## **Autorinnen und Autoren in diesem Heft:**

### **Svenja Auerswald**

Wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Öffentliches Recht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

### **Katrin Kappler**

Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Öffentliches Recht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

### **Eckhart Klein**

Prof. Dr. iur., ehemaliger Direktor des MenschenRechtsZentrums der Universität Potsdam.

### **Jascha Patt**

Ref. iur. am Oberlandesgericht Brandenburg.

### **Anna Phirtskhalashvili**

Prof. Dr. iur., Grigol Robakidze Universität, Tbilisi, Georgien.

### **Charlotte Steinorth**

PhD (LSE), LLM (LSE), Fernand Braudel Senior Fellow an der EUI Florenz.

### **Peter Steinbach**

Prof. Dr., Wissenschaftlicher Leiter der Gedenkstätte Deutscher Widerstand in Berlin, früherer Universität Mannheim.

### **Johanna Weber**

Mag. iur., Wissenschaftliche Mitarbeiterin am MenschenRechtsZentrum der Universität Potsdam.

### **Norman Weiß**

apl. Prof. Dr. iur., Wissenschaftlicher Mitarbeiter am MenschenRechtsZentrum der Universität Potsdam.









ISSN 1434-2820