



Universität Potsdam

MenschenRechtsZentrum

MenschenRechtsMagazin

Informationen | Meinungen | Analysen

Aus dem Inhalt:

- Themenschwerpunkt: Sechzig Jahre EMRK
 - Rechtsstaat und Sicherheit:
Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand
 - EGMR: Gängen ./ . Deutschland
- Das Individualbeschwerdeverfahren gemäß Art. 22 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe
- Das Verschwindenlassen: zum Verständnis der UN-Konvention

MenschenRechtsZentrum

MenschenRechtsMagazin

Informationen | Meinungen | Analysen

Aus dem Inhalt:

- Themenschwerpunkt: Sechzig Jahre EMRK
 - Rechtsstaat und Sicherheit: Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand
 - EGMR: Gafgen ./ . Deutschland
- Das Individualbeschwerdeverfahren gemäß Art. 22 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe
- Das Verschwindenlassen: zum Verständnis der UN-Konvention

15. Jahrgang 2010 | Heft 2

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Universitätsverlag Potsdam 2010

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

Am Neuen Palais 10, 14469 Potsdam

Tel.: +49 (0)331 977 4623 / Fax: 3474

E-Mail: verlag@uni-potsdam.de

Herausgeber:

Prof. Dr. iur. Eckart Klein (klein@uni-potsdam.de)

Prof. Dr. iur. Andreas Zimmermann (andzimme@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)

Redaktion:

Dr. iur. Norman Weiß (weiss@uni-potsdam.de)

Maral Kashgar, LL.M.

Lutz Römer

Das Manuskript ist urheberrechtlich geschützt.

Druck: docupoint GmbH Magdeburg

ISSN 1434-2820

Inhaltsverzeichnis

Editorial	82
THEMENSCHWERPUNKT: SECHZIG JAHRE EUROPÄISCHE MENSCHENRECHTSKONVENTION	
Volkmar Schöneburg Rechtsstaat und Sicherheit: Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand.....	83
Ralf Alleweldt Die Erklärung von Interlaken über die Zukunft des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.....	91
René Börner Das Recht auf Akteneinsicht gemäß § 147 StPO im Lichte der EMRK.....	97
Ulrike Moschtaghi EGMR: Gäfgen ./ . Deutschland	108
BERICHTE UND DOKUMENTATION:	
Maral Kashgar Das Individualbeschwerdeverfahren gemäß Art. 22 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe	118
Lutz Römer Bericht über die Arbeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen im Jahre 2009 – Teil II: Individualbeschwerden.....	132
Rosario Figari Layús Das Verschwindenlassen: zum Verständnis der UN-Konvention	151
Jan Wiegandt Das Fakultativprotokoll zum Sozialpakt - ratifizieren oder nicht ratifizieren?.....	161
Björnster Baade Weibliche Angehörige von Minderheiten in Europa und Geschlechtergerechtigkeit – ein Bericht der Europäischen Kommission.....	182
BUCHBESPRECHUNGEN UND LITERATURHINWEISE:	
<i>Klinnert</i> , Der Streit um die europäische Bioethik-Konvention (Bongardt).....	189
<i>Ott</i> , Das Recht auf Sezession als Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts der Völker	
<i>Cole</i> , Das Selbstbestimmungsrecht indigener Völker (Weiß)	198
<i>Bredt</i> , Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts im Israel-Palästina-Konflikt (Schäfer)	200
<i>Büsching</i> , Rechtsstaat und Terrorismus - Untersuchung der sicherheitspolitischen Reaktionen der USA, Deutschlands und Großbritanniens auf den internationalen Terrorismus	
<i>Wittes</i> (Hrsg.), Legislating the War on Terror - An Agenda for Reform (Teichmann)	203
Autorenverzeichnis	208

Editorial

Aus Anlaß der Verabschiedung der Konvention über Menschenrechte und Grundfreiheiten des Europarates (EMRK) am 4. November 1950 haben wir in diesem Heft einen Themenschwerpunkt zum sechzigsten Jahrestag der Konvention konzipiert. Anstelle eines historischen Rückblicks, wie ihn das MenschenRechtsMagazin vor zehn Jahren in dem „Themenheft 50 Jahre EMRK“ auch vorgelegt hat, konzentrieren wir uns hier auf aktuelle Fragen.

Der Minister der Justiz des Landes Brandenburg, *Volkmar Schöneburg*, nimmt in seinem Beitrag ausführlich Stellung zum Problem der Sicherungsverwahrung und erläutert die Auswirkungen des EGRM-Urteils vom 17. Dezember 2009 vor dem Hintergrund der Diskussionen in Wissenschaft und Praxis über den Umgang mit Straftätern. *Ralf Alleweldt* erläutert die Erklärung von Interlaken über die Zukunft des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, mit der insbesondere Maßnahmen zur zügigeren Erledigung von Individualbeschwerden ermöglicht werden sollen. Der Beitrag von *René Börner* befaßt sich mit dem Recht auf Akteneinsicht gemäß § 147 StPO im Lichte der Konvention. Im Vordergrund steht die Frage, wie ein rechtsstaatlichen Grundsätzen genügender Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren mit dem staatlichen Geheimhaltungsinteresse, das auf den Schutz der Erfolgsaussichten der laufenden Ermittlungen gerichtet ist, in Ausgleich gebracht werden soll. *Ulrike Moschtaghi* schließlich bespricht das Urteil des EGMR in der Sache Gäfgen gegen die Bundesrepublik Deutschland.

Der Dokumentationsteil beginnt mit einem Bericht von *Maral Kashgar*, der sich mit dem Individualbeschwerdeverfahren gemäß Art. 22 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984 befasst und die Arbeitsweise des Ausschusses gegen Folter im Rahmen dieses Verfahrens sowie die Zulässigkeit einer Individualbeschwerde beleuchtet. Es schließt sich der zweite Teil unseres traditionellen Berichts über die Arbeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen im Jahre 2009 an. *Lutz Römer* widmet sich hier den Individualbeschwerden dieses Zeitraums. *Rosario Figari Layús* erläutert die neue UN-Konvention über das Verschwindenlassen unter Bezugnahme auf das zugrundeliegende Problem und die verschiedenen Lösungsansätze. Das Fakultativprotokoll zum Sozialpakt nimmt der Beitrag von *Jan Wiegandt* in den Blick, der die Darstellung von dessen Entstehungsgeschichte mit der Frage verbindet, welche Gründe für oder gegen die Unterzeichnung und anschließende Ratifikation des Protokolls sprechen. *Björnstern Baade* beschäftigt sich mit einem Bericht der Europäischen Kommission zur Mehrfachdiskriminierung von Frauen, die einer Minderheit angehören.

Eine Reihe ausführlicher Buchbesprechungen beschließt das Heft.

Wir wünschen unseren Lesern eine anregende Lektüre.



Norman Ralf Kasler Lutz Römer

Rechtsstaat und Sicherheit: Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand

Volkmar Schöneburg

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Entwicklung der Sicherungsverwahrung seit 1933
- III. Probleme einer Verschärfung der Sicherungsverwahrung
- IV. Unvereinbarkeit mit der EMRK - Urteil des EGMR zur Sicherungsverwahrung
- V. Erfordernis einer Reform der Sicherungsverwahrung

I. Einführung

1907 sorgt auf dem Markt der deutschen Strafrechtswissenschaft ein bemerkenswertes Buch für Aufsehen. Sein Autor ist *Karl Birkmeyer*, seines Zeichens Professor für Strafrecht an der Universität München. Der Titel der Schrift: „Was lässt von Liszt vom Strafrecht übrig?“ und die Unterzeile lautet: „Eine Warnung vor der modernen Richtung im Strafrecht.“

Birkmeyer nimmt unter anderem den prägenden Widerspruch im Werk des führenden Kopfes der soziologischen Strafrechtsschule aufs Korn. Einerseits glaube *Liszt*, im Interesse der individuellen Freiheit und ihres Schutzes gegenüber der staatlichen Allgewalt am überkommenen Strafrecht festhalten zu müssen. Nur wer, so *Liszt*, im Gesetz genau bezeichnete gemeingefährliche Handlungen begangen habe, dürfe der Staatsgewalt verfallen. Das sei der Sinn des Satzes *nullum crimen sine lege*. Wer aus diesem Grund der Staatsgewalt verfallt, der dürfe nicht vogelfrei, nicht recht- und schutzlos sein, sondern auch das Übel müsse gesetzlich bestimmt sein. Das wiederum sei der Sinn des Satzes *nulla poena sine lege*. Insofern sei dieser Doppelsatz das Bollwerk des Staatsbürgers gegenüber der

rücksichtslosen Macht der Mehrheit. Deshalb sei das Strafgesetzbuch die Magna Charta des Verbrechers.¹

Andererseits konterkariere *Liszt* diese Auffassung, wenn er für die „Gewohnheitsverbrecher“, also die „Unverbesserlichen“ die unbestimmte Strafdauer fordere.

Die Kritik *Birkmeyers* daran würde man heute so formulieren: Eine nur am Zweckgedanken orientierte Strafe, die sich lediglich durch den Zweckgedanken begrenzt, ist rechtsstaatlich nicht akzeptabel. Sie lässt die subjektiven Freiheitsinteressen des Straftäters restlos hinter das Schutzbedürfnis der Gesellschaft verschwinden. Letztlich geht es in der Kontroverse *Liszt/Birkmeyer* um den Gegensatz zwischen einem kriminalprognostisch determinierten Strafrecht, das aber nicht in sich begrenzt ist, und dem historischen Konzept des rechtsstaatlichen Strafrechts, wie es sich seit *Beccarias* Werk „Von Verbrechen und Strafen“ (1766) herauskristallisierte und das den Menschen, den Bürger und seine Freiheit im unverrückbaren Mittelpunkt sieht. Dieses Strafrecht wird vom Bestimmtheitsgebot, der Erträglichkeit der Rechtsfolgen sowie dem Proportionalitäts- und Gesetzlichkeitsprinzip getragen.

Letztlich bewegen sich in diesem Widerspruch auch die aktuellen Debatten um die Sicherungsverwahrung, die durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 17. Dezember 2009 neuerlich ausgelöst wurden. *Monika Frommel* hat Recht, wenn sie davon

¹ Vgl. *Karl Birkmeyer*, Was lässt von Liszt vom Strafrecht übrig? Eine Warnung vor der modernen Richtung im Strafrecht, 1907, S. 2f.; *Franz von Liszt*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, I. Band 1875 - 1891, II. Band 1892 - 1904, 1905.

spricht, dass der Lisztsche „Gewohnheitsverbrecher“ hier wieder aufscheint.²

II. Entwicklung der Sicherungsverwahrung seit 1933

Ausfluss der Lisztschen Konzeption war unter anderem die Forderung nach der Zweispurigkeit im strafrechtlichen Rechtssystem mit den Strafen auf der einen und den Maßregeln der Besserung und Sicherung – darunter die Sicherungsverwahrung – auf der anderen Seite. Politisch durchsetzbar war diese Konzeption in Deutschland erst mit der Machtübernahme der Nationalsozialisten, die am 24. November 1933 mit dem „Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung“³ die Zweispurigkeit im deutschen Strafrecht etablierten. Ziel des Gesetzes war, die „Autorität des Staates gegenüber dem Rechtsbrecher zu steigern und der Strafrechtspflege stärkere und wirksamere Waffen als bisher gegen das gemeinschädliche Verbrechertum zur Verfügung zu stellen“.⁴ Ohne einen Gedanken an eine Resozialisierung besserungsbedürftiger Täter zu verschwenden, sollte das schneidige Schwert der Sicherungsverwahrung entartete und verkommene Personen daran hindern, ihren entarteten Trieben oder ihrer Hemmungslosigkeit zu frönen.

Während der Nazidiktatur gab es 15.000 bis 16.000 Sicherungsverwahrte. Als „asoziale Elemente“ wurden sie in großer Zahl ab 1942 aus dem Strafvollzug in Konzen-

trationslager eingeliefert, um sie einer Vernehmung durch Arbeit zuzuführen.⁵

Unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg hoben die Alliierten nicht nur das offensichtlich nazifaschistische (Un-)Recht auf, sondern strebten eine umfassende Befreiung der deutschen Rechtsordnung vom nationalsozialistischen Ungeist an. In den Diskussionen in den Gremien des Alliierten Kontrollrats plädierten Amerikaner, Franzosen und Sowjets vehement für die Aufhebung der Sicherungsverwahrung, da sie typisch für die nationalsozialistische Missachtung von Freiheitsrechten des Einzelnen sei. Insbesondere die Amerikaner betonten, dass kein anderes Institut im deutschen Strafrechtssystem so missbraucht worden sei, wie die Sicherungsverwahrung. Einwände der Briten, die sich auf Entwicklungen in anderen Ländern und auf Forderungen deutscher Strafrechtsreformer vor 1933 beriefen, wurden zerstreut, sodass auch sie ihre Vorbehalte gegen die avisierte Streichung der Sicherungsverwahrung aus dem StGB zurückzogen. Zu einer Umsetzung dieses Projekts kam es aufgrund der zunehmenden Widersprüche zwischen den Alliierten und des Kalten Krieges nicht mehr.⁶

Insofern wurde das Rechtsinstitut der Sicherungsverwahrung zunächst in der Fassung von 1933 in der Bundesrepublik nach 1949 im Gegensatz zur DDR beibehalten und war quantitativ von nicht unerheblicher Bedeutung, die jedoch in den 60er und 70er Jahren gravierend abnahm. So kam es 1960 zu insgesamt 210 Anordnungen der Sicherungsverwahrung und 1965 zu 213. In jenem Jahr befanden sich 1430 Sicherungsverwahrte im Strafvollzug. Hingegen sank 1970 die Zahl der Anordnungen auf 110

² Vgl. *Monika Frommel*, Lebenslange Verwahrung angeblich nicht therapierbarer und extrem gefährlicher Sexualstraftäter seit 1998 in Deutschland und der Schweiz, in: *Neue Kriminalpolitik* 2004, S. 86-90 (S. 86).

³ Gewohnheitsverbrechergesetz, RGBl. I S. 995.

⁴ Amtliche Begründung des Gewohnheitsverbrechergesetzes, in: *Arthur Gütt/Ernst Rüdiger Falk Ruttge* (Hrsg.), Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933, mit Auszug aus dem Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. November 1933, 1934, S. 180-202 (S. 180).

⁵ Vgl. *Gerhard Werle*, Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, 1989, S. 86-97; *Tobias Mushoff*, Strafe - Maßregel - Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention, 2008, S. 18-25.

⁶ Vgl. *Matthias Etzel*, Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945-1948), 1992, S. 177ff.

und im Strafvollzug wurden lediglich 718 Sicherungsverwahrte gezählt. Dies lag daran, dass im Zuge der Strafrechtsreformgesetze Ende der 60er Jahre die Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung enger gefasst und die Höchstdauer auf zehn Jahre begrenzt wurden. Diskutiert wurde in diesem Kontext auch der Vorschlag, mit der seinerzeit beabsichtigten Einführung der Sozialtherapie als Maßregel die Sicherungsverwahrung nur noch für über 25-Jährige vorzusehen. Vorherrschend war die Ansicht, diese Maßregel lediglich als *ultima ratio* beziehungsweise „Notmaßnahme“ anzusehen. Im Rahmen des sich in jener Zeit ausprägenden „sozial-integrativen Strafrechts des Wohlfahrtsstaates“⁷ war kaum Raum für die Sicherungsverwahrung. Sie wurde immer bedeutungsloser. 1980 erfolgten lediglich noch 41 Anordnungen. Die Belegungszahl belief sich auf 208. 1990 waren in den Strafvollzugseinrichtungen noch 182 Sicherungsverwahrte und die Zahl der Anordnungen reduzierte sich noch einmal auf 31. Die Sicherungsverwahrung galt Anfang der 90er Jahre bereits als Auslaufmodell. Als der Anwendungsbereich des bundesdeutschen Strafrechts 1990 auf die neuen Bundesländer ausgedehnt wurde, geschah dies mit wenigen Ausnahmen. Eine der auffälligsten Ausnahmen war die Sicherungsverwahrung, weil es entsprechende Sanktionen im StGB der DDR nicht gab. Erst 1995 wurde die Sicherungsverwahrung auch in Ostdeutschland eingeführt.

Seit 1998 erlebt jedoch die aussterbende Maßregel eine Renaissance. Die Ausweitungen der Sicherungsverwahrungen erfolgten Schlag auf Schlag. Die formellen und materiellen Voraussetzungen für ihre Anordnung wurden stetig gesenkt.⁸ Statt drei genügen nun zu einer Anordnung nur noch lediglich zwei Taten. Dabei muss es

sich um Verbrechen handeln oder um Vergehen aus einem Katalog, der sich überwiegend aus Sexual- und Gewaltstraftaten zusammensetzt. Die Zehnjahresbegrenzung bei erstmaliger Anordnung der Sicherungsverwahrung wurde rückwirkend abgeschafft. Gleichzeitig wurden die Voraussetzungen für die Aussetzung der Sicherungsverwahrung zur Bewährung verschärft. In das Strafgesetzbuch wurden darüber hinaus zwei neue Varianten der Sicherungsverwahrung aufgenommen: die vorbehaltene sowie die zuvor in einigen Bundesländern bereits „erprobte“ nachträgliche Sicherungsverwahrung. Zudem wurde die Möglichkeit geschaffen, die vorbehaltene oder nachträgliche Sicherungsverwahrung gegenüber Heranwachsenden, die nach allgemeinem Strafrecht verurteilt worden sind, anzuordnen. Zuletzt führte der Gesetzgeber die Möglichkeit der Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung auch für Jugendliche ein.⁹ Am Ende stand ein gesetzgeberischer Flickenteppich.

Insofern nimmt es nicht Wunder, dass sich die Zahl der Neuankordnungen zwischen 1990 und 2006 verdreifacht hat. Ähnliches gilt für die Belegungszahlen. Im Jahre 2007 befanden sich 427 Personen in Sicherungsverwahrung und im Jahre 2009 waren es 491. Die Anlassdelikte sind vielfältig. In den letzten 10 Jahren hatten 39 % der Sicherungsverwahrten Sexualdelikte begangen, 9,9 % gewaltlose Vermögensdelikte, 13 % Tötungs- und Körperverletzungsdelikte sowie 24 % Raubstraftaten. Jährlich werden lediglich noch höchstens zwei dutzend Sicherungsverwahrte entlassen.

Analysiert man diese Entwicklung, so ist erstens eine Entgrenzung der Sicherungsverwahrung in drei Richtungen zu konstatieren: Verzicht auf formelle Voraussetzungen (Vortaten), Ausweitung auf Heranwachsende und Jugendliche und lediglich noch eine Gefährlichkeitsprognose am

⁷ Vgl. Peter-Alexis Albrecht, Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft, Auf der Suche nach staatskritischen Absolutheitsregeln, 2010, S. 41ff.

⁸ Vgl. Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. Januar 1998, BGBl. I, S. 160.

⁹ Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht (JuSiVerwEG) vom 8. Juli 2008, BGBl. I, S. 1212.

Ende des Vollzugs bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung.

Zum zweiten sind es immer die gleichen Vorgänge, die dem gesetzgeberischen Aktionismus zugrunde liegen. Es sind spektakuläre Einzelfälle, medial dramatisiert, die die Politik zur Maxime ihres Handelns machte. 1998 ist es der Fall Dutroux¹⁰ in Belgien, 2007 beispielsweise der Fall Uwe K.¹¹ in Brandenburg. Obwohl 1998 weder die polizeilich registrierten Sexualstraftaten noch die Morde bzw. Sexualmorde zum Nachteil von Kindern statistisch zugenommen hatten, führten Medienberichte über verschiedene Großverfahren wegen des Verdachts des sexuellen Missbrauchs von Kindern (unter anderem in Belgien) zu einem aufgeladenen kriminalpolitischen Klima. Als dann zwei Kinder Opfer von rückfälligen Sexualstraftätern wurden, war die Empörung der Medien und der Bevölkerung überwältigend. Der Gesetzgeber diagnostizierte – auch im Hinblick auf die damals im Herbst anstehenden Bundestagswahlen – einen dringenden Handlungsbedarf, der dann in die Verabschiedung des Gesetzes mündete.

Im Kern handelt es sich jedes Mal um einen Akt symbolischer Gesetzgebung. Der Gesetzgeber spielt gesetzliche Effektivität und Instrumentalität vor, um die öffentliche Empörung und Angst zu beschwichtigen. Gleichzeitig demonstriert die Politik Entschlossenheit und Handlungsbereitschaft. Die Fokussierung des Gesetzgebers auf den Einzelfall bewirkt, dass Stimmen, die mit der Kriminalstatistik argumentieren, ungehört bleiben. Demjenigen, der darauf verweist, dass die Tötungsdelikte, die sexuell motivierte Tötung von Kindern im Speziellen, der sexuelle Missbrauch von Kindern und die Vergewaltigungen im öffentlichen Raum eher rückläufig sind, wird entgegnet: Jedes Opfer ist ein Opfer zu viel.

III. Probleme einer Verschärfung der Sicherungsverwahrung

Welche Problemfelder praktischer und rechtlicher Natur gehen mit der Verschärfung der Sicherungsverwahrung einher?

An erster Stelle ist auf das Problem einer treffsicheren Prognose zu verweisen. Die Rhetorik vom „gefährlichen Täter“ suggeriert eine Messbarkeit und Voraussagbarkeit künftigen Verhaltens, die jedoch tatsächlich nicht vorhanden ist. Kriminalprognosen sind Wahrscheinlichkeitsaussagen. Bei der Individualprognose münden sie in die Alternativen „günstig“ oder „ungünstig“. Je geringer die Rückfallquote bei bestimmten Delikten ist, desto höher ist die Treffunsicherheit von Gefährlichkeitsprognosen. Insofern können sogenannte „falsch Positive“, also solche, die fälschlicherweise als rückfällig prognostiziert werden, und sogenannte „falsch Negative“ nicht ausgeschlossen werden. So beträgt die Rückfallquote bei Tötungsdelikten lediglich 1,4 %. Bei sexuellem Kindesmissbrauch nach einem Zeitraum von zehn Jahren liegt sie bei 20 %, bei schweren Fällen bei 12 %.

Die Unsicherheit klinischer Methoden lässt sich gut am Beispiel des *Baxstrom*-Falles demonstrieren. 1966 wurde in New York höchstrichterlich die Freilassung von 920 in forensisch-psychiatrischen Anstalten Untergebrachten, die die Behörden aufgrund von Prognosen wegen ihrer vermeintlichen Gefährlichkeit nicht freilassen wollten, erzwungen. Innerhalb von viereinhalb Jahren wurden lediglich 2,6% der Entlassenen wieder in forensische Anstalten eingewiesen. Eine weitere Untersuchungsstichprobe ergab, dass lediglich 2% der Untersuchungsgruppe wegen Gewalt- und Sexualdelikte auffällig wurde.¹²

¹⁰ http://www.focus.de/politik/ausland/die-chronik-des-schreckens_aid_83578.html (21. September 2010).

¹¹ <http://www.tagesspiegel.de/berlin/polizeijustiz/sexualtaeter-uwe-k-zu-zehn-jahren-haft-verurteilt/1919616.html> (21. September 2010).

¹² Vgl. Jörg Kinzig, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand. Ergebnis einer theoretischen und empirischen Bestandsaufnahme des Zustandes einer Maßregel, 1996; Franz Streng, „Erkennbar gewordene Tatsachen“ und rechtsstaatliche Anforderungen an nachträgliche Sicherungsverwahrung, in: StV 2006, S. 92-98.

Ähnliche Ergebnisse zeitigen die Studien von *Rusche*¹³ und *Alex*¹⁴. Letzterer untersuchte den Werdegang von 77 seit 2004 entlassenen Strafgefangenen, die durch die Justizvollzugsanstalten, Staatsanwaltschaften oder Gutachter als gefährlich eingestuft wurden, aber wegen fehlender „neuer Tatsachen“ nicht in nachträgliche Sicherungsverwahrung genommen werden konnten. Bis Mitte 2008 waren 50 Probanden nicht erneut mit Straftaten aufgefallen (65 %). 15 hatten Geldstrafen oder Bewährungsstrafen wegen kleinerer Delikte erhalten. Zwölf mussten wieder ins Gefängnis. Darunter befanden sich vier, die schwerwiegende Taten begangen hatten. Den übrigen waren Diebstähle, Betrügereien oder Drogendelikte vorgeworfen worden. Im Ergebnis kann konstatiert werden, dass auch hier nur eine sehr geringe Zahl von vermeintlich hochgefährlichen Haftentlassenen tatsächlich schwerwiegende Rückfalltaten begangen haben. Die Gefährlichkeit vieler der entlassenen Gefangenen wurde durch die beteiligten Sachverständigen weit überschätzt.

Nach *Weber/Reindl*¹⁵ zeigt sich die Treffsicherheit auch bei zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten. Eine Studie geht davon aus, dass man, um die Gesellschaft vor einem „wahr Positiven“ lebenslang Inhaftierten zu schützen, 38 weitere „falsch Positive“ im Strafvollzug zurückgehalten werden müssen.

Mit diesem Befund ist zugleich der Bogen zu den verfassungsrechtlichen Problemen geschlagen. Die Sicherungsverwahrung und insbesondere die nachträgliche Sicherungsverwahrung sind nämlich unverhältnismäßig, denn sie sind weder geeignet

noch erforderlich. Hinsichtlich der Geeignetheit ist festzuhalten, dass eine eindeutige Aussage, ob ein Gefangener schwere Straftaten in Zukunft begehen wird, mit den gängigen Prognosemethoden nicht möglich ist. Zudem kann – eben auch wegen jener Fokussierung auf den Einzelfall – nicht ausgeschlossen werden, dass zahlreiche Gefangene als gefährlich im Sinne der nachträglichen Sicherungsverwahrung charakterisiert werden, deren weitere Deliktsneigung nur unzulänglich gesichert ist.

Darüber hinaus wurde anlässlich der Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung 2004 kritisiert, dass der aus der Verfassung abgeleitete Grundsatz des Vertrauensschutzes in die Rechtskraft eines Urteils tangiert wird, wenn über die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung fehlerhafte trichterliche Entscheidungen „repariert“ werden. Kritiker monierten zudem, dass die nachträgliche Sicherungsverwahrung im Widerspruch zu Art. 5 EMRK stehe. Art. 5 verlangt eine spezifische Verknüpfung zwischen Urteil und nachfolgender Haft. Die nachträgliche Sicherungsverwahrung ist hingegen eine neue Sanktion nach Präventionsgesichtspunkten. Eine Verknüpfung zwischen trichterlichem Urteil und nachträglicher Sicherungsverwahrung ist also auszuschließen. Eine Präventionshaft ist nach der restriktiven Rechtsprechung des EGMR hingegen nur in engen Grenzen möglich. Sie soll dazu dienen, eine gerichtliche Entscheidung zu ermöglichen. Insofern ist eine an die Strafhaft anschließende Vorbeugehaft auf der Basis eines allgemeinen Verdachts, der Verurteilte könnte irgendwelche Straftaten begehen, nicht durch Art. 5 EMRK gedeckt.

In der Strafrechtswissenschaft wurde auch immer wieder der Einwand erhoben, dass die Altfälle (die Fälle, die noch unter die 10-Jahresfrist gefallen wären) und die nachträgliche Sicherungsverwahrung einen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) beinhalten. Unter einem verfassungsrechtlichen Schutzaspekt lässt sich nämlich kein relevanter Unterschied zwischen Strafen und strafrechtli-

¹³ Vgl. *Stefan Rusche*, In Freiheit gefährlich? Eine empirische Untersuchung zu Häufigkeit und Gründen falscher Kriminalprognosen bei psychisch-kranken Gewaltverbrechern, 2004.

¹⁴ Vgl. *Michael Alex*, Nachträgliche Sicherungsverwahrung – ein rechtsstaatliches und kriminalpolitisches Debakel, 2010.

¹⁵ Vgl. *Hartmut-Michael Weber/Richard Reindl*, Argumente zur Abschaffung eines umstrittenen Rechtsinstituts, in: *Neue Kriminalpolitik* 2001, S. 16-21 (S. 17f.).

chen Sicherungsmaßnahmen herstellen. Beide Sanktionen dienen im deutschen Strafrecht der an eine Anlasstat anknüpfenden präventiven Sanktionierung. Beide Sanktionen sind Übelzufügungen, die unter gleichen Bedingungen vollzogen werden. Von daher muss der verfassungsrechtliche Begriff der Strafe weiter gefasst sein als der im Strafgesetzbuch. Folgt man diesen Gedankengängen, so ist das Rückwirkungsverbot verletzt. Die nachträgliche Sicherungsverwahrung kollidiert demnach auch mit dem Verbot der Doppelbestrafung (Art. 103 Abs. 3 GG). Nach obiger Argumentation ist jede neu hinzutretende Sanktion – unabhängig davon, ob Strafe oder Maßregel – eine für sich stehende Strafe im Sinne des Art. 103 Abs. 3 GG.¹⁶

Das Bundesverfassungsgericht folgte in seinen einschlägigen Entscheidungen jedoch diesen verfassungsrechtlichen Einwänden nicht.

Die Gesetzesverschärfungen und die mit ihnen einhergehenden steigenden Zahlen von Sicherungsverwahrten stellen auch den Vollzug vor große Probleme. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Unterbringung der Sicherungsverwahrten (Abstandsgebot) werden nicht erfüllt. Darüber hinaus haben die sozialtherapeutischen Einrichtungen der JVA in der Vergangenheit häufig einen großen Bogen um die Behandlung von Sicherungsverwahrten gemacht, da der Entlassungstermin nicht feststand. Somit war eine zeitlich überschaubare Therapieplanung nicht für möglich gehalten worden, obwohl in den letzten Jahren gerade für die Behandlung von Sexualstraftätern durch die Fortentwicklung spezifischer Therapieprogramme erhebliche Fortschritte erzielt worden sind. Auch die nachträgliche Sicherungsverwahrung wirkt sich innerhalb der Gefängnisse resozialisierungsfeindlich aus. Neue Tatsachen können aus dem Vollzugsverhalten konstruiert werden, beispielsweise im

Rahmen einer Therapie oder bei Aufmüßigkeit. Da mittlerweile bei allen Gefangenen geprüft wird, ob die Voraussetzungen für die nachträgliche Sicherungsverwahrung vorliegen, werden auch die Entlassungsvorbereitungen eingeschränkt. Unsicherheit greift um sich. Die Konzentration auf den Einzelfall entfaltet einen enormen Druck auf die Staatsanwaltschaften, die Gutachter und die Gerichte, die ihnen zur Verfügung gestellten gesetzlichen Möglichkeiten zur Sicherung vor gefährlich erscheinenden Straftätern voll umfänglich auszuschöpfen. Zudem binden die ausufernden Beobachtungs-, Prüfungs- und Berichtspflichten einen Teil des Personals, das für die Resozialisierungsaufgaben im Vollzug fehlt.

Der Ausbau der Sicherungsverwahrung in den letzten zwölf Jahren bedeutet letztlich einen gewaltigen Verlust an Rechtsstaatlichkeit im Strafrecht. Denn es handelt sich bei der Sicherungsverwahrung um eine Inhaftierung für noch nicht begangene Straftaten. In den Fällen ihrer Anordnung verschwinden die subjektiven Freiheitsinteressen des Straftäters fast restlos hinter den Sicherheitsbedürfnissen der Gesellschaft.

IV. Unvereinbarkeit mit der EMRK – Urteil des EGMR zur Sicherungsverwahrung

In das beschriebene deutsche Paragraphengewirr ist nun der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mit seiner Entscheidung vom 17. Dezember 2009¹⁷ gesprungen wie der Fuchs in den Hühnerhaufen, wie es *Heribert Prantl* in der Süddeutschen Zeitung vom 22. Dezember 2009 beschrieb. Mit seinem Urteil hat der EGMR über die Verlängerung der Sicherungsverwahrung von Straftätern entschieden. Das LG Marburg verurteilte den vielfach vorbestraften Beschwerdeführer im Jahr 1986 zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren. Zugleich ordnete es seine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung an. Nach da-

¹⁶ Vgl. *Thomas Ullenbruch*, Vorbehaltene Sicherungsverwahrung – noch eine „Norm ohne Land“? – Zugleich Besprechung der Entscheidungen des BGH vom 10.11.2006 und 14.12.2006, in: *NStZ* 2008, S. 5-12 m. w. N.

¹⁷ *EuGRZ* 2010, S. 25-42; *NJW* 2010, S. 2495-2500.

maligem Recht betrug die Höchstdauer der Sicherungsverwahrung zehn Jahre. Diese zeitliche Begrenzung fiel im Jahre 1998. Daraufhin ordnete das LG Marburg die weitere Unterbringung des Beschwerdeführers in der Sicherungsverwahrung über zehn Jahre hinaus an. Der EGMR hält es für unvereinbar mit den Konventionsgarantien bei Freiheitsentziehung nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK und mit dem Verbot der rückwirkenden Bestrafung gemäß Art. 7 Abs. 1 EMRK, dass sich der Beschwerdeführer immer noch in Sicherungsverwahrung befindet.

Der EGMR betont in seiner Entscheidung darüber hinaus den Strafcharakter der deutschen Sicherungsverwahrung. Nach seiner Auffassung besteht zwischen der Sicherungsverwahrung und der Strafe kein wesentlicher Unterschied. Dies macht der EGMR insbesondere an der Unterbringung der Sicherungsverwahrten in regulären Justizvollzugsanstalten fest. Zugespitzt formuliert, unterstellt der EGMR der deutschen Praxis der Sicherungsverwahrung als Maßregel der Besserung und Sicherung einen Etikettenschwindel. Dies ist wohl nicht unbegründet.

Letztlich greift der EGMR mit seiner Argumentation die kritischen Einwände zur Ausweitung der Sicherungsverwahrung in der deutschen Strafrechtswissenschaft auf. Es zeichnet sich bereits ab, dass der BGH auch in Fällen der nachträglichen Sicherungsverwahrung zu einer Übernahme der Straßburger Rechtsprechung tendiert. In der konkreten Entscheidung vom Dezember 2009 hat der EGMR die Balance zwischen rechtsstaatlichem Strafrecht und Sicherheitsinteressen der Gesellschaft wieder hergestellt.

V. Erfordernis einer Reform der Sicherungsverwahrung

Die Chance, jene Balance auf der Basis einer ernsthaften Diskussion unter Einbeziehung internationaler Erfahrungen und Tendenzen generell wieder herzustellen, wird gegenwärtig kaum genutzt. Es wird eher versucht, Symptome zu kurieren. Es

fehlt aber in Deutschland an einem Konzept für die Gruppe der gestörten, aber nicht eindeutig schuldunfähigen beziehungsweise vermindert schuldfähigen Gewalt- und Sexualstraftäter. Hier muss sehr frühzeitig erprobt werden, ob, wie und wo gehandelt werden kann. Es macht nämlich keinen Sinn nur für manche Fälle, in denen zwar eine psychische Störung vorliegt, aber keine Schuldinderung nach § 21 StGB, offen zu lassen, wo eine Person am besten behandelt oder gesichert werden kann. Erst dann kann man die Zuweisung zu der einen oder anderen Einrichtung korrigieren. Das bedeutet aber, dass das gesamte Sanktionssystem auf den Prüfstand gehört.¹⁸

Interessant sind in diesem Kontext die internationalen Entwicklungen. So wird in Schweden und Großbritannien über die Länge der Freiheitsstrafen präventiert. Spanien hat die präventive, sichere Verwahrung ausdrücklich für verfassungswidrig erklärt, da sie gegen das Verbot der Doppelbestrafung verstoße. In Norwegen wurde ein der Sicherungsverwahrung ähnliches Institut 1963 zum letzten Mal angeordnet. Holland setzt auf längere Freiheitsstrafen und die Unterbringung in der therapeutisch ausgerichteten Maßregel, die nach Ablauf von vier Jahren nicht verlängert, sondern neu angeordnet werden muss. Daneben existieren die bekannten Longstay-Häuser. Ähnliche Einrichtungen wie in Deutschland finden sich hingegen in Österreich und der Schweiz, wobei in Österreich seit 1990 nur noch drei Täter in einer Anstalt für gefährliche Rückfalltäter untergebracht sind. Es ist zu konstatieren, dass eine vornehmlich der Sicherung dienende Maßregel in Europa kaum noch anzutreffen ist.¹⁹

Vor dem Hintergrund des Urteils des EGMR muss auch die nachträgliche Sicherungsverwahrung aus menschenrechtlichen und rechtsstaatlichen Erwägungen abgeschafft werden. Erst recht gilt dies für

¹⁸ Vgl. *Frommel* (Fn. 2), S. 88f.

¹⁹ Vgl. *Weber/Reindl* (Fn. 13), S. 16f. m. w. N.; *Kinzig* (Fn. 10), S. 562.

die nachträgliche Sicherungsverwahrung für Jugendliche. Der Umstand, dass die nachträgliche Sicherungsverwahrung auch gegenüber Jugendlichen, die zu einer Jugendstrafe von mindestens sieben Jahren verurteilt worden sind und bei denen vor Ende des Vollzuges Tatsachen erkennbar werden, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen, angeordnet werden kann, kommt einer Bankrotterklärung des primär auf Erziehung ausgerichteten Jugendstrafrechts und Jugendstrafvollzugs ziemlich nahe. Denn wenn Jugendliche so lange inhaftiert sind, findet ein wesentlicher Teil ihrer Persönlichkeitsentwicklung in der Strafanstalt statt. Wenn sich die Jugendlichen weiter ins Negative hin entwickeln, ist es am Ende zynisch, zu sagen: ihr seid so gefährlich, wir können euch nicht mehr raus lassen. Wir müssen euch sogar unter Umständen lebenslang inhaftieren. Das ist für eine humane Gesellschaft der falsche Weg.

Sollte sich der Gesetzgeber entscheiden, bei der überkommenen originären Sicherungsverwahrung, die mit dem Urteil ausgesprochen wird, zu bleiben, so müssen die formalen und materiellen Hürden für deren Anordnung angehoben werden. So ist die zweijährige Überprüfung zu lang. Vermögens- und Eigentumsdelikte dürfen nicht mehr zu den Katalogstraftaten gehören. Sicherungsverwahrung sollte lediglich noch für schwere Sexual- und Gewaltstraftaten anwendbar sein. Denkbar ist auch, die materielle Rechtssicherheit dadurch zu erhöhen, dass Höchstfristen wieder eingeführt werden.

In diese Richtung gehen zum Teil auch die Eckpunkte der Bundesjustizministerin für eine Neuregelung, wenn es auch fraglich ist, ob der angestrebte Ausbau der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung mit Art. 5 EMRK vereinbar ist. Konterkariert werden die Bestrebungen jetzt durch den Vorschlag, diejenigen, die nach dem Urteil des EGMR als Parallelfälle entlassen werden müssten, durch Zivilgerichte als psychisch krank erklären zu lassen und in geschlos-

senen Einrichtungen unterzubringen. Das ist verfassungsrechtlich unhaltbar.

Das Urteil des EGMR ist ernst zu nehmen. Die etwa 80 Parallelfälle sind zu entlassen, da sie zu Unrecht gefangengehalten worden sind. Zugleich ist für ein kontrollierendes und helfendes Entlassungsmanagement zu sorgen. Stichworte sind hier die Führungsaufsicht und forensische Ambulanzen. Die Einhaltung menschenrechtlicher Garantien und rechtsstaatlicher Regeln darf nicht mehr als „Täterschutz“ diffamiert werden, um Ressentiments zu schüren.

Für die Länder besteht die Aufgabe, die Unterbringung der Sicherungsverwahrten wirklich als Maßregel der Besserung und Sicherung auszugestalten. Sie darf nicht wie eine Strafe vollzogen werden. So müssen den Sicherungsverwahrten ernsthafte Therapieangebote vorgehalten werden. Die Einrichtungen müssen durch Sicherheit nach außen und durch eine höhere Freiheit nach innen (Einkauf, Kultur, etc.) gekennzeichnet sein. Berücksichtigt werden muss, dass es unterschiedliche Gruppen von Sicherungsverwahrten gibt, deren Vollzug auch jeweils anders zu gestalten ist. Unter bestimmten Bedingungen sollten auch Lockerungen und Urlaub gewährt werden. Zudem ist für eine altersgerechte Unterbringung zu sorgen. Das ist das menschenrechtliche Gebot!

Brandenburg wird die entsprechenden Standards in einem Sicherungsverwahrungsgesetz formulieren. Dieses soll im Wesentlichen ein „Sicherungsverwahrungsverhinderungsgesetz“ sein, weil es das Land verpflichtet wird, bereits während des Vollzugs der Strafe darauf hinzuwirken, dass der zukünftig Sicherungsverwahrte dazu befähigt wird, ein Leben ohne Straftaten zu führen. Das ist aber ein anderer Ansatz als der von *Liszt*. Dieser forderte nämlich für den „Gewohnheitsverbrecher“ unbestimmte „Strafknechtschaft“ mit strengstem Arbeitszwang, Bestrafung durch Prügel und Einzelhaft mit Dunkelarrest sowie strengem Fasten!

Die Erklärung von Interlaken über die Zukunft des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Ralf Alleweldt

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Struktur und Inhalt der Erklärung
- III. Anmerkungen zu ausgewählten Einzelproblemen

I. Einführung

Auf Initiative der schweizerischen Regierung, die den Vorsitz im Ministerkomitee des Europarates innehatte, fand am 18. und 19. Februar 2010 in Interlaken eine Konferenz der für Menschenrechte zuständigen Minister der Mitgliedstaaten des Europarates („High Level Conference“) über die Zukunft des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte statt. Sie war veranlaßt durch die hohe Zahl der Beschwerden, die den EGMR zur Entscheidung erreichen – die Zahl anhängiger Fälle hat im Jahre 2009 erstmals die Zahl von 100.000 überschritten.¹ Die hohe Anzahl an Beschwerden hat zur Folge, dass die meisten Fälle erst nach einer beträchtlichen Verfahrensdauer von fünf oder mehr Jahren entschieden werden; es wächst die Zahl der Beschwerden, von denen noch nicht abzusehen ist, wann sie überhaupt entschieden werden können. Dieses strukturelle Erledigungsdefizit wirkt sich zu Lasten aller Beschwerdeführer aus, deren Anliegen – ob begründet, ob unbegründet – über Jahre hinweg unbearbeitet bleiben.

¹ Am 31. Dezember 2009 waren 119.300 Beschwerden anhängig. Vgl. European Court of Human Rights, Annual Report 2009, S. 139, abrufbar unter: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/C25277F5-BCAE-4401-BC9B-F58D015E4D54/0/Annual_Report_2009_Final.pdf.

Die wichtigsten Ursachen für diese Verfahrensflut wurden bereits in einem Bericht der Parlamentarischen Versammlung des Europarats aus dem Jahre 2008 zusammengefaßt.² Hiernach ergibt sich die Belastung des Gerichtshofs zum einen daraus, dass er sich mit einer großen Zahl von Beschwerden befassen muss, die letztlich für unzulässig erklärt oder aus dem Register gestrichen werden. Im Jahre 2009 ergingen 33065 derartige Entscheidungen (93,2 %), denen lediglich 2395 Urteile in der Sache (6,8 %) gegenüberstanden. Auf der anderen Seite richten sich viele Beschwerden gegen bekannte Menschenrechtsverletzungen, die der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung bereits festgestellt hat, deren Ursachen innerstaatlich jedoch noch nicht beseitigt sind („repetitive cases“/ gleichgelagerte Fälle). Schließlich fällt auf, dass die überwiegende Zahl von Beschwerden (61,7 %) – einschließlich vieler gleichgelagerter Fälle – aus fünf der 47 Vertragsstaaten der Konvention stammt (im Jahre 2009: Rußland 28,1 %, Türkei 11,0 %, Ukraine 8,4 %, Rumänien 8,2 %, Italien 6,0 %), was ein Anzeichen dafür darstellt, dass die EMRK in der innerstaatlichen Rechtsordnung mancher Staaten allgemein nur unzureichend beachtet und umgesetzt wird.

Um die Fähigkeit des Gerichtshofs zur Erledigung anhängiger Beschwerden zu erhöhen, hat das Ministerkomitee des Europarats im Jahre 2004 das Protokoll Nr. 14 zur EMRK angenommen. Dieses Protokoll

² Parliamentary Assembly, Committee on Legal Affairs, Guaranteeing the Authority and Effectiveness of the European Convention on Human Rights, Working document prepared by Mr. Rick Lawson, AS/Jur (2008) 05 (21 February 2008), S. 2f.

sieht unter anderem vor, dass eindeutig unzulässige Beschwerden von einem Einzelrichter verworfen werden können – bisher war dies nur durch einstimmige Entscheidung eines Dreierausschusses möglich (Art. 28 EMRK alt, Art. 27 Abs. 1 EMRK neu). Die Dreierausschüsse erhalten durch das Protokoll hingegen die neue Befugnis, Beschwerden für begründet zu erklären, wenn die zugrunde liegende Rechtsfrage bereits Gegenstand einer gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs ist (Art. 28 Abs. 1 lit. b EMRK neu) – bisher stand diese Befugnis nur den siebenköpfigen Kammern des Gerichtshofs zu. Schließlich wurde eine neue Befugnis des Gerichtshofs eingeführt, Beschwerden unter bestimmten Voraussetzungen ohne Rücksicht auf ihre Begründetheit für unzulässig zu erklären, wenn dem Beschwerdeführer kein erheblicher Nachteil entstanden ist (Art. 35 Abs. 3 lit. b EMRK neu).

Vor diesem Hintergrund erfolgte die Einladung der schweizerischen Regierung zur Konferenz von Interlaken. Am ersten Tag der Konferenz hinterlegte Rußland als letzter Vertragsstaat bei dem Generalsekretär des Europarates die Ratifikationsurkunde für das Protokoll Nr. 14, nachdem die Staatsduma ihm nach langem Zögern am 15. Januar 2010 zugestimmt hatte. Damit konnten die Regierungen in Interlaken das Inkrafttreten des Protokolls zum 1. Juni 2010 bereits absehen, jedoch naturgemäß noch keine praktischen Erfahrungen bei der Anwendung des Protokolls berücksichtigen. Die Erklärung von Interlaken wurde am 19. Februar 2010 verabschiedet.³

II. Struktur und Inhalt der Erklärung

Die Erklärung gliedert sich in vier Abschnitte. Auf eine Präambel folgen der verhältnismäßig kurze Haupttext der Erklärung

sowie ein ausführlicher Aktionsplan. Den Abschluß bildet eine Erklärung zur Umsetzung („Implementation“) des Aktionsplans.

1. Präambel

Die Präambel enthält zunächst ein Bekenntnis der Vertragsstaaten zur Menschenrechtskonvention und zum Gerichtshof und erkennt den außerordentlichen Beitrag des Gerichtshofs zum Schutz der Menschenrechte in Europa an. Sie bringt die Auffassung der Vertragsstaaten zum Ausdruck, dass die derzeitige Lage die Wirksamkeit und Glaubwürdigkeit der Konvention beschädigt und die Qualität und Einheitlichkeit der Rechtsprechung des Gerichtshofs bedroht. Die Vertragsstaaten setzen sich zum Ziel,

- a) ein Gleichgewicht zwischen den Eingängen und den Erledigungen durch den Gerichtshof zu schaffen,
- b) den Gerichtshof zu befähigen, den Rückstand an Fällen aufzuarbeiten und neue Fälle innerhalb angemessener Zeit zu bearbeiten, insbesondere solche, die schwere Menschenrechtsverletzungen betreffen,
- c) die volle und zügige Vollstreckung der Urteile des Gerichtshofs zu sichern.

Die Erklärung von Interlaken soll den Weg für einen Reformprozess weisen, der die langfristige Wirksamkeit des Konventionssystems sicherstellt – angesichts des heutigen Zustands ein ehrgeiziges und anspruchsvolles Ziel.

2. Haupttext der Erklärung

Im ersten Absatz der eigentlichen Erklärung bekennen sich die Vertragsparteien (erneut) zur Menschenrechtskonvention und dem Recht der Individualbeschwerde: zu Recht wollen sie die schwierige Lage des Gerichtshofs nicht zum Anlaß nehmen, an den Grundpfeilern des europäischen Menschenrechtsschutzes zu rütteln. Der zweite Absatz der Erklärung betont die Verpflichtung der Vertragsparteien, die

³ Text nach der Fassung des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten, online abrufbar unter:
http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/europa/euroc.Par.0133.File.tmp/final_en.pdf.

Rechte und Freiheiten der Konvention bereits auf innerstaatlicher Ebene zu sichern – in der vollen Beachtung und Umsetzung dieser Pflicht dürfte allerdings ein Schlüsselproblem der heutigen Situation liegen. Das Beschwerdeverfahren zum EGMR hat demgegenüber subsidiären Charakter, und demgemäß tragen die Vertragsstaaten und der Gerichtshof eine gemeinsame Verantwortung für den Menschenrechtsschutz in Europa (Absatz 3). Die anschließenden Absätze richten sich an den Gerichtshof: die Konferenz ruft ihn auf

- die Klarheit und Einheitlichkeit seiner Rechtsprechung zu sichern (4),
- die Zulässigkeits- und Zuständigkeitskriterien einheitlich und streng anzuwenden (4),
- sowie höchstmöglichen Gebrauch von seinen verfahrensrechtlichen Mitteln und seinen Ressourcen zu machen (5).

Weitere Handlungsansätze sieht die Konferenz in den folgenden Bereichen:

- Verringerung und Filterung der eindeutig unzulässigen Beschwerden (6),
- Umgang mit gleichgelagerten Beschwerden (repetitive cases) (6),
- zügige Vollstreckung der Urteile des Gerichtshofs durch die Vertragsstaaten (7) sowie deren Überwachung (9), sowie
- Wahrung der Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Qualität der Richter (8).

Um künftige Reformen zu erleichtern, schlägt die Konferenz darüber hinaus vor, das Verfahren der Änderung der Konvention zu vereinfachen, soweit es sich um organisatorische Regelungen handelt (10).

Die in der Erklärung benannten Handlungsansätze und -themen werden in dem nun folgenden Aktionsplan präzisiert.

3. Aktionsplan

Die interessantesten und konkretesten Vorschläge des – hier nicht in allen Einzelheiten zu erörternden – Aktionsplans sind in den Abschnitten B (Umsetzung der Konvention auf nationaler Ebene), C (Filt-

rung), D (Gleichgelagerte Beschwerden) und E (Der Gerichtshof) zu finden.

Die Konferenz betont (Nummer 4 des Aktionsplans), dass es zunächst und vorrangig in der Verantwortung der Vertragsparteien liegt, die Anwendung und Umsetzung der Konvention zu gewährleisten. Sie ruft die Vertragsstaaten daher dazu auf, die Kenntnisse der innerstaatlichen Behörden über die konventionsrechtlichen Standards zu stärken und ihre Anwendung sicherzustellen, die Urteile des Gerichtshofs vollständig umzusetzen, ähnliche Konventionsverletzungen in der Zukunft zu verhindern, sowie die Entwicklung der Straßburger Rechtsprechung allgemein zu verfolgen. Die Vertragsstaaten werden ausdrücklich aufgefordert, gegebenenfalls neue Rechtsbehelfe einzuführen, um Konventionsverletzungen bereits innerstaatlich zu heilen.

Im Hinblick auf die hohe Zahl für unzulässig erklärter Beschwerden ruft die Konferenz die Vertragsstaaten auf, potentielle Beschwerdeführer umfassend über die Rechtsprechung des Gerichtshofs und die Anforderungen an eine zulässige Beschwerde zu informieren (Nummer 6). Sie bekundet Interesse an einer (noch zu erstellenden) Studie, die die Praxis des Gerichtshofs im Hinblick auf die Erklärung von Beschwerden für unzulässig analysiert. Der Gerichtshof und das Ministerkomitee werden ersucht, weitere Filtermechanismen, die über das neu eingeführte Einzelrichterverfahren hinausgehen, zu erwägen und zu entwickeln.

Für Fälle, in denen durch den Gerichtshof ein strukturelles Menschenrechtsproblem in einem Vertragsstaat festgestellt worden ist, das sich durch das Vorhandensein gleichgelagerter Fälle ausdrückt, fordert die Konferenz die betroffenen Staaten unter anderem dazu auf, mit dem Ministerkomitee zusammenzuarbeiten und die Probleme wirksam zu beseitigen.

Im Hinblick auf die Auswahl der Richter ersucht die Konferenz den Europarat und die Vertragsstaaten (Nummer 8), dafür zu sorgen, dass die Anforderungen der Kon-

vention im Hinblick auf die Voraussetzungen für das Richteramt in vollem Umfang beachtet werden – anscheinend sah die Konferenz Anlaß zu einer derartigen Aufforderung.

Mit Hinweis auf die gemeinsame Verantwortung der Vertragsstaaten und des Gerichtshofs regt die Konferenz an (Nummer 9), der Gerichtshof möge Tatsachen- oder Rechtsfragen, die bereits von innerstaatlichen Stellen erwogen worden seien, nicht überprüfen, des weiteren die Zulässigkeits- und Zuständigkeitskriterien einheitlich und streng anwenden und dabei seine subsidiäre Rolle in der Auslegung und Anwendung der Konvention berücksichtigen.

4. Umsetzung des Aktionsplans

Abschließend wendet sich die Konferenz an die Vertragsstaaten, das Ministerkomitee, den Gerichtshof und den Generalsekretär mit dem Ersuchen, dem Aktionsplan volle Wirkung zu verleihen. Die Vertragsparteien sollen dem Ministerkomitee bis Ende 2011 über die von ihnen ergriffenen Maßnahmen berichten. Dem Ministerkomitee wird aufgegeben, bis Mitte 2011 für die Verwirklichung derjenigen Maßnahmen zu sorgen, die keine Änderung der Konvention erfordern. Bis Mitte 2012 soll das Ministerkomitee die erforderlichen Änderungen der Konvention vorbereiten; hierbei soll ein neuer Filtermechanismus innerhalb des Gerichtshofs vorgeschlagen sowie die Möglichkeit eines vereinfachten Änderungsverfahrens für die Konvention untersucht werden.

Die Konferenz sieht jedoch die Möglichkeit vor, dass die vorzunehmenden Änderungen nicht zu den gewünschten Ergebnissen führen. Sie gibt dem Ministerkomitee auf, in den Jahren 2012 bis 2015 auszuwerten, inwieweit die Umsetzung des Protokolls Nr. 14 sowie des Aktionsplans von Interlaken die Lage des Gerichtshofs verbessert hat. Bis Ende 2015 soll das Ministerkomitee über weitere zu treffende Maßnahmen entscheiden; und wenn auch diese Maßnahmen bis Ende 2019 zu keiner nachhaltigen Entlastung geführt haben, soll das Komitee

über die Frage tiefergehender Änderungen des Konventionssystems nachdenken.

III. Anmerkungen zu ausgewählten Einzelfragen

Das konkrete Problem des Gerichtshofs ist die hohe Zahl von Beschwerden – einerseits die der unzulässigen und andererseits die der zulässigen Beschwerden.

Der hohe Anteil der für unzulässig erklärten Beschwerden legt den Schluß nahe, dass ein Großteil der Arbeitskapazität des Gerichtshofs zu Unrecht in Anspruch genommen wird. Dieses Bild ist zwar nicht falsch, aber doch unvollständig. Zunächst darf nicht vergessen werden, dass eine zulässige Beschwerde dem Gerichtshof erheblich mehr Arbeit bereitet als eine Beschwerde, die ohne weiteres für unzulässig erklärt werden kann. Die meisten Beschwerden werden durch ein Dreierkomitee für unzulässig erklärt, ohne dass der betroffene Vertragsstaat über ihre Einreichung überhaupt unterrichtet wird. Eine aussichtsreiche Beschwerde hingegen erfordert (gegebenenfalls mehrfache) Stellungnahmen beider Seiten, die Befassung durch die Kammer sowie möglicherweise durch die Große Kammer mit allen damit verbundenen Erörterungen, die notwendig mit der richterlichen Aufgabe verbunden sind, aber gelegentlich langwierig sein können.

Wenn es zu der von der Konferenz angeregten wissenschaftlichen Analyse der Unzulässigkeitsentscheidungen des Gerichtshofs kommen sollte, so wäre es deshalb von Interesse, nicht nur die Zahlen, sondern auch den durchschnittlichen zeitlichen Arbeitsaufwand für unzulässige und zulässige Beschwerden zu berechnen, indem für einen begrenzten Zeitraum die richterliche und nichtrichterliche Arbeitszeit für beide Arten von Beschwerden gemessen wird. Die Annahme liegt durchaus nahe, dass schon heute der überwiegende Teil der richterlichen Arbeitskapazität des Gerichtshofs auf die zulässigen und nicht auf die unzulässigen Beschwerden verwendet wird.

Ein Weiteres ist zu berücksichtigen: Der Gerichtshof und seine Kanzlei sind auf eine möglichst hohe Zahl von Erledigungen angewiesen. Der Gerichtshof verfügt über die Möglichkeit, eine Beschwerde nach Art. 35 EMRK als offensichtlich unbegründet für unzulässig zu erklären, womit das Verfahren verhältnismäßig schnell beendet ist. Der große Erledigungsdruck könnte dazu führen, dass Beschwerden gelegentlich für unzulässig erklärt werden, wenn ihre Unbegründetheit vielleicht doch nicht ganz offenkundig auf der Hand liegt. Bereits im Jahre 1987 wurde die These aufgestellt, eine Beschwerde müsse schon offensichtlich begründet sein, um (damals durch die Europäische Kommission für Menschenrechte) für zulässig erklärt zu werden.⁴ Dies mag etwas übertrieben erscheinen, aber man wird durchaus davon ausgehen können, dass sich selbst unter den für unzulässig erklärten Fällen eine Reihe von Beschwerden befindet, mit denen sich der Gerichtshof – und sei es im Zulässigkeitsverfahren – durchaus zu Recht näher befaßt hat. Anders gewendet: Es wäre verfehlt, die hohe Zahl der Entscheidungen, durch die Beschwerden für unzulässig erklärt werden, allein auf die mangelnde Kenntnis der Beschwerdeführer von den Zulässigkeitsvoraussetzungen zurückzuführen.

Wie dem auch sei, das Protokoll Nr. 14 hat mit der Einzelrichterzuständigkeit zur Verwerfung unzulässiger Beschwerden einen neuen Filtermechanismus eingeführt, der erst seit Juni 2010 wirksam ist. Bevor über weitere Maßnahmen nachgedacht wird, sollte dieser Mechanismus erst einmal eine Chance erhalten, sich zu bewähren. Es ist nicht leicht zu erkennen, wie die frühzeitige Aussonderung unzulässiger Beschwerden noch weiter intensiviert werden könnte, wenn gleichzeitig – was notwendig erscheint – jeder Beschwerdeführer das Recht auf eine richterliche Befassung mit seiner Beschwerde beibehalten soll.

⁴ Christian Trenkel, Erfahrungen mit der EMRK und der Europäischen Kommission für Menschenrechte, in: ASYL 1987, Heft 1, S. 6-9 (S. 8).

Ist damit von der weiteren Ausfilterung unzulässiger Beschwerden nur eine begrenzte Entlastung des Gerichtshofs zu erwarten, muss sich die Aufmerksamkeit den zulässigen und insbesondere den begründeten Fällen zuwenden. Hier liegt eine wesentliche Entlastungsmöglichkeit für den Gerichtshof darin, gleichgelagerte Fälle in einem vereinfachten Verfahren zu erledigen. Das Protokoll Nr. 14 hat diese Möglichkeit eröffnet, indem solche Beschwerden durch ein Dreierkomitee für begründet erklärt werden können. Wieweit dieses Verfahren tatsächlich zur Entlastung des Gerichtshofs beiträgt, wird erst die weitere Erfahrung zeigen. Auch insoweit sollte aber erst einmal die Anwendung des Protokolls Nr. 14 über einige Zeit hinweg beobachtet werden.

Ein Vorschlag, der wohl tatsächlich zu einer erheblich höheren innerstaatlichen Beachtung der Konvention führen würde, liegt in der Idee eines grundrechtsspezifischen Rechtsbehelfs, den die Vertragsstaaten neu einführen könnten (vgl. Nummer 4 d des Aktionsplans). Derartige Rechtsbehelfe – wie etwa eine Verfassungs- oder Grundrechtsbeschwerde, oder auch Spezialeinkammern bei den obersten Gerichten⁵ – können erfahrungsgemäß viele Grundrechtsprobleme lösen, bevor sie die internationale Ebene erreichen. Was in Deutschland oder Spanien funktioniert, sollte auch in anderen Ländern einen Versuch wert sein. Hier dürften echte Entlastungspotentiale für den Gerichtshof liegen; die Einführung derartiger Rechtsbehelfe setzt allerdings in den betroffenen Ländern einen entsprechenden politischen Willen voraus. Es könnte sich lohnen, wenn das Ministerkomitee des Europarates im Hinblick auf die besonders beschwerdebelasteten Staaten einen gewissen politischen Druck in diese Richtung ausübt.

⁵ In diese Richtung *Jochen Abr. Frowein*, The Interaction between National Protection of Human Rights and the ECtHR, in: Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch (Hrsg.), The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions, 2009, S. 51-54 (S. 53).

Schließlich ist im Hinblick auf die oben wiedergegebene Anregung in Nummer 9 des Aktionsplans über die subsidiäre Rolle des Gerichtshofs eine Bemerkung angebracht. Der Gerichtshof hat nach Art. 19 EMRK die Aufgabe, die Einhaltung der Verpflichtungen der Vertragsstaaten aus der Konvention sicherzustellen. Um das Ausmaß der Verpflichtungen festzustellen, muss der Gerichtshof die Konvention auslegen. Die Behauptung, dem Gerichtshof komme bei der Auslegung und Anwendung der Konvention eine subsidiäre Rolle zu, ist daher nicht zutreffend. Vielmehr ist es eine seiner Hauptaufgaben, die Konvention auszulegen und im Verfahren der Individualbeschwerde auf Einzelfälle anzuwenden.⁶ Soweit es um Fragen des innerstaatlichen Rechts geht, die gleichzeitig Menschenrechtsfragen sind, sind auch diese seiner Prüfung nicht völlig entzogen; und selbst Tatsachenfragen können seiner Zuständigkeit unterfallen, wie etwa das Beispiel einer behaupteten, aber von der beklagten Regierung bestrittenen Folterung zeigt. Schließlich fehlt es auch für eine „strenge“ Handhabung der Zulässigkeitsanforderungen durch den Gerichtshof an einer Grundlage in der Konvention: Zulässigkeitskriterien sollten zwar korrekt, aber nicht unbedingt streng angewandt werden, auch um den Zugang zum internationalen Menschenrechtsschutz nicht übermäßig zu erschweren. Insgesamt erscheint der in Nummer 9 beschrittene Weg, den Aufgabenbereich des Gerichtshofs im Wege einer verengten Konventionsinterpretation einzuschränken, nicht weiterführend.

Die Erklärung von Interlaken erweckt nicht den Eindruck eines großen Wurfes: ein solcher war auch nicht zu erwarten, und einfache Lösungen für die Überlastung des Gerichtshofs sind nicht ersichtlich. Schon unter normalen rechtsstaatlichen Bedingungen dürfte man sich nicht zu sehr darüber wundern, dass an einen Gerichtshof,

der für mindestens 800 Millionen Menschen zugänglich ist, eine fünf- oder auch sechsstellige Zahl von Beschwerden im Jahr gerichtet werden.⁷ Die strukturellen Menschenrechtsverletzungen in manchen Ländern Europas tragen das Ihre zu einer dauerhaft hohen Zahl von Beschwerden bei. Auch wenn zu erwarten ist, dass die im Protokoll Nr. 14 vorgesehenen Mechanismen den Gerichtshof in gewissem Ausmaß entlasten werden, wird die Funktionsfähigkeit des erfolgreichen europäischen Menschenrechtsgerichts noch lange auf der Tagesordnung bleiben.

⁶ Ebenso *Marie-Louise Bemelmans-Vidéc*, *Effective Implementation of the European Convention of Human Rights: the Interlaken Process*, Parliamentary Assembly Doc. 12221 of 27 April 2010, Nr. 11.

⁷ Vgl. *Eckart Klein*, *Der Schutz der Grund- und Menschenrechte durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band VI/1, 2010, S. 593-660 (S. 635), Rn. 86.

Das Recht auf Akteneinsicht gemäß § 147 StPO im Lichte der EMRK

René Börner

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Die Rechtsprechung des EGMR
- III. Die Rezeption durch das BVerfG
- IV. Gründe und Folgen der Einführung von § 147 Abs. 2 Satz 2 StPO
- V. Akteneinsicht bei Rechtsmitteln gegen andere Zwangsmaßnahmen
- VI. Schlussbetrachtung

I. Einführung

Die historische Herausforderung einer Umgestaltung des deutschen strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens liegt im überkommenen Inquisitionsprinzip, nach dem der Staat die Erforschung der materiellen Wahrheit als seine ureigene Aufgabe begreift und diese gegen den Beschuldigten – jedenfalls ohne dessen wesentliche Mitwirkung – durchsetzt.¹ Nach § 163a Abs. 1 S. 1 HS 2 der Strafprozessordnung (StPO) kann ein Ermittlungsverfahren eingeleitet, durchgeführt und durch Einstellung abgeschlossen werden, ohne dass der Betroffene es je erfährt.² Erachtet die Staatsanwaltschaft aber den gem. § 170 Abs. 1 StPO zur

Anklage notwendigen hinreichenden Tatverdacht als gegeben, wird der Beschuldigte gem. § 163a Abs. 1 S. 1 HS 1 StPO jedenfalls im Zuge des (vorläufigen) Abschlusses der Ermittlungen über das eingeleitete Verfahren informiert und erhält die Gelegenheit einer Erklärung zur Sache. Es ist fraglich, ob dieser späte Zeitpunkt ausreichend ist, um unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit und der faktischen Bedeutung des Ermittlungsverfahrens den Anforderungen von Art. 6 Abs. 3 lit. a der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)³ zu genügen.⁴

Andererseits erfährt der Beschuldigte dann auf besonders drastische Weise von dem Verfahren, wenn im Laufe der Ermittlungen Zwangsmaßnahmen, die stets offen durchzuführen sind, gegen ihn richterlich angeordnet und vollzogen werden. Soweit seine vorherige Anhörung (s. § 33 Abs. 3 StPO) den Zweck der Anordnung der Untersuchungshaft, der Beschlagnahme oder einer anderen Maßnahme gefährden würde, unterbleibt die Anhörung gem. § 33 Abs. 4 StPO. Damit erlegt die StPO dem Betroffenen die einstweilige Duldung auf und verweist ihn auf nachträglichen gerichtlichen Rechtsschutz gegen den fort dauernden oder erledigten Eingriff in seine

¹ Egon Müller, Einige Bemerkungen zur Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für das Ermittlungsverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, in: Rainer Brüßow (Hrsg.) Festgabe für Ludwig Koch, 1989, S. 191-197 (S. 191f.).

² Es sei denn, einzelne verdeckt geführte Ermittlungsmaßnahmen sind zum Zwecke nachträglichen Rechtsschutzes zwingend im Anschluss mitzuteilen, vgl. § 101 Abs. 5 bis Abs. 7 StPO sowie dazu Frank Meyer/Felix Rettenmaier, Die Praxis des nachträglichen Rechtsschutzes gegen strafprozessuale Zwangsmaßnahmen – Rückkehr der prozessualen Überholung, in: NJW 2009, S. 1238-1243.

³ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms vom 4. November 1950. In der aktuellen Fassung des am 1. Juni 2010 in Kraft getretenen 14. Zusatzprotokolls abgedruckt in: Sartorius II, 47. Ergänzungslieferung, Nr. 130.

⁴ Instrukтив Müller (Fn. 1), S. 196f. sowie zum ganzen Walter Gollwitzer, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar, Band 8, 25. Aufl. 2005, Art. 6 MRK Rn. 164ff.

Grundrechte sowie in Art. 5 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1 EMRK.

Will der Betroffene aber um diesen nachträglichen gerichtlichen Rechtsschutz im Wege der Beschwerde (§ 304 StPO), der Haftprüfung (§§ 117ff. StPO) oder des Antrags gem. §§ 98 Abs. 2 S. 2 (analog), 101 Abs. 7 StPO ersuchen, sieht er sich aufgrund eines Informationsdefizits den Strafverfolgungsbehörden unterlegen. Bekannt ist ihm bis dato allenfalls der Beschluss, mit dem ein Gericht den Eingriff angeordnet hat (§§ 107 S. 1, 114a S. 1 HS 1 StPO). Über die zugrundeliegenden Ermittlungen aber ist er nicht informiert, denn dazu bedarf er der Akteneinsicht. Darauf besteht gem. § 147 Abs. 1 StPO zwar prinzipiell ein Anspruch, der jedoch gem. § 147 Abs. 2 S. 1 StPO bis zum Abschluss der Ermittlungen von dem Einwand suspendiert wird, der Untersuchungszweck könne gefährdet werden. Wenn der Beschwerdeführer aber jene Tatsachen nicht überprüfen und angehen kann, die ihn nach Auffassung der Staatsanwaltschaft belasten und auf denen die gerichtliche Anordnung beruht, agiert er mit der Begründung seines Rechtsmittels ins Blaue hinein. An dieser Notlage ändert auch der gem. §§ 114a, 115 Abs. 3 StPO für die erste richterliche Anhörung vorgesehene mündliche Hinweis auf die belastenden Umstände nichts.⁵

Die entscheidende Frage ist also, wie ein rechtsstaatlichen Grundsätzen genügender Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren mit dem staatlichen Geheimhaltungsinteresse, das auf den Schutz der Erfolgsaussichten der laufenden Ermittlungen gerichtet ist, in Ausgleich gebracht werden soll. In diesem Punkt ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) maßgeblich von der Auslegung der Art. 5, 6 EMRK durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) beeinflusst worden. Dabei hat sich die Rechtsprechung des EGMR zwischenzeitlich nicht nur bei den Fachgerichten und dem BVerfG durchgesetzt,⁶ sondern darüber hinaus hat sich

unlängst der deutsche Gesetzgeber veranlasst gesehen, den § 147 Abs. 2 S. 2 StPO zu schaffen.⁷ Seither besteht für den Fall der Untersuchungshaft ein gem. § 147 Abs. 5 S. 2 und S. 3 StPO durchsetzbarer (regelmäßiger) Anspruch auf Akteneinsicht.

Diese Entwicklung manifestiert die zunehmende Bedeutung der EMRK für das deutsche Strafverfahrensrecht und gibt Anlass, die Grundzüge dieses Einflusses nachzuzeichnen sowie einen Ausblick auf sich anschließende Fragen zu geben.

II. Die Rechtsprechung des EGMR

1. Die Verletzung von Art. 5 Abs. 4 EMRK in Haftsachen

Die erste Entscheidung des EGMR zur Frage der Akteneinsicht im Zusammenhang mit Rechtsmitteln gegen die Untersuchungshaft erging bereits am 30. März 1989 im Verfahren *Lamy ./.* *Belgien*.⁸ Der EGMR stellte eine Verletzung des Art. 5 Abs. 4 EMRK fest. Der Verteidiger des Beschwerdeführers hatte nach der fachgerichtlichen Auslegung des nationalen Rechts während der ersten 30 Tage der Haft keine Gelegenheit, Akteneinsicht zu nehmen, insbesondere nicht in die Berichte des Untersuchungsrichters und der ermittelnden Polizeibehörden. Somit bestand keine Möglichkeit, bei der ersten Verhandlung vor der nationalen Ratskammer, welche über die Bestätigung der Haftanordnung zu entscheiden hatte, die Feststellungen und Auffassungen zu bekämpfen, die auf die verschlossen gehaltenen Unterlagen gestützt wurden. Ferner hebt der EGMR hervor, dass ein Zugang zu den Akten die Verteidigung in die Lage versetzt haben würde, konkret auf entlastende Umstände

⁷ Dazu unten IV.

⁸ EGMR, *Lamy ./.* *Belgien*, Urteil vom 30. März 1989, Nr. 16/1987/139/193, StV 1993, S. 283-284. Vgl. dazu die Besprechungen von *Matthias Zieger*, Akteneinsicht des Verteidigers bei Untersuchungshaft, in: StV 1993, S. 320-323 sowie *Roland Schmitz*, Das Recht auf Akteneinsicht bei Anordnung der Untersuchungshaft, in: *wistra* 1993, S. 319-324.

⁵ S. auch unten II. 1. a.E., II. 2. a) und III. 2.

⁶ Vgl. unten III. 3.

hinzuweisen. Daher sei eine Einsicht in die fraglichen Dokumente wesentlich gewesen, um der Rechtmäßigkeit des Beschlusses über die Haftanordnung wirksam entgegenzutreten zu können. Indem andererseits der Kronanwalt mit der gesamten Akte vertraut gewesen sei, habe das Verfahren dem Beschwerdeführer keine Gelegenheit geboten, die Gründe in geeigneter Form zu bekämpfen, auf welche sich die Untersuchungshaft stützte. Mithin habe das Verfahren die Waffengleichheit nicht gesichert und sei auch „nicht wirklich kontradiktorisch“ gewesen („the procedure was not truly adversarial“).⁹

Dieser Standpunkt setzt sich fort in den nachfolgend wiederholt gegen die Bundesrepublik Deutschland notwendig gewordenen Entscheidungen. In gleich drei Urteilen vom 13. Februar 2001 hat der EGMR in den Verfahren *Lietzow*,¹⁰ *Schöps*¹¹ sowie *Garcia Alva*¹² die Verletzung des Art. 5 Abs. 4 EMRK präzisiert.¹³ Im Hinblick auf die tiefgreifende Auswirkung des Freiheitsentzuges und damit des Eingriffs in fundamentale Rechte des Betroffenen müssen für die gerichtliche Entscheidung nach Art. 5 Abs. 4 EMRK – auch unter den Bedingungen gerade erst eingeleiteter Ermittlungen – die Grundsätze eines fairen und kontradiktorischen Verfahrens so weit wie möglich beachtet werden. Das Gericht muss auch bei der Überprüfung eines gegen die Untersuchungshaft gerichteten Rechtsmittels die Garantien eines justizförmigen Verfahrens gewährleisten. Das Verfahren muss

kontradiktorisch geführt und der Grundsatz der Waffengleichheit zwischen den Parteien, dem Staatsanwalt und der in Haft befindlichen Person, gesichert sein. Die Waffengleichheit ist aber dann nicht gewährleistet, wenn dem Verteidiger der Zugang zu denjenigen Dokumenten der Ermittlungsakte verweigert wird, die wesentlich sind, um die Rechtmäßigkeit der Haft seines Mandanten angreifen zu können.¹⁴

Trotz dieser drei letztgenannten Urteile vom 13. Februar 2001 ist der EGMR im Verfahren *Mooren* gegen die Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich einer Haftprüfung, die am 7. August 2002 beantragt worden war, erneut mit einer unzulässigen Versagung der Akteneinsicht befasst worden. Nach einem ersten Urteil vom 13. Dezember 2007 (*Mooren I*)¹⁵ ist das Verfahren nach Art. 43 EMRK an die Große Kammer verwiesen worden, welche die Sache angenommen und mit Urteil vom 9. Juli 2009 entschieden hat (*Mooren II*).¹⁶ In beiden Urteilen wird die Auslegung des Art. 5 Abs. 4 EMRK nachdrücklich bestätigt¹⁷ und ergänzend (nochmals)¹⁸ klargestellt, dass es zur Herstellung der Waffengleichheit nicht ausreicht, den Verteidiger lediglich mündlich über die in der Akte enthaltenen Tatsachen und Beweismittel zu informieren.¹⁹

⁹ EGMR, *Lamy ./. Belgien* (Fn. 8), S. 284.

¹⁰ EGMR, *Lietzow ./. Deutschland*, Urteil vom 13. Februar 2003, 24479/94, StV 2001, S. 201-203 mit Anmerkung von Eberhard Kempf, in: StV 2001, S. 206-207.

¹¹ EGMR, *Schöps ./. Deutschland*, Urteil vom 13. Februar 2003, 25116/94, StV 2001, S. 203-205 mit Anmerkung von Kempf (Fn. 10).

¹² EGMR, *Garcia Alva ./. Deutschland*, Urteil vom 13. Februar 2001, 23541/94, StV 2001, S. 205-206 mit Anmerkung von Kempf (Fn. 10).

¹³ Zu weiteren Entscheidungen des EGMR vgl. Jürgen Pauly, Anmerkung zum Urteil der Großen Kammer *M. ./. Deutschland*, in: StV 2010, S. 492-493.

¹⁴ Vgl. EGMR, *Lietzow ./. Deutschland* (Fn. 10), Nr. 44; EGMR, *Schöps ./. Deutschland* (Fn. 11), Nr. 44 sowie EGMR, *Garcia Alva ./. Deutschland* (Fn. 12) Nr. 39.

¹⁵ EGMR, *Mooren ./. Deutschland*, Urteil der Kleinen Kammer vom 13. Dezember 2007, 11364/03 (*Mooren I*), StV 2008, S. 475-483. Vgl. dazu die Anmerkungen von Daniel Hagmann, in: StV 2008, S. 483-484 sowie Jürgen Pauly, in: StV 2008, S. 484-486.

¹⁶ EGMR, *Mooren ./. Deutschland*, Urteil der Großen Kammer vom 9. Juli 2009, 11364/03 (*Mooren II*), EuGRZ 2009, S. 566-580. Vgl. dazu die Anmerkung von Pauly (Fn. 13).

¹⁷ EGMR, *Mooren I* (Fn. 15), Nr. 91ff.; EGMR, *Mooren II* (Fn. 16), Nr. 125.

¹⁸ Entsprechend zu den Urteilen vom 13. Februar 2001 bereits Kempf (Fn. 10), S. 206f.

¹⁹ EGMR *Mooren I* (Fn. 15), Nr. 96; EGMR *Mooren II* (Fn. 16) Nr. 125 i.V.m. Nr. 121.

2. Die Ausgestaltung des Grundsatzes

a) Der Umfang der Akteneinsicht

Inhaltlich ist Art. 5 Abs. 4 EMRK als das Verfahren zur gerichtlichen Überprüfung der Haftentscheidung von der Informationspflicht in einer zweiten Situation zu unterscheiden. Jeder festgenommenen Person muss gem. Art. 5 Abs. 2 EMRK innerhalb kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache mitgeteilt werden, welches die Gründe für ihre Festnahme sind und welche Beschuldigungen gegen sie erhoben werden. Zugleich muss jede nach Maßgabe von Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK festgenommene Person gem. Art. 5 Abs. 3 EMRK unverzüglich einem Richter oder einer anderen gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigten Person vorgeführt werden. Damit regeln Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 EMRK die Pflichten im Zusammenhang mit dem Beginn der Freiheitsentziehung. Ebenso wie von §§ 114a, 115 Abs. 3 StPO vorgesehen, ist der Betroffene zunächst über die Anschuldigungen zu unterrichten. Eine Gelegenheit zur Prüfung der tatsächlichen Grundlagen dieser Anschuldigungen durch Gewährung von Akteneinsicht besteht in dieser ersten Phase noch nicht in vollem Umfang.²⁰ Die Informationspflichten gegenüber dem Betroffenen sind mithin zwischen dem ersten Zugriff und der binnen kurzer Frist nachfolgenden gerichtlichen Verhandlung über die Haft abgestuft.

Die Anforderungen des Art. 5 Abs. 4 EMRK sind aus dem Recht auf ein kontradiktorisches Verfahren abgeleitet, wie es sich aus Art. 6 EMRK ergibt. Das bedeutet, dass in einem strafrechtlichen Verfahren beide, die Staatsanwaltschaft sowie die Verteidigung, die Gelegenheit haben müssen, die Ermittlungen zur Kenntnis zu nehmen, und dazu sowie zu den von der Gegenseite beigeschafften Beweismitteln

Stellung zu nehmen.²¹ Durch diesen Bezug auf Art. 6 EMRK ist klargestellt, dass die gesamten Ermittlungen wesentlich für die Verteidigung sind und damit eine selektive Teilakteneinsicht grundsätzlich nicht genügen kann.

Mit Beschluss vom 11. Mai 2008 zu einer gegen die Bundesrepublik Deutschland geführten Individualbeschwerde hat der EGMR dem Begriff derjenigen Ermittlungsinhalte, die für die Verteidigung wesentlich sind, eine auf Art. 34, 35 EMRK beruhende eigenständige verfahrensrechtliche Ausprägung verliehen. Wenn umfangreiches Material – hier etwa 500 CD-ROMs – von der Staatsanwaltschaft und dem Haftgericht für die Begründung der Untersuchungshaft nicht herangezogen worden sei, dann habe der Beschwerdeführer in dem Verfahren vor dem EGMR substantiiert darzulegen, dass ihm für die Anfechtung der Rechtmäßigkeit seiner Haft wesentliches Material vorenthalten wurde. Aus diesem Grunde hat der EGMR die Rüge der Verletzung von Art. 5 Abs. 4 EMRK für unzulässig erklärt.²² Solange aber der Beschuldigte dieses weitere Material nicht kennt, wird er stets fragen dürfen, ob nicht gerade diejenigen Inhalte, welche Staatsanwaltschaft und Gericht als nicht relevant zu erachten geneigt sind, zu seiner Entlastung dienen können. Deshalb ist Art. 5 Abs. 4 EMRK schon wegen der Vorenthaltung und ohne Rücksicht auf die Relevanz für die Entscheidung über die Haft rügefähig verletzt, soweit nicht nachträglich vollständige Einsicht in das betreffende Material gewährt worden ist. Ohne diesen Zugang ist der Beschwerdeführer schlechterdings außerstande, unter sachlicher Auswertung substantiiert darzutun, wie und weshalb die vorenthaltenen Informationen seine Position in dem Verfahren über die Untersuchungshaft verbessert haben würden. Eine solche inhaltliche Prüfung kann

²⁰ Eine weitere Frage ist es freilich, welchen Umfang die Information haben muss, um Art. 5 Abs. 2 EMRK (gerade) noch zu genügen; ferner sogleich II. 2 a) sowie unten III. 2.

²¹ Vgl. EGMR, *Lietzow* (Fn. 10), Nr. 44; EGMR, *Schöps* (Fn. 11), Nr. 44 sowie EGMR, *Garcia Alva* (Fn. 12), Nr. 39.

²² EGMR, Entscheidung vom 11. Mai 2008, 41077/04, NStZ 2009, S. 164-166 mit Anmerkung von *Alexander Strafner*.

der EGMR auch nicht eigenständig und ohne Einbeziehung des Beschwerdeführers vornehmen, denn ob und wie das Vorenthaltene zur Verteidigung hätte dienen können und sollen, hängt in erster Linie von der Entscheidung und dem Verteidigungskonzept des Beschuldigten selbst ab. Dieser Standpunkt entspricht der Auffassung des EGMR in den Verfahren *Lietzow*²³, *Schöps*²⁴ und *Garcia Alva*²⁵, wonach dem Beschuldigten die Ermittlungsinhalte ungeachtet davon in ausreichender Weise zur Kenntnis zu bringen sind, ob er in der Lage ist, einen Hinweis auf die Bedeutung der Beweismittel, zu denen er Zugang begehrt, für seine Verteidigung zu geben.

b) Das Geheimhaltungsinteresse der Strafverfolgungsbehörden

Andererseits sind im Augenblick des Verfahrens nach Art. 5 Abs. 4 EMRK die Ermittlungen selten abgeschlossen. Schon in den Verfahren *Lietzow* und *Garcia Alva* hat der EGMR die Notwendigkeit anerkannt, dass polizeiliche Ermittlungen effektiv geführt werden müssen. Das schließt ein, dass Teile der gesammelten Informationen während andauernder Ermittlungen geheimgehalten werden, um zu verhindern, dass Verdächtige Beweismittel beeinflussen und den Gang der Ermittlungen gefährden. Dieser legitime Zweck kann jedoch nicht dazu führen, dass Rechte der Verteidigung substantiell beschnitten werden. Aus diesem Grund sollen Informationen, die für die Frage der Rechtmäßigkeit der Inhaftierung einer Person wesentlich sind, dem Rechtsanwalt des Beschuldigten in geeigneter Weise zugänglich gemacht werden,²⁶ und das ist die Gewährung der Akteneinsicht, denn eine mündliche Information ermöglicht die notwendige Prüfung nicht.²⁷ Mithin tritt § 147 Abs. 2 S. 1 StPO

hinter Art. 5 Abs. 4 EMRK zurück.²⁸ Diesen Standpunkt hat der EGMR in den folgenden Urteilen *Mooren I* und *Mooren II* bestätigt und gefestigt.²⁹

3. Die Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK

Eine andere Frage ist es, ob auch Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK anwendbar ist, wonach jede angeklagte Person das Recht auf ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung ihrer Verteidigung hat. Problematisch ist einerseits, ob schon der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren eine i.S.v. Art. 6 Abs. 3 EMRK angeklagte Person ist, und andererseits ob sich die Verteidigung nur auf die Verhandlung über die Strafsache als solche bezieht.

Der EGMR hat diese Frage in der *Lamy*-Entscheidung für die Untersuchungshaft dahin stehen lassen. Die Tatsachen und Argumente, auf welche sich der Beschwerdeführer zur Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK stützte, seien dieselben wie die bereits zu Art. 5 Abs. 4 EMRK vorgebrachten. Es sei daher nicht notwendig gewesen, die Frage zu entscheiden, ob Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK auch im Stadium der Voruntersuchung anwendbar ist.³⁰ Im Urteil *Mooren I* hingegen heißt es, der EGMR ist der Auffassung, dass die Rüge verweigerter Akteneinsicht im Zuge der Haftprüfung allein nach Art. 5 der Konvention zu prüfen ist.³¹ Ob darin jedoch eine Ablehnung der Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK liegt oder aber wie in der *Lamy*-Entscheidung die Frage letztlich unbeantwortet bleiben soll, ist mangels näherer Begründung nicht ersichtlich.

²³ EGMR, *Lietzow* (Fn. 10) Nr. 46.

²⁴ EGMR, *Schöps* (Fn. 11), Nr. 50.

²⁵ EGMR, *Garcia Alva* (Fn. 12), Nr. 41.

²⁶ EGMR, *Lietzow* (Fn. 10), Nr. 47; EGMR *Garcia Alva* (Fn. 12), Nr. 42.

²⁷ Vgl. oben II. 1. a.E.

²⁸ Vgl. auch *Kempf* (Fn. 10), S. 207.

²⁹ EGMR, *Mooren I* (Fn. 15), Nr. 92 und Nr. 96; EGMR, *Mooren II* (Fn. 16), Nr. 125.

³⁰ EGMR, *Lamy* (Fn. 8), S. 284.

³¹ EGMR, *Mooren I* (Fn. 15), Nr. 77.

4. Die Folgen des Verstoßes gegen die EMRK

Die Entscheidungen des EGMR haben in allen genannten Verfahren einige Jahre auf sich warten lassen, daher darf gefragt werden, ob auch für die Individualbeschwerde der Grundsatz des zügigen Verfahrens gilt. Wenn der von der Untersuchungshaft Betroffene zwischenzeitlich schon die nachfolgend verhängte Freiheitsstrafe verbüßt hat, kommt die Genugtuung durch eine Entscheidung des EGMR für ihn etwas spät.

Neben dem Feststellungsurteil stellt sich die Frage nach einer Entschädigung in Anwendung von Art. 41 EMRK. Im Urteil *Mooren I* hat die Kammer erkannt, dass die Feststellung einer Verletzung eine hinreichend gerechte Entschädigung in Bezug auf den immateriellen Schaden aus einer Verletzung des Gebotes der Fairness aus Art. 5 Abs. 4 EMRK darstelle, jedoch wurde für eine Verletzung des Gebots einer Entscheidung binnen kurzer Frist ein immaterieller Schaden von 1.500,- Euro zugesprochen.³² Der Beschwerdeführer hatte demgegenüber (nicht ganz zu Unrecht) betont, dass die Bundesrepublik Deutschland die Konvention bewusst und immer wieder verletzt habe, und aus diesem Grunde einen Betrag von 25.000,- Euro für angemessen gehalten.³³ Die Große Kammer ist dem Begehren der Höhe nach nicht gefolgt, hat jedoch ausgesprochen, dass dem Beschwerdeführer durch die Verletzung der Gebote der Fairness und der Entscheidung innerhalb kurzer Frist aus Art. 5 Abs. 4 EMRK immaterieller Schaden wie Stress und Frustration entstanden ist, der nicht allein durch die Feststellung der Konventionsverletzungen wieder gut gemacht werden kann. Die Große Kammer hat unter Berücksichtigung nicht näher benannter Billigkeitserwägungen einen Gesamtbetrag von 3.000,- Euro zuzüglich gegebenenfalls geschuldeter Steuern festgesetzt.

³² Vgl. bei EGMR *Mooren II* (Fn. 16), Nr. 127.

³³ Vgl. bei EGMR *Mooren II* (Fn. 16), Nr. 128.

III. Die Rezeption durch das BVerfG

1. Die nationale Wahrnehmung der Rechtsprechung des EGMR

So wegweisend die *Lamy*-Entscheidung ist, so unbemerkt und unberücksichtigt ist diese zunächst auf nationaler Ebene geblieben.³⁴ Eingang in das Schrifttum hat sie zunächst bei *Walter Gollwitzer*³⁵ gefunden und erst 1993 folgte eine nationale Veröffentlichung des Leitsatzes und der Gründe.³⁶ Das BVerfG hatte dessenungeachtet zunächst noch immer keine Notiz von der Auslegung des Art. 5 Abs. 4 EMRK durch den EGMR genommen, und konnte sich auch nachfolgend nur zögerlich zu einer konsequenten Umsetzung entschließen.³⁷ Zwar ist die *Lamy*-Entscheidung nicht gegenüber der Bundesrepublik Deutschland ergangen, doch das ändert an der nationalen Geltung der Auslegung des Art. 5 Abs. 4 EMRK durch den EGMR im Ergebnis wenig. Zu der Bindung an Gesetz und Recht aus Art. 20 Abs. 3 GG gehört die Berücksichtigung der Gewährleistungen der EMRK und der Entscheidungen des EGMR im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung; die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des EGMR kann daher gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen.³⁸ Entscheidungen des EGMR in Verfahren gegen andere Vertragsparteien geben den nicht beteiligten Staaten lediglich – aber immerhin³⁹ – Anlass, ihre nationale Rechtsordnung zu überprüfen und sich bei einer möglicherweise erforderlichen Änderung an der einschlägigen Rechtsprechung

³⁴ Dies betonend *Zieger* (Fn. 8), S. 320 mit Fn. 1 sowie *Kempf* (Fn. 10), S. 206 mit Fn. 2.

³⁵ *Gollwitzer*, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar, Band 6, 24. Aufl. 1996 (Stand: 1. September 1991), Art. 5 MRK Rn. 124.

³⁶ Vgl. StV 1993, S. 283-284 mit Anmerkung von *Matthias Zieger*, Akteneinsicht des Verteidigers bei Untersuchungshaft, in: StV 1993, S. 320-323.

³⁷ Vgl. sehr anschaulich *Hagmann* (Fn. 15), S. 483 mit Fn. 3; ferner unten III. 2.

³⁸ BVerfG, in: NJW 2004, S. 3407-3410 (S. 3408).

³⁹ Ergänzung durch den Verfasser.

des EGMR zu orientieren.⁴⁰ Darin liegt eine innerstaatliche Pflicht aller staatlichen Stellen zur Berücksichtigung der gesamten Spruchpraxis des EGMR, denn nur auf diese Weise lassen sich Wertungswidersprüche zwischen der völkerrechtlich verbindlichen Achtung der EMRK im Außenverhältnis und ihrer Auslegung in der deutschen Rechtsordnung vermeiden.⁴¹

2. Der ursprüngliche Standpunkt des BVerfG

Ursprünglich vertraten sowohl der Bundesgerichtshof (BGH) als auch das BVerfG die Meinung, dass im Rahmen der mündlichen Haftprüfung auch ohne Akteneinsicht für ein rechtsstaatliches faires Verfahren Sorge getragen sei: Die §§ 114 Abs. 2, 114a, 115 Abs. 2 und 3, 118a Abs. 3 StPO stellten eine hinreichend substantiierte Bekanntgabe des Vorwurfs und der gegen den Beschuldigten sprechenden Gründe sicher, was ihm die Gelegenheit eröffne, die Verdachts- und Haftgründe zu entkräften und jene Tatsachen geltend zu machen, die zu seinen Gunsten sprechen.⁴² Über diese Normen des Haftrechts hinaus sollte es

allerdings dann einen Anspruch auf Teilakteneinsicht geben, wenn und soweit der Beschuldigte die darin enthaltenen Informationen benötige, um auf die gerichtliche Haftentscheidung effektiv Einfluss nehmen zu können, und die mündliche Mitteilung der Tatsachen und Beweismittel, die das Gericht seiner Entscheidung zugrunde zu legen gedenkt, nicht ausreichend seien. *Nur dann* müsse § 147 Abs. 2 StPO zurücktreten.⁴³

Die mit letzterem eingeschlagene Richtung war zwar im Vergleich zu einem streng auf § 147 Abs. 2 StPO beharrenden Standpunkt ein wesentlicher Fortschritt, doch noch immer ist die Akteneinsicht nur die Ausnahme gewesen.⁴⁴ Bei dem dazu installierten und zudem unscharfen⁴⁵ Abgrenzungskriterium haben BVerfG und BGH in erster Linie danach gefragt, ob die Tatsachen und Beweismittel, die der zu treffenden Haftentscheidung jeweils zugrunde gelegt werden sollen, mündlich noch vermittelbar seien.⁴⁶ Akteneinsicht ist ausnahmsweise für den Fall zugebilligt worden, dass die mündliche Darlegung zu umfangreich oder zu unübersichtlich gewesen wäre. Das aber ist dem Grunde nach etwas ganz anderes als die rechtsstaatliche Einsicht, dass es für den Beschuldigten nicht nur auf die Mitteilung der belastenden Umstände ankommt, sondern weit darüber hinaus auch auf die Prüfung, ob diese Umstände tragfähig sind. Das indes ist schlechterdings nicht *ad hoc* im Haftprüfungstermin zu realisieren, sondern setzt detaillierte Aktenkenntnis und eigene Nachforschungen voraus. Völlig zu Recht hat deshalb der EGMR diese Überlegungen des BVerfG und des BGH nicht angestellt. Mündliche Ausführungen seitens der

⁴⁰ BVerfG, in: NJW 2004, S. 3407-3410 (Nr. 39); BVerfG, in: NJW 2008, S. 1793-1801 (Nr. 52); siehe auch *Gollwitzer* (Fn. 4), MRK Verfahren Rn. 80.

⁴¹ *Robert Esser*, in: Heiko Ahlbrecht/Klaus-Michael Böhm/Robert Esser/Heiner Hugger/Stefan Kirsch/Michael Rosenthal, Internationales Strafrecht in der Praxis, 1. Auflage 2008, Rn. 287.

⁴² BVerfG, in: NJW 1994, S. 573 mit kritischer Anmerkung von *Dirk Lammer*, in: StV 1994, S. 1-3; BVerfG, in: NJW 1994, S. 3219-3222 (S. 3219f.); BGH, in: NJW 1996, S. 734-735 (S. 734); zum Umfang der Darlegungen im Haftbefehl und durch den Richter vgl. die Beschlüsse des KG Berlin vom 5. Oktober 1993 und vom 7. Februar 1994, in: StV 1994, S. 318-319 und S. 319-320 mit Anmerkung von *Reinhold Schlothauer*, in: StV 1994, S. 320-321. Andererseits wurde an Darlegungen des Haftrichters, die über die Auskünfte der StA hinausgehen, wegen der Kompetenzverteilung aus § 147 Abs. 5 S. 1 StPO Kritik geübt, vgl. insbesondere *Hartmut Schneider*, Grundprobleme des Rechts der Akteneinsicht des Strafverteidigers, in: Jura 1995, S. 337-346 (S. 346).

⁴³ BVerfG, in: NJW 1994, S. 3220 r. Sp.; BGH, in: NJW 1996, S. 734-735.

⁴⁴ Kritisch daher anhand der Rechtsprechung des EGMR *Kempf* (Fn. 10), S. 206f.

⁴⁵ Nachdrücklich *Joachim Bohnert*, Untersuchungshaft, Akteneinsicht und Verfassungsrecht, in: GA 1995, S. 468-481 (S. 472ff.).

⁴⁶ BVerfG, in: NJW 1994, S. 3219-3222 (S. 3220f.); NSTZ-RR 1998, S. 108-109 (S. 109); BGH, in: NJW 1996, S. 734-735 (S. 734).

Strafverfolgungsbehörden hat der EGMR in den Entscheidungen *Lamy*, *Lietzow*, *Schöps* und *Garcia Alva* nicht als ausreichend in Erwägung gezogen und in *Mooren I* und *Mooren II* schließlich ausdrücklich abgelehnt.⁴⁷

3. Die nunmehr vom BVerfG vertretene Position

Zwischenzeitlich hat das BVerfG jedoch seinen differenzierenden Standpunkt aufgegeben und tritt nunmehr kompromisslos – weit über die Haftfrage hinaus⁴⁸ – im Ermittlungsverfahren für gerichtlichen Rechtsschutz unter Gewährung von Akteneinsicht ein. Seine Begründung entwickelt das BVerfG jedoch ohne direkten Bezug auf Art. 5 Abs. 4 EMRK unmittelbar aus den grundrechtsgleichen Verfahrensrechten in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip.⁴⁹

Das Grundgesetz sichert das rechtliche Gehör im gerichtlichen Verfahren durch Art. 103 Abs. 1 GG. Rechtliches Gehör ist nicht nur ein „prozessuales Urrecht“ des Menschen, sondern auch ein objektiv-rechtliches Verfahrensprinzip, das für ein rechtsstaatliches Verfahren im Sinne des Grundgesetzes konstitutiv und grundsätzlich unabdingbar ist. Der Einzelne soll nicht nur Objekt der richterlichen Entscheidung sein, sondern vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen, um als Subjekt Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können. Das rechtliche Gehör sichert den Beteiligten ein Recht auf Information, Äußerung und Berücksichtigung, mit der Folge, dass sie ihr Verhalten im Prozess selbstbestimmt und situationspezifisch gestalten können. Art. 103 Abs. 1 GG steht in funktionalem Zusammenhang mit der Rechtsschutzgarantie des Grundgesetzes.⁵⁰ Dem kommt besondere Bedeutung zu,

wenn Eingriffsmaßnahmen vom Gericht im strafprozessualen Ermittlungsverfahren gem. § 33 Abs. 4 StPO ohne vorherige Anhörung gerichtlich angeordnet werden. Dann ist das rechtliche Gehör jedenfalls im Beschwerdeverfahren nachträglich zu gewähren.⁵¹ Dazu müssen dem beschuldigten Beschwerdeführer die Beweismittel auf die gleiche Art und Weise zugänglich und anschaulich sein wie dem Richter.⁵² Mithin erfordert Art. 103 Abs. 1 GG die Gewährung von Akteneinsicht.

Die Frage ist nur, wie sich das mit dem von § 147 Abs. 2 S. 1 StPO geschützten Geheimhaltungsinteresse verträgt, und wie sich ein Verstoß gegen das Gebot rechtlichen Gehörs auswirkt. Dazu hat sich das BVerfG in nunmehr gefestigter Rechtsprechung klar positioniert. Staatlichen Geheimhaltungsbedürfnissen könnte für sich genommen dadurch Rechnung getragen werden, dass die Kenntnisnahme von den maßgeblichen Informationen auf das Gericht beschränkt bliebe. Es ist jedoch anerkannt, dass sich im Bereich des Strafprozesses ein *In-camera*-Verfahren nicht mit den besonderen Bedürfnissen der Rechtsstaatlichkeit dieses Verfahrens verträgt; im Strafverfahren wirken Geheimhaltungsinteressen der Exekutive *in dubio pro reo*. Der Rechtsstaatsgedanke gebietet es, dass der von einer strafprozessualen Eingriffsmaßnahme betroffene Beschuldigte jedenfalls nachträglich Gelegenheit erhält, sich im gerichtlichen Verfahren in Kenntnis der Entscheidungsgrundlagen gegen die Eingriffsmaßnahme und den zugrunde liegenden Vorwurf zu verteidigen.⁵³

Die vom BVerfG ausgesprochene Wirkung der Geheimhaltungsinteressen der Exeku-

⁴⁷ Dazu oben II. 1.

⁴⁸ Im Einzelnen unten V.

⁴⁹ Vgl. auch bereits *Schmitz* (Fn. 8), S. 319ff.

⁵⁰ Nur BVerfG, in: NStZ-RR 2008, S. 16-18 (S. 17).

⁵¹ BVerfG, in: NStZ-RR 2008, S. 16-18 (S. 17); BVerfG, in NStZ 2007, S. 274-275 (S. 274); BVerfG, in: NJW 2006, S. 1048-1050 (S. 1048); BVerfG, in: NJW 2004, S. 2443-2444 (S. 2443).

⁵² BVerfG, in: StZ-RR 2008, S. 16-18 (S. 17 r. Sp.); BVerfG, in: NStZ 2007, S. 274-275 (S. 275).

⁵³ BVerfG, in: NJW 2004, S. 2443-2444 (S. 2444) sowie BVerfG, in: NStZ-RR 2008, S. 16-18 (S. 17); BVerfG, in: NStZ 2007, S. 274-275 (S. 274f.); BVerfG in: NJW 2006, S. 1048-1050 (S. 1048f.).

tive *in dubio pro reo* wird praktisch dadurch umgesetzt, dass eine dem Beschuldigten nachteilige Entscheidung im Haftprüfungsverfahren sowie in der Beschwerdeinstanz nur auf der Grundlage solcher Tatsachen und Beweismittel getroffen werden darf, die dem Beschuldigten durch Akteneinsicht bekannt gegeben sind.⁵⁴ Mithin ist ein Haftbefehl in der Haftprüfung sowie auf die Haftbeschwerde schon dann aufzuheben, wenn die beantragte Akteneinsicht von der dafür gem. § 147 Abs. 5 S. 1 HS 1 StPO zuständigen Staatsanwaltschaft nicht gewährt worden ist. Die Staatsanwaltschaft hat es also in der Hand, ihr Interesse an der Maßnahme mit demjenigen an der Geheimhaltung des Akteninhalts abzuwägen.⁵⁵ Ein prozessual durchsetzbares *Recht* auf Akteneinsicht ergibt sich daraus zwar nicht, aber immerhin ein faktischer Druck. Der grundrechtsgleiche Anspruch auf rechtliches Gehör ist damit im Beschwerdeverfahren in eine Obliegenheit der Staatsanwaltschaft gekleidet: Die Zwangsmaßnahme und ihre Ergebnisse bleiben nur erhalten, wenn im Hinblick auf die nachträgliche richterliche Entscheidung Akteneinsicht gewährt wird.⁵⁶

4. Der Bezug zur EMRK

Die Rechtsprechung des EGMR hebt das BVerfG in seiner Begründung nicht gesondert hervor. Das BVerfG stellt jedoch fest, dass in ähnlicher Weise auch der EGMR davon ausgehe, dass im vorliegenden Zusammenhang eine gerichtliche Entscheidung nur auf Tatsachen und Beweismittel gestützt werden dürfe, die dem Beschuldigten durch Akteneinsicht der Verteidi-

gung bekannt sind.⁵⁷ Das hat der EGMR in dem dazu in Bezug genommenen Urteil *Lietzow*⁵⁸ zwar (noch) nicht in aller Deutlichkeit benannt, im Ergebnis laufen aber tatsächlich beide Argumentationen auf dieses Ergebnis hinaus. Praktische Unterschiede ergeben sich jedoch bei der Frage, ob die entwickelten Grundsätze auf das gerichtliche Verfahren über andere prozessuale Zwangsmaßnahmen entsprechend anwendbar sind.⁵⁹

IV. Gründe und Folgen der Einführung von § 147 Abs. 2 S. 2 StPO

Im Verfahren *Mooren II* hat die Bundesregierung im Rahmen ihrer Stellungnahme als Partei eingeräumt, dass die Weigerung, dem Anwalt des Beschwerdeführers Akteneinsicht zu gewähren, dem Gebot der Fairness aus Art. 5 Abs. 4 EMRK, wie es insbesondere in den Rechtssachen *Lietzow*,⁶⁰ *Schöps*⁶¹ und *Garcia Alva*⁶² definiert wurde, nicht genügt hat.⁶³ Daher ist es im Ausgangspunkt konsequent und richtig, den Vorrang von Art. 5 Abs. 4 EMRK innerhalb des § 147 Abs. 2 StPO klarzustellen. Die Umsetzung wurde hingegen offenbar gerade von jener Zurückhaltung gegenüber Art. 5 Abs. 4 EMRK gesteuert, die Anlass der vorherigen Verurteilungen der Bundesrepublik Deutschland gewesen ist.

Am 1. Januar 2010 trat das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29. Juli 2009 in Kraft,⁶⁴ dessen Artikel 1 Nr.

⁵⁴ Nur BVerfG, in: NJW 2006, S. 1048-1050 (S. 1048); BVerfG, in: NJW 2004, S. 2443-2444 (S. 2444); BVerfG, in: NStZ 1994, S. 551-553 (S. 551ff.); *Tido Park*, Der Anspruch auf rechtliches Gehör im Rechtsschutzverfahren gegen strafprozessuale Zwangsmaßnahmen, in: StV 2009, S. 276-284 (S. 278f.).

⁵⁵ BVerfG, in: NJW 2006, S. 1048-1050 (S. 1049).

⁵⁶ René Börner, Grenzfragen der Akteneinsicht nach Zwangsmaßnahmen, in: NStZ 2010, S. 417-424 (S. 418).

⁵⁷ BVerfG, in: NJW 2004, S. 2443-2444 (S. 2444).

⁵⁸ EGMR, *Lietzow* (Fn. 10), S. 201ff.

⁵⁹ Dazu unten V.

⁶⁰ EGMR, *Lietzow* (Fn. 10), S. 201ff.

⁶¹ EGMR, *Schöps* (Fn. 11), S. 203ff.

⁶² EGMR, *Garcia Alva* (Fn. 12), S. 205f.

⁶³ EGMR *Mooren II* (Fn. 16), Nr. 123.

⁶⁴ Zur Reform Rüdiger Deckers, Einige Bemerkungen zum Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29.07.2009, das am 1.1.2010 in Kraft tritt, in: StraFo 2009, S. 441-445; Stefan König, Untersuchungsgefangene bekommen mehr Rechte, in: AnwBl. 2010, S. 50-51 und Hans-Joachim Weider, Das Gesetz zur Änderung

10 den bisherigen § 147 Abs. 2 S. 1 StPO⁶⁵ marginal umformuliert⁶⁶ und um folgenden Satz 2 ergänzt: „Liegen die Voraussetzungen von Satz 1 vor (also die mögliche Gefährdung des Untersuchungszwecks)⁶⁷ und befindet sich der Beschuldigte in Untersuchungshaft oder ist diese im Fall der vorläufigen Festnahme beantragt, sind dem Verteidiger die für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung wesentlichen Informationen in geeigneter Weise zugänglich zu machen; in der Regel ist insoweit Akteneinsicht zu gewähren.“⁶⁸

In ihrem Gesetzentwurf vom 21. Januar 2009 macht sich die Bundesregierung ausdrücklich die Rechtsprechung des EGMR in den Urteilen *Lietzow* und *Garcia Alva* sowie dem seinerzeit noch nicht rechtskräftigen Urteil *Mooren I* zu eigen,⁶⁹ und gibt damit hier konsequent ebenso wie in dem weiteren Verfahren zum Urteil *Mooren II* ihre gegenläufige Position dem Grunde nach auf.⁷⁰ Die weitere Gesetzesbegründung ist jedoch ebenso zwiespältig wie die für § 147 Abs. 2 S. 2 HS 2 StPO n.F. gefundene Formulierung, die außerdem erst durch die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses Eingang in das Gesetz gefunden hat.⁷¹

Der neue Satz 2 trage der Rechtsprechung des EGMR Rechnung. Auf welche Weise die erforderlichen Informationen erteilt werden, bleibe indes dem Einzelfall überlassen. Allerdings sei zu berücksichtigen, dass Informationsvermittlungen, die Sachverhalte lediglich nach dem Verständnis der Ermittlungsbehörden schildern, nach der Rechtsprechung des EGMR nicht ausreichend sind, da es den Betroffenen dann

faktisch unmöglich ist, die Zuverlässigkeit dieser Schilderungen wirksam anzufechten. Zu betonen sei auch, dass das Gericht bei seiner Entscheidung über die Haftanordnung beziehungsweise über deren Rechtmäßigkeit nicht solche Teile der Akten zur Grundlage seiner Entscheidung machen dürfe, die dem Verteidiger zuvor vorenthalten worden sind.⁷² Bei einer derart ausgeführten Begründung – auf die die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses Bezug genommen hat – ist zweifelhaft, welche Entscheidungsoptionen über die Art und Weise der erforderlichen Information des Verteidigers dann noch dem Einzelfall vorbehalten bleiben können. Es steht außer Frage, dass § 147 Abs. 2 S. 2 StPO n.F. nicht hinter dem zurückbleiben kann, was das BVerfG und der EGMR als notwendig erachtet haben,⁷³ deshalb ist eine Akteneinsicht die Art und Weise der erforderlichen Information. Bemerkenswert ist ferner, dass die zu diesem Zeitpunkt bereits nachhaltig ausgeprägte Rechtsprechung des BVerfG zur Akteneinsicht mit keinem Wort erwähnt wird, dies umso mehr, als die Argumente des BVerfG Verfassungsrang haben.⁷⁴

V. Akteneinsicht bei Rechtsmitteln gegen andere Zwangsmaßnahmen

Eine der zentralen Fragen des vorliegenden Problemfeldes besteht darin, ob die zur Haft entwickelten Grundsätze auch auf andere strafprozessuale Zwangsmaßnahmen anwendbar sind, etwa den dinglichen Arrest oder Durchsuchungen und Beschlagnahmen.⁷⁵ Die Argumentation des EGMR stößt in diesem Punkt an ihre Grenzen, weil Art. 5 Abs. 4 EMRK sich nur auf

des Untersuchungshaftrechts, in: StV 2010, S. 102-109.

⁶⁵ Vgl. dazu oben I.

⁶⁶ Vgl. dazu BT-Drs. 16/11644, S. 34 und BT-Drs. 16/13097, S. 10 und 19.

⁶⁷ Ergänzung des Verfassers.

⁶⁸ BGBl. I 2009, S. 2277.

⁶⁹ BT-Drs. 16/11644, S. 33f.

⁷⁰ Vgl. EGMR *Mooren II* (Fn. 16), Nr. 123.

⁷¹ BT-Drs. 16/13097, S. 10 und 19.

⁷² BT-Drs- 16/11644, S. 34.

⁷³ Vgl. auch die Stellungnahme des DAV Nr. 61/2008 vom Oktober 2008, S. 12 f.; ferner *Börner* (Fn. 56), S. 418f.; *König* (Fn. 64), S. 50; *ders.*, Prot. d. 136. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 4; *Pauly* (Fn. 13), S. 493, und *Weider* (Fn. 64), S. 105.

⁷⁴ Vgl. oben III. 3.

⁷⁵ Zum ganzen *René Börner*, Akteneinsicht nach Durchsuchung und Beschlagnahme, in: NStZ 2007, S. 680-684 sowie *ders.* (Fn. 56), S. 417-424.

ein gerichtliches Verfahren betreffend die Haft bezieht. Damit käme es für andere Fälle der Akteneinsicht entweder auf eine (nach vorn verlagerte) Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 3 EMRK⁷⁶ oder aber auf eine analoge Anwendung des Art. 5 Abs. 4 EMRK an.

Das BVerfG hat demgegenüber unter Rückgriff auf Art. 103 Abs. 1 GG ein Argument eingeführt, das nicht von der Art des Grundrechtseingriffs abhängt, sondern von der prozessualen Situation des nachträglich im Beschwerdeverfahren zu gewährenden rechtlichen Gehörs.⁷⁷ Das BVerfG hebt deshalb zutreffend hervor, dass die Anwendung des Art. 103 Abs. 1 GG nicht auf Haftfälle beschränkt ist.⁷⁸ Die vom BVerfG entwickelten Regeln gelten mithin für jede unter Richtervorbehalt stehende strafprozessuale Zwangsmaßnahme; dabei macht es keinen Unterschied, ob der Richtervorbehalt verfassungsrechtlicher Natur ist oder (nur) von der StPO vorgesehen wird.⁷⁹

Bei dieser dogmatischen Ausgangslage darf mit Spannung erwartet werden, wie der EGMR mit den über die Haft hinausgehenden Problemfällen umgehen wird. Immerhin war ein wesentliches Argument für die Übertragung des Art. 6 EMRK auf Art. 5 Abs. 4 EMRK das Gewicht des außerhalb der strafrechtlichen Hauptver-

handlung zu prüfenden Eingriffs.⁸⁰ Dieser Ausgangspunkt legt die Frage nach einer Übertragbarkeit auf andere schwerwiegende Eingriffe nahe.⁸¹ Es ist freilich aufgrund des Standpunktes des BVerfG unwahrscheinlich, dass der EGMR hierzu in einem Verfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland Gelegenheit haben wird. Es sollte jedoch die Chance bestehen, dass die Argumentation des BVerfG mittelbar über eine Individualbeschwerde gegen eine andere der Vertragsparteien nun ihrerseits zur Fortentwicklung der Auslegung der Art. 5, 6 EMRK beiträgt.

VI. Schlussbetrachtung

Nach anfänglicher Zurückhaltung hat das BVerfG mit dem in Verbindung mit dem Rechtsstaatsgedanken angewendeten Grundsatz rechtlichen Gehörs einen Lösungsweg eröffnet, der dem Beschuldigten schon im Ermittlungsverfahren zum Zwecke der Begründung seines nachträglichen Rechtsschutzes gegen schwerwiegende strafprozessuale Zwangsmaßnahmen den Zugang zu den Ermittlungsakten gewährt. Maßgeblicher Wegbereiter der rechtsstaatlich begrüßenswerten Entwicklung ist Art. 5 Abs. 4 EMRK in jener Auslegung, welche die Norm vom EGMR beginnend mit der *Lamy*-Entscheidung erfahren hat. Motor dieses Entwicklungsprozesses sind indes jene Vertreter der Anwaltschaft gewesen, die mit Beharrlichkeit den gerichtlichen Diskurs über Inhalt und Geltung der Art. 5 und 6 EMRK vorangetrieben haben. Ihrem Wirken ist der wachsende Einfluss der EMRK für die forensische Praxis in weiten Teilen mit geschuldet, und daher sei ihnen der vorliegende Beitrag anerkennend gewidmet.

⁷⁶ Dafür *Leonard Walischewski*, Das Recht auf Akteneinsicht bei strafprozessualen Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren, in: StV 2001, S. 243-248 (S. 245); ablehnend indes *Gollwitzer* (Fn.4), Art. 6 MRK Rn. 182.

⁷⁷ Vgl. auch LG Berlin Beschl. v. 18.02.2010 - 536 Qs 1/10; *Bohnert* (Fn. 45), S. 470; *Börner* (Fn. 75), S. 681; *ders.* (Fn. 56), S. 418; *Walischewski* (Fn. 76), S. 246f.

⁷⁸ BVerfG, in: NStZ-RR 2008, S. 16-18 (S. 17); BVerfG, in: NStZ 2007, S. 274-275 (S. 275); BVerfG, in: NJW 2006, S. 1048-1050 (S. 1049); BVerfG, in: NJW 2004, S. 2443-2444 (S. 2444).

⁷⁹ Vgl. auch *Börner* (Fn. 56), S. 418; *Park* (Fn. 54) S. 276ff.; *Walischewski* (Fn. 76), S. 243ff.; differenziert aber *Lutz Meyer-Gößner*, Kommentar zur Strafprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 53. Aufl. 2010, § 147 Rn. 25b.

⁸⁰ Vgl. oben II. 1.

⁸¹ Vgl. auch *Walischewski* (Fn. 76), S. 245.

EGMR: Gäfgen ./ Deutschland *

Urteile vom 30. Juni 2008 und vom 1. Juni 2010¹

Zusammenfassung – nichtamtliche Leitsätze:

- Das Folterverbot und das Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung aus Art. 3 EMRK gelten absolut; die so genannte „Rettungsfolter“ ist mit der Konvention unvereinbar.
- Für den Wegfall der Opfereigenschaft reicht die Verurteilung der Polizeibeamten, welche die unmenschliche Behandlung angeordnet und durchgeführt haben, nicht aus. Relevant sind weiterhin die Höhe der Bestrafung, die Angemessenheit disziplinarischer Maßnahmen sowie die Dauer eines vom Beschwerdeführer aufgrund der unmenschlichen Behandlung eingeleiteten Amtshaftungsverfahrens (Große Kammer).
- Die Verwertbarkeit der mittelbar aufgrund der unmenschlichen Behandlung gewonnenen Beweise wird im Rahmen des Art. 6 EMRK geprüft. Allerdings besteht die Möglichkeit, dass auch im Rahmen des Art. 3 EMRK der Ausschluss der Verwertung missbräuchlich erlangter Beweise notwendig werden kann.
- Die Verwertung von Beweismitteln, die infolge einer Art. 3 verletzenden Maßnahme gewonnen wurden, wirft stets schwerwiegende Fragen in Bezug auf die Fairness des Verfahrens auf. Die Ablehnung der Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten verstößt aber nicht per se gegen Art. 6 EMRK. Zulässige, für eine Verwertbarkeit sprechende Kriterien sind das fehlende Beruhen der Verurteilung auf dem missbräuchlich erlangten Beweismittel und die hypothetische Möglichkeit der rechtmäßigen Beweismittelgewinnung. Eine klare Entscheidung zur von der deutschen Rechtsprechung durchgeführten Abwägung der Schwere des Grundrechtsverstößes mit der Schwere des begangenen Verbrechens trifft der EGMR nicht.

I. Sachverhalt

Am 27. September 2002 brachte der Beschwerdeführer den elfjährigen Jungen J. in seine Gewalt und erstickte ihn in seiner Wohnung. Dann forderte er von den Eltern des J. ein Lösegeld in Höhe von einer Million Euro. Am 30. September 2002 holte er das Lösegeld am vereinbarten Treffpunkt ab und wurde am selben Tag festgenommen.

Im Rahmen seiner Vernehmung durch den Polizeibeamten E. wurde dem Beschwerdeführer auf Weisung des Vizepräsidenten der Frankfurter Polizei D. die Zufügung massiver Schmerzen durch eine speziell für diese Zwecke ausgebildete Person angedroht, sofern er den Aufenthaltsort des Kindes nicht preisgebe. Nach den Angaben des Beschwerdeführers drohte ihm der Beamte zudem sexuellen Missbrauch in einer Zelle an; der Beamte habe ihm ferner mit der Hand einen Schlag gegen den Brustkorb versetzt und ihn derart geschüttelt, dass er einmal mit dem Kopf an die Wand gestoßen sei. Die Regierung bestritt die Androhung sexu-

* Aufbereitet von Ulrike Moschtaghi.

¹ *Gäfgen ./ Deutschland*, Urteil der Kammer vom 30. Juni 2008 und Urteil der Großen Kammer vom 1. Juni 2010, 22978/05. Alle Urteile des EGMR sind abrufbar unter: www.echr.coe.int.

ellen Missbrauchs und die Misshandlung. Aus Angst vor den angedrohten Maßnahmen machte der Beschwerdeführer nach etwa zehn Minuten Befragung Angaben, welche den Fund der Leiche des Kindes ermöglichten.

In der Umgebung fand die Polizei Reifenspuren, die vom Fahrzeug des Beschwerdeführers stammten. Sie stellte weiterhin die Schulbücher des J., seinen Rucksack, Kleidung sowie die für den Erpresserbrief verwendete Schreibmaschine sicher. Dem Beamten M. gegenüber gestand der Beschwerdeführer auf Befragung während der Rückfahrt, J. entführt und getötet zu haben. Außerdem wurden ein Großteil des Lösegelds sowie ein Zettel mit Notizen zur Planung des Verbrechens in der Wohnung des Beschwerdeführers aufgefunden. Die Obduktion des Kindes ergab, dass es erstickt worden war.

In einem für die Polizeiakte bestimmten Vermerk vom 1. Oktober 2002 hielt D. fest, dass sich J., sofern er noch am Leben sei, wegen Nahrungsmangels und Kälte in akuter Lebensgefahr befinde. Um das Leben des Kindes zu retten, habe er deshalb angeordnet, dass der Beschwerdeführer von E. unter Androhung von Schmerzen zu vernehmen sei. Laut dem Vermerk diene die Befragung nicht der Förderung des Strafverfahrens, sondern ausschließlich der Rettung des Kindes. Da der Beschwerdeführer, nachdem ihm von E. Schmerzen angedroht worden seien, bereits ein Geständnis abgelegt habe, seien keine Maßnahmen durchgeführt worden.

Der Beschwerdeführer hielt an seinem Geständnis in folgenden polizeilichen und staatsanwaltlichen Vernehmungen und in einer amtsrichterlichen Vernehmung fest.

II. Das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer

Zu Beginn der Hauptverhandlung stellte das Landgericht in einem Beschluss vom 9. April 2003² zwar aufgrund der Androhung, dass dem Beschwerdeführer Schmerzen zugefügt würden, einen **Verstoß gegen Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 3 EMRK** fest, lehnte die vom Beschwerdeführer beantragte Verfahrenseinstellung durch Urteil gemäß § 260 Abs. 3 StPO jedoch mangels Vorliegens eines Verfahrenshindernisses ab. In einem weiteren Beschluss vom 9. April 2003³ stellte das Landgericht fest, dass alle bis dahin durchgeführten Befragungen und Vernehmungen des Beschwerdeführers durch Polizei, Staatsanwaltschaft und Amtsrichterin einem **Verwertungsverbot** unterlägen, da der Verstoß gegen § 136a Abs. 1 StPO **fortwirke**. Zur Beendigung der Fortwirkung des Verstoßes gegen § 136a Abs. 1 StPO hätte es laut der Kammer einer qualifizierten Belehrung bedurft, mithin einer Belehrung, in der der Beschuldigte nicht nur über sein Schweigerecht, sondern auch darüber belehrt wird, dass die Verwertung der missbräuchlich erlangten Beweismittel ausgeschlossen ist. Das Landgericht lehnte jedoch eine **Fernwirkung** des Verstoßes gegen § 136a StPO in der Weise, dass auch die durch die unverwertbare Aussage bekannt gewordenen Ermittlungsergebnisse wie etwa der Leichenfund des Kindes und die Ergebnisse der Obduktion nicht verwertet werden dürften, ab. Zu diesem Ergebnis gelangte die Kammer aufgrund einer Abwägung im Einzelfall, in die sie Überlegungen zur Schwere der aufzuklärenden Tat sowie zur Frage einstellte, ob in besonders grober Weise gegen die Rechtsordnung, namentlich gegen Grundrechtsnormen verstoßen wurde.

Das Landgericht verurteilte den Beschwerdeführer am 28. Juli 2003 unter anderem wegen Mordes in Tateinheit mit erpresserischem Menschenraub mit Todesfolge zu lebenslanger

² LG Frankfurt, Beschluss vom 9. April 2003, in: StV 2003, S. 327-328.

³ LG Frankfurt, Beschluss vom 9. April 2003, in: StV 2003, S. 325-327.

Freiheitsstrafe und stellte die besondere Schwere der Schuld fest.⁴ Es stützte die Verurteilung wegen Mordes maßgeblich auf das Geständnis des Angeklagten, das dieser in der Hauptverhandlung nach Erteilung einer qualifizierten Belehrung abgelegt und in dem er eingeräumt hatte, das Kind getötet und dies bereits von Anfang an geplant zu haben.

Am 21. Mai 2004 verwarf der BGH die Revision des Angeklagten ohne weitere Begründung als unbegründet.⁵

Das Bundesverfassungsgericht nahm die Beschwerde des Beschwerdeführers, in der dieser eine Verletzung von Art. 1 Abs. 1 und Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG rügte, nicht zur Entscheidung an.⁶ Es führte aus, dass Grundrechtsverletzungen außerhalb der Hauptverhandlung nicht zwingend zu dem Schluss führten, dass auch das Strafurteil gegen Verfassungsrecht verstoße. Der Beschwerdeführer habe nicht dargelegt, warum die angegriffenen Vernehmungsmethoden nicht nur ein Beweisverwertungsverbot in Bezug auf die dadurch zustande gekommenen Aussagen, sondern auch ein Hindernis für das gegen ihn geführte Strafverfahren nach sich gezogen haben solle. Hinsichtlich der behaupteten Fernwirkung sei die Beschwerde ebenfalls unzulässig, da der Beschwerdeführer diese Frage vor dem BGH nicht vorgebracht habe.

III. Das Strafverfahren gegen die Polizeibeamten

Am 20. Dezember 2004 sprach das Landgericht den Kriminalbeamten E. der Nötigung schuldig, verwarnte ihn und behielt die Verurteilung zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je 60.- € vor.⁷ Den Vizepräsidenten der Frankfurter Polizei D. sprach es der Verleitung eines Untergebenen zu einer Nötigung schuldig, verwarnte ihn und behielt die Verurteilung zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je 120.- € vor. Das Landgericht führte aus, dass die Vernehmungsmethode **keine gerechtfertigte Notstandshandlung** gewesen sei, da sie gegen die absolut geschützte Menschenwürde, Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 3 EMRK verstoßen habe.

IV. Die Amtshaftungsklage des Beschwerdeführers

Über eine vom Beschwerdeführer erhobene Amtshaftungsklage wurde bislang nicht entschieden.

V. Das Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

Mit Entscheidung vom 10. April 2007 erklärte der Gerichtshof die Beschwerde teilweise für zulässig. In ihrem Urteil vom 30. Juni 2008 entschied die Kammer mit sechs zu einer Stimme, dass weder eine Verletzung von Art. 3 noch von Art. 6 EMRK vorliege. Die Große Kammer entschied am 1. Juni 2010 mit elf zu sechs Stimmen, dass eine Verletzung von Art. 3 EMRK gegeben sei, da der Opferstatus des Beschwerdeführers weiterhin Bestand habe. Eine Verletzung von Art. 6 EMRK lehnte sie mit elf zu sechs Stimmen ab.

⁴ LG Frankfurt, Urteil vom 28. Juli 2003, AZ 5/22 Ks 2/03 - 3490 Js 230118/02, 5-22 Ks 2/03 - 3490 Js 230118/02.

⁵ BGH, Verwerfungsbeschluss vom 21. Mai 2004, AZ 2 StR 35/04.

⁶ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 14. Dezember 2004, AZ 2 BvR 1249/04.

⁷ LG Frankfurt, Urteil vom 20. Dezember 2004, in: NJW 2005, S. 692-696.

1. Verletzung von Artikel 3 EMRK

a) Vorliegen einer unmenschlichen Behandlung

Die Bundesregierung hatte eingeräumt, dass die Befragung des Beschwerdeführers unter Androhung von Gewaltanwendung eine Verletzung von Art. 3 EMRK begründet habe. Als erwiesen sah der EGMR nur die Androhung der Gewaltanwendung, nicht aber die behaupteten körperlichen Misshandlungen des Beschwerdeführers und die Androhung sexuellen Missbrauchs an, wobei Maßstab für die Tatsachenfeststellung eine Überzeugung jenseits vernünftiger Zweifel ("beyond reasonable doubt") war. Sowohl die Kammer als auch die Große Kammer werteten die dem Beschwerdeführer widerfahrene Androhung der Gewaltanwendung nicht als Folter, sondern als **unmenschliche Behandlung**. In diesem Zusammenhang unterstrichen Kammer und Große Kammer die **absolute Geltung von Art. 3 EMRK**, welche unabhängig von dem Verhalten des Opfers, dem Vorliegen einer staatlichen oder individuellen Notlage und dem Zweck der Maßnahme sei, namentlich also unabhängig davon greife, ob die Maßnahme zur Rettung eines Lebens oder zur Förderung strafrechtlicher Ermittlungen ergriffen werde. Es sei davon auszugehen, dass die Drohung bei dem Beschwerdeführer erhebliches seelisches Leid ("considerable mental suffering") verursacht habe, zumal er unter dem Einfluss der Drohung nach zuvor beharrlichem Schweigen gestanden habe, wo sich das Versteck befand. Trotz der Annahme der Verursachung erheblichen seelischen Leids verneinte der Gerichtshof das Vorliegen von Folter, betonte jedoch, dass auch die bloße Drohung mit Gewaltanwendung unter anderen Umständen als Folter zu qualifizieren sein könne (so besonders deutlich die Große Kammer, Nr. 108). Dies steht im Einklang mit Art. 1 der UN-Antifolterkonvention, wonach auch große seelische Schmerzen oder Leiden unter die Folterdefinition fallen können. Beide Instanzen sahen die Schwelle zur Folter in Anbetracht der relativ kurzen Dauer der Befragung von zehn Minuten, der mangelnden Umsetzung der Drohungen und fehlender ernsthafter Langzeitfolgen für den Beschwerdeführer noch nicht als erreicht an. Die Kammer berücksichtigte zudem die angespannte Atmosphäre, welche als Folge der Erschöpfung und des hohen Drucks, unter dem die Polizeibeamten gestanden hätten, geherrscht habe. Die Berücksichtigung der Situation der Polizeibeamten ist insofern fragwürdig, als sie die Möglichkeit eröffnet, den Zweck der Maßnahme, nämlich die Rettung eines Menschenlebens, bei der Einordnung einer Behandlung als Folter oder unmenschliche Behandlung in die Bewertung einfließen zu lassen – ein Ergebnis, welches der Argumentation des Gerichtshofs, der bei der Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 3 EMRK wegen dessen absoluter Natur den Zweck der Maßnahme ausdrücklich gerade nicht als Kriterium heranziehen will, zuwiderläuft.

b) Opfereigenschaft des Beschwerdeführers gemäß Art. 34 EMRK

Gemäß Art. 34 EMRK muss der Beschwerdeführer behaupten, Opfer einer Konventionsverletzung zu sein. Der Opferstatus kann jedoch nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nachträglich entfallen, sofern die nationalen Behörden die Konventionsverletzung anerkannt haben und in geeigneter Weise ausreichende Wiedergutmachung ("sufficient redress") geleistet haben.⁸ **Kammer und Große Kammer bejahten, dass die erste Voraussetzung (die Anerkennung der Konventionsverletzung) vorliegt. Jedoch hielt nur die Kammer eine angemessene Wiedergutmachung für gegeben.** Die unterschiedliche Beurteilung der Opfereigenschaft durch Kammer und Große Kammer beruht hauptsächlich auf der unterschiedlichen Bewertung der relativ milden Bestrafung der Polizeibeamten, welche nach Ansicht der Großen Kammer zur Wiedergutmachung nicht ausreichte. Ebenso eine Rolle spielten die

⁸ Vgl. statt vieler *Eckle ./ . Deutschland*, Urteil der Kammer vom 15. Juli 1982, 8130/78, Nr. 66; *Beck ./ . Norwegen*, Urteil der Kammer vom 26. Juni 2001, 26390/95, Nr. 27.

nach Ansicht der Großen Kammer unzureichenden disziplinarischen Maßnahmen sowie die Dauer des Amtshaftungsverfahrens.

aa) Anerkennung der Konventionsverletzung durch nationale Behörden

Der Gerichtshof bejahte, dass eine Anerkennung der Konventionsverletzung durch die innerstaatlichen Behörden vorliege. Beide Kammern verwiesen dabei auf das Urteil des Landgerichts Frankfurt vom 9. April 2003, in dem dieses festgestellt hatte, dass die Drohung sowohl gegen § 136a StPO als auch gegen Art. 3 EMRK verstoßen habe. Auch das Bundesverfassungsgericht habe einen Verstoß gegen Art. 1, 104 Abs. 1 S. 2 GG festgestellt. Im Übrigen habe das Landgericht Frankfurt in seinem Urteil gegen die Polizeibeamten D. und E. vom 20. Dezember 2004 eindeutig festgestellt, dass die Drohung nicht wegen Notstands gerechtfertigt gewesen sei, sondern gegen die absoluten Rechte aus Art. 1 GG und Art. 3 EMRK verstoßen habe.

bb) ausreichende Wiedergutmachung

Die Kammer hielt auch die Wiedergutmachung der Konventionsverletzung für gegeben. Als entscheidende Elemente hierfür erachtete sie die Verurteilung der Polizeibeamten und den Ausschluss der Verwertung der vorgerichtlichen Geständnisse des Beschwerdeführers. **Laut der Kammer ist im Fall der Androhung einer Misshandlung für die Wiedergutmachung im Wesentlichen die wirksame Strafverfolgung und Verurteilung der verantwortlichen Polizeibeamten erforderlich.** Diese habe hier stattgefunden; daran ändere auch die verhältnismäßig milde Strafe nichts. Zudem seien die Polizeibeamten in ihren neuen Posten nicht mehr unmittelbar an der Ermittlung von Straftaten beteiligt.

Weiterhin stellte die Kammer fest, dass der Verstoß gegen Art. 3 EMRK zu Sanktionen geführt habe. So habe das LG beschlossen, dass sämtliche Geständnisse und Aussagen, die der Beschwerdeführer während des Ermittlungsverfahrens gemacht habe, nicht als Beweismittel verwendet werden dürften. Der Ausschluss von Aussagen, die unter Bedrohung oder aufgrund bereits zuvor abgepresster belastender Aussagen gemacht worden seien, sei eine wirksame Maßnahme, um Nachteile, die der Beschwerdeführer deswegen in dem gegen ihn gerichteten Strafverfahren erlitten habe, auszugleichen. **Inwieweit die Kammer den Ausschluss der Beweisverwertung neben der Verurteilung der verantwortlichen Beamten zur Wiedergutmachung für notwendig hielt, geht aus dem Urteil nicht völlig eindeutig hervor,** da die Kammer einerseits als wesentliche Maßnahme nur die Verurteilung der Beamten nennt (Nr. 80), den Ausschluss der Beweismittel nur bemerkt ("notes") und ihn als wirksame (nicht aber als notwendige) Maßnahme ("effective method of redressing disadvantages") anerkennt (Nr. 79), den Ausschluss der Beweismittel andererseits aber kumulativ neben der Verurteilung der Beamten aufzählt ("in the first place" – "furthermore", Nr. 78f.).

Eine **finanzielle Entschädigung** hielt die Kammer – anders als im Fall tatsächlich stattgefundener Gewaltanwendung – nicht für entscheidend, so dass der noch ausstehende Abschluss des Amtshaftungsverfahrens die Aufhebung des Opferstatus nach ihrer Argumentation nicht verhinderte.

Im Unterschied zur Kammer war die Große Kammer der Ansicht, dass dem Beschwerdeführer keine ausreichende Abhilfe gegen die Konventionsverletzung gewährt worden sei. **Die Wiedergutmachung scheiterte laut der Großen Kammer an der im Vergleich zu der verübten Konventionsverletzung unverhältnismäßig milden Bestrafung der Polizeibeamten, der Unangemessenheit der disziplinarischen Maßnahmen sowie an der fehlenden effektiven Möglichkeit einer finanziellen Wiedergutmachung.** Die Große Kammer verwies auf ihre Rechtsprechung, nach der das Ausmaß der Verurteilung sowie die Ergreifung diszipli-

narischer Maßnahmen entscheidend sein könnten, um einen abschreckenden Effekt gegen den Rückgriff auf Art. 3 EMRK verletzende Behandlungen zu gewährleisten. Es sei zwar grundsätzlich nicht Aufgabe des Gerichtshofs, über den Grad an individueller Schuld oder die Angemessenheit einer Strafe zu urteilen. Jedoch sei ein Eingreifen in Fällen offensichtlicher Unverhältnismäßigkeit zwischen der Schwere des Verstoßes und der verhängten Strafe geboten, um die Konventionsrechte wirksam zu schützen. Danach könnten die vorbehaltene Verurteilung zu Geldstrafen von 60 beziehungsweise 90 Tagessätzen zu je 60.- € beziehungsweise 120.- € nicht als angemessene Bestrafung angesehen werden. Sie hätten keinen hinreichend abschreckenden Effekt, um den Rückgriff auf gegen Art. 3 EMRK verstößende Behandlungen in Zukunft zu verhindern. Die Große Kammer äußerte auch erhebliche Zweifel, ob die Beförderung des Verantwortlichen eine angemessene disziplinarische Reaktion auf einen von diesem verübten Verstoß gegen Art. 3 EMRK sein könne. Im Übrigen sei auch die Dauer der Amtshaftungsklage, über die die innerstaatlichen Gerichte auch nach drei Jahren noch nicht entschieden hätten, ein Zeichen dafür, dass die innerstaatlichen Gerichte nicht angemessen und wirksam auf die Konventionsverletzung reagierten.

Die Frage, ob die Wiedergutmachung eines Verstoßes gegen Art. 3 EMRK als zusätzliche Maßnahme den Ausschluss aufgrund des Verstoßes erlangter Beweismittel erfordern könne, konnte die Große Kammer ausdrücklich offen lassen, da sie eine Wiedergutmachung durch die deutschen Behörden bereits aufgrund der Unangemessenheit der verhängten Strafe und der disziplinarischen Maßnahmen sowie der Dauer der Amtshaftungsklage ausgeschlossen hatte. Allerdings begründeten drei Richter in einem Sondervotum die fortwährende Opfereigenschaft damit, dass nur der Ausschluss aller Beweismittel eine Wiedergutmachung hätte herbeiführen können.

2. Verstoß gegen Art. 6 EMRK

Die Frage, ob die Verwertung weiterer Beweismittel im Hauptverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen, prüften Kammer und Große Kammer nicht im Rahmen von Art. 3 EMRK, sondern im Rahmen der Prüfung eines Verstoßes gegen das Gebot des fairen Verfahrens aus Art. 6 EMRK. Dabei prüften sie entsprechend ihrer ständigen Rechtsprechung das Vorliegen einer Verletzung der Verteidigungsrechte und des Grundsatzes der Selbstbelastungsfreiheit aus Art. 6 Abs. 3 EMRK als Teilaspekte des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK. Sowohl die Kammer als auch die Große Kammer verneinten einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK durch die deutschen Behörden.

Bereits zuvor hatte der EGMR entschieden, dass die Verwertung eines *unmittelbar* durch eine Verletzung von Art. 3 EMRK erlangten *Geständnisses* einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK begründe, und zwar unabhängig davon, ob Folter, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung vorliege und ob die Verwertung Einfluss auf die Verurteilung gehabt habe.⁹ Für *andere Beweismittel* gelte dies zumindest dann, wenn sie durch die Anwendung von Folter gewonnen worden seien.¹⁰ Die Frage, ob die Verwertung *mittelbar aus einer Folter resultierender Beweismittel* einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK darstellt, hat der EGMR bislang nicht entschieden. Der Fall *Gäfgen* betraf nunmehr die Frage der **Verwertung mittelbar aus unmenschlicher Behandlung resultierender Beweismittel. Entscheidendes Kriterium für Kammer und Große Kammer war dabei, ob die Verurteilung auf dem fraglichen Beweismittel beruhte.** Zusammenfassend stellten beide Kammern maßgeblich darauf ab, dass die vorgerichtlichen

⁹ *Gäfgen ./ . Deutschland*, Urteil der Große Kammer, Nr. 166 m.w.N.

¹⁰ *Jalloh ./ . Deutschland*, Urteil der Großen Kammer vom 11. Juli 2006, 54810/00, Nr. 105; *Gäfgen ./ . Deutschland*, Urteil der Großen Kammer, Nr. 167. Die Frage der Vereinbarkeit der Verwertung anderer Beweismittel, welche nicht durch Folter, sondern durch unmenschliche Behandlung erlangt wurden, mit Art. 6 EMRK hat der Gerichtshof in *Jalloh ./ . Deutschland* offen gelassen (Nr. 106f.).

Äußerungen des Beschwerdeführers nicht als Beweise verwertet worden seien, wesentliches Beweismittel das gerichtliche Geständnis gewesen sei – wobei sie auf die Bedeutung der qualifizierten Belehrung hinwiesen – und andere Beweismittel nur in zweiter Linie und zur Überprüfung der Plausibilität des Geständnisses herangezogen worden seien.

a) Entscheidung der Kammer

Der Gerichtshof wiederholte, dass das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit aus Art. 6 EMRK voraussetze, dass die Schuld des Angeklagten ohne die Verwertung von Beweismitteln nachgewiesen werden müsse, welche durch Zwang oder Druck gegen den Willen des Angeklagten erlangt worden seien. Im Übrigen garantiere Art. 6 EMRK zwar ein faires Verfahren, enthalte aber keine Vorschriften über die Zulässigkeit von Beweismitteln, welche sich vorrangig nach innerstaatlichem Recht richte. Allerdings werfe die Verwertung von Beweismitteln, die infolge einer Art. 3 EMRK verletzenden Maßnahme gewonnen wurden, stets schwerwiegende Fragen in Bezug auf die Fairness des Verfahrens auf.

Die Kammer verwies darauf, dass das Landgericht entschieden habe, dass nicht nur das aufgrund der unmenschlichen Behandlung zustande gekommene Geständnis, sondern auch alle weiteren bis zur Erteilung einer qualifizierten Belehrung abgelegten Geständnisse nicht verwertet werden dürften. Dieses **Erfordernis der qualifizierten Belehrung** diene zum einen der Verurteilung des Einsatzes gegen Art. 3 EMRK verstoßender Methoden und zum anderen der Vorbeugung gegen den künftigen Einsatz solcher Methoden.

Jene Beweismittel, die den Ermittlungsbehörden aufgrund der erzwungenen Aussagen bekannt geworden seien und die in der Hauptverhandlung zur Überprüfung des Wahrheitsgehalts des vom Beschwerdeführer in der Hauptverhandlung abgelegten Geständnisses verwertet worden seien, seien im Unterschied zum Fall *Jalloh ./ Deutschland* nicht unmittelbar infolge einer Misshandlung erlangt worden. Die Verwertung mache daher das Verfahren nicht automatisch unfair. Jedoch besteht nach der Auffassung der Kammer die **starke Vermutung („strong presumption“), dass die Verwertung von Beweismitteln, die indirekt aufgrund eines unter Verstoß gegen Art. 3 EMRK erlangten Geständnisses das Verfahren in derselben Weise unfair mache wie die Verwertung des Geständnisses selbst.** Der Gerichtshof müsse daher über die Fairness des Verfahrens im Lichte aller Umstände der Rechtssache entscheiden. Hierbei müsse er insbesondere die durch makellose Beweismittel erwiesenen Umstände, das Gewicht der beanstandeten Beweismittel sowie die Frage berücksichtigen, ob die Verteidigungsrechte des Beschwerdeführers gewahrt wurden, ob er also die Möglichkeit hatte, die Verwertung der Beweismittel in dem Verfahren gegen ihn anzufechten.

Das Landgericht habe die Schuld des Angeklagten im Wesentlichen auf der Grundlage des neuen und umfassenden Geständnisses, das dieser in der Hauptverhandlung nach qualifizierter Belehrung abgelegt hatte, als erwiesen angesehen. Weitere Beweisstücke seien vom Landgericht nur zur Überprüfung der Richtigkeit des Geständnisses verwertet worden. **Wesentliche Grundlage für das Urteil sei daher das Geständnis des Beschwerdeführers in der Hauptverhandlung gewesen.** Aus dem Urteil geht deutlich hervor, dass der EGMR die qualifizierte Belehrung als notwendige Grundlage für die Verwendung auf die fehlerhafte Vernehmung folgender Geständnisse erachtet.

Da der Beschwerdeführer in dem innerstaatlichen Verfahren stets bekräftigt habe, dass er aus freien Stücken gestanden habe, anwaltlich vertreten gewesen sei und ohne sein Geständnis nur ein weniger schweres Delikt als Mord hätte bewiesen werden können, war der Gerichtshof auch nicht überzeugt, dass dem Beschwerdeführer die **Verteidigungsmöglichkeit des Schweigens** nicht offen gestanden hätte.

Eine Missachtung der Verteidigungsrechte des Angeklagten scheidet auch aus, weil der Beschwerdeführer **hinreichende Möglichkeiten gehabt habe, die beanstandeten Beweismittel anzufechten**. Dabei hielt es der Gerichtshof für ausreichend, dass das Landgericht – ob schon es letztlich nicht alle Beweismittel für unverwertbar hielt – in einer ausführlich begründeten Entscheidung unter Abwägung aller betroffenen Interessen seinen Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Verwertbarkeit genutzt habe.

b) Entscheidung der Großen Kammer

Auch die Große Kammer betonte, dass die Verwertung von Beweisen, die durch eine gegen Art. 3 verstoßende Behandlung gewonnen worden seien, stets ernsthafte Fragen hinsichtlich der Fairness des Verfahrens aufwürfen, selbst wenn die Zulassung solcher Beweismittel nicht entscheidend für die Verurteilung sei. Sie verwies darauf, dass auf die Frage nach der Zulässigkeit der Verwertung solcher Beweismittel, die mittelbar durch eine unmenschliche Behandlung erlangt worden seien, in den Vertragsstaaten und den die Einhaltung der Menschenrechte überwachenden Institutionen keine einheitliche Antwort gegeben werde.

Zum einen könne das **hypothetische Element**, also die Frage, ob diese Beweismittel auch ohne die Konventionsverletzung gefunden worden wären, Bedeutung im Rahmen der Verwertbarkeit erlangen.

Auch wies die Große Kammer auf die **verschiedenen betroffenen Rechte und Interessen** hin, nämlich auf der einen Seite das Interesse an einer effektiven Strafverfolgung, wobei vorliegend zusätzlich die Besonderheit bestanden habe, dass der Verstoß gegen Art. 3 EMRK nicht zur Beförderung des Strafverfahrens, sondern zur Rettung des Kindes begangen worden sei, und auf der anderen Seite das Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren und das Interesse an der Wahrung rechtsstaatlicher Prinzipien. Im Gegensatz zu Art. 3 EMRK sei das Recht auf ein faires Verfahren kein absolutes Recht. Um Beamte von der Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden abzuhalten, **könne es zur Wahrung der Rechte nach Art. 3 EMRK dennoch erforderlich sein, indirekt durch einen Verstoß erlangte Beweismittel für unverwertbar zu erklären. Die Fairness des Verfahrens sowie der wirksame Schutz der Rechte nach Art. 3 EMRK erfordere dies jedoch nur, wenn der Verstoß gegen Art. 3 eine Auswirkung auf die Verurteilung des Angeklagten habe**. Eine solche Auswirkung verneinte die Große Kammer in diesem Einzelfall mit folgender Begründung: Das Landgericht habe seine **Verurteilung ausschließlich auf das gerichtliche Geständnis des Beschwerdeführers gestützt**, während es die anderen Beweismittel nur zur Prüfung des Wahrheitsgehalts des Geständnisses herangezogen habe. Da die fraglichen Beweismittel nicht zur Entscheidung über die Schuld- und Straffrage verwertet worden seien, könne insofern von einer **Unterbrechung der Kausalkette** zwischen der Anwendung der verbotenen Vernehmungsmethoden und der Verurteilung gesprochen werden. Auch habe **der Verstoß gegen Art. 3 EMRK auf das gerichtliche Geständnis des Beschwerdeführers keinen Einfluss** gehabt. Denn dieser sei vor der Ablegung des gerichtlichen Geständnisses qualifiziert belehrt worden – also sowohl über sein Recht zu schweigen als auch über die Unverwertbarkeit des vorgerichtlich erlangten Geständnisses. Im Übrigen habe der Beschwerdeführer selbst geäußert, er lege das Geständnis ab, um seiner Reue über die Tat Ausdruck zu verleihen.

Die indirekt durch die Konventionsverletzung erlangten Beweise zeigten zwar, dass das Opfer erstickt worden sei, nicht jedoch, dass der Beschwerdeführer dies geplant hatte und welches seine Motive waren. Dies habe sich erst aus dem Geständnis des Beschwerdeführers ergeben. Die Große Kammer war daher nicht überzeugt, dass der Beschwerdeführer nicht hätte schweigen können und keine **andere Verteidigungsmöglichkeit als die Ablegung eines Geständnisses** hatte.

Da der Beschwerdeführer die Möglichkeit gehabt habe, die Verwertung der Beweismittel anzugreifen, sei auch das Recht auf **wirksame Verteidigung** nicht verletzt. Das Recht auf **Selbstbelastungsfreiheit** sei gewahrt, da die fraglichen Beweismittel nicht notwendig zur Überführung des Beschwerdeführers gewesen seien. Aus diesen Aspekten ergebe sich daher ebenfalls kein Verstoß gegen das Gebot eines fairen Verfahrens.

3. Entschädigung

Die Große Kammer sprach dem Beschwerdeführer 1.723,40 € für Kosten und Auslagen für das Verfahren vor dem Gerichtshof zu. Eine weitergehende finanzielle Entschädigung hatte der Beschwerdeführer nicht gefordert.

Trotz der Anerkennung einer Verletzung von Art. 3 EMRK durch die Große Kammer hat der Beschwerdeführer sein erklärtes Ziel, die **Wiederaufnahme des Verfahrens** vor innerstaatlichen Gerichten zu bewirken, **nicht erreicht**. Denn die Große Kammer erklärte ausdrücklich, dass ihr Urteil mangels Feststellung einer Verletzung des Rechts aus Art. 6 EMRK für eine Wiederaufnahme des Verfahrens keine Grundlage biete.

VI. Ergebnis und Anmerkungen

Der Gerichtshof stellte im Fall *Gäfgen* in Fortsetzung seiner ständigen Rechtsprechung fest, dass Art. 3 EMRK ein **absolutes Recht** verbürge, und bezog somit eine klare Position zu der Debatte nach der Zulässigkeit der so genannten Rettungsfolter, welche der Fall nach sich gezogen hatte.

Aus der absoluten Natur von Art. 3 EMRK ergibt sich laut dem Gerichtshof nicht automatisch die Unverwertbarkeit jeglicher mittelbar durch eine gegen Art. 3 EMRK verstoßende Behandlung erlangter Beweismittel. Diese Frage beurteilt der Gerichtshof vielmehr im Zusammenhang mit Art. 6 EMRK, welcher im Gegensatz zu Art. 3 EMRK gerade kein absolutes Recht enthält. Auf diese Weise hat er sich die Möglichkeit einer flexibleren Bewertung und Abwägung offen gelassen. Allerdings hat die Kammer zumindest die Nichtverwertung der unmittelbar unter Verstoß gegen Art. 3 EMRK erlangten Beweise als ein Argument für den Wegfall der Opfereigenschaft unter Art. 3 EMRK angesehen. Auch hat die Große Kammer die Möglichkeit angesprochen, dass die Wiedergutmachung eines Verstoßes gegen Art. 3 EMRK unter Umständen auch den Ausschluss aufgrund des Verstoßes erlangter Beweismittel erfordern könne (Nr. 128). In diesem Sinne begründeten auch drei Richter in einem Sondervotum zum Urteil der Großen Kammer die fortdauernde Opfereigenschaft damit, dass nur der Ausschluss der Beweisverwertung eine Wiedergutmachung hätte herbeiführen können. Daher besteht die Möglichkeit, dass in kommenden Fällen die Frage der Beweisverwertung auch im Rahmen von Art. 3 EMRK Bedeutung erlangen kann.

Da der Gerichtshof in dem Fall *Gäfgen* nunmehr entschieden hat, dass die Verwendung von Beweismitteln, welche mittelbar durch unmenschliche Behandlung erlangt wurden, nicht zwangsläufig einen Verstoß gegen das faire Verfahren darstellen muss, ist der Ansatz der deutschen Rechtsprechung, dass im Falle des Vorliegens eines Beweisverwertungsverbots eine Fernwirkung dieses Verbots grundsätzlich nicht gegeben ist,¹¹ nicht per se unvereinbar mit der EMRK. Die zum Teil von der deutschen Rechtsprechung gegebene Begründung der Möglichkeit einer hypothetisch rechtmäßigen Beweisgewinnung¹² hat der EGMR als konven-

¹¹ Hierzu vgl. statt vieler BGH, in: NJW 2006, S. 1361-1363 (S. 1363).

¹² OLG Hamm, in: StV 2007, S. 69-70 (S. 70); BGH, in: StV 1999, S. 185-189 (S. 187).

tionskonform anerkannt, ebenso das Kriterium des fehlenden Beruhens der Verurteilung auf dem fraglichen Beweismittel. **Keine eindeutige Position hat er allerdings zur Zulässigkeit einer Interessenabwägung zwischen dem Interesse an wirksamer Strafverfolgung und dem Interesse der Wahrung der Rechte des Beschuldigten bezogen**, welche deutsche Gerichte überwiegend bei der Frage der Fernwirkung vornehmen. Diese ermöglicht es der Rechtsprechung, dem Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung im Einzelfall den Vorrang einzuräumen und so eine Verwertbarkeit von Beweismitteln zu bejahen, auch wenn diese kausal für die Verurteilung waren oder auf rechtmäßige Weise nicht gefunden worden wären. Zwar hat die Große Kammer auf die unterschiedlichen beteiligten Interessen hingewiesen ("The Court is further aware of the different competing rights and interests at stake. [...]"), jedoch eine Abwägung im Rahmen von Art. 6 EMRK weder selbst vorgenommen noch ausdrücklich als mögliches Kriterium anerkannt. Explizit gegen die Zulässigkeit einer Abwägung haben sich eine Richterin in ihrer abweichenden Meinung zum Kammerurteil sowie fünf Richter in ihren abweichenden Meinungen zum Urteil der Großen Kammer ausgesprochen. Ihrer Ansicht nach könne ein Verfahren, das – egal in welchem Umfang – auf Beweisen fuße, welche durch einen Verstoß gegen das absolute Recht des Art. 3 EMRK erlangt worden seien, kein faires Verfahren sein. Angesichts der Argumentation der Kammer, welche bei der Verwertung durch eine Verletzung von Art. 3 EMRK gewonnener Beweise von einer „starken Vermutung“ zugunsten der Unverwertbarkeit ausgeht, und der wesentlichen Berücksichtigung der Unterbrechung der Kausalkette durch den Gerichtshof scheint die Konventionskonformität einer Abwägung zugunsten der wirksamen Strafverfolgung im Fall des Beruhens der Verurteilung auf dem Beweismittel zumindest zweifelhaft.

Es ist zu bedauern, dass der Gerichtshof Art. 15 der UN-Antifolterkonvention nicht ausdrücklich in seine Überlegungen einbezogen hat. Gemäß dieser Vorschrift sind Beweise, die auf der Anwendung von Folter beruhen, unverwertbar, wobei Folter in diesem Zusammenhang teilweise als grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung umfassend ausgelegt wird.¹³ Der Ausschuss hat Art. 15 der UN-Antifolterkonvention mehrfach als die Verwertung direkt und indirekt durch Folter erlangter Beweismittel ausschließend ausgelegt.¹⁴

¹³ *Manfred Nowak/Elizabeth McArthur*, The United Nations Convention Against Torture, 2008, Art. 15 Nr. 86.

¹⁴ Jahresbericht des UN-Antifolterausschusses vom 9. Juli 1996, UN-Dok. A/51/44, Nr. 137 (Empfehlung an Finnland, im Strafprozessrecht eine Bestimmung aufzunehmen, welche Beweismittel aus dem Strafverfahren ausschließt, welche direkt oder indirekt auf der Anwendung von Folter beruhen); Abschließende Bemerkungen des UN-Antifolterausschusses zu Deutschland vom 11. Mai 1998, UN-Dok. A/53/44, Nr. 193 (Empfehlung an Deutschland, alle unmittelbar und mittelbar durch Folter gewonnenen Beweise gesetzlich für unverwertbar zu erklären).

Das Individualbeschwerdeverfahren gemäß Art. 22 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe

Maral Kashgar

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Das Verfahren
- III. Zulässigkeitsvoraussetzungen der Individualbeschwerde gemäß Art. 22
- III. Fazit

I. Einleitung

Der erste Teil dieses zweiteiligen Beitrags¹ befasst sich mit dem Individualbeschwerdeverfahren gemäß Art. 22 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984² (Übereinkommen) und beleuchtet die Arbeitsweise des Ausschusses gegen Folter³ im Rahmen dieses Verfahrens sowie die Zulässigkeit einer Individualbeschwerde.

¹ Der zweite Teil des Beitrags wird sich mit dem materiell-rechtlichen Inhalt der Individualbeschwerden, mit denen sich der Ausschuss seit seiner 17. Sitzung im Jahr 1997 befasst hat, auseinandersetzen. Dieser Beitrag wird voraussichtlich in 1/2011 MRM erscheinen.

² Convention against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment. Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984, UNTS Bd. 1465, S. 85; BGBl. 1990 II, S. 247. Alle nachfolgenden Artikel ohne nähere Bezeichnung sind solche des Übereinkommens.

³ Der Ausschuss gegen Folter (Committee against Torture) ist das Kontrollorgan des Übereinkommens und setzt sich aus 10 unabhängigen Sachverständigen zusammen, Art. 17, 18.

1. Sinn und Zweck des Individualbeschwerdeverfahrens

Das Übereinkommen trat am 26. Juni 1987 in Kraft und setzte damit die Deklaration der Generalversammlung vom 9. Dezember 1975 über den Schutz aller Personen vor Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung⁴ um.⁵

Das Übereinkommen soll nach seinem Sinn und Zweck dem „Kampf gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe in der ganzen Welt größere Wirksamkeit verleihen“.⁶ Zu diesem Zwecke enthält das Übereinkommen auch das sog. Individualbeschwerdeverfahren gemäß Art. 22. Nach Art. 22 Abs. 1 können die Vertragsstaaten erklären, dass sie die

„Zuständigkeit des Ausschusses zur Entgegennahme und Prüfung von Mitteilungen einzelner Personen oder im Namen einzelner Personen [anerkennen], die der Hoheitsgewalt des betreffenden Staates unterstehen und die geltend machen, Opfer einer Verletzung dieses Übereinkommens durch einen Vertragsstaat zu sein.“

Das Individualbeschwerdeverfahren hat damit das Ziel, Opfern von Folter die Mög-

⁴ Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UN-Dok. A/Res. 3452 (XXX) vom 9. Dezember 1975.

⁵ Norman Weiß, Einführung in den Individualrechtsschutz nach der Anti-Folter-Konvention der Vereinten Nationen, in: MRM 1997, S. 6-11 (S. 10).

⁶ Präambel, Abs. 6.

lichkeit zu geben, auf internationaler Ebene die Verletzung ihres Rechts auf Freiheit von Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe zu rügen, wenn die nationalen Rechtsmittel ineffektiv sind oder keine Abhilfe schaffen beziehungsweise versprechen.⁷

2. Stand der Ratifikationen und Erklärungen gemäß Art. 22

Es haben mittlerweile 147 Staaten das Übereinkommen ratifiziert.⁸ Von diesen 147 Staaten haben wiederum 64 die erforderliche Erklärung gemäß Art. 22 Abs. 1 abgegeben, wonach sie die Zuständigkeit des Ausschusses anerkennen, Beschwerden von Individuen gegen sie entgegenzunehmen und zu prüfen.⁹ Am 19. Oktober 2001 gab auch die Bundesrepublik Deutschland die Erklärung nach Art. 22 Abs. 1 ab. Seitdem wurde lediglich eine Beschwerde gegen die Bundesrepublik eingereicht.

3. Zahlen zu den Individualbeschwerden

Seit der Aufnahme seiner Arbeit wurden dem Ausschuss insgesamt 421 Individualbeschwerden vorgelegt, wobei er über 324 dieser Beschwerden entschied und 97 noch anhängig sind. 60 dieser Beschwerden waren unzulässig und 100 wurden eingestellt, so dass von den 421 vorgelegten Beschwerden 164 – ca. 39% aller eingereichten Individualbeschwerden – einer Begründetheitsprüfung unterzogen wurden. In 49 dieser 164 Fälle stellte der Ausschuss eine Verletzung der Vorschriften des Übereinkommens fest, wobei die restlichen 115

Fälle als unbegründet abgewiesen wurden.¹⁰

Damit lagen in den 421 Beschwerden, die seit der Aufnahme seiner Arbeit an den Ausschuss herangetragen wurden, in weniger als 12 % der Fälle Verletzungen der Vorschriften des Übereinkommens vor.

Dabei ist auffällig, dass die meisten Beschwerden gegen Staaten wie die Schweiz (104 Beschwerden), Schweden (103 Beschwerden), Kanada (69 Beschwerden) oder Australien (26 Beschwerden) eingereicht wurden.¹¹ Diese sind nicht unbedingt diejenigen Staaten, von denen man Verstöße gegen das Übereinkommen gegen Folter erwarten würde. Die hohe Zahl der Beschwerden gegen die genannten Länder mag aber darin begründet liegen, dass zum einen in diesen Ländern Informationen über das Individualbeschwerdeverfahren vor dem Ausschuss und Rechtsauskunft beziehungsweise Rechtsschutz leichter zugänglich sind als in anderen Staaten. Zum anderen richten sich die Beschwerden in einer überwiegenden Zahl gegen Verletzungen des Art. 3 Abs. 1, des sogenannten Non-refoulement-Grundsatzes, wonach die Ausweisung von Personen – meist Asylsuchenden – in oder an ein Land, in welchem diese Personen Gefahr liefen, gefoltert zu werden, verboten ist.

II. Das Verfahren

1. Ablauf und Organisation

Gemäß Art. 22 Abs. 1 hat jede natürliche Person das Recht, eine Beschwerde gegen

⁷ *Manfred Nowak/Elizabeth McArthur*, The United Nations Convention Against Torture. A Commentary, 2008, Art. 22 Rn. 1.

⁸ Stand der Ratifikationen abrufbar unter: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en (18. August 2010).

⁹ Stand der abgegebenen Erklärungen nach Art. 22 Abs. 1 abrufbar unter: www2.ohchr.org/english/bodies/cat/index.htm (18. August 2010).

¹⁰ Stand vom 25. Mai 2010. Statistik abrufbar unter: www2.ohchr.org/english/bodies/cat/procedure.htm (18. August 2010).

¹¹ Allerdings wurden gegen Serbien (damals noch Serbien-Montenegro) die meisten Konventionsverletzungen im Verhältnis zu den eingereichten Beschwerden festgestellt, dicht gefolgt von Tunesien. Gegen Serbien wurden insgesamt 8 Beschwerden eingereicht, wovon 7 begründet waren und eine noch anhängig ist. Gegen Tunesien wurden ebenfalls 8 Beschwerden eingereicht, wobei 6 begründet waren, eine unzulässig war und eine weitere eingestellt wurde.

einen Vertragsstaat, der die Erklärung nach Art. 22 Abs. 1 abgegeben hat und unter dessen Jurisdiktion sie steht, eine Beschwerde einzureichen, in der sie geltend macht, Opfer einer Verletzung des Übereinkommens durch diesen Staat zu sein.

Beschwerden sollen nach Möglichkeit beim „Petitions Team“ des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Menschenrechte in Genf eingereicht werden.¹² Gemäß Art. 98 Abs. 1 der Verfahrensordnung¹³ (VerfO) des Ausschusses können Beschwerden vom Generalsekretär der vereinten Nationen, auf Beschluss des Ausschusses oder vom Berichterstatter für neue Beschwerden und vorläufige Maßnahmen registriert werden. Dabei werden nur solche Beschwerden registriert, die sich gegen Staaten richten, die die Erklärung nach Art. 22 Abs. 1 abgegeben haben (Art. 98 Abs. 2 lit. a VerfO), die nicht anonym sind (Art. 98 Abs. 2 lit. b VerfO), schriftlich und vom Opfer selbst oder von seinen nahen Familienangehörigen in seinem Namen oder von einem Vertreter mit entsprechender schriftlicher Ermächtigung (Art. 98 Abs. 2 lit. c VerfO) eingereicht werden.

Gemäß Art. 99 VerfO ist entweder der Generalsekretär der Vereinten Nationen oder der Berichterstatter für neue Beschwerden und vorläufige Maßnahmen dafür zuständig, die für die Zulässigkeitsprüfung gemäß Art. 22 erforderlichen Informationen einzuholen und an den Ausschuss weiterzuleiten.

Nachdem eine Beschwerde registriert und die erforderlichen Anfangsinformationen vom Beschwerdeführer eingeholt wurden, wird die Beschwerde an den beklagten Staat weitergeleitet, der dann gemäß Art. 22 Abs. 3 und Art. 109 Abs. 1 VerfO innerhalb von sechs Monaten sowohl zu Fragen

der Zulässigkeit sowie der Begründetheit der Beschwerde Stellung nehmen soll. Der Beschwerdeführer kann in dieser Zeit ebenfalls weitere Stellungnahmen zur Beschwerde abgeben.

Über die Zulässigkeit einer Beschwerde¹⁴ entscheidet grundsätzlich eine vom Ausschuss nach Art. 106 Abs. 1 VerfO einzurichtende Arbeitsgruppe, die sich aus mindestens drei und höchstens fünf der Ausschussmitglieder zusammensetzt, Art. 106 Abs. 2 VerfO. Die Arbeitsgruppe entscheidet mit einfacher Mehrheit für die Zulässigkeit einer Beschwerde und einstimmig dagegen (Art. 105 Abs. 2 VerfO). Sie kann des Weiteren Empfehlungen bezüglich der Begründetheit einer Beschwerde an den Ausschuss abgeben (Art. 106 Abs. 1 VerfO). Sie tritt entweder kurz vor der Tagung des Ausschusses oder zu jedem anderen vom Ausschuss in Absprache mit dem Generalsekretär zu beschließenden geeigneten Zeitpunkt zusammen. Die Einrichtung der Arbeitsgruppe dient dazu, den Ausschuss zu entlasten, so dass er sich während seiner Tagungen inhaltlich mit den zahlreichen Beschwerden auseinandersetzen und seinen anderen Aufgaben widmen kann.

Ist die Beschwerde unzulässig, so richtet sich das weitere Verfahren im Rahmen der inhaltlichen Prüfung der Beschwerde nach Art. 111 VerfO, sofern die Parteien nicht schon die erforderlichen Informationen zur Begründetheit der Beschwerde gemäß Art. 109 VerfO eingereicht haben. In diesem Fall richtet sich das Verfahren nach Art. 112 VerfO.

Gemäß Art. 111 Abs. 2 VerfO hat der beklagte Staat zunächst innerhalb einer vom Ausschuss bestimmten Frist schriftliche Erklärungen oder Stellungnahmen zur Klärung der zur Prüfung stehenden Sache zu übermitteln und die gegebenenfalls von ihm getroffenen Maßnahmen mitzuteilen, wobei der Ausschuss dem Staat vorgeben kann, welche Informationen er erhalten

¹² Kontaktdaten abrufbar unter: www2.ohchr.org/english/bodies/question.htm (18. August 2010).

¹³ Rules of Procedure, Committee against Torture, UN-Dok. CAT/C/3/Rev.4 vom 9. August 2002. Deutscher Text abrufbar unter: <http://www.un.org/depts/german/menschenrechte/cat-c-3-rev4.pdf> (18. August 2010).

¹⁴ Näheres zu den einzelnen Voraussetzungen unten unter III.

möchte. Diese Informationen werden dann an den Beschwerdeführer weitergeleitet, der ebenfalls innerhalb einer bestimmten Frist weitere Informationen und Stellungnahmen einreichen kann, Art. 111 Abs. 3 VerfO.

Nach Art. 111 Abs. 4 VerfO kann der Ausschuss den Beschwerdeführer oder einen Vertreter des beklagten Staates zu einer nichtöffentlichen Sitzung des Ausschuss einladen, um noch offene Fragen zu klären. Lädt er eine Partei ein, so muss auch die andere benachrichtigt und eingeladen werden.

Der Ausschuss ist bei der Prüfung der Begründetheit jedoch nicht verpflichtet, ausschließlich die von den Parteien vorgelegten Informationen seiner Prüfung zugrunde zu legen. Gemäß Art. 112 Abs. 2 VerfO kann der Ausschuss, die Arbeitsgruppe oder der Berichtersteller jederzeit von Organen der Vereinten Nationen, den Sonderorganisationen oder sonstigen Quellen – wozu auch NGOs zählen – alle Unterlagen anfordern, die bei der Prüfung der Beschwerde hilfreich sein können.

Gemäß Art. 22 Abs. 7 teilt der Ausschuss dem beklagten Staat sowie dem Beschwerdeführer seine Auffassungen mit, die er gemäß Art. 115 Abs. 2 VerfO in seinem Jahresbericht aufzunehmen hat.

2. Verbindlichkeit des Verfahrens

Die Einführung des Individualbeschwerdeverfahrens in das UN-System des internationalen Menschenrechtsschutzes hat enorm zur Verbesserung und Effektivität des Menschenrechtsschutzes beigetragen. Allerdings wird kritisiert, dass derartige Verfahren unter der Schwäche leiden, dass die Entscheidungen der Kontrollorgane für die Vertragsstaaten, die sich dem Individualbeschwerdeverfahren unterworfen haben, nicht verbindlich sind.¹⁵

Gegen die Verbindlichkeit der „Auffassungen“ (*views*) des Ausschusses zu den einzelnen Beschwerden spricht zum einen, dass das Übereinkommen keine explizite Verpflichtung der Vertragsstaaten enthält, die Auffassungen des Ausschusses umzusetzen.¹⁶ Zum anderen spricht schon die Bezeichnung der Entscheidungen als „Auffassungen“ für ihren unverbindlichen Charakter.¹⁷

Es kann allerdings nicht von der Hand gewiesen werden, dass die Entscheidungen des Ausschusses auf Grundlage juristischer Methodik und juristisch fundierter Begründungen ergehen, die mit Entscheidungen nationaler und internationaler Menschenrechtsgerichte zu vergleichen sind.¹⁸

Darüber hinaus wurde der Ausschuss von den Vertragsstaaten zur Überwachung der Einhaltung des Übereinkommens sowie zur einheitlichen Auslegung der Normen der Konvention eingerichtet.¹⁹

Schließlich würde der Sinn und Zweck des Individualbeschwerdeverfahrens als eines dieser Überwachungsmechanismen unterlaufen werden, wenn ein Vertragsstaat die Entscheidungen des Ausschusses nicht umsetzen und stattdessen eine eigene Auslegung der Normen heranziehen würde, nachdem es sich freiwillig dem Verfahren unterworfen hat.²⁰

Es spricht daher vieles dafür, dass den Entscheidungen des Ausschusses im Rahmen des Individualbeschwerdeverfahrens zumindest ein quasi-verpflichtender Charakter

man Weiß, Überblick über die Erfahrungen mit Individualbeschwerden unter verschiedenen Menschenrechtsabkommen, in: AVR 2004, S. 142-156 (S. 151, 153f.).

¹⁶ *Nowak/McArthur* (Fn. 7), Art. 22 Rn. 154.

¹⁷ Ebenda.

¹⁸ Ebd., Art. 22 Rn. 199.

¹⁹ *Chris Ingelse*, The Committee Against Torture: One Step Forward, One Step Back, in: NQHR 2000, S. 307-327 (S. 312f.).

²⁰ *Nowak/McArthur* (Fn. 7), Art. 22 Rn. 155.

¹⁵ *Markus G. Schmidt*, Follow-Up Mechanisms Before UN Human Rights Treaty Bodies and the UN Mechanisms Beyond, in: Anne F. Bayefski (Hrsg.), The UN Human Rights Treaty System in the 21st Century, 2000, S. 233; *Nor-*

ter zukommt.²¹ So versteht auch der Ausschuss die Rechtsnatur seiner Entscheidungen und hat aus diesem Grund in Art. 112 Abs. 4 VerfO explizit festgelegt, dass seine Feststellungen als „Entscheidungen“ („decisions“) zu bezeichnen sind.

Für den quasi-verbindlichen Charakter der Entscheidungen des Ausschusses spricht des Weiteren sein Vorgehen im Vorfeld seiner Entscheidungen bezüglich der einstweiligen Maßnahmen, die er gemäß Art. 108 Abs. 1 VerfO den jeweils betroffenen Vertragsstaaten auftragen kann, sowie seine Vorgehensweise im Rahmen der Kontrolle der Umsetzung seiner Entscheidungen, sogenannten Follow-up-Verfahrens, gemäß Art. 114 VerfO.

Im Folgenden werden die Kontrollmechanismen des Ausschusses beleuchtet.

3. Kontrollmechanismen des Ausschusses im Rahmen des Individualbeschwerdeverfahrens: Einstweilige Maßnahmen und Follow-up

a. Einstweilige Maßnahmen (*interim measures*)

Das Übereinkommen enthält keine explizite Befugnisnorm, wonach der Ausschuss von einem Vertragsstaat die Befolgung bestimmter einstweiliger Maßnahmen verlangen dürfte. Dieses Vorgehen ist aber im System des internationalen und regionalen Menschenrechtsschutzes durchaus üblich, um in dringenden Fällen einen irreparablen Schaden abzuwenden.²² Entsprechend nahm auch der Ausschuss diese Kontrollmöglichkeit in seiner Verfahrensordnung auf. Nach Art. 108 Abs. 1 VerfO kann

„[d]er Ausschuss, eine Arbeitsgruppe oder der oder die Berichterstatter für neue Beschwerden

und vorläufige Maßnahmen [...] jederzeit nach Eingang einer Beschwerde dem betroffenen Vertragsstaat ein Gesuch zur sofortigen Prüfung übermitteln, in dem er aufgefordert wird, die vorläufigen Maßnahmen zu treffen, die der Ausschuss für erforderlich hält, um einen nicht wiedergutzumachenden Schaden für das oder die Opfer der behaupteten Verletzungen abzuwenden.“

Viele Staaten lehnten zunächst solch eine Kompetenz des Ausschusses ab,²³ solche Gesuche einreichen zu dürfen, die bislang fast immer im Zusammenhang mit den Beschwerden zu Art. 3 gestellt wurden.²⁴

So geschah es zum Beispiel im Fall *Núñez Chipana ./ Venezuela*.²⁵ Hier ging es um die Beschwerde einer Peruanerin, die auf ein Auslieferungsverlangen Perus hin von den venezolanischen Behörden abgeschoben wurde. Die Beschwerdeführerin hatte noch vor ihrer Auslieferung beim Ausschuss Beschwerde eingereicht und rügte die Verletzung von Art. 3 Abs. 1. Der Ausschuss hatte mit Übermittlung der Beschwerde an Venezuela ein Gesuch gemäß Art. 108 Abs. 9 (Art. 108 Abs. 1 n.F.) VerfO eingereicht, die Beschwerdeführerin solange nicht auszuliefern, wie das Verfahren vor dem Ausschuss noch nicht abgeschlossen war.

Venezuela kam dem Gesuch jedoch nicht nach und lieferte die Beschwerdeführerin kurz darauf aus. Dies wurde damit gerechtfertigt, dass das oberste Gericht des Landes im Einklang mit dem nationalen Recht für die Auslieferung entschieden habe und dass Art. 3 Abs. 1 von der Verteidigung nicht zum Gegenstand des Verfahrens gemacht worden war.²⁶

Der Ausschuss äußerte sich zum Vorgehen Venezuelas mit tiefer Besorgnis und stellte fest, dass Venezuela mit der Auslieferung

²¹ Ebd., Art. 22 Rn. 199. Zur Parallelargumentation bezüglich der Entscheidungen des UN Menschenrechtsausschusses siehe *Bernhard Schäfer*, Die Individualbeschwerde nach dem Fakultativprotokoll zum Zivilpakt. Ein Handbuch für die Praxis, 2. aktualisierte Aufl. 2007, S. 19ff.

²² *Nowak/McArthur* (Fn. 7), Art. 22 Rn. 187 m. w. N.

²³ Ebd., Art. 22 Rn. 47-50.

²⁴ Ebd., Art. 22 Rn. 188. Zur einzigen Ausnahme siehe *Habré Suleymane Guenggueng ./ Senegal*, Entscheidung vom 17. Mai 2006, UN-Dok. CAT/C/36/D/181/2001.

²⁵ Entscheidung vom 10. November 1998, UN-Dok. CAT/C/21/D/110/1998.

²⁶ Ebd., Nr. 4.2.

entgegen des Gesuchs nach Art. 108 VerfO, gegen den Geist („*spirit*“) des Abkommens verstoßen habe. Venezuela habe sich nämlich durch die Ratifizierung des Übereinkommens und die Erklärung nach Art. 22 Abs. 5 dazu bereit erklärt, mit dem Ausschuss zu kooperieren, indem es das Verfahren nach Art. 22 und damit auch die entsprechenden Verfahrensregeln des Ausschusses nach Treu und Glauben beachte. Die Befolgung der einstweiligen Maßnahmen, um die der Ausschuss bittet, seien von größter Bedeutung, um gefährdete Personen vor irreparablen Schäden zu schützen und um eine Entscheidung des Ausschusses in der Sache nicht vorweg zu nehmen.²⁷

In der Folgezeit kam es ungeachtet dieser Entscheidung des Ausschusses immer wieder dazu, dass beklagte Staaten die Beschwerdeführer trotz eines Gesuchs des Ausschusses nach Art. 108 VerfO abschoben. In seiner 38. Sitzung im Mai 2007 wurde der Ausschuss dann deutlich, was die Pflichten der Staaten bezüglich der Regeln aus der Verfahrensordnung anging.²⁸

In *Dar ./. Norwegen*²⁹ hatte der Beschwerdeführer, ein Pakistaner, ursprünglich eine Beschwerde gegen Norwegen eingereicht, weil er trotz des Vorliegens der Gefahr, dass er in Pakistan gefoltert werden könnte, dorthin abgeschoben werden sollte. Nachdem er aber trotz Gesuchs des Ausschusses gemäß Art. 108 VerfO, den Nor-

wegen ablehnte,³⁰ abgeschoben wurde, änderte er seine Beschwerde und rügte die Verletzung von Art. 22, da Norwegen dadurch seine Pflicht, mit dem Ausschuss zu kooperieren, verletzt habe.³¹

Der Ausschuss bestätigte zunächst seine Feststellung aus der oben genannten Entscheidung und stellte weiterhin fest:

*“The Committee also notes that the Convention (art. 18) vests it with competence to establish its own rules of procedure, which become inseparable from the Convention to the extent they do not contradict it. In this case, rule 108 of the rules of procedure is specifically intended to give meaning and scope to articles 3 and 22 of the Convention, which otherwise would only offer asylum-seekers invoking a serious risk of torture a merely theoretical protection. By failing to respect the request for interim measures made to it, and to inform the Committee of the deportation of the complainant, the State party committed a breach of its obligations of cooperating in good faith with the Committee, under article 22 of the Convention.”*³²

Hiermit legte der Ausschuss fest, dass Art. 3 und 22 die Pflicht der Vertragsstaaten umfassen, Art. 108 VerfO und damit die Gesuche des Ausschusses, einstweilige Maßnahmen zu ergreifen, zu beachten und diesen nachzukommen. In Folge dieser Entscheidung sind Verstöße gegen diese Pflicht tatsächlich nur noch vereinzelt zu verzeichnen.³³

²⁷ Entscheidung vom 10. November 1998 (Fn. 25), Nr. 8.

²⁸ Zuvor hatte der Ausschuss auch schon entsprechend entschieden. Vgl. *Brada ./. Frankreich*, Entscheidung vom 24. Mai 2005, UN-Dok. CAT/C/34/D/195/2002, *Elif Pelit ./. Azerbaijan*, Entscheidung vom 29. Mai 2007, UN-Dok. CAT/C/38/D/281/2005, *Agiza ./. Schweden*, Entscheidung vom 24. Mai 2005, UN-Dok. CAT/C/34/D/233/2003, *Adel Tebourski ./. Frankreich*, Entscheidung vom 11. Mai 2007, UN-Dok. CAT/C/38/D/300/2006.

²⁹ In *Dar ./. Norwegen*, Entscheidung vom 16. Mai 2007, UN-Dok. CAT/C/38/D/249/2004, wurden dann die Entscheidungssätze aus den vorherigen Fällen zusammengefasst und einige Ansatzpunkte für die Heilung einer Missachtung der Gesuche gegeben.

³⁰ Ebd., Nr. 16.2.

³¹ Ebd., Nr. 1.1.

³² Ebd., Nr. 16.3. Hervorhebungen der Autorin. Siehe auch Entscheidung vom 11. Mai 2007, UN-Dok. CAT/C/38/D/300/2006, Nr. 8.6. Später wiederholt in *Sogi ./. Kanada*, Entscheidung vom 29. November 2007, UN-Dok. CAT/C/39/D/297/2006.

³³ Hierzu vergleiche insbesondere *Adel Tebourski ./. Frankreich*, Entscheidung vom 11. Mai 2007, UN-Dok. CAT/C/38/D/300/2006. In diesem Fall war Frankreich dem Gesuch des Ausschusses, die Abschiebung des Beschwerdeführers auszusetzen, nicht nachgekommen und versuchte dies unter anderem mit dem Argument zu rechtfertigen, dass die Gesuche des Ausschusses nach Art. 108 VerfO rechtlich nicht

Durch die Gesuche nach einstweiligen Maßnahmen gemäß Art. 108 Verfo hat der Ausschuss die Möglichkeit, auf das Handeln der Staaten verbindlich einzuwirken, um den effektiven Schutz gefährdeter Personen zu ermöglichen und die Effektivität des Übereinkommens zu gewährleisten.³⁴ Erforderlich ist aber, dass die Beschwerde Aussicht auf Erfolg hat, so dass dem Beschwerdeführer auch tatsächlich ein irreparabler Schaden drohen kann.³⁵ Da der Ausschuss jederzeit nach Eingang einer Beschwerde ein Gesuch einreichen kann, ist dies sogar vor der Erschöpfung des nationalen Rechtswegs möglich.³⁶ Wie sich in der einzigen Beschwerde gegen die Bundesrepublik Deutschland zeigt,³⁷ kann dies sogar die Defizite im Schutzsystem mancher nationaler Rechtsordnungen, in denen Rechtsbehelfe gegen Abschiebungsverfügungen keine aufschiebende Wirkung haben, ausgleichen.

b. Follow-up-Verfahren

Um zu gewährleisten, dass die beklagten Vertragsstaaten seine Entscheidungen umsetzen, ist der Ausschuss dazu übergegangen, den Vertragsstaat gemäß Art. 112 Abs. 5 Verfo darum zu bitten, ihm binnen 90 Tagen mitzuteilen, welche Maßnahmen er im Einklang mit den Entscheidungen des Ausschusses ergriffen hat.

Des Weiteren führte der Ausschuss in seiner 28. Sitzung im Mai 2002 das Follow-up-Verfahren ein, um die Umsetzung seiner Entscheidungen im Rahmen von Art. 22 durch die Staaten besser kontrollieren zu

können.³⁸ Hierzu wurde Art. 114 Verfo eingeführt, nach dessen Abs. 1 der

„Ausschuss [...] einen oder mehrere Berichterstatte zur Kontrolle der Umsetzung der nach Artikel 22 des Übereinkommens getroffenen Entscheidungen benennen [kann], um festzustellen, welche Maßnahmen die Vertragsstaaten ergriffen haben, um den Feststellungen des Ausschusses Folge zu leisten.“

Gemäß Art. 114 Abs. 2 Verfo können die Berichterstatte die „Kontakte aufnehmen und die Maßnahmen ergreifen, die im Hinblick auf die ordnungsgemäße Wahrnehmung ihres Kontrollauftrags angemessen sind“. Nach Abs. 4 können sie sogar mit Zustimmung des Ausschusses dem betroffenen Vertragsstaat Besuche abstatten, falls dies erforderlich sein sollte.³⁹

Das Übereinkommen enthält zwar keine Rechtsgrundlage für das Follow-up-Verfahren. Allerdings enthält er auch keine Vorschriften, die dem entgegenstehen. Gemäß Art. 22 Abs. 1 ist der Ausschuss zur „Entgegennahme und Prüfung“ von Beschwerden befugt, was nicht bedeutet, dass diese Befugnis mit der Verabschiedung seiner Entscheidungen beendet sei.⁴⁰

Darüber hinaus kann die Kompetenz des Ausschusses, die Umsetzung seiner Entscheidungen, deren quasi-verbindlicher Charakter oben aufgezeigt wurde, daraus abgeleitet werden, dass er gemäß Art. 17 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 19-22 mit der Überwachung der Einhaltung und der Effektivität des Übereinkommens betraut ist.⁴¹

Der zuständige Berichterstatte reichte seinen ersten Bericht zur 32. Sitzung des Ausschusses im Mai 2004 ein. Darin ging er auf Entscheidungen des Ausschusses in Be-

verbindlich seien. Der Ausschuss wies diese Argumentation mit der oben angeführten Begründung ab und stellte fest, dass Frankreich durch die Abschiebung entgegen des Gesuchs des Ausschusses gegen Art. 3 und 22 verstoßen hat (Nr. 8.7). Vergleiche auch *Sogi ./ Kanada*, Entscheidung vom 29. November 2006, UN-Dok. CAT/C/38/D/297/2006.

³⁴ *Nowak/McArthur* (Fn. 7), Art. 22 Rn. 191.

³⁵ Ebd., Art. 22 Rn. 41.

³⁶ Ebenda.

³⁷ Siehe hierzu unter III. 2.

³⁸ UN-Dok. A/57/44 Annex IX.

³⁹ Im Unterschied zu Art. 20 des Übereinkommens, welcher das Untersuchungsverfahren regelt und in seinem Abs. 3 Vorortbesuche mit Zustimmung des betroffenen Staates ermöglicht, verlangt der Wortlaut von Art. 114 Abs. 4 Verfo lediglich die Zustimmung des Ausschusses als Voraussetzung für Vorortbesuche.

⁴⁰ *Nowak/McArthur* (Fn. 7), Art. 22 Rn. 145.

⁴¹ Ebenda.

schwerden gegen Serbien-Montenegro, Schweden und Tunesien und die von diesen Staaten ergriffenen Maßnahmen ein.⁴²

c. Fazit zu den Kontrollmechanismen

Die Kontrollmechanismen im Rahmen des Individualbeschwerdeverfahrens, die der Ausschuss aus den Vorschriften der Konvention abgeleitet und in seine Verfahrensordnung aufgenommen hat, machen den quasi-verbindlichen Charakter seiner Entscheidungen auch faktisch spürbar. Durch sie kann der Ausschuss nicht nur besser kontrollieren, ob die Staaten ihre Pflichten aus dem Übereinkommen einhalten. Er kann sogar wirkungsvoll eingreifen, um den Schutz bedrohter Personen zu gewährleisten. Die Kontrollmechanismen tragen damit zur besseren Umsetzung des Übereinkommens sowie zur Effektivität des Individualbeschwerdeverfahrens bei.

III. Zulässigkeitsvoraussetzungen der Individualbeschwerde gemäß Art. 22

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Individualbeschwerde richten sich nach Art. 22 und Art. 107 Verfo.⁴³ Art. 107 Verfo

konkretisiert dabei die in Art. 22 genannten Zulässigkeitsvoraussetzungen.

Im Folgenden wird auf ausgewählte Beschwerden eingegangen, die rechtliche Probleme oder Besonderheiten bei der Auslegung der Zulässigkeitsvoraussetzungen aufweisen sowie zu ihrer Konkretisierung beitragen. Dabei kann nicht auf alle dieser Voraussetzungen eingegangen werden.⁴⁴

1. *Der Beschwerdeführer macht geltend, Opfer einer Verletzung einer Bestimmung des Übereinkommens durch den betreffenden Vertragsstaat zu sein, Art. 22 Abs. und Art. 107 lit. a Verfo*

In *Roitman Rosenmann ./.* Spanien⁴⁵ legte der Beschwerdeführer im Oktober 2000 gegen Spanien eine Beschwerde wegen der Verletzung der Pflichten aus Art. 8 Abs. 4, Art. 9 Abs. 1 und 2 sowie Art. 13 und 14 vor dem Ausschuss ein. Der Beschwerdeführer war ein spanischer Staatsbürger chilenischer Herkunft, der 1973 nach einem Staatsstreich in Chile unter dem Regime General *Pinochets* inhaftiert und gefoltert worden war. 1996 beantragten einige Opfer des *Pinochet*-Regimes in Spanien im Rahmen einer Popularklage die Eröffnung ei-

⁴² UN-Dok. A/59/44, S. 95-97.

⁴³ Art. 107 Verfo lautet:

„Um zu einer Entscheidung über die Zulässigkeit einer Beschwerde zu gelangen, hat sich der Ausschuss, seine Arbeitsgruppe oder ein nach den Artikeln 98 oder 106 Absatz 3 benannter Berichterstatter zu vergewissern,

a) dass die betreffende Person geltend macht, Opfer einer Verletzung einer Bestimmung des Übereinkommens durch den betreffenden Vertragsstaat zu sein. Die Beschwerde sollte von der betreffenden Person selbst oder von ihren Familienangehörigen oder bestellten Vertretern eingereicht werden, von anderen im Namen des angeblichen Opfers nur, wenn es den Anschein hat, dass das Opfer nicht in der Lage ist, die Beschwerde selbst einzureichen, und dem Ausschuss die entsprechende Ermächtigung vorgelegt wird;

b) dass die Beschwerde keinen Missbrauch des Ausschussverfahrens darstellt oder offensichtlich unbegründet ist;

c) dass die Beschwerde nicht mit den Bestimmungen des Übereinkommens unvereinbar ist;

d) dass dieselbe Sache nicht bereits in einem anderen internationalen Untersuchungs- oder Streitregelungsverfahren geprüft wurde oder wird;

e) dass die betreffende Person alle zur Verfügung stehenden innerstaatlichen Rechtsbehelfe erschöpft hat. Dies gilt jedoch nicht, wenn das Verfahren bei der Anwendung der Rechtsbehelfe unangemessen lange gedauert hat oder für die Person, die das Opfer einer Verletzung des Übereinkommens geworden ist, keine wirksame Abhilfe erwarten lässt;

f) dass die seit der Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe verstrichene Zeit nicht so unangemessen lange ist, dass die Prüfung der Beschwerde durch den Ausschuss oder den Vertragsstaat über Gebühr erschwert wird.“

⁴⁴ Für eine ausführliche Besprechung der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Individualbeschwerde gemäß Art. 22 sowie zur Spruchpraxis des Ausschusses vgl. *Nowak/McArthur* (Fn. 7), Art. 22.

⁴⁵ Entscheidung vom 27. September 2002, UN-Dok. CAT/C/28/D/176/2000/CORR.1.

nes Strafverfahrens gegen General *Pinochet* unter anderem wegen Folterungen, die zwischen 1973 bis 1990 unter seiner Herrschaft verübt worden waren. In diesem Verfahren sagte der Beschwerdeführer als Zeuge aus.⁴⁶ Als General *Pinochet* 1998 in England festgenommen wurde, stellte das mit dem Strafverfahren gegen diesen befasste spanische Gericht einen Antrag auf seine Auslieferung, das vom spanischen Außenministerium an das zuständige britische Gericht weitergeleitet werden sollte. Dies wurde jedoch vom spanischen Außenministerium abgelehnt.⁴⁷ Darüber hinaus weigerte sich das Außenministerium der Entscheidung des britischen Innenministeriums, den Auslieferungsprozess einzustellen und General *Pinochet* zu entlassen, entgegenzutreten und diesbezügliche Beschwerden des spanischen Gerichts weiterzuleiten.⁴⁸ Im Mai 2000 wurde *Pinochet* entlassen.⁴⁹

Der Beschwerdeführer rügte vor dem Ausschuss, dass Spanien, dadurch dass das Außenministerium nicht sein Möglichstes unternommen hatte, um die Auslieferung an Spanien zu erwirken, und dadurch dass es den Auslieferungsantrag sowie die Beschwerden des spanischen Gerichts an die britischen Behörden nicht weitergeleitet hatte, die Auslieferung *Pinochets* an Spanien vereitelte und damit die Pflichten aus Art. 13 und 14 des Übereinkommens verletzt habe. Denn so habe Spanien eine umgehende und unparteiische Untersuchung der Folterfälle i.S.v. Art. 13 und 14⁵⁰ durch die spanischen Behörden verhindert.⁵¹

⁴⁶ Ebd., Nr. 2.1.

⁴⁷ Ebd., Nr. 2.7.

⁴⁸ Ebd., Nr. 2.9.

⁴⁹ Ebd., Nr. 2.1.

⁵⁰ Art. 13 des Übereinkommens lautet:
„Jeder Vertragsstaat trägt dafür Sorge, dass jeder, der behauptet, er sei in einem der Hoheitsgewalt des betreffenden Staates unterstehenden Gebiet gefoltert worden, das Recht auf Anrufung der zuständigen Behörden und auf umgehende unparteiische Prüfung seines Falles durch diese Behörden hat. Es sind Vorkehrungen zu treffen, um sicherzustellen, dass der Beschwerdeführer und die Zeugen vor jeder

Im Rahmen der Zulässigkeit stellte der Ausschuss unter anderem fest, dass der Beschwerdeführer durch das Unterlassen des Außenministeriums, die Auslieferung zu erwirken, nicht selbst und unmittelbar betroffen und damit nicht beschwerdeberechtigt sei. Denn er sei weder Nebenkläger im Strafprozess gegen General *Pinochet* gewesen, noch war er am Antrag auf Auslieferung beteiligt. Selbst wenn *Pinochet* ausgeliefert worden wäre, hätte sich für den Beschwerdeführer ohne weitere rechtliche Schritte nichts geändert. Damit sei der Beschwerdeführer nicht Opfer einer Verletzung des Übereinkommens durch Spanien gewesen.⁵²

Voraussetzung der Opfereigenschaft i.S.v. Art. 22 Abs. 1 S. 1 und Art. 107 lit. a VerfO ist demnach, dass der Beschwerdeführer selbst und unmittelbar von der Verletzungshandlung betroffen ist. Des Weiteren muss der Beschwerdeführer beim Einreichen der Beschwerde gegenwärtig betroffen sein. Es reicht nicht, wenn die Betroffenheit irgendwann in der Vergangenheit vorgelegen hat.

In *J. M. U. M. ./ Schweden*⁵³ aus dem Jahre 1996 sollte der kongolesische Beschwerdeführer in die Demokratische Republik Kongo (damals noch Zaïre) abgeschoben werden, nachdem seine Asylanträge von den schwedischen Behörden mehrfach abgelehnt worden und Rechtsmittel gegen

Misshandlung oder Einschüchterung wegen ihrer Beschwerde oder ihrer Aussagen geschützt sind.“

Art. 14 Abs. 1 des Übereinkommens lautet:
„Jeder Vertragsstaat stellt in seiner Rechtsordnung sicher, dass das Opfer einer Folterhandlung Wiedergutmachung erhält und ein einklagbares Recht auf gerechte und angemessene Entschädigung einschließlich der Mittel für eine möglichst vollständige Rehabilitation hat. Stirbt das Opfer infolge der Folterhandlung, so haben seine Hinterbliebenen Anspruch auf Entschädigung.“

⁵¹ UN-Dok. CAT/C/28/D/176/2000/CORR.1., Nr. 3.2.

⁵² Ebd., Nr. 6.4.

⁵³ Entscheidung vom 15. Mai 1998, UN-Dok. CAT/C/20/D/58/1996.

die Ablehnungsbescheide erfolglos geblieben waren.⁵⁴ Kurz vor der Abschiebung tauchte der Beschwerdeführer aber unter, so dass sie nicht vollzogen werden konnte. Nach einiger Zeit stellte der Beschwerdeführer erneut einen Asylantrag aufgrund der veränderten Lage in seinem Heimatland. Daraufhin wurde der Abschiebungsbescheid aufgehoben, so dass eine Abschiebung nicht mehr drohte.⁵⁵ Dennoch reichte der Beschwerdeführer bei dem Ausschuss eine Beschwerde ein. Der Ausschuss stellte fest, dass der Beschwerdeführer nicht mehr gegenwärtig betroffen sei und wies die Beschwerde als unzulässig ab.⁵⁶

Zu beachten ist jedoch, dass es ausreicht, dass zum Zeitpunkt der Einlegung der Beschwerde die Betroffenheit gegenwärtig war, selbst wenn sie zu einem späteren Zeitpunkt weggefallen ist. Es kommt also auf die gegenwärtige Betroffenheit zum Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde an.

Dies war der Fall in *E. A. ./ Schweiz*.⁵⁷ Der Beschwerdeführer, ein kurdischstämmiger Türke, sollte nach Ablehnung seines Asylantrags in der Schweiz in die Türkei abgeschoben werden.⁵⁸ Der Beschwerdeführer behauptete, dass ihm in der Türkei aufgrund seiner früheren politischen Aktivitäten Folter drohte, so dass eine Abschiebung in die Türkei eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 bedeutet hätte.⁵⁹ Zum Zeitpunkt der Einlegung der Beschwerde befand sich der Beschwerdeführer noch auf schweizerischem Territorium, das er aber einige Jahre später, bevor der Ausschuss in der Sache entscheiden konnte, verließ.⁶⁰ Im Rahmen der Zulässigkeit hielt der Ausschuss es für

ausreichend, dass sich der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde noch unter der Hoheitsgewalt des beklagten Staates befand, der zu dem Zeitpunkt noch die Möglichkeit hatte, den Beschwerdeführer abzuschicken – der Beschwerdeführer also gegenwärtig betroffen war.⁶¹

2. Erschöpfung des nationalen Rechtswegs, Art. 22 Abs. 5 lit. b und Art. 107 lit. e VerfO⁶²

Die meisten Beschwerden scheitern im Rahmen der Zulässigkeit am Erfordernis der Erschöpfung des nationalen Rechtswegs i.S.v. Art. 22 Abs. 5 lit. b und Art. 107 lit. e VerfO. Danach muss der Beschwerdeführer alle zur Verfügung stehenden⁶³ innerstaatlichen Rechtsbehelfe erschöpft haben. Dies gilt aber dann nicht, wenn das Verfahren bei der Anwendung der Rechtsbehelfe unangemessen lange gedauert hat oder aber für das Opfer keine wirksame Abhilfe erwarten lässt, Art. 22 Abs. 5 lit. b, 2. HS. und Art. 107 lit. e S. 2 VerfO.

In der bislang einzigen Beschwerde gegen die Bundesrepublik Deutschland, *M. A. K. ./ Deutschland*,⁶⁴ konkretisierte der Ausschuss zum einen, wann ein Beschwerdeführer den Rechtsweg für die Zwecke des Art. 22 Abs. 5 lit. b erfüllt hat. Zum anderen konkretisierte er die Ausnahme nach Art. 22 Abs. 5 lit. b, 2. HS. 2. Alt., nämlich die Bedingung, dass die Abhilfe, die von einem Rechtsbehelf zu erwarten ist, für das Opfer wirksam sein muss.

Hier richtete sich der Beschwerdeführer, ein kurdischstämmiger Türke, gegen die

⁵⁴ Ebd., Nr. 2.1-2.3.

⁵⁵ Ebd., Nr. 2.5.

⁵⁶ Ebd., Nr. 3.2 und 4.

⁵⁷ Entscheidung vom 10. November 1997, UN-Dok. CAT/C/19/D/28/1995.

⁵⁸ Ebd., Nr. 1, 2.4.

⁵⁹ Ebd., Nr. 2.1-2.3, 3.

⁶⁰ Ebd., Nr. 4.2.

⁶¹ Ebd., Nr. 5.2.

⁶² Für eine ausführliche Besprechung der Fälle zu dieser Zulässigkeitsvoraussetzung siehe *Nowak/McArthur* (Fn. 7), Art. 22 Rn. 93-129.

⁶³ Zur Bedeutung von „alle zur Verfügung stehenden“ ebd., Art. 22 Rn. 95-98 m. w. N. zur relevanten Spruchpraxis.

⁶⁴ Entscheidung vom 17. Mai 2004, UN-Dok. CAT/C/32/D/214/2002.

Entscheidung der Bundesrepublik, ihn in die Türkei abzuschicken.⁶⁵

Der Asylantrag des Beschwerdeführers wurde im August 1991 vom Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge (Bundesamt) mit der Begründung abgelehnt, dass die Angaben des Beschwerdeführers zu viele Widersprüche aufwiesen und dieser deshalb unglaubwürdig sei. Hiergegen erhob der Beschwerdeführer beim Verwaltungsgericht (VG) Wiesbaden Verpflichtungsklage. Die Klage und die spätere Berufung wurden jedoch im September 1999 sowie im April 2001 abgewiesen. Im Oktober 2001 erging dann ein Ausweisungsbefehl mit Anordnung der sofortigen Vollziehung. Der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens, den der Beschwerdeführer im Januar 2002 stellte, wurde vom Bundesamt abgelehnt, da die neu vorgebrachten Tatsachen keine Veränderung der Sachlage brachten und der Beschwerdeführer sie bereits im ersten Verfahren hätte vorbringen können. Darüber hinaus waren auch diese widersprüchlich.⁶⁶ Daraufhin reichte der Beschwerdeführer Verpflichtungsklage vor dem VG Frankfurt ein. Dieses Verfahren war zum Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde vor dem Ausschuss noch anhängig.⁶⁷ Gleichzeitig stellte der Beschwerdeführer einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen den Vollzug der Abschiebung, der aber aus denselben Gründen abgelehnt wurde, die das Bundesamt gegen die Wiederaufnahme des Asylverfahrens vorbrachte.⁶⁸

Im Juli 2002 erhob der Beschwerdeführer dann Verfassungsbeschwerde zusammen mit einem Antrag auf einstweilige Anordnung der vorläufigen Unterlassung der Abschiebung gemäß § 32 BVerfGG. Die Beschwerde wurde jedoch zusammen mit dem Antrag vom Bundesverfassungsgericht mit der Begründung abgelehnt, der

Beschwerdeführer habe lediglich die Bewertung der Tatsachen durch die Gerichte gerügt, nicht aber die Verletzung seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte.⁶⁹

Im Verfahren vor dem Ausschuss 2004 wendete sich die Bundesrepublik zunächst gegen die Zulässigkeit der Beschwerde wegen fehlender Rechtswegerschöpfung gemäß Art. 22 Abs. 5 lit. b. Sie war der Ansicht, dass der nationale Rechtsweg auch die Verfassungsbeschwerde umfasse, die hier aber als unzulässig abgewiesen wurde, weil die Beschwerde nicht hinreichend substantiiert gewesen sei.⁷⁰ Durch unzulässige Beschwerden könne der Rechtsweg jedoch nicht erschöpft werden, da es möglich sei, nach Beheben des Zulässigkeitshindernisses erneut Klage zu erheben.⁷¹ Darüber hinaus gab es nach Ansicht der Bundesrepublik im vorliegenden Fall keinen Grund, eine Ausnahme vom Erfordernis der Rechtswegerschöpfung anzunehmen, da eine Verfassungsbeschwerde zusammen mit dem einstweiligen Rechtsschutz nach § 32 BVerfGG eine effektive Abhilfe bot.⁷²

Der Ausschuss schloss sich jedoch der Argumentation des Beschwerdeführers an, der vorbrachte, dass Art. 22 Abs. 5 lit. b flexibel gehandhabt werden müsse und daher nur effektive Rechtsmittel umfassen könne.⁷³ Entsprechend befand der Ausschuss zum einen, dass es für den Zweck des Übereinkommens ausreiche, dass der Beschwerdeführer eine Verfassungsbeschwerde erhoben habe, die abgewiesen wurde. Aus welchen Gründen dies geschehe – ob nun aufgrund ihrer Unzulässigkeit oder Unbegründetheit –, sei unerheblich. Denn es genüge für Art. 22 Abs. 5 lit. b, dass der Beschwerdeführer sich ernsthaft bemüht habe, den Rechtsweg zu erschöpfen. Außerdem könne der Ausschuss als

⁶⁵ Ebd., Nr. 3.1.

⁶⁶ Ebd., Nr. 2.4-2.5.

⁶⁷ Ebd., Nr. 2.5.

⁶⁸ Ebd., Nr. 2.8.

⁶⁹ Ebd., Nr. 2.9.

⁷⁰ Ebd., Nr. 4.2.

⁷¹ Ebd., Nr. 4.3.

⁷² Ebd., Nr. 4.4.

⁷³ Ebd., Nr. 5.4.

internationale Instanz nicht über die Prozessvoraussetzungen nationaler Rechtsmittel befinden, es sei denn diese wären mit Art. 22 Abs. 5 offenkundig unvereinbar.⁷⁴

Was allerdings die noch anhängige Klage vor dem VG Frankfurt anging, so stellte der Ausschuss fest, dass diese keine effektive Abhilfe gegen die Abschiebung darstellte, da sie keine aufschiebende Wirkung gegen die Ablehnung des Antrags auf Erteilung eines Aufenthaltstitels habe, die im vorliegenden Fall die zwingende Ausreise zur Folge gehabt hätte. Daher nahm der Ausschuss trotz formal fehlender Rechtswegerschöpfung das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 22 Abs. 5 lit. b an und erklärte die Beschwerde für zulässig.⁷⁵ Da der Beschwerdeführer jedoch nicht glaubhaft machen konnte, dass er durch die Abschiebung in die Türkei persönlich und unmittelbar der Gefahr ausgesetzt werden würde, gefoltert zu werden, wies der Ausschuss die Beschwerde als un begründet ab.⁷⁶

In einer Reihe von Entscheidungen zu Beschwerden gegen Kanada konkretisierte der Ausschuss die Bedingung, dass Rechtsbehelfe gemäß Art. 22 Abs. 5 lit. b, 2. HS., 2. Alt. und Art. 107 lit. e, S. 2, 2. Alt. VerfO eine wirksame Abhilfe für den Beschwerdeführer erwarten lassen müssen.

In *B. S. ./ Kanada*⁷⁷ ging es um die Vereinbarkeit der Abschiebung des Beschwerdeführers in sein Heimatland, dem Iran, mit Art. 3 Abs. 1.⁷⁸

Kanada widersprach zunächst der Zulässigkeit der Beschwerde mit der Begründung, der Beschwerdeführer habe den nationalen Rechtsweg nicht erschöpft. Zwar

hatte der Beschwerdeführer bereits gegen die Abschiebungsverfügung des Ministeriums für Staatsbürgerschaft und Einwanderung aus dem Jahre 1999 erfolglos geklagt. Allerdings stand ihm noch ein Antrag auf Aussetzung der Abschiebung aus familiären und humanitären Gründen bei demselben Ministerium offen.⁷⁹

Der Ausschuss widersprach dieser Argumentation und befand, dass ein solcher Antrag keine wirksame Abhilfe für den Beschwerdeführer erwarten ließe, da das selbe Ministerium, das schon bei der Entscheidung über die Abschiebung im konkreten Fall das Vorliegen der Gefahr, im Iran persönlich und unmittelbar der Folter ausgesetzt zu werden, ablehnte, über den neuen Antrag zu entscheiden hätte. Darüber hinaus wäre dasselbe Gericht, das bereits die erste Klage des Beschwerdeführers gegen die Abschiebungsverfügung abgelehnt hatte, für die Überprüfung der Entscheidung des Ministeriums bezüglich des Antrags auf Aussetzung der Abschiebung aus familiären und humanitären Gründen zuständig. Daher nahm der Ausschuss im vorliegenden Fall die Ausnahme zum Erfordernis der Rechtswegerschöpfung gemäß Art. 22 Abs. 5 lit. b, 2. HS., 2. Alt. an.⁸⁰

In *Falcon Ríos ./ Kanada*⁸¹ stellte der Ausschuss weiterhin fest, dass nach kanadischem Recht über den Antrag auf Aussetzung der Abschiebung aus familiären und humanitären Gründen nicht aufgrund rechtlicher Kriterien zu entscheiden sei, sondern dass die Gewährung eines solchen Antrags im ausschließlichen Ermessen der Einwanderungsbehörden liege und auch nicht gerichtlich voll überprüfbar sei. Aus diesem Grund stelle dieser Antrag keinen Rechtsbehelf dar, der eine wirksame Abhilfe für das Opfer erwarten ließe, so dass der Antrag grundsätzlich nicht vom Beschwer-

⁷⁴ Ebd., Nr. 7.1.

⁷⁵ UN-Dok. A/59/44, S. 95, Nr. 263. Ähnlich geht auch der UN Menschenrechtsausschuss vor. Hierzu vergleiche *Schäfer* (Fn. 21), S. 97 m.w.N. zur relevanten Spruchpraxis des Menschenrechtsausschusses.

⁷⁶ UN-Dok. CAT/C/32/D/214/2002, Nr. 13.1-14.

⁷⁷ Entscheidung vom 14. November 2001, UN-Dok. CAT/C/27/D/166/2000.

⁷⁸ Ebd., Nr. 3 und 7.1.

⁷⁹ Ebd., Nr. 4.1.

⁸⁰ Ebd., Nr. 6.2.

⁸¹ Entscheidung vom 17. Dezember 2004, UN-Dok. CAT/C/33/D/133/1999.

deführer eingelegt werden muss, um den Rechtsweg zu erschöpfen.⁸²

In *L. Z. B. et al. ./ Kanada*⁸³ befasste sich der Ausschuss mit der Abschiebung eines Mexikaners, dessen Asylantrag in Kanada abgelehnt wurde. Hier befand der Ausschuss erneut, dass der Antrag auf Aussetzung der Abschiebung aus familiären und humanitären Gründen keinen effektiven Rechtsschutz gewähre. Zum einen seien die Beamten, die über diesen Antrag *ex gratia* zu bestimmen hätten, Teil des für das Asylverfahren zuständigen Ministeriums und stellten damit keine unabhängige Instanz dar, die über diesen „Rechtsbehelf“ entscheide. Zum anderen könnten die betroffenen Personen noch vor der Entscheidung über den Antrag, der keine aufschiebende Wirkung bezüglich der Abschiebung hat, abgeschoben werden. Insofern ließe dieser „Rechtsbehelf“ auch aus diesen Gründen keine wirksame Abhilfe für den Beschwerdeführer erwarten.⁸⁴

Diese Probleme des kanadischen Asylverfahrens hatte der Ausschuss bereits in seinen abschließenden Stellungnahmen zum dritten Staatenbericht Kanadas im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens gemäß Art. 19 im Jahre 2000 kritisiert.⁸⁵ Wie sich aber an den späteren Beschwerden zeigte, hatte Kanada diese Probleme bis dahin noch nicht behoben.

Eine ebenfalls interessante Entscheidung zur Frage der Effektivität eines Rechtsbehelfs i.S.v. Art. 22 Abs. 5 lit. b, 2. HS., 2. Alt. und Art. 107 lit. e, S. 2, 2. Alt. VerfO findet sich in *Dimitrijevic ./ Serbien-Montenegro*.⁸⁶ Der Beschwerdeführer in diesem Fall war ein serbischer Roma, der die Verletzung von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 und 16 sowie Art. 12, 13 und 14 durch Serbien-Montenegro rügte. 1997 wurde der Be-

schwerdeführer drei Tage lang inhaftiert und während der Haft brutal geschlagen. Ihm wurden Wasser und Nahrung vorenthalten und die Nutzung sanitärer Anlagen sowie medizinische Behandlung seiner Verletzungen verweigert.⁸⁷ Gegen den Beschwerdeführer wurde dann ein Gerichtsverfahren wegen Diebstahls eingeleitet. Während dieses Verfahrens teilte er dem Richter mit, dass er während der Haft misshandelt worden war. Der Richter ordnete zwar eine medizinische Untersuchung an, unterließ es aber, den Staatsanwalt über die Vorwürfe zu unterrichten. Der Bericht der medizinischen Untersuchung war später nicht mehr auffindbar.⁸⁸ Nach seiner Entlassung erstattete der Beschwerdeführer eine Strafanzeige. Jedoch konnten die Behörden bis zum Verhandlungstag vor dem Ausschuss im November 2005 keine Ergebnisse in der Sache vorbringen.⁸⁹

2000 reichte der Beschwerdeführer Beschwerde beim Ausschuss ein, ohne jedoch andere (zivilrechtliche) Verfahren vor nationalen Gerichten eingeleitet zu haben. Der Beschwerdeführer brachte vor, dass in Serbien-Montenegro die Roma-Minderheit Opfer systematischer Polizeigewalt sei und dass in diesen Fällen selten gegen Polizeibeamte ermittelt würde. Aus diesem Grund böten Rechtsbehelfe vor nationalen Gerichten keine effektive Abhilfe für die Opfer.⁹⁰

Da hier ja gerade der Vorwurf war, dass sowohl die Behörden wie auch das Gericht trotz der Beschwerden des Beschwerdeführers untätig blieben und keine Ermittlungen durchführten, weshalb der Beschwerdeführer die Verletzung der Art. 12⁹¹, 13

⁸² Ebd., Nr. 7.3.

⁸³ Entscheidung vom 15. November 2007, UN-Dok. CAT/C/39/D/304/2006.

⁸⁴ Ebd., Nr. 6.4.

⁸⁵ UN Doc. A/56/44, S. 26-27, Nr. 58 (f) und 59.

⁸⁶ Entscheidung vom 29. November 2005, UN-Dok. CAT/C/35/D/172/2000.

⁸⁷ Ebd., Nr. 2.1-2.2.

⁸⁸ Ebd., Nr. 2.3.

⁸⁹ Ebd., Nr. 2.5.

⁹⁰ Ebd., Nr. 3.1-3.3.

⁹¹ Art. 12 lautet:

„Jeder Vertragsstaat trägt dafür Sorge, dass seine zuständigen Behörden umgehend eine unparteiische Untersuchung durchführen, sobald ein hinreichender Grund für die Annahme besteht, dass in einem seiner Hoheitsgewalt un-

und 14 rügte und im Ergebnis auch Recht bekam,⁹² konnte der Ausschuss zu keinem anderen Schluss kommen, als dass andere Verfahren vor nationalen Gerichten ebenso wenig effektive Abhilfe versprochen. Daher wurde die Beschwerde i.S.v. Art. 22 Abs. 5 als zulässig angenommen.⁹³

III. Fazit

Wie sich zeigt, hat der Ausschuss eine differenzierte Spruchpraxis entwickelt und damit zur Konkretisierung der Vorschriften zum Individualbeschwerdeverfahren des Übereinkommens beigetragen. Hierdurch und durch die Weiterentwicklung seiner Kontrollmechanismen im Rahmen des Individualbeschwerdeverfahrens hat der Ausschuss bewiesen, dass er die effektive Umsetzung des Übereinkommens vorantreiben kann, und dass er als alternative Schutzinstanz neben den nationalen Schutzmechanismen nicht zu unterschätzen ist.

terstehenden Gebiet eine Folterhandlung begangen wurde.“

⁹² UN-Dok. CAT/C/35/D/172/2000, Nr. 7.3-7.4.

⁹³ Ebd., Nr. 6.2.

Bericht über die Arbeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen im Jahre 2009 – Teil II: Individualbeschwerden

Lutz Römer

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Das Individualbeschwerdeverfahren
- III. Statistische Angaben
- IV. Zulässigkeitsfragen
- V. Vorläufiger Rechtsschutz
- VI. Materiellrechtliche Fragen

I. Einleitung

Mit diesem Beitrag wird die Berichterstattung über die Arbeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen (nachfolgend Ausschuss) im Jahre 2009 fortgesetzt.¹ Nachdem in dem ersten Teil des Berichts auf allgemeine Ereignisse aus dem Jahre 2009 und auf die in den Berichtszeitraum (95. bis 97. Sitzung) fallenden Staatenberichtsverfahren eingegangen wurde, beschäftigt sich der vorliegende zweite Teil mit der Auswertung der von dem Ausschuss im Jahre 2009 entschiedenen Individualbeschwerdeverfahren. Er schließt damit an die Berichterstattung aus dem Jahre 2008 an.²

II. Das Individualbeschwerdeverfahren

Der auf Grundlage des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische

Rechte (nachfolgend Zivilpakt)³ errichtete Ausschuss entscheidet als Vertragsüberwachungsorgan nach Maßgabe des Ersten Fakultativprotokolls zum Zivilpakt (nachfolgend FP I)⁴ über Beschwerden von Einzelpersonen (Individualbeschwerden). Anders als für das obligatorisch im Zivilpakt vorgesehene Staatenberichtsverfahren gemäß Art. 40 Abs. 1 wird die Zuständigkeit des Ausschusses für die Prüfung und Entgegennahme von Individualbeschwerden erst mit Ratifikation des FP I begründet. Demnach können Staaten sich für einen Beitritt zum Zivilpakt entscheiden, ohne gleichzeitig die Zuständigkeit des Ausschusses für die Prüfung von Individualbeschwerden anzuerkennen.

Während das FP I die Zulässigkeitsvoraussetzungen für Individualbeschwerden enthält, ist der Ablauf des Verfahrens in der Verfahrensordnung des Ausschusses (nachfolgend VerfO)⁵ geregelt.

Hat eine Einzelperson schriftlich eine Beschwerde beim Ausschuss eingereicht, prüft dieser nach den Regeln 93 bis 98 der VerfO das Vorliegen der Zulässigkeitsvo-

¹ Siehe Lutz Römer, Bericht über die Arbeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen im Jahre 2009 – Teil I: Staatenberichte, in: MRM 2010, S. 55-70.

² Siehe Anne Foith, Bericht über die Arbeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen im Jahre 2008 – Teil II, in: MRM 2009, S. 215-232.

³ International Covenant on Civil and Political Rights vom 16. Dezember 1966, UNTS Bd. 999, S. 171; BGBl. 1973 II, S. 1534. Alle nachfolgend nicht ausdrücklich anders bezeichneten Artikel sind solche des Zivilpaktes.

⁴ 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.

⁵ Rules of Procedure of the Human Rights Committee, UN-Dok. CCPR/C/3/Rev.8 vom 22. September 2005.

raussetzungen gemäß Artikel 1 bis 3 und 5 FP I.⁶

Eine Individualbeschwerde zum Ausschuss ist nur dann zulässig, wenn der Staat, gegen den die Individualbeschwerde gerichtet ist, Partei des Zivilpaktes und des FP I ist. Darüber hinaus muss der Zivilpakt örtlich und zeitlich anwendbar sein. Außerdem muss der Beschwerdeführer parteifähig und beschwerdebefugt sein sowie die behauptete Verletzung des Paktes substantiiert darlegen. Überdies muss der Beschwerdeführer einen Sachverhalt vortragen, der in den Schutzbereich zumindest eines im Pakt gewährleisteten Rechtes fällt. Zudem darf kein Missbrauch des Beschwerderechts vorliegen und dieselbe Sache nicht durch ein anderes internationales Organ geprüft werden. Schließlich muss der Beschwerdeführer den nationalen Rechtsweg im Vertragsstaat erfolglos erschöpft haben.

Liegen die genannten Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht vor, ergeht eine Unzulässigkeitsentscheidung und das Verfahren ist abgeschlossen. Nur wenn der Ausschuss die Beschwerde für zulässig erachtet, prüft er die Beschwerde in der Sache unter Berücksichtigung aller von der Partei behaupteten Rechtsverletzungen. Den materiellen Prüfungsmaßstab bilden die im Zivilpakt und dem Zweiten Fakultativprotokoll zur Abschaffung der Todesstrafe (nachfolgend FP II)⁷ niedergelegten Menschenrechte. Kommt der Ausschuss zu dem Ergebnis, dass eine Individualbeschwerde zulässig und begründet ist, teilt er dies gemäß Art. 5 Abs. 4 FP I dem betroffenen Vertragsstaat und der betroffenen Einzelperson in einer Auffassung (views) mit.

⁶ Ausführlich zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen und zum Verfahrensablauf *Bernhard Schüfer*, Die Individualbeschwerde nach dem Fakultativprotokoll zum Zivilpakt. Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl. 2007, S. 40ff.

⁷ 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.

Weil das FP I eine entsprechende Regelung nicht enthält, kommt den Auffassungen des Ausschusses unmittelbar keine völkerrechtliche Bindungswirkung zu. Gemäß Art. 2 Abs. 1 bis 3 sind die Vertragsstaaten jedoch vertraglich dazu verpflichtet, vertragswidriges Verhalten zu unterlassen, die Paktrechte zu wahren und dem Opfer einer Menschenrechtsverletzung einen wirksamen Rechtsbehelf zu gewährleisten. Darüber hinaus vertritt der für die Auslegung des Zivilpaktes zuständige Ausschuss in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 33 zu den Verpflichtungen der Vertragsstaaten des FP I⁸ die Ansicht, dass die Vertragsstaaten in Bezug auf die Teilnahme am Beschwerdeverfahren nach dem FP I und in Bezug auf die Verpflichtungen aus dem Pakt zumindest nach Treu und Glauben zur Kooperation verpflichtet seien.⁹

III. Statistische Angaben

Seit dem Inkrafttreten des FP I im Jahre 1976 wurden bis Ende Juli 2009 insgesamt 1.888 Mitteilungen von Einzelpersonen beim Ausschuss eingereicht.¹⁰ Von diesen Beschwerden waren 83 der aktuell 113 Vertragsstaaten, die das FP I ratifiziert haben, betroffen. In 681 Fällen hat der Ausschuss sich zur Sache geäußert und in 543 Fällen Verletzungen des Zivilpaktes festgestellt. 533 Mitteilungen wurden als unzulässig abgewiesen. 264 Beschwerden wurden zurückgezogen oder eingestellt. Über 410 Beschwerden wurde bis Ende Juli 2009 noch nicht entschieden.

⁸ General Comment Nr. 33 – The Obligations of State Parties under the Optional Protocol, UN-Dok. CCPR/C/GC/33 vom 5. November 2008.

⁹ Weitergehend vertritt z.B. *Schüfer* (Fn. 6), S. 21, die Ansicht, dass die Vertragsstaaten des FP I mittelbar zur Befolgung der Auffassungen des Ausschusses verpflichtet seien.

¹⁰ Vgl. hierzu und zum Folgenden die Angaben in dem Bericht des Ausschusses an die Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 10. November 2009, UN-Dok. A/64/40 (Vol. I), Kapitel V, A (S. 94).

IV. Zulässigkeitsfragen

1. Beschwerdebefugnis / Opfereigenschaft

Art. 96 lit. b VerfO sieht vor, dass eine Beschwerde grundsätzlich nur von dem Betroffenen selbst oder von dessen Vertreter eingereicht werden darf. Eine Ausnahme davon besteht dann, wenn der Betroffene zur Einreichung einer Mitteilung nicht in der Lage ist. Die Vertretung des vermeintlichen Opfers einer Menschenrechtsverletzung ist nur wirksam, wenn der Bevollmächtigte dem Ausschuss die Vertretungsbefugnis nachweist, wozu in der Regel die Vorlage einer schriftlichen Vollmacht oder eines anderen schriftlichen Nachweises erforderlich ist.¹¹

In dem Fall *Isaev und Karimov ./.* *Usbekistan*¹² konnte die Verfasserin der Beschwerde eine wirksame schriftliche Bevollmächtigung zur Geltendmachung einer Verletzung des Zivilpaktes nur bezüglich ihres Sohnes, Herrn *Isaev*, nicht jedoch bezüglich dessen Bekannten, Herrn *Karimov*, vorlegen. Aus diesem Grund wurde die Beschwerde insoweit als unzulässig abgewiesen.¹³

In der Beschwerde *Vojnović ./.* *Kroatien*¹⁴ entschied der Ausschuss, dass ein Vater die Rechte des Sohnes nur dann geltend machen kann, wenn er dazu ermächtigt wurde.¹⁵

In Bezug auf das "standing as a victim" hatte der Ausschuss über die Beschwerde *Bagishbekov ./.* *Kirgistan*¹⁶ zu entscheiden. Der Beschwerdeführer begehrte von dem kirgisischen Justizministerium den Erhalt von Informationen darüber, ob und wie viele Todesurteile in dem Zeitraum seit

dem Inkrafttreten einer die Todesstrafe verbietenden Verfassungsänderung am 9. November 2006 bis zum 30. März 2007 in Kirgistan verhängt worden waren. Nachdem sich das Ministerium weigerte, Herrn *Bagishbekov* die gewünschten Informationen zukommen zu lassen, erhob dieser innerstaatliche Klage. Das Ministerium wurde daraufhin gerichtlich dazu verpflichtet, Herrn *Bagishbekov* die Zahlen der im letzten Quartal des Jahres 2006 und der im ersten Quartal des Jahres 2007 verhängten Todesstrafen mitzuteilen. Herr *Bagishbekov* begründete die Beschwerde vor dem Ausschuss unter Berufung auf Verletzungen von Art. 2 Abs. 3 und 19 Abs. 2 lit. a damit, dass die Informationen, die er erhalten hat, nicht seinem ursprünglichen Antrag entsprächen. Weil der Beschwerdeführer nur ein allgemeines Interesse an den Statistiken, aber keine persönliche Betroffenheit geltend machen konnte, verwarf der Ausschuss die Beschwerde als unzulässige *actio popularis*.¹⁷

2. Zuständigkeit ratione temporis

In der Beschwerde *Cifuentes Elgueta ./.* *Chile*¹⁸ behauptete die Beschwerdeführerin, dass ihr Sohn im Februar 1981 Opfer des „Verschwindenlassens“ geworden sei. Zwar war Chile zu diesem Zeitpunkt bereits Vertragsstaat des Zivilpaktes. Weil das FP I jedoch erst am 28. August 1992 für Chile in Kraft getreten war und der Vertragsstaat bei der Ratifikation des FP I die Erklärung abgegeben hat, dass er die Zuständigkeit des Ausschusses für die Prüfung von Mitteilungen in zeitlicher Hinsicht nur für Ereignisse anerkennt, die sich nach dem 11. März 1990 ereignet haben, wies die Mehrheit des Ausschusses entgegen abweichender Ansichten einiger Aus-

¹¹ Vgl. Schäfer (Fn. 6), S. 64ff. (S. 65).

¹² Auffassung vom 20. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1163/2003.

¹³ Ebd., Nr. 8.3.

¹⁴ Auffassung vom 30. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1510/2006.

¹⁵ Ebd., Nr. 7.4.

¹⁶ Entscheidung vom 30. Juli 2009, UN-Dok. CCPR/C/96/D/1877/2009.

¹⁷ Ebd., Nr. 4.2.

¹⁸ Entscheidung vom 28. Juli 2009, UN-Dok. A/64/40, Vol. II (2009), Annex VIII, J (S. 491-503).

schussmitglieder¹⁹ die Beschwerde als unzulässig ab.²⁰

3. Unsubstantiiertheit der Beschwerde

Gemäß Art. 1 S. 1 und 2 FP I muss der Beschwerdeführer behaupten, in einem seiner im Pakt niedergelegten Rechte verletzt zu sein. Der Beschwerdeführer muss die Behauptung der Rechtsverletzung begründen und Beweise an den Ausschuss herantragen, die seine Behauptungen belegen. Die von dem Beschwerdeführer gemachten Angaben müssen zumindest *prima facie* eine Verletzung wenigstens eines Paktrechts erkennen lassen. Ist dies nicht der Fall, weist der Ausschuss die Beschwerde im Einklang mit Regel 96 lit. b S. 1 VerfO ab.

Der Beschwerde *Sattorov ./. Tadschikistan*²¹ lag nach Angaben der Beschwerdeführerin folgender Sachverhalt zugrunde: Der Sohn der Beschwerdeführerin sei wegen des Verdachts, als Bandenmitglied in den Jahren 1997 und 1998 an insgesamt drei Raubüberfällen beteiligt gewesen zu sein, ohne Vorlage eines Haftbefehls am 11. März 2002 zunächst für vier Wochen auf dem Gelände des Innenministeriums in Gewahrsam genommen worden, ohne dass gegen ihn Anklage unter Nennung der Beschuldigungen erhoben wurde. Erst nach dem Transfer in eine besondere Einrichtung der Untersuchungshaft sei förmlich Anklage erhoben worden. Während der dortigen Haftzeit sei er unter Anwendung von Folter zur Ablegung von Schuldgeständnissen gezwungen worden, die in einem späteren, letztinstanzlich bestätigten, Strafverfahren zur Grundlage der

Verurteilung zum Tode gemacht worden seien. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzungen von Art. 6 (Recht auf Leben), Art. 7 (Verbot der Folter), Art. 9 (Recht auf Freiheit und Sicherheit der Person), Art. 10 (Recht auf würdevolle Behandlung während der Freiheitsentziehung), sowie Art. 14 Abs. 1 (Recht auf ein faires Verfahren) und Art. 14 Abs. 3 lit g (*Nemo-tenetur*-Grundsatz). Aufgrund nicht ausreichender Beweise für eine mögliche Verletzung von Art. 9 wurde die Beschwerde vom Ausschuss diesbezüglich verworfen; die Vertreter Tadschikistans konnten darlegen, dass der Sohn der Beschwerdeführerin am 12. März 2002 in Haft genommen wurde und dass er einen Tag später unter Angabe der gegen ihn erhobenen Vorwürfe in Untersuchungshaft überstellt worden war.²²

Weitere Beschwerden wurden (teilweise) deshalb abgewiesen, weil die Beschwerdeführer in bestimmten Punkten eine Verletzung von zumindest einem Paktrecht nicht substantiiert darlegen konnten.²³

Unter dem Gesichtspunkt der unzureichenden Substantiierung von Beschwerden hielt der Ausschuss im Einklang mit seiner ständigen Spruchpraxis auch einige Fälle soweit für unzulässig, als die Bewertung von Tatsachen und Beweismitteln durch die nationalen Gerichte gerügt wurde. Der Ausschuss sieht seine Zuständigkeit für die Prüfung derartiger Beschwerden nur dann gegeben, wenn die nationalen Gerichte offensichtlich willkürlich gehandelt haben

¹⁹ Abweichende Auffassung der Ausschussmitglieder *Christine Chanet*, *Rajsoomer Lallah* sowie *Zonke Majodina*, UN-Dok. A/64/40, Vol. II (2009), Annex VIII, J (S. 496f.), und abweichende Auffassung der Ausschussmitglieder *Helen Keller* und *Fabián Salvioli*, UN-Dok. A/64/40, Vol. II (2009), Annex VIII, J (S. 498ff.).

²⁰ Fn. 18, Nr. 8.5.

²¹ Auffassung vom 30. März 2009, UN-Dok. A/64/40, Vol. II (2009), Annex VII, E (S. 34-40).

²² Ebd., Nr. 7.3.

²³ *Z.B. Garcia Perea ./. Spanien*, Entscheidung vom 27. März 2009, UN-Dok. CCPR/95/D/1511/2006; *Dunaev ./. Tadschikistan*, Auffassung vom 30. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1195/2003; *A.K. und A.R. ./. Usbekistan*, Auffassung vom 31. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1233/2003, *Reshmitkov ./. Russland*, Auffassung vom 23. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1278/2004, *Boyer ./. Kanada*, Entscheidung vom 27. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1774/2008 und *S.A. ./. Tadschikistan*, Entscheidung vom 23. Oktober 2009, UN-Dok. CCPR/C/97/D/1240/2004.

oder ein Fall der Rechtsverweigerung vorliegt.²⁴

4. *Zuständigkeit ratione materiae*

Der Ausschuss ist nur zuständig für die Prüfung von Mitteilungen von Einzelpersonen, wenn der von diesen vorgetragene Lebenssachverhalt in den Schutzbereich eines der im Pakt beziehungsweise im FP II gewährleisteten Rechte fällt, vgl. Art. 1 S. 1 und Art. 2 FP I.

Im Berichtszeitraum wurden im Hinblick auf diese Zulässigkeitsvoraussetzung einige Beschwerden für unzulässig erachtet: in den Fällen *Cride ./.* Kanada²⁵ und *Sroub ./.* Tschechien²⁶ beriefen sich die Beschwerdeführer auf eine Verletzung des im Zivilpakt nicht garantierten Rechts auf Eigentum. In der Beschwerde *Tarlue ./.* Kanada²⁷ war der Ausschuss der Ansicht, dass ein Abschiebungsverfahren keine „strafrechtliche Anklage“ im Sinne von Art. 14 Abs. 1 S. 1 darstellt. Schließlich befand der Ausschuss in dem Fall *Weerawansa ./.* Sri Lanka²⁸, dass der Zivilpakt kein Recht kennt, das einer Einzelperson einen Anspruch auf ein Gerichtsverfahren vor einer Jury gibt.

5. *Missbrauch des Beschwerderechts*

Der Ausschuss erklärt eine Mitteilung für unzulässig, die er für einen Missbrauch des Beschwerderechts hält, Art. 3 FP I. Weil weder der Zivilpakt noch das FP I eine Beschwerdefrist enthalten, nimmt der Ausschuss einen Fall des Missbrauchs des Beschwerderechts an, wenn der Beschwerdeführer vor Einreichung der Beschwerde beim Ausschuss einen längeren Zeitraum seit der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs hat verstreichen lassen, obwohl ihm die Einreichung der Beschwerde möglich war. Allein der Zeitraum reicht für sich genommen jedoch noch nicht aus, um einen Missbrauch des Beschwerderechts zu begründen. Hinzukommen muss, dass der Beschwerdeführer keine vernünftigen Gründe für das späte Erheben der Individualbeschwerde vorbringen kann.

In dem Verfahren *Persan ./.* Tschechien²⁹ reichte der Beschwerdeführer erst sieben Jahre nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs (über fünf Jahre nachdem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte seine Klage als unzulässig abgewiesen hatte) Beschwerde beim Ausschuss ein. Nach Auffassung der Ausschussmehrheit konnte der Beschwerdeführer aber Gründe glaubhaft machen, die einen Missbrauch des Beschwerderechts ausschließen.³⁰ Ebenso entschied der Ausschuss in dem Fall *Slezák ./.* Tschechien³¹, in dem der Beschwerdeführer die Mitteilung erst fast 6 ½ Jahre nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs eingereicht hatte.³²

²⁴ *Cridge ./.* Kanada, Entscheidung vom 27. März 2009, UN-Dok. CCPR/95/D/1529/2006, *Tarlue ./.* Kanada, Entscheidung vom 27. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1551/2007, *Podolnova ./.* Russland, Entscheidung vom 28. Juli 2009, UN-Dok. CCPR/C/96/D/1309/2004 und *Geraschenko ./.* Weissrussland, Entscheidung vom 23. Oktober 2009, UN-Dok. CCPR/C/97/D/1537/2006.

²⁵ Fn. 24, Nr. 6.3.

²⁶ Entscheidung vom 27. Oktober 2009, UN-Dok. CCPR/C/97/D/1573/2007, Nr. 8.4. In dieser Beschwerde entschied der Ausschuss zudem, dass sich ein Beschwerdeführer nicht auf eine Verletzung von Art. 47, sondern nur auf die in Teil III des Paktes (Art. 6 - Art. 27) gewährleisteten Rechte berufen kann, vgl. Nr. 8.6.

²⁷ Fn. 24, Nr. 7.8.

²⁸ Auffassung vom 17. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1406/2005, Nr. 6.4.

²⁹ Auffassung vom 24. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1479/2006.

³⁰ Ebd., Nr. 6.3. Anderer Ansicht war das Ausschussmitglied *Abdelfattah Amor*, dessen abweichender Meinung sich die Ausschussmitglieder *Ahmed Amin Fathalla* und *Bouziid Lazhari* anschlossen, vgl. UN-Dok. CCPR/C/95/D/1479/2006, Appendix.

³¹ Auffassung vom 20. Juli 2009, UN-Dok. CCPR/C/96/D/1574/2007.

³² Ebd., Nr. 6.3.

Anders entschied der Ausschuss in dem Fall *Kudrna ./. Tschechien*³³. Die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin mit der Erhebung der Beschwerde seit der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs über sieben Jahre gewartet hatte und dass sie das Untätigbleiben während dieses Zeitraums nicht vernünftig erklären konnte, begründet seiner Auffassung nach einen Missbrauch des Beschwerderechts.³⁴

Die dargestellten Fälle zeigen, wie einzel-fallabhängig die Entscheidung über das Vorliegen eines Missbrauchsfalls in der Spruchpraxis des Ausschusses ist.

6. Kumulationsverbot

Gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. a FP I hat sich der Ausschuss im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung zu vergewissern, dass die eingereichte Mitteilung nicht bereits in einem anderen internationalen Untersuchungs- und Streitregelungsverfahren geprüft wird (“is not being examined”).

In der Beschwerde *Vojnović ./. Kroatien*³⁵ hatte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine vor Mitteilung an den Ausschuss erhobene Klage am 23. November 2005 für unzulässig erklärt. Kroatien hatte bei der Ratifikation des FP I einen Vorbehalt angebracht, wonach der Ausschuss “shall not have competence to consider a communication from an individual if the same matter is being examined or has already been examined under another procedure of international investigation or settlement”. Aufgrund dieses Vorbehalts sind vor dem Ausschuss gegen Kroatien erhobene Beschwerden über den Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 lit. a FP I hinaus grundsätzlich auch dann unzulässig, wenn das Verfahren bei einer anderen internationalen Instanz bereits abgeschlossen ist. Davon ist jedoch nach Ansicht des Ausschusses in Auslegung des Merkmals „examine“

eine Ausnahme zu machen, wenn die andere Instanz – im vorliegenden Fall der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte – die Beschwerde aus prozessualen Gründen abgewiesen hat, ohne sich inhaltlich mit der Sache zu befassen.³⁶

In *Poma ./. Peru*³⁷ erklärte der Ausschuss eine Beschwerde für zulässig, obwohl ein Parallelverfahren nach Resolution 1503 des Wirtschafts- und Sozialrates der Vereinten Nationen³⁸ vor der Menschenrechtskommission (seit Juni 2006 Menschenrechtsrat) betrieben wurde. Begründet wurde dies damit, dass sich das 1503-Verfahren grundsätzlich von dem Verfahren nach dem FP I unterscheidet, insbesondere mündet das Verfahren vor der Menschenrechtskommission/dem Menschenrechtsrat nicht in eine Entscheidung über die Feststellung des (Nicht-)Vorliegens einer Verletzung von Menschenrechten.³⁹

7. Rechtswegerschöpfung

Schließlich muss ein Beschwerdeführer gemäß Art. 2 und 5 Abs. 2 lit. b FP I erfolglos den innerstaatlichen Rechtsweg erschöpft haben, damit der Fall inhaltlich geprüft wird. Von diesem Erfordernis sind sämtliche verfügbare und wirksame, auch nichtgerichtliche, Rechtsbehelfe von der ersten bis zur letzten innerstaatlich verfügbaren Instanz erfasst. In den einzelnen innerstaatlichen Verfahren muss der Beschwerdeführer äußerste Sorgfalt bezüglich der Einhaltung der geltenden Prozessvorschriften anwenden; das Verfahren betreffende Versäumnisse gehen grundsätzlich zu seinen Lasten. Überdies muss eine Verletzung des materiellen Gehalts eines im Zivilpakt gewährleisteten Rechtes zumindest der Sache nach während des inner-

³³ Entscheidung vom 21. Juli 2009, UN-Dok. CCPR/C/96/D/1582/2007.

³⁴ Ebd., Nr. 6.3.

³⁵ Fn. 14.

³⁶ Ebd., Nr. 7.2.

³⁷ Auffassung vom 27. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1457/2006.

³⁸ UN-Dok. E/Res/1503 (XLVIII) vom 27. Mai 1970.

³⁹ Fn. 37, Nr. 6.2.

staatlichen Verfahrens geltend gemacht worden sein.

In *Salikh ./.* *Usbekistan*⁴⁰ wurde der Beschwerdeführer am 17. November 2000 wegen der angeblichen Beteiligung an terroristischen Handlungen (Hervorrufen einer Bombenexplosion) im Februar 1999 *in absentia* zu 15½ Jahren Haft verurteilt. Nach Angaben des Beschwerdeführers, der politisches Asyl in Norwegen genießt, handele es sich um eine politisch motivierte Verurteilung wegen seines Antritts als Kandidat bei den nationalen Präsidentschaftswahlen in Usbekistan im Jahre 1991. Die Anwältin des Beschwerdeführers hat wiederholt erfolglos versucht, Zugang zu der Anklageschrift und dem Urteil zu erhalten, um auf deren Grundlage Rechtsmittel gegen die Verurteilung ergreifen zu können, ist jedoch stets von den nationalen Behörden zurückgewiesen worden. Der Ausschuss bestätigte seine ständige Spruchpraxis und erklärte die Beschwerde für zulässig, da nur solche Rechtsbehelfe ergriffen werden müssten, die "reasonable prospect of success" bieten.⁴¹

In dem Verfahren *Garcia Perea ./.* *Spanien*⁴² rügten die Beschwerdeführer eine Verletzung des Rechts auf Privatleben gemäß Art. 17. Dieses sei verletzt, weil bei der Abwicklung des Nachlasses der wahre Wille des Erblassers zu Ungunsten der Beschwerdeführer nicht gewahrt worden sei. Obwohl die Urheber der Beschwerde den Instanzenzug erfolglos erschöpft hatten, wies der Ausschuss die Beschwerde ab. Begründet wurde dies damit, dass die Beschwerdeführer Informationen nicht vorgelegt haben, die die Unwirksamkeit der ergriffenen Rechtsmittel belegen.⁴³

Der Ausschuss bestätigte in der Sache *Kly ./.* *Kanada*⁴⁴ seine ständige Spruchpraxis,

wonach zur Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweg auch die Einhaltung von Rechtsbehelfsfristen gehört.⁴⁵

Die Beschwerde *Aster ./.* *Tschechien*⁴⁶ wurde als unzulässig abgewiesen, weil der Beschwerdeführer sein Begehren nach erfolglosem Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens innerstaatlich nicht weiter verfolgte, obwohl dazu die Möglichkeit bestand.⁴⁷

In der Sache *Gunaratna ./.* *Sri Lanka*⁴⁸ behauptete der Beschwerdeführer, von Polizeikräften vom 21. Juni 2000 an über einen Zeitraum von 21 Tagen willkürlich festgehalten und gefoltert worden zu sein. Am 18. September 2000 erhob der Beschwerdeführer Klage vor dem Obersten Gerichtshof Sri Lankas und zwar mit dem Begehren, festzustellen, dass die Behandlung durch die Polizeibeamten ihn in verfassungsmäßigen Rechten verletzt. Herr *Gunaratna* wurde fortan bedroht und dazu aufgefordert, die erhobene Klage zurückzunehmen. Am 1. August 2005 reichte der Beschwerdeführer Mitteilung beim Ausschuss ein. Vor der Entscheidung des Ausschusses über die Beschwerde stellte der srilankische Oberste Gerichtshof am 16. November 2006 fest, dass der Beschwerdeführer in seinen Rechten aus der srilankischen Verfassung (illegale Festnahme, illegale Inhaftierung und Folter) verletzt ist. Im Jahre 2007 wurde entschieden, Strafermittlungen gegen die in dem Urteil des Obersten Gerichtshofs genannten Polizeibeamten einzuleiten. Weil auch acht Jahre nach der illegalen Inhaftierung des Beschwerdeführers noch keine Ermittlungen gegen die Polizeibeamten eingeleitet wurden und weil bis zur Entscheidung des Obersten Gerichtshofs sechs Jahre vergangen waren, entschied der Ausschuss, dass die Anwendung des Rechtsbehelfs (Klage vor dem Obersten Gerichtshof) "amounts to an

⁴⁰ Auffassung vom 30. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1382/2005.

⁴¹ Ebd., Nr. 6.3.

⁴² Fn. 23.

⁴³ Fn. 23, Nr. 6.2.

⁴⁴ Entscheidung vom 27. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1576/2007.

⁴⁵ Ebd., Nr. 6.4.

⁴⁶ Entscheidung vom 27. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1575/2007.

⁴⁷ Ebd., Nr. 6.2.

⁴⁸ Auffassung vom 17. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1432/2005.

unreasonably prolonged delay within the meaning of article 5, paragraph 2(b), of the Optional Protocol".⁴⁹ Der Beschwerdeführer hatte mithin alle zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe erschöpft.

In dem Verfahren *Hill ./. Spanien*⁵⁰ rügte der Beschwerdeführer die Verletzung mehrerer Paktrechte. Bezüglich behaupteter Verletzungen von Art. 17 Abs. 1 und 2 hatte der Beschwerdeführer es jedoch unterlassen, innerstaatlich sinngemäß eine Verletzung dieser Rechte geltend zu machen. Deshalb erklärte der Ausschuss die Beschwerde insoweit für unzulässig.⁵¹ Darüber hinaus versäumte der Beschwerdeführer es, bezüglich der behaupteten Verletzung des Rechts auf Freiheit und Sicherheit der Person (Art. 9 Abs. 1) sowie des Grundsatzes *ne bis in idem* (Art. 14 Abs. 7) die Frist für seine *amparo*⁵² einzuhalten.⁵³

Außerdem waren die Beschwerden *Vargay ./. Kanada*⁵⁴, *S.A. ./. Tadschikistan*⁵⁵ und *Gaviria Lucas ./. Kolumbien*⁵⁶ unzulässig, weil der innerstaatliche Rechtsweg nicht erschöpft worden war.

V. Einstweilige Maßnahmen

Gemäß Regel 92 Verfo kann der Ausschuss, nachdem eine Beschwerde bei ihm eingereicht worden ist und bevor eine Entscheidung ergangen ist, vorläufige Maßnahmen ergreifen, um den Eintritt von irreparablen Schäden für den Beschwerdeführer abzuwenden.

Der Ausschuss macht insbesondere in Fällen, in denen der Beschwerdeführer zum Tode verurteilt wurde und die Urteilsvollstreckung droht, aber auch in Fällen drohender Abschiebung von der Möglichkeit, einstweilige Maßnahmen zu ergreifen, Gebrauch. Zudem wendet der Ausschuss Regel 92 in Fällen unfairer Gerichtsprozesse an.

In der Beschwerde *Gunaratna ./. Sri Lanka*⁵⁷ forderte der Ausschuss die Vertragspartei dazu auf, den Beschwerdeführer und dessen Familie vor Übergriffen und Bedrohungen zu schützen.

In den Beschwerdefällen *Isaev und Karimov ./. Usbekistan*⁵⁸, *Dunaev ./. Tadschikistan*⁵⁹ und *Sattorov ./. Tadschikistan*⁶⁰ forderte der Ausschuss die Vertragsparteien auf, die verhängten Todesurteile vorerst nicht zu vollstrecken. Daraufhin wurde dem Ausschuss von den Vertragsparteien mitgeteilt, dass die Todesstrafen in Freiheitsstrafen umgewandelt worden seien.⁶¹

In *Idiev ./. Tadschikistan*⁶² und *Tolipkhuzhaev ./. Usbekistan*⁶³ wurden Todesurteile vollstreckt, obwohl der Ausschuss einstweilige Maßnahmen ergriffen hatte. Die Vertragsparteien begründeten dies damit, dass die einstweiligen Maßnahmen die für die Aussetzung der Vollstreckung zuständigen Behörden nicht rechtzeitig erreicht hätten.⁶⁴

In der Sache *Yin Fong ./. Australien*⁶⁵ forderte der Ausschuss die Vertragspartei dazu auf, die Abschiebung der Beschwerdeführer

⁴⁹ Ebd., Nr. 7.5.

⁵⁰ Entscheidung vom 28. Juli 2009, UN-Dok. A/64/40 (Vol. II), Annex VIII, L (S. 514-521).

⁵¹ Ebd., Nr. 6.6.

⁵² Dabei handelt es sich um eine besondere Form der Individualverfassungsbeschwerde.

⁵³ Ebd., Nr. 6.7.

⁵⁴ Entscheidung vom 28. Juli 2009, UN-Dok. CCPR/C/96/D/1639/2007, Nr. 7.3.

⁵⁵ Fn. 23, Nr. 7.3.

⁵⁶ Entscheidung vom 27. Oktober 2009, UN-Dok. CCPR/C/97/D/1541/2007, Nr. 6.3.

⁵⁷ Fn. 48, Nr. 1.1.

⁵⁸ Fn. 12, Nr. 1.3.

⁵⁹ Fn. 23, Nr. 1.1.

⁶⁰ Fn. 21, Nr. 1.2.

⁶¹ Vgl. UN-Dok. A/64/40 (Vol. I), E. 1. (j), S. 103.

⁶² Auffassung vom 31. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1276/2004.

⁶³ Auffassung vom 22. Juli 2009, UN-Dok. CCPR/C/96/D/1280/2004.

⁶⁴ Vgl. UN-Dok. A/64/40 (Vol. I), E. 1. (j), S. 103.

⁶⁵ Auffassung vom 23. Oktober 2009, UN-Dok. CCPR/C/97/D/1442/2005.

rerin nach China vorerst auszusetzen. Diesem Gesuch entsprach die Vertragspartei.⁶⁶

VI. Materiellrechtliche Fragen

Der Ausschuss äußerte sich im Jahr 2009 im Rahmen der Individualbeschwerdeverfahren unter anderem zu folgenden materiellrechtlichen Fragen:

1. *Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf (Art. 2 Abs. 3)*

In der Beschwerde *Gunaratna ./ Sri Lanka*⁶⁷ stellte der Ausschuss eine Verletzung von Art. 2 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 7 (Verbot der Folter) und Art. 9 (Recht auf Freiheit der Person) fest, weil die Vertragspartei keine strafrechtlichen Ermittlungen eingeleitet hatte.

2. *Recht auf Leben (Art. 6)*

Der Ausschuss stellte eine Verletzung des Rechts auf Leben in dem Verfahren *Idiev ./ Tadschikistan*⁶⁸ fest. Der Beschwerde lag folgender Sachverhalt zu Grunde: der Sohn der Beschwerdeführerin wurde im Jahr 1998 von Mitgliedern einer kriminellen Vereinigung, der er selbst angehörte, gezwungen, sich an der Begehung von verschiedenen Straftaten zu beteiligen. Am 14. August 2001 wurde er von Kriminalbeamten in Arrest genommen. Während des Arrests wurde Herr *Idiev* unter Anwendung von Elektroschocks und Knüppelschlägen dazu gezwungen, den Mord an dem Sohn der Nachbarfamilie zu gestehen. Zudem wurde er gezwungen, dem für die gesundheitliche Verfassung von Festgehaltenen zuständigen Arzt glaubhaft zu vermitteln, dass er von den Beamten nicht mit den genannten Mitteln zum Ablegen eines Geständnisses gezwungen worden sei. Da ihm dies gelang, wurden die Verletzungen, die die Anwendung der Elektroschocks

und Knüppelschläge verursachten, nicht schriftlich vermerkt. Am 26. August 2001 wurde ein Haftbefehl ausgestellt. Erst am 3. September 2001 wurde dem Verdächtigen förmlich die Anklage mitgeteilt und Rechtsbeistand gewährt. Die Hauptverhandlung vor einer Strafkammer des Obersten Gerichtshofes, in der Herr *Idiev* sein Geständnis zurücknahm und angab, bei der Tötung des Nachbarsohnes lediglich fahrlässig gehandelt zu haben, dauerte vom 3. Mai 2002 bis zum 24. Februar 2003 und endete mit der Verhängung der Todesstrafe. Eine Verletzung des Rechts auf Leben sieht der Ausschuss darin begründet, dass das gegen den Sohn der Beschwerdeführerin verhängte Todesurteil unter Verstoß gegen Art. 7, Art. 14 Abs. 3 lit. d, e und g sowie Art. 6 Abs. 2 zustande gekommen war.⁶⁹

In *Weerawansa ./ Sri Lanka*⁷⁰ stellte der Ausschuss ebenfalls eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 fest. In dieser Sache wurde der Beschwerdeführer wegen Verschwörung zur Begehung eines Mordes und wegen Anstiftung zum Mord zum Tode durch Erhängen verurteilt. Die Tatsache, dass das srilankische Strafrecht für die Begehung dieser Straftaten zwingend die Todesstrafe vorsieht, verstößt nach Auffassung des Ausschusses gegen Art. 6 Abs. 1. Die Verhängung der Todesstrafe sei deshalb willkürlich, weil die konkreten Tatumstände und die persönliche Situation des Täters nicht berücksichtigt werden. Dies gelte auch dann, wenn – wie im vorliegenden Fall – ein Moratorium für die Todesstrafe besteht.⁷¹

In dem Fall *Amirov ./ Russland*⁷², der sich im Kontext des Tschetschenien-Konflikts abspielte, wurde die Frau des Beschwerdeführers mit mehreren Einschusswunden und einer 20 bis 25 Zentimeter langen Wunde auf der linken Bauchseite tot aufge-

⁶⁶ Ebd., Nr. 1.2.

⁶⁷ Fn. 48, Nr. 8.3.

⁶⁸ Fn. 62.

⁶⁹ Fn. 62, Nr. 9.7.

⁷⁰ Fn. 28.

⁷¹ Fn. 28, Nr. 7.2.

⁷² Auffassung vom 2. April 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1447/2006.

funden. Der Beschwerdeführer verdächtigte Angehörige der russischen Streitkräfte, für die Tötung seiner zum Tatzeitpunkt im achten Monat schwangeren Frau verantwortlich zu sein. Der Ausschuss begründet eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 3 unter Rückgriff auf die Allgemeine Bemerkung Nr. 31⁷³ damit, dass wirksame strafrechtliche Ermittlungen seitens der zuständigen russischen Staatsanwaltschaft nicht durchgeführt worden seien.⁷⁴

Der Ausschuss verneinte eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 in der Beschwerde *Morales Tornel ./.* Spanien⁷⁵. Das Recht auf Leben ist nach Ansicht des Ausschusses nicht verletzt, wenn ein zu 28 Jahren Haft Verurteilter, der während der Haft mit HIV/Aids infiziert wurde, nicht einige Monate vor dem mit Sicherheit krankheitsbedingt eintretenden Tod aus der Haft entlassen wird.⁷⁶

Die beabsichtigte Abschiebung der Beschwerdeführerin in *Yin Fong ./.* Australien⁷⁷ nach China verstößt nach Ansicht des Ausschusses gegen Art. 6, weil die Beschwerdeführerin mit hoher Wahrscheinlichkeit („real risk“) zum Tode verurteilt werden würde. In diesem Fall war der Ehemann der Beschwerdeführerin aus vermeintlich politischen Gründen wegen Korruption zur Todesstrafe verurteilt worden; der Ausschuss war nach dem Vortrag der Beschwerdeführerin zu der Überzeugung gelangt, dass dieser nach Abschiebung das Gleiche widerfahren werde.⁷⁸

3. *Verbot der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (Art. 7)*

In der Spruchpraxis des Ausschusses zu Art. 7 haben vor allem Beschwerden, in denen Verdächtige unter Anwendung von Folter zur Ablegung von Geständnissen gezwungen werden, große Bedeutung erlangt. In solchen Fällen nimmt der Ausschuss einen Verstoß gegen Art. 7 i.V.m. Art. 14 Abs. 3 lit. g an. Derartige Menschenrechtsverletzungen wurden im Berichtszeitraum in den Fällen *Isaev und Karimov ./.* Usbekistan⁷⁹, *Tolipkhuzhaev ./.* Usbekistan⁸⁰, *Dunaev ./.* Tadschikistan⁸¹, *Sattorov ./.* Tadschikistan⁸², *Idiev ./.* Tadschikistan⁸³ und *Turaeva ./.* Usbekistan⁸⁴ festgestellt.

Einen Verstoß gegen Art. 7 nahm der Ausschuss überdies in dem Fall *Iskiyaev ./.* Usbekistan⁸⁵ an, in dem der Beschwerdeführer beweisen konnte, dass er von Beamten gefoltert worden war.

In dem Verfahren *Kibaya ./.* Demokratische Republik Kongo⁸⁶ sah der Ausschuss eine Verletzung von Art. 7 i.V.m. Art. 2 Abs. 3 lit. c darin begründet, dass die wegen der Vornahme von Folterhandlungen ergangenen Strafurteile gegenüber mehreren staatlichen Vollzugsbeamten nicht vollstreckt worden waren.⁸⁷

In dem bereits geschilderten Verfahren *Amirov ./.* Russland⁸⁸ sah der Ausschuss eine Verletzung von Art. 7 i.V.m. Art. 2

⁷³ General Comment Nr. 31 vom 26. Mai 2004, UN-Dok. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, Nr. 15 und 18.

⁷⁴ Fn. 72, Nr. 11.2 bis 11.4.

⁷⁵ Auffassung vom 20. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1473/2006.

⁷⁶ Ebd., Nr. 7.2.

⁷⁷ Fn. 65.

⁷⁸ Fn. 65., Nr. 9.6 und 9.8.

⁷⁹ Fn. 12, Nr.9.2.

⁸⁰ Fn. 63, Nr. 8.3.

⁸¹ Fn. 23, Nr. 7.3.

⁸² Fn. 21, Nr.8.4.

⁸³ Fn. 62, Nr.9.3.

⁸⁴ Auffassung vom 20. Oktober 2009, UN-Dok. CCPR/C/97/D/1284/2004, Nr. 9.3.

⁸⁵ Auffassung vom 20. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1418/2005, Nr. 9.2.

⁸⁶ Auffassung vom 30. Juli 2009, UN-Dok. CCPR/C/96/D/1483/2006.

⁸⁷ Ebd., Nr. 6.2.

⁸⁸ Fn. 72.

Abs. 3 als gegeben an, weil Russland nicht ausreichende Aufklärungsmaßnahmen ergriffen hatte.⁸⁹ Zudem entschied er, dass gegenüber dem Beschwerdeführer wegen dessen psychischen Qualen und Leiden eine Verletzung von Art. 7 unmittelbar gegeben sei.

Dass eine Vertragspartei zur Vornahme von wirksamen strafrechtlichen Ermittlungen verpflichtet ist, wenn eine Verletzung von Art. 7 dem Ausschuss glaubhaft gemacht werden konnte, bestätigte der Ausschuss in *Turaeva ./.* *Usbekistan*⁹⁰.

Schließlich entschied der Ausschuss in *Yin Fong ./.* *Australien*⁹¹, dass der Beschwerdeführerin bei Abschiebung in den Heimatstaat mit hoher Wahrscheinlichkeit Folter, grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung widerfahren würde, und dass dies eine Verletzung von Art. 7 darstellen würde.

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

In dem Fall *Idiev ./.* *Tadschikistan*⁹² erkannte der Ausschuss über die bereits genannten Paktverletzungen⁹³ hinaus auf eine Verletzung von Art. 9 Abs. 1, der die willkürliche Festnahme einer Person verbietet. Zudem war auch Art. 9 Abs. 2 verletzt, da dem Beschwerdeführer erst Tage nach der Festnahme die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen bekanntgegeben worden waren.⁹⁴

Eine Verletzung von Art. 9 Abs. 1 wurde auch in dem Fall *Gunaratna ./.* *Sri Lanka*⁹⁵ festgestellt. Der Ausschuss geht in ständiger Spruchpraxis davon aus, dass diese

Vorschrift auch dann verletzt ist, wenn eine Vertragspartei es versäumt hat, wirksame Maßnahmen gegen Bedrohungen, die gegenüber einem nicht festgehaltenen Beschwerdeführer ausgesprochen werden, zu ergreifen.⁹⁶

In *Yklymova ./.* *Turkmenistan*⁹⁷ wurde die Beschwerdeführerin, die Tochter eines ehemaligen turkmenischen Landwirtschaftsministers, der 1997 in Schweden als Flüchtling anerkannt worden war, nach ihrer Rückkehr von einem Studienaufenthalt im Ausland von turkmenischen Sicherheitsbeamten vom 25. November bis zum 30. Dezember 2002 festgehalten, ohne dass ein Haftbefehl vorlag und ohne dass man ihr die Gründe für die Festnahme mitteilte. Kurz danach wurde die Beschwerdeführerin gezwungen, ihren Personalausweis und ihren Reisepass abzugeben. Überdies wurde im Sommer 2003 die Wohnung der Beschwerdeführerin beschlagnahmt. Frau *Yklymova* nahm deshalb Unterkunft bei der Großmutter. Gegenüber der Beschwerdeführerin wurde nun eine Meldepflicht verhängt. Zudem wurde die Wohnung der Großmutter fortan von bewaffneten Beamten beschattet und fast täglich von 10 bis 12 Beamten ohne Vorlage von Durchsuchungsbefehlen durchsucht. Außerdem wurde das Telefon angezapft. Von September 2004 an wurde Frau *Yklymova* das Verlassen der Wohnung verboten. Insgesamt 14 Beamte stellten rund um die Uhr sicher, dass die Beschwerdeführerin die Wohnung nicht ohne Erlaubnis verlassen konnte. Schweden weigerte sich, den Vater der Beschwerdeführerin an Turkmenistan auszuliefern. Erst nachdem der ehemalige Präsident Turkmenistans, dessen Kabinett der Vater der Beschwerdeführerin angehört hatte, im Dezember 2006 starb, gelang der Beschwerdeführerin und ihrer Großmutter im Juli 2007 über die Türkei die Flucht nach Schweden. Der Ausschuss stellte bezüglich der Freiheitsentziehung vom 25. November bis zum 30.

⁸⁹ Fn. 72, Nr. 11.6.

⁹⁰ Fn. 84, Nr. 9.2.

⁹¹ Fn. 65, Nr. 9.7 und 9.8

⁹² Fn. 62.

⁹³ Siehe VI 2. und VI 3.

⁹⁴ Fn. 62, Nr. 9.4.

⁹⁵ Fn. 48.

⁹⁶ Fn. 48, Nr. 8.4.

⁹⁷ Auffassung vom 20. Juli 2009, UN-Dok. CCPR/C/96/D/1460/2006.

Dezember 2002 und bezüglich des anschließenden und ohne Möglichkeit des Rechtsschutzes gegenüber der Beschwerdeführerin verhängten Hausarrests (Sommer 2003 bis Juli 2007) Verletzungen von Art. 9 Abs. 1, 2 und 4 fest.⁹⁸

In der Sache *Dean ./. Neuseeland*⁹⁹ wurde der Beschwerdeführer wegen der Vornahme von sexuellen Handlungen an einem männlichen Minderjährigen im Jahre 1995 verurteilt. Es wurde anschließende Sicherungsverwahrung mit erstmaliger Aussetzungsmöglichkeit nach zehn Jahren angeordnet. Weil die maximale Freiheitsstrafe für die Vornahme von sexuellen Handlungen an Minderjährigen zum Zeitpunkt der Verurteilung des Beschwerdeführers sieben Jahre betrug und weil erst im Jahre 2005, also zehn Jahre nach seiner Verurteilung, ein Antrag des Beschwerdeführers auf Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung angenommen wurde, war für den Zeitraum von drei Jahren nach Auffassung des Ausschusses Art. 9 Abs. 4 verletzt. Dieser schreibt vor, dass jedem, dem seine Freiheit entzogen ist, das Recht zu gewährleisten ist, „ein Verfahren vor einem Gericht zu beantragen, damit dieses unverzüglich über die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung entscheiden und seine Entlassung anordnen kann“.¹⁰⁰

Weitere Verletzungen von Art. 9 erblickte der Ausschuss in den Fällen *Reshetnikov ./. Russland*¹⁰¹, *Engo ./. Kamerun*¹⁰² und *Mamour ./. Zentralafrikanische Republik*¹⁰³ und *Yin Fong ./. Australien*¹⁰⁴.

⁹⁸ Ebd., Nr. 7.2, 7.3 und 7.4.

⁹⁹ Auffassung vom 17. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1512/2006.

¹⁰⁰ Ebd., Nr. 7.4.

¹⁰¹ Fn. 23, Nr. 8.2.

¹⁰² Auffassung vom 22. Juli 2009, UN-Dok. CCPR/C/96/D/1397/2005, Nr. 7.2. und 7.3.

¹⁰³ Auffassung vom 20. Juli 2009, UN-Dok. A/64/40 (Vol. II), Annex VII RR (S. 421-426), Nr. 6.2.

¹⁰⁴ Fn. 65, Nr. 9.3.

5. *Recht auf menschliche Behandlung während der Freiheitsentziehung (Art. 10)*

Im Berichtszeitraum stellte der Ausschuss einige Verletzungen von Art. 10 Abs. 1 fest.

Hervorzuheben sind die Fälle *Weerawansa ./. Sri Lanka*¹⁰⁵ (Unterbringung des Beschwerdeführers in einer kleinen und verschmutzten Zelle für 23 ½ Stunden täglich), *Engo ./. Kamerun*¹⁰⁶ (Verschlechterung der Sehfähigkeit des Beschwerdeführers infolge der Verweigerung medizinischer Versorgung) und *Iskiyaev ./. Usbekistan*¹⁰⁷ (starke Verschmutzungen der Justizvollzugsanstalt und dadurch bedingt häufiges Auftreten von Tuberkulose).

6. *Recht auf Freizügigkeit und Recht, einen Staat zu verlassen (Art. 12)*

Während Art. 12 Abs. 1 das Recht gewährleistet, sich innerhalb des eigenen Staatsgebietes frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen, garantiert Art. 12 Abs. 2 das Recht, einen Staat zu verlassen. Einschränkungen dieser Rechte sind nur nach Maßgabe von Art. 12 Abs. 3 zulässig.

In der Beschwerde *Yklymova ./. Turkmenistan*¹⁰⁸ stellte der Ausschuss fest, dass die staatlichen Beeinträchtigungen der Freizügigkeit einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 darstellen, der nicht gemäß Art. 12 Abs. 3 gerechtfertigt ist, weil keine Anklage gegen die Beschwerdeführerin erhoben wurde.¹⁰⁹

In der Beschwerde *Batyrov ./. Usbekistan*¹¹⁰ wurde der Beschwerdeführer, der aus geschäftlichen Gründen von Usbekistan nach Turkmenistan gereist war, verhaftet und wegen illegalen Grenzübertritts angeklagt

¹⁰⁵ Fn. 28, Nr. 7.4.

¹⁰⁶ Fn. 102, Nr. 7.5.

¹⁰⁷ Fn. 85, Nr. 9.3.

¹⁰⁸ Fn. 97.

¹⁰⁹ Fn. 97, Nr. 7.5.

¹¹⁰ Auffassung vom 30. Juli 2009, UN-Dok. CCPR/C/96/D/1585/2007.

und verurteilt. Das usbekische Strafrecht verbietet das Verlassen des Staatsgebietes, sofern eine besondere Genehmigung dazu nicht vorhanden ist. Ausnahmen und Gründe für das Verbot enthält das Gesetz nicht. In diesem Vorgang sieht der Ausschuss eine Verletzung von Art. 12 Abs. 2.¹¹¹

7. Recht auf ein faires Verfahren (Art. 14)

Von der 95. bis zur 97. Sitzung beschäftigte sich der Ausschuss mit einer Reihe von Fällen, in denen er verschiedene Verletzungen von Art. 14 feststellte.

Der Ausschuss entschied in *Vojnović ./. Kroatien*¹¹², dass das Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 verletzt ist, wenn von dem Beschwerdeführer benannte Zeugen von einem Gericht aus Willkür nicht zur Aussage zugelassen werden.¹¹³ In demselben Fall stellte der Ausschuss eine weitere Verletzung von Art. 14 Abs. 1 iVm Art. 2 Abs. 1 durch die Vertragspartei fest, weil die von dem Beschwerdeführer innerstaatlich durchgeführten (nicht strafrechtlichen) Verfahren mit insgesamt sieben Jahren unangemessen lange gedauert hatten.¹¹⁴

Das Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 14 Abs. 1 war auch in der Beschwerde *Tolipkhuzhaev ./. Usbekistan*¹¹⁵ verletzt. In dem Strafverfahren gegen den zu Tode verurteilten Sohn des Beschwerdeführers weigerte sich das Gericht, Beweismittel zu berücksichtigen, aus denen hervor geht, dass der Verurteilte zur Ablegung eines Geständnisses, Mord begangen zu haben, durch Anwendung von Folter gezwungen worden war.¹¹⁶

Der von Art. 14 Abs. 2 garantierte Grundsatz *in dubio pro reo* wurde in dem Fall *Enge ./. Kamerun*¹¹⁷ verletzt. In dem zugrunde liegenden Sachverhalt hatten staatliche Medien vor und während verschiedener Strafprozesse, die gegen den Beschwerdeführer stattfanden, in der Öffentlichkeit ein Bild der Schuld des Angeklagten geschaffen. In diesem Fall war zudem das Recht des Beschwerdeführers gemäß Art. 14 Abs. 3 lit. a, unverzüglich und im Einzelnen über die Art und den Grund der gegen ihn erhobenen Anklage unterrichtet zu werden, verletzt, weil ihm Akteneinsicht verweigert und erst nach einigen Monaten die Gründe der Anklage mitgeteilt worden waren.¹¹⁸ Außerdem erkannte der Ausschuss wegen der Behinderung des Kontaktes zum Anwalt und wegen der überlangen Verfahrensdauer auf Verletzungen von Art. 14 Abs. 3 lit. b, c und d.¹¹⁹

Der Vertragspartei zurechenbare Verletzungen von Art. 14 Abs. 3 lit. a, b, d und e waren in der Sache *Salikh ./. Usbekistan*¹²⁰ gegeben. Dem angeklagten und später in Abwesenheit verurteilten Beschwerdeführer wurden weder die Gründe der Anklage mitgeteilt, noch wurde ihm Einsichtnahme in die Akten gewährt.¹²¹

Beachtliche Verstöße gegen den Fair-trial-Grundsatz (Art. 14 Abs. 3 lit. d, e und g) stellte der Ausschuss außerdem bei *Idiev ./. Tadschikistan*¹²² fest.

In der Beschwerde *de León Castro ./. Spanien*¹²³ konnte der Ausschuss eine vom Beschwerdeführer behauptete Verletzung des Rechts auf Überprüfung der Verurteilung durch ein höheres Gericht gemäß Art. 14 Abs. 5 nicht feststellen. Nach Auffassung

¹¹¹ Ebd., Nr. 8.3.

¹¹² Auffassung vom 30. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1510/2006.

¹¹³ Ebd., Nr. 8.3.

¹¹⁴ Ebd., Nr. 8.4.

¹¹⁵ Fn. 63.

¹¹⁶ Fn. 63, Nr. 8.4.

¹¹⁷ Fn. 102, Nr. 7.6.

¹¹⁸ Fn. 102, Nr. 7.7.

¹¹⁹ Fn. 102, Nr. 7.8 und 7.9.

¹²⁰ Fn. 40.

¹²¹ Fn. 40, Nr. Nr. 9.3. bis 9.5..

¹²² Fn. 62, Nr. 9.3, 9.5 und 9.6; Sachverhaltsschilderung in VI. 2.

¹²³ Auffassung vom 19. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1388/2005.

des Ausschusses hatte sich das spanische Verfassungsgericht ausreichend mit der Entscheidung des Instanzgerichts, das den Beschwerdeführer wegen Betrugs zu drei Jahren Haft verurteilt hatte, – insbesondere in Hinblick auf die Beweiswürdigung – auseinandergesetzt.¹²⁴

Zu vergleichbaren Ergebnissen gelangte der Ausschuss in der auf der 96. Sitzung entschiedenen Beschwerde *Piscioneri ./.* *Spanien*¹²⁵.

In *Martinez ./.* *Spanien*¹²⁶ und *Carpintero Uclés ./.* *Spanien*¹²⁷ stellte der Ausschuss hingegen Verletzungen von Art. 14 Abs. 5 fest. Schließlich stellte der Ausschuss in *Osiyuk ./.* *Weissrussland*¹²⁸, *Kasimov ./.* *Usbekistan*¹²⁹ und *Khostikoev ./.* *Tadschikistan*¹³⁰ weitere Verletzungen von Rechten gemäß Art. 14 fest.

8. *Recht auf Schutz vor willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in das Privatleben, die Wohnung oder den Schriftverkehr (Art. 17)*

In der Sache *Morales Tornel ./.* *Spanien*¹³¹ hatten die zuständigen staatlichen Stellen es unter anderem unterlassen, die Familie des Inhaftierten und unheilbar Erkrankten über dessen letzte Einlieferung in ein Krankenhaus zu informieren. Darin sah der Ausschuss eine Verletzung des Rechts auf

Schutz vor Eingriffen in das Familienleben.¹³²

In der Beschwerde *Vojnovic ./.* *Kroatien*¹³³ hatten der Beschwerdeführer und seine Familie, serbische Kroaten, im Jahre 1987 eine im Eigentum der Vertragspartei stehende Wohnung angemietet. Familie *Vojnovic* wurde ein lebenslanges Wohnrecht eingeräumt. Das Mietverhältnis konnte einseitig von Kroatien unter anderem dann gekündigt werden, wenn die Wohnung von den Mietern über einen Zeitraum von durchgehend sechs Monaten nicht genutzt wurde. 1991 mussten der Beschwerdeführer und seine Familie Kroatien verlassen, weil sie von Unbekannten wegen ihrer serbischen Herkunft wiederholt bedroht worden waren. Der Sohn des Beschwerdeführers wurde sogar von Beamten körperlich misshandelt. Überdies wurde er ohne sachlichen Grund entlassen. Familie *Vojnovic* hielt sich dann für einen längeren Zeitraum in Serbien auf. Der Grund dafür, warum der Beschwerdeführer und seine Familie das Land verließen, wurde den kroatischen Behörden nicht mitgeteilt; der Beschwerdeführer hatte Kenntnis von ähnlichen Fällen und wusste, dass die Behörden in diesen Fällen regelmäßig untätig blieben. 1995 wurde das Mietverhältnis nach gerichtlicher Überprüfung für beendet erklärt, ohne dass der Beschwerdeführer, dem zu diesem Zeitpunkt die für die Einreise erforderlichen Dokumente fehlten, Kenntnis von dem Stattfinden des Verfahrens hatte. Nachdem die Familie nach Kroatien zurückgekehrt war, teilte der Beschwerdeführer der Vertragspartei die Gründe für das Verlassen des Landes mit und erreichte eine Überprüfung des Urteils von 1995. In den darauf folgenden Verfahren wurde die Ausgangsentscheidung jedoch im Ergebnis bestätigt. Eine Individualbeschwerde vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wurde als unzulässig *ratione temporis* abgewiesen. Nach Auffassung des

¹²⁴ Ebd., Nr. 9.2.

¹²⁵ Auffassung vom 22. Juli 2009, UN-Dok. CCPR/C/96/D/1366/2005, Nr. 9.2.

¹²⁶ Auffassung vom 19. Oktober 2009, UN-Dok. CCPR/C/97/D/1363/2005, Nr. 9.2.

¹²⁷ Auffassung vom 22. Juli 2009, UN-Dok. CCPR/C/96/D/1364/2005, Nr. 11.3.

¹²⁸ Auffassung vom 30. Juli 2009, UN-Dok. CCPR/C/96/D/1311/2004, Nr. 8.3.

¹²⁹ Auffassung vom 30. Juli 2009, UN-Dok. CCPR/C/96/D/1378/2005, Nr. 9.5 und 9.6.

¹³⁰ Auffassung vom 22. Oktober 2009, UN-Dok. CCPR/C/97/D/1519/2006, Nr.7.3.

¹³¹ Fn. 75.

¹³² Fn. 75, Nr. 7.4.

¹³³ Fn. 14.

Ausschusses war die Beendigung des Mietverhältnisses, zu der es nur wegen der Übergriffe auf den Sohn, der Bedrohungen der Familie und der Verhinderung der Teilnahme des Beschwerdeführers an dem Gerichtsverfahren im Jahre 1995 kommen konnte, willkürlich und verletzte Art. 17 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1.¹³⁴

In der Sache *Yklymova ./ Turkmenistan*¹³⁵ erblickte der Ausschuss in der grundlosen Beschlagnahme der Wohnung, den sachlichen nicht gerechtfertigten Durchsuchungen, der Beeinträchtigung des Telefonverkehrs und der Einziehung von persönlichen Dokumenten der Beschwerdeführerin Verletzungen des Rechts auf Schutz vor rechtswidrigen beziehungsweise willkürlichen Eingriffen in das Privatleben, das Familienleben und die Wohnung gemäß Art. 17 Abs. 1.

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

Der Ausschuss befasste sich im Fall *A.K. und A.R. ./ Usbekistan*¹³⁶ mit dem Recht auf Meinungs- und Meinungsäußerungsfreiheit gemäß Art. 19. Eingriffe in die Rechte aus Art 19. Abs. 1 und Abs. 2 sind nur nach Maßgabe des Abs. 3 gerechtfertigt. Der genannten Beschwerde lag folgender Sachverhalt zu Grunde: 1999 wurden mehrere terroristisch motivierte Bombenanschläge in Usbekistan durchgeführt. Infolge dieser Ereignisse leiteten die zuständigen Strafverfolgungsbehörden Ermittlungsverfahren ein und nahmen mehrere Verdächtige fest, gegen die Anklage erhoben wurde. Im Zuge der Ermittlungen wurde auch die Dachkammer des Bruders des Beschwerdeführers A.K. durchsucht. Ermittler fanden dort verschiedene Broschüren, Zeitschrif-

ten und Bücher mit vermeintlich radikal-islamischen Inhalten. Die Beschwerdeführer gerieten in den Verdacht, diese Schriften als Mitglieder der in Usbekistan verbotenen Organisation *Hizb ut-Tahrir* zu nutzen, um Propaganda gegen die staatliche Ordnung zu machen (Errichtung eines Kalifats). Die Beschwerdeführer wurden angeklagt und auf Grundlage eines Sachverständigengutachtens erstinstanzlich wegen des Beschaffens, Empfangens und Verbreitens von Schriften radikal-islamischen Inhalts zu Haftstrafen von jeweils 16 Jahren verurteilt. Diese Verurteilungen wurden in nachfolgenden Verfahren vor höheren Gerichten im Ergebnis aufrechterhalten. Der Ausschuss prüfte die Beschwerde inhaltlich lediglich¹³⁷ am Maßstab von Art. 19 und gelangte zu dem Ergebnis, dass die Beschwerdeführer Bestrebungen verfolgten, die verfassungsmäßige Ordnung gewaltsam zu beseitigen. Deshalb waren seiner Ansicht nach die Verurteilungen im konkreten Fall „erforderlich“ für den „Schutz der nationalen Sicherheit“ i.S.v. Art. 19 Abs. 3.¹³⁸

Ebenfalls auf eine Verletzung von Art. 19 beriefen sich die Beschwerdeführer in *Mavlonov und Sa'di ./ Usbekistan*¹³⁹. Der Beschwerdeführer *Mavlonov*, ein usbekischer Staatsangehöriger tadschikischer Herkunft, ist Herausgeber der Zeitung *Oina*. Diese ist die einzige in Tadschikisch erscheinende Zeitung in der usbekischen Region und gleichnamigen Stadt Samarkand. Die Zeitung, die sich mit Bildungs- und Kulturfragen beschäftigt, wird überwiegend an Schulen in der Region vertrieben. *Oina* erhielt erstmals am 8. November 1999 eine Zulassung. Zu diesem Zeitpunkt waren neben dem Beschwerdeführer *Mavlonov* zwei weitere Herausgeber an der

¹³⁴ Fn. 14, Nr. 8.5 bis 8.7.

¹³⁵ Fn. 97, Nr. 7.6.

¹³⁶ Auffassung vom 31. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1233/2003. Vgl. zu dieser Entscheidung auch *Helen Keller/Maya Sigron*, Radikal-islamischer religiöser Extremismus im Spannungsfeld von Meinungsfreiheit und staatlicher Sicherheit, in: EuGRZ 2010, S. 20-22.

¹³⁷ Eine Prüfung der Religionsfreiheit gemäß Art. 18 unterblieb deshalb, weil hinsichtlich dieses Rechts der nationale Rechtsweg nicht erschöpft worden war, vgl. *Helen Keller/Maya Sigron* (Fn. 136), S. 21.

¹³⁸ Fn. 136, Nr. 7.2.

¹³⁹ Auffassung vom 19. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1334/2004.

Oina beteiligt, einer davon eine öffentliche Einrichtung. Nach dem Ausscheiden von zwei der drei Herausgeber der Zeitung im Frühling 2000 musste die *Oina* auf Verlangen der zuständigen Behörde erneut registriert werden, obwohl das innerstaatliche Recht die Erteilung einer Zulassung bei Vorhandensein von nur einem Herausgeber vorsieht. Nachdem Herr *Mavlonov* einen neuen staatlichen Mitherausgeber gefunden hatte, wurde die *Oina* am 17. August 2000 wieder zugelassen. Jedoch beendete die staatliche Einrichtung ihre Mitarbeit an der Zeitung zum 23. März 2001. Herr *Mavlonov* wurde nun aufgefordert, die Zeitung erneut registrieren zu lassen. Kurze Zeit später wurde von dem Beschwerdeführer ein neuer Mitherausgeber, dieses Mal ein Privatunternehmen, gefunden. Ein dritter Zulassungsantrag wurde am 29. März 2001 gestellt. Dieser wurde am 27. April 2001 von der Behörde abgelehnt. Begründet wurde dies damit, dass die Zeitung gegen innerstaatliche Vorschriften verstoßen habe, insbesondere seien darin Beiträge publiziert worden, die zu inter-ethnischen Feindseligkeiten aufriefen. Zudem sei in einem Beitrag Samarkand als „Stadt der Tadschiken“ bezeichnet worden. Mit dieser Äußerung werde gegen Vorschriften verstoßen, die dem Schutz der territorialen Integrität des Staates dienen. In der Begründung wurden die Zeitungsbeiträge, mit denen die Ablehnung der Registrierung gerechtfertigt wurde, jedoch nicht benannt. Kurz bevor die Registrierung abgelehnt wurde, war in der *Oina* ein offener Brief an den Bürgermeister von Samarkand erschienen, in dem kritisch hinterfragt wurde, warum nur unzureichende Ressourcen für den tadschikischen Schulunterricht zur Verfügung gestellt und warum tadschikische Schulklassen entgegen dem Gleichheitsgrundsatz geschlossen würden. Außerdem wurde ein Interview mit einem tadschikischen Autor veröffentlicht, in dem dieser Samarkand als „Perle der tadschikischen Kultur“ bezeichnete. Der Beschwerdeführer klagte gegen das Registrierungsprozedere und erhielt in der ersten Instanz Recht. Jedoch wurde diese Entscheidung im späteren Berufungsver-

fahren aufgehoben. Das Oberste Gericht erklärt später sämtliche vorangegangene Entscheidungen wegen fehlender Zuständigkeit der Gerichte für ungültig und verwies den Rechtsstreit an die erste Instanz eines anderen Rechtsweges. Herr *Mavlonov* erschöpfte auch diesen Rechtsweg erfolglos. Der Beschwerdeführer *Sa'di*, ebenfalls tadschikischer Usbeke, ist ein Leser der *Oina*, der sich der Beschwerde angeschlossen hat. Nach Auffassung des Ausschusses ist in diesem Fall das Recht des Beschwerdeführers *Mavlonov*, die Zeitung zu veröffentlichen und zu verbreiten sowie das Recht von Herrn *Sa'di*, sich aus der Zeitung zu informieren, gemäß Art. 19 Abs. 2 verletzt, weil der Ablauf der Registrierungsverfahren nicht den Anforderungen von Art. 19 Abs. 3 (keine gesetzlich vorgesehene Einschränkungen, kein legitimes Ziel) entsprachen.¹⁴⁰

Eine weitere Verletzung des Rechts auf Meinungs- und Meinungsäußerungsfreiheit stellte der Ausschuss bei *Korneeko* ./ *Weissrussland*¹⁴¹ fest.

10. Recht auf Schutz der Familie (Art. 23) sowie Recht auf Schutz des Kindes (Art. 24)

In der Beschwerde *Asensi* ./ *Paraguay*¹⁴² heiratete der aus Spanien stammende Beschwerdeführer im August 1997 eine paraguayische Staatsangehörige. Aus der Ehe gingen zwei Mädchen hervor, die 1997 und 1999 in Paraguay geboren wurden. 1999 zog die Familie von Paraguay nach Spanien, wo die Familie sich dauerhaft niederlassen wollte und wo die Kinder zunächst zur Schule gingen. Nachdem sich die Familie etwa neun Monate lang in Spanien aufgehalten hatte, verließ die Frau – während sich der Beschwerdeführer auf einer Geschäftsreise befand – gemeinsam mit den

¹⁴⁰ Ebd., Nr. 8.3 bis 8.4.

¹⁴¹ Auffassung vom 20. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1553/2007, Nr. 8.3.

¹⁴² Auffassung vom 27. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1407/2005.

beiden Töchtern und ihrem vorehelichen Sohn das Land und kehrte mit den Kindern gegen den Willen des Beschwerdeführers nach Paraguay zurück. Seitdem leben die Kinder bei der Frau, die nach Auffassung des Beschwerdeführers die Kinder erheblich vernachlässigt.

Das begründete der Beschwerdeführer unter anderem mit den unsicheren Lebensbedingungen in der Wohngegend und damit, dass die Frau im Verdacht steht, der häuslichen Prostitution nachzugehen. Der Beschwerdeführer wurde bei dem Versuch, Kontakt zu seinen Kindern herzustellen, von der Frau körperlich verletzt und sein Leben wurde bedroht. Gerichtlich in Paraguay festgestellte Rechte zum Umgang des Vaters mit seinen leiblichen Töchtern wurden von der Mutter ignoriert. Eine Sorgerechtsentscheidung der paraguayischen Gerichte zugunsten des Beschwerdeführers erging überhaupt nicht. Einer Klage des Beschwerdeführers dahingehend, die Töchter zurück nach Spanien mitnehmen zu dürfen, wurde in erster Instanz zwar stattgegeben. In den weiteren Verfahren wurde diese Entscheidung jedoch von höheren paraguayischen Gerichten, einschließlich des Verfassungsgerichts, verworfen, weil für die Kinder bei Rückkehr nach Spanien ein „psychologisches Risiko“ bestünde und weil eine Rückkehr nicht im „Interesse des Kindeswohls“ sei. In Spanien erwirkte der Beschwerdeführer derweil die Scheidung von seiner Frau. Zudem wurde ihm in Spanien das Sorgerecht für die Töchter zugesprochen.

In dem Umstand, dass die paraguayischen Gerichte keine ausreichenden Schritte zum Schutz der Kinder unternommen haben, insbesondere darin, dass sie das Bestehen eines „psychologisches Risikos“ für die Mädchen bei Rückkehr nach Spanien nicht hinreichend dargelegt hatten, sieht der Ausschuss Verletzungen der Rechte des Vaters und der Töchter aus Art. 23 Abs. 1 und eine Verletzung der Rechte der Töchter aus Art. 24 Abs. 1 begründet.¹⁴³

¹⁴³ Ebd., Nr. 7.2-7.5.

11. Recht auf Freiheit der Wahl (Art.25)

In der Beschwerde *Lukyanchik ./.* Weißrussland¹⁴⁴ musste sich der Ausschuss mit der Frage beschäftigen, wann ein Verstoß gegen das passive Wahlrecht, also das Recht, sich bei einer Wahl als Kandidat aufstellen zu lassen und gewählt zu werden, vorliegt. Herr *Lukyanchik*, ein ehemaliger Staatsanwalt und langjähriger Kritiker des amtierenden weißrussischen Präsidenten, wollte als Kandidat für die Wahl zum Repräsentantenhaus in das Wahlregister aufgenommen werden. Zu diesem Zweck gründete er eine „Initiativgruppe“. Zunächst unterstützen alle 64 Mitglieder dieser Gruppe seine Aufstellung, obwohl nach innerstaatlichem Recht lediglich die Unterschriften von zehn Personen erforderlich gewesen wären. Die zuständige Wahlkommission lehnte eine Aufnahme des Beschwerdeführers in das Wahlregister ab. Begründet wurde diese Entscheidung damit, dass zwei der 64 Mitglieder der „Initiativgruppe“ die Kandidatur des Beschwerdeführers nicht freiwillig unterstützt hätten und dass deshalb der Antrag insgesamt abgelehnt werden müsse.

Der Beschwerdeführer gab in dem Verfahren vor dem Ausschuss an, dass die beiden Mitglieder der Initiative ihre Unterstützung erst versagt hätten, nachdem sie von dem Vorsitzenden der Wahlkommission unter Druck gesetzt worden seien. Die Mehrheit des Ausschusses sieht eine Verletzung von Art. 25 lit. b i.V.m. Art. 2 darin begründet, dass die Aufnahme in das Wahlregister nicht vorgenommen wurde, obwohl das innerstaatliche Recht lediglich die Unterstützung von zehn Personen als Voraussetzung dafür statuiert.¹⁴⁵ In einer abweichenden Meinung stimmt das Ausschussmitglied *Ruth Wedgwood* zwar mit dem gefundenen Ergebnis überein. Anders als die Ausschussmehrheit sieht sie die Verletzung von Art. 25 lit. b jedoch schon darin begründet, dass der Vorsitzende der

¹⁴⁴ Auffassung vom 21. Oktober 2009, UN-Dok. CCPR/C/97/D/1392/2005.

¹⁴⁵ Ebd., Nr. 8.4-8.5.

Wahlkommission entgegen seiner Verpflichtung zur Neutralität Einfluss auf das Verhalten der beiden Abweichler genommen hat.¹⁴⁶

12. Diskriminierungsverbot (Art. 26)

Bei *Williams Lecraft ./. Spanien*¹⁴⁷ stellte der Ausschuss eine Verletzung von Art. 26 i.V.m. Art. 2 Abs. 3 fest, weil die Beschwerdeführerin, eine spanische Staatsangehörige mit dunkler Hautfarbe, nur wegen ihrer Hautfarbe einer Identitätskontrolle zur Feststellung der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts unterzogen worden war. Zwar ist nach Auffassung des Ausschusses die Durchführung von Identitätskontrollen zur Feststellung, ob sich Personen legal in einer Vertragspartei aufhalten, ein legitimer Zweck. Das Abstellen allein auf das Kriterium der Hautfarbe begründet jedoch einen Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung aus rassistischen Gründen.¹⁴⁸

In Weiterführung seiner Spruchpraxis aus den vergangenen Jahren¹⁴⁹ stellte der Ausschuss in einigen gegen Tschechien gerichteten Beschwerden¹⁵⁰ Verletzungen von Art. 26 fest. In diesen Fällen wurden die Beschwerdeführer, die zumeist vor dem kommunistischen Regime geflüchtet waren, enteignet. Wegen des Erwerbs einer neuen Staatsangehörigkeit ist die Rücküberweisung des Eigentums beziehungsweise die Zahlung von Entschädigung für den Eigentumsverlust nach tschechischem Recht ausgeschlossen. Dieses Vorgehen verstößt nach Ansicht des Ausschusses gegen das Diskriminierungsverbot.

¹⁴⁶ Abweichende Meinung des Ausschussmitglieds *Ruth Wedgwood*, CCPR/C/97/D/1392/2005, Appendix.

¹⁴⁷ Auffassung vom 27. Juli 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1570/2007.

¹⁴⁸ Ebd., Nr. 7.2-7. 8.

¹⁴⁹ Vgl. *Anne Foith* (Fn. 2), S. 232.

¹⁵⁰ *Amundson ./. Tschechien*, Auffassung vom 17. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1508/2006; *Slezak ./. Tschechien*, Auffassung vom 20. Juli 2009, UN-Dok. CCPR/C/96/D/1574/2007 und *Persan ./. Tschechien* (Fn. 29).

In dem Fall *Vassilari et al. ./. Griechenland* konnte der Ausschuss eine von den Beschwerdeführern behauptete Verletzung von Art. 26 auf Grund sich widersprechender Aussagen von Beschwerdeführern und Vertragspartei nicht feststellen.¹⁵¹

13. Recht auf Schutz ethnischer, religiöser und sprachlicher Minderheiten (Art. 27)

In *Poma ./. Peru*¹⁵² betrieb die Beschwerdeführerin, eine Angehörige der indigenen Bevölkerungsgruppe der *Aymara*, eine Farm auf dem Altiplano, einer Hochebene im Südosten Perus. Auf der zur Farm gehörenden, mehrere hundert Hektar großen Bodenfläche wurden bestimmte Tierarten gezüchtet. Die wirtschaftliche Verwertung des Viehbestandes bildete schon seit Jahrhunderten die Lebensgrundlage für die in dem Gebiet ansässigen *Aymara*. Das Gebiet wurde mit Wasser aus Bodenquellen bewirtschaftet. Im Rahmen eines Projektes, durch das die Wasserversorgung der Stadt Tacna sichergestellt werden sollte, wurden in den 1990er Jahren mit Billigung der zuständigen staatlichen Stellen von einem Privatunternehmen mehrere Bohrungen vorgenommen und Brunnen errichtet, aus denen das Wasser für die Stadt entnommen wurde. Dies hatte zur Folge, dass den *Aymara* nicht mehr genügend Wasser zur Selbstversorgung und zur Bewirtschaftung ihres Landes und ihres Viehs zur Verfügung stand. Ein Großteil des Viehbestandes starb. Infolge von Demonstrationen wurden einige der Brunnen verschlossen. 2002 wurde jedoch aus einem der Brunnen, dessen Bohrungen an einer für die Wasserversorgung des Gebietes der *Aymara* sehr wichtigen Stelle vorgenommen wurden, wieder Wasser entnommen. Daraufhin stellten die *Aymara* wegen der Begehung von Umweltdelikten Strafantrag gegen den Geschäftsführer des Privatunternehmens. Die zuständige Staatsanwaltschaft leitete in den Jahren 2004 und 2005 entsprechende

¹⁵¹ Auffassung vom 19. März 2009, UN-Dok. CCPR/C/95/D/1570/2007, Nr. 7.2.

¹⁵² Fn. 37.

Ermittlungen ein, die jedoch auf Grund richterlicher Entscheidungen nicht zur Durchführung eines Hauptverfahrens führten.

Unter Rückgriff auf die Allgemeine Bemerkung Nr. 23¹⁵³ stellt der Ausschuss zunächst fest, dass es sich bei den *Aymara* um eine ethnische Minderheit i.S.v. Art. 27 handelt, der die Beschwerdeführerin angehört. Außerdem sei das Züchten von bestimmten Tierarten Bestandteil der *Aymara*-Kultur. Dann führt der Ausschuss aus, dass jede Vertragspartei grundsätzlich das Recht habe, die erforderlichen Schritte zu ergreifen, um ihre ökonomische Entwicklung zu fördern. Jedoch stehe dieses Recht unter dem Vorbehalt von Art. 27. Nach Ansicht des Ausschusses ist maßgeblich, dass die Vertragspartei, bevor sie Maßnahmen ergreift, die negative Auswirkungen auf das kulturelle Leben einer Minderheit haben können, die Minderheit in den Vorgang der Entscheidungsfindung mit einbezieht und dass sie die Auswirkungen einer Maßnahme auf das Leben und die Kultur der Minderheit angemessen berücksichtigt.

Vorliegend wurden weder die Beschwerdeführerin noch die Gemeinschaft der *Aymara* an der Entscheidung, ob, wo und wie viele Brunnen errichtet werden sollen, beteiligt. Zudem hatte die Vertragspartei keine unabhängige Stelle mit einer Untersuchung beauftragt, die Aufschluss darüber gibt, welche Auswirkungen die Wasserverteilung auf das Leben der Beschwerdeführerin und ihre Gemeinschaft hat. Aus diesen Gründen ist das Recht der Beschwerdeführerin und der *Aymara* aus Art. 27 verletzt. Überdies ist das Recht der Beschwerdeführerin gemäß Art. 27 i.V.m. Art. 2 Abs. 3 lit. a verletzt, weil die Strafrichter eine Hauptverhandlung gegen den Vorstand des Unternehmens nicht eröffnet haben.¹⁵⁴

¹⁵³ General Comment Nr. 23 – The Rights of Minorities, UN-Dok. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5 vom 8. April 1994.

¹⁵⁴ Fn. 37, Nr. 7.7.

Das Verschwindenlassen: zum Verständnis der UN-Konvention*

Rosario Figari Layús

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Historischer Hintergrund
- III. Wirtschaftliche, soziale und psychologische Dimensionen
- IV. Spruchpraxis der Organe des internationalen Menschenrechtsschutzes
- V. Die UN-Konvention
- VI. Kontrollmechanismen
- VII. Schlussbemerkungen

I. Einleitung

Wenn ein Mensch von staatlichen Organen entführt, verschleppt oder festgenommen wird, seine Inhaftierung nicht bestätigt wird, er an geheimen Orten ohne Kontakt zu seiner Familie und zu seinen Anwälten festgehalten wird und Informationen über das Schicksal und den Verbleib des Opfers nicht verfügbar sind, kann man von Verschwindenlassen sprechen.

Auf Empfehlung des UN-Menschenrechtsrates verabschiedete die Generalversammlung der Vereinten Nationen am 20. Dezember 2006 den Entwurf für ein internationales Übereinkommen zum Schutz aller Menschen vor dem Verschwindenlassen.¹ Am 6. Februar 2007 unterzeichneten in Paris 57 Staaten im Rahmen einer Konferenz dieses Übereinkommen (nachfolgend Konvention).² Nichtregierungsorganisatio-

nen (NGOs) und Angehörige von Verschwundenen hatten schon seit Langem für ein derartiges Instrument auf internationaler Ebene gekämpft. Das Übereinkommen befasst sich mit verschiedenen Aspekten des Verschwindenlassens als sozialem und rechtlichem Phänomen.

Während der 70er, 80er und 90er Jahre des vergangenen Jahrhunderts sind in Lateinamerika Tausende von Menschen Opfer des Verschwindenlassens geworden und auf diese Weise verstorben. Aber auch heutzutage wird das Verschwindenlassen nicht nur in den Staaten Lateinamerikas, sondern auch in vielen anderen Ländern, z.B. auf den Philippinen, in Sri Lanka, in China,³ in Algerien, in Nepal, in Marokko, im Sudan und in Simbabwe, praktiziert.⁴

Amnesty International weist darauf hin, dass das Verschwindenlassen von Regierungen als Mittel eingesetzt wird, um politische Gegner wie unabhängige Journalisten, Intellektuelle und Gewerkschafter zum Schweigen zu bringen oder sich ihrer zu entledigen. Die Täter kommen aus Regie-

Matter of Urgency for the Sake of Humanity and Justice, abrufbar unter: www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/enforced-disappearance-statement-090207?OpenDocument&style=custo_print (alle in diesem Beitrag genannten Internetseiten wurden zuletzt am 23. September 2010 aufgerufen).

* Die Verfasserin widmet diesen Beitrag dem Andenken von *Patrick Rice*.

¹ UN-Dok. A/Res/61/177.

² Vgl. dazu die Rede des Präsidenten des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz *Jakob Kellenberger*, *Ending Enforced Disappearances: a*

³ Über die Lage des Verschwindenlassens in Asien informiert ausführlich die *Asian Federation Against Involuntary Disappearances (AFAD)*, abrufbar unter: www.afad-online.org.

⁴ Vgl. dazu den Bericht der vom Menschenrechtsrat eingesetzten UN-Arbeitsgruppe gegen das Verschwindenlassen, UN-Dok. A/HRC/13/31.

rungskreisen, sind Polizisten oder Angehörige des Militärs.⁵

Es gilt folgende Fragen zu klären: Was ist das Verschwindenlassen? Welche historischen, politischen und sozialen Dimensionen kennzeichnen das Verschwindenlassen? Wie wird der Schutz vor dem Verschwindenlassen international gewährleistet?

II. Historischer Hintergrund

Es wundert nicht, dass der Kampf für ein Vorgänger-Instrument der UN-Konvention in Lateinamerika begonnen hat. Handelt es sich dabei doch um eine Region, in der während der Diktaturen der 70er und 80er Jahre zahlreiche Menschen spurlos verschwanden. Den betroffenen Familien ist bis heute nicht bekannt, was ihren Angehörigen widerfahren ist.⁶

Den Ausgangspunkt für das Phänomen des Verschwindenlassens stellt die bewaffnete Auseinandersetzung in Guatemala dar.⁷ Zwischen 1962 und 1996 kam es immer wieder zu Fällen des Verschwindenlassens, wobei die Zuspitzung des innerstaatlichen Konfliktes in den Jahren 1979 bis 1983 zu einer signifikanten Zunahme von Fällen des Verschwindenlassens führte. Die staatliche Praxis des Verschwindenlassens wurde in diesem Staat systematisch von Sicherheitskräften ausgeführt.⁸ Die Zahl

der Verschwundenen liegt in dem genannten Zeitraum schätzungsweise bei 40.000.⁹

In Chile kam es erstmals nach dem Militärputsch von 1973 zu einem massiven Auftreten des Verschwindenlassens. Die Fälle setzten sich über den gesamten Zeitraum der Militärdiktatur von *Augusto Pinochet* fort.¹⁰ Dadurch sollten die vorherige (demokratisch gewählte) Regierung von *Salvador Allende* und dessen Anhänger möglichst schnell ausgeschaltet werden. Das Vorgehen der Machthaber war strategisch und selektiv, es sollte zur umfassenden Beseitigung der politischen Gegner führen.¹¹

In Argentinien stellte der Militärputsch vom März 1976 einen negativen Wendepunkt in der Entwicklung des Verschwindenlassens dar. Es kam zwar schon unter der demokratischen Regierung in der Zeit unmittelbar vor dem Staatstreik zu zahlreichen Fällen. Nachdem das Militär an die Macht kam, setzte jedoch eine großangelegte Praxis ein, die bis zum Ende der Militärdiktatur ca. 30.000 Menschen betraf.¹²

In El Salvador trat das Verschwindenlassen massiv in den 80er Jahren im Rahmen einer bewaffneten Auseinandersetzung zwischen der (aufgrund eines Staatstreichs an die Macht gekommenen) Regierung und der Guerilla auf. In dieser besonders gewalt-

⁵ Amnesty International Deutschland, Themenbericht verhaftet, verschleppt, verschwunden, abrufbar unter: www2.amnesty.de/internet/deall.nsf/windexde/TH2004065.

⁶ Informationen zur Lage von Angehörigen der Verschwundenen gibt z.B. die Latin American Federation of Associations for Relatives of the Detained-Disappeared, abrufbar unter: www.desaparecidos.org/fedefam/eng.html.

⁷ Christoph Grammer, Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person, 2005, S. 9.

⁸ Vgl. IAGMR, *Tiu-Tojín ./ Guatemala*, Urteil vom 26. November, 2008, Series C Nr. 209, Nr. 19. Die Urteile des IAGMR sind abrufbar unter: www.corteidh.or.cr.

⁹ Vgl. *Comisión para el Esclarecimiento Histórico, Guatemala*, Memorias del Silencio, abrufbar unter: <http://shr.aaas.org/guatemala/ceh/report/spanish/toc.html>.

¹⁰ Vgl. *United States Institute of Peace*, Report of the Chilean National Commission on Truth and Reconciliation, 2002, S. 8, abrufbar unter: www.usip.org/files/resources/collections/truth_commissions/Chile90-Report/Chile90-Report.pdf.

¹¹ Grammer (Fn. 7), S. 10.

¹² Vgl. den Bericht der *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, deutsche Version: Hamburger Institut für Sozialforschung (Hrsg.), Nie Wieder! – ein Bericht über Entführung, Folter und Mord durch die Militärdiktatur in Argentinien, 1987, dort S. 17.

samen Periode der Auseinandersetzung verschwanden Hunderte Zivilisten.¹³

Seit den 70er Jahren verschwanden in Mexiko viele Menschen.¹⁴ Die Fälle konzentrierten sich dort zunächst, aber nicht nur, auf den Bundesstaat Guerrero, dem Stammland der links gerichteten Guerilla und der sozialen Bewegungen.¹⁵ In den 80er Jahren verringerte sich die Zahl der Verschwundenen aufgrund nationaler und internationaler Proteste. Ab Mitte der 90er Jahre kam es im Rahmen der Bekämpfung der allgemeinen Kriminalität und des Drogenhandels jedoch wieder zu einer deutlichen Zunahme von Fällen des Verschwindenlassens.¹⁶ Hintergrund dieser Entwicklung war der 1996 beschlossene Einsatz der Armee zur Wahrung der inneren Sicherheit. In Mexiko herrschte über den ganzen Zeitraum eine formelle Demokratie. Die demokratische Ordnung war nie durch Not- beziehungsweise Ausnahmezustände eingeschränkt.

Vergleichbar mit der Situation in Mexiko ist die Lage in Kolumbien. Dort gibt es eine große Anzahl von Fällen des Verschwindenlassens, die sich ebenfalls im Rahmen einer formellen Demokratie ereigneten.¹⁷

Fälle des Verschwindenlassens mit dem Ziel, politische Gegner einzuschüchtern, lassen sich gegenwärtig überdies in anderen Ländern beobachten. Aktuelle Beispiele sind Sudan, Simbabwe, Saudi-Arabien und Thailand.¹⁸

Bestimmte Praktiken, die dem Verschwindenlassen entsprechen, werden heutzutage im Rahmen der Terrorismusbekämpfung angewandt.¹⁹ Die von der CIA veranlassten außergewöhnlichen Überstellungen in Drittländer („extraordinary renditions“) sowie die Festnahmen von Terrorismusverdächtigen und deren Verbringung an geheime Haftorte in den USA und in Afghanistan ereignen sich außerhalb rechtsstaatlicher Verfahren.²⁰ Wie im Fall des Verschwindenlassens werden die Festnahmen dieser Personen oft von den betroffenen Staaten geleugnet. Die Namen der Verdächtigen und deren Haftorte bleiben geheim. Deshalb werden diese Häftlinge von Human Rights Watch als Ghost detainees bezeichnet.²¹ Die Häftlinge haben weder Zugang zu Rechtsbeistand noch Kontakt zu ihren Familien. Die Situation der Inhaftierten kann Jahre lang andauern, ohne dass die Familien des Verhafteten wissen, wo sich ihr Angehöriger befindet. Hinzuweisen ist auch darauf, dass die An-

¹³ IAKMR, Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1986-1987, abrufbar unter: www.cidh.oas.org/annualrep/86.87eng/chap.4a.htm.

¹⁴ *Nationale Menschenrechtskommission Mexiko*, Special Report on Complaints Regarding Forced Disappearances occurred in the 70s and beginning of the 80s, 2001, abrufbar unter: www.cndh.org.mx/lacndh/informes/espec/desap70s/index.html.

¹⁵ Vgl. IAGMR, *Radilla-Pacheco v. Mexico*, Urteil vom 23. November 2009, Series C Nr. 209, Nr. 40-42.

¹⁶ *Amnesty International*, New reports of Human Rights Violations by the military, S. 6, abrufbar unter: www.amnesty.org/en/library/asset/AMR41/058/2009/en/e1a94ad6-3df1-4724-a545-f0b93f39af69/amr410582009en.pdf.

¹⁷ *World Organization Against Torture*, Colombia: ten cases of enforced disappearance, abrufbar unter: www.omct.org/index.php?id=&lang=eng&articleId=2826.

¹⁸ Eine Liste von Staaten, in denen das Verschwindenlassen praktiziert wurde oder wird hat die NGO *Aim for Human Rights*, Guide on the International Convention for the Protection against Enforced Disappearances, 2007, S. 6 zusammengestellt, abrufbar unter: www.ediec.org/fileadmin/user_upload/icaed/ENG_Enforced-Disappearance-DEF_LR.pdf.

¹⁹ *Wolfgang S. Heinz*, Das neue internationale Übereinkommen zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen, 2007, S. 7; *Dominik Steiger*, Die CIA, die Menschenrechte und der Fall Khaled el-Masri, 2007, S. 13ff.; *Human Rights Watch*, The United States' "Disappeared". The CIA's Long-Term „Ghost Detainees“, 2004, S. 5ff. abrufbar unter: www.hrw.org/legacy/backgrounders/usa/us1004/.

²⁰ *Wolfgang S. Heinz* (Fn. 19), S. 19.

²¹ *Human Rights Watch* (Fn. 19) S. 5ff.

wendung von Folter in solchen geheimen Gefängnissen nicht unüblich ist.²²

III. Wirtschaftliche, soziale und psychologische Dimensionen

Durch das Verschwindenlassen werden wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte nicht nur des Opfers, sondern auch der Angehörigen verletzt. Die Opfer dieser Menschenrechtsverletzung gehören häufig zu den ärmsten Teilen der Bevölkerung.²³ Wenn die verschwundene Person Hauptverdiener der Familie war, verschlechtert sich die ohnehin schon prekäre Lage der Familie weiter. Auf diese Weise werden grundlegende Rechte der Angehörigen, die vom Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte²⁴ geschützt sind (z.B. das Recht auf einen angemessenen Lebensstandard gemäß Art. 11, das Recht auf Gesundheit gemäß Art. 12 und das Recht auf Bildung gemäß Art. 13 Sozialpakt), verletzt.²⁵

Frauen, die mittelbar Opfer des Verschwindenlassens werden, sind von diesem Verbrechen besonders betroffen, da sie sich in vielen Fällen um die Versorgung ihrer Kinder kümmern müssen und für die Aufklärung des Verschwindens ihres Mannes kämpfen müssen.²⁶

Aber auch die Kinder des Verschwundenen können direkt und indirekt Opfer des Verschwindenlassens werden. Insbesondere in Lateinamerika sind viele Kinder verschleppt worden und mit einer neuen Identität zur Adoption freigegeben worden.²⁷ Durch diesen Vorgang wird sowohl der Tatbestand des Verschwindenlassens erfüllt, als auch das Recht des Kindes auf seine Identität verletzt. Außerdem kann der Verlust der Eltern oder eines Elternteils durch das Verschwindenlassen zu großen psychischen Störungen der Kinder und/oder anderen Familienmitgliedern führen.²⁸ Diese Sachverhalte werden teilweise von dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes erfasst.²⁹

Das Verschwindenlassen bewirkt zudem Furcht und Schrecken in der Bevölkerung und führt zu Lähmung und Einschüchterung. Von diesen Auswirkungen sind – wie bereits erwähnt – vordergründig die Familien der Verschwundenen betroffen, deren Gefühlszustand jahrelang zwischen Hoffnung und Verzweiflung wechselt.³⁰ Die Unkenntnis über das Schicksal des Verschwundenen bewirkt nämlich, dass die Hoffnung der Angehörigen, der Entführte werde irgendwann zurückkehren, aufrechterhalten wird.³¹ Auch durch das Auftauchenlassen von Leichen, deren Identität

²² Ebd., S. 11ff.

²³ Vgl. *Rodrigo Uprimny/Maria Paula Saffon*, Plan Nacional de Desarrollo y reparaciones. Propuesta de un programa nacional masivo de reparaciones administrativas para las víctimas de crímenes atroces en el marco del conflicto armado, 2007, S. 7, abrufbar unter: www.dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=2&id_publicacion=350.

²⁴ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights vom 16. Dezember 1966, UNTS Bd. 993, S. 3; BGBl. 1973 II, S. 1570 (Sozialpakt).

²⁵ Vgl. UN-Hochkommissariat für Menschenrechte, *Enforced or Involuntary Disappearances*. Fact Sheet No. 6/Rev.3, 2009, S. 4, abrufbar unter: www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet6Rev3.pdf.

²⁶ Ebd., S. 4.

²⁷ *Rita Arditti*, *The Grandmothers of the Plaza De Mayo and the Struggle against Impunity*, in: *Meridians* 3 (2002), S. 19-41 (S. 20f.). Vgl. auch *Amnesty International*, *Die vermissten Kinder von El Salvador*, 2008, abrufbar unter: www.amnesty.org/en/news-and-updates/news/missing-children-el-salvador-20080328.

²⁸ Ausführlich zu den psychologischen Auswirkungen des Verschwindenlassens auf die Kinder *Diana Kordon/Lucila Edelman*, *Efectos psicológicos de la Represión Política Sudamericana* Plantea, 1986, S. 77ff.

²⁹ Convention on the Rights of the Child vom 20. November 1989, UNTS. Bd. 1577, S. 3; BGBl. 1992 II, S. 121 (Kinderrechtskonvention). Vgl. Art. 8 und Art. 35 Kinderrechtskonvention.

³⁰ UN-Hochkommissariat für Menschenrechte (Fn. 25), S. 1.

³¹ *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas* (Fn. 12), S. 133.

nicht geklärt werden kann, wird psychologisch auf Familienangehörige und Teile der Bevölkerung eingewirkt. Dies kann sogar zum Auftreten von Psychosen bei den Angehörigen führen.³²

Das Verschwindenlassen bezweckt nach dem Gesagten nicht nur die Lähmung der unmittelbaren Opfer; es soll zugleich breite Teil der Gesellschaft einschüchtern.

IV. Spruchpraxis der Organe des internationalen Menschenrechtsschutzes

Obwohl den Vereinten Nationen seit 1980 mehr als 50.000 Fälle des Verschwindenlassens bekannt sind,³³ ließen Maßnahmen zur Bekämpfung des Verschwindenlassens auf universeller Ebene recht lange auf sich warten.

Dennoch wurde schon in den 80er und 90er Jahren der über den Internationalen Pakt für bürgerliche und politische Rechte³⁴ wachende UN-Menschenrechtsausschuss (MRA) wegen einschlägiger Sachverhalte angerufen. Fälle des Verschwindenlassens betrachtet der MRA je nach Konstellation als Verstöße gegen Art. 2 Abs. 3 lit. a (Recht auf wirksame Beschwerde), Art. 6 (Recht auf Leben), Art. 7 (Folterverbot) und Art. 9 (Freiheit und Sicherheit)³⁵ sowie teilweise auch Art 10. Abs. 1 (Rechte von Gefangenen) Zivilpakt.³⁶ Das Verursachen der Leiden der Angehörigen wird vom MRA als eine Verletzung von Art. 7 (Folterverbot) betrachtet.³⁷ In seiner aktuellen Spruchpra-

xis betrachtet der MRA das Unterlassen von Ermittlungsmaßnahmen in Fällen des Verschwindenlassens als „continuing violation“ des Zivilpaktes.³⁸ Das ermöglicht es ihm, über Fälle des Verschwindenlassens zu entscheiden, die sich ereignet haben, bevor der Vertragsstaat den Zivilpakt und das 1. Zusatzprotokoll zum Zivilpakt³⁹ ratifiziert hat.

Auf regionaler Ebene haben sich zuerst die Organe des interamerikanischen Menschenrechtssystems mit dem Verschwindenlassen beschäftigt. Wegen der systematischen und dauerhaften Begehung solcher Verbrechen in Lateinamerika wurde eine regionale Konvention über erzwungenes Verschwindenlassen ausgearbeitet, die eine diesbezügliche Lücke der 1978 in Kraft getretenen interamerikanischen Menschenrechtskonvention⁴⁰ geschlossen hat. Die regionale Konvention gegen das Verschwindenlassen wurde 1994 von der Generalversammlung der Organisation Amerikanischer Staaten (OAS) verabschiedet und trat am 28. März 1996 in Kraft.⁴¹ Art. 2 der lateinamerikanischen Konvention enthält eine Definition des Verschwindenlassens, die als Vorbild für die spätere UN-Konvention diente. In seiner Spruchpraxis entwickelte der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte (IAGMR) eine besondere Prüfung für Fälle

³² Ebd.

³³ *Schweizerische Gesellschaft für Völkerstrafrecht (TRIAL)*, Fact Sheet: UNO-Konvention gegen das Verschwindenlassen, S. 1, abrufbar unter: www.trial-ch.org/fileadmin/user_upload/documents/Factsheet_Verschwindenlassen.pdf.

³⁴ International Covenant on Civil and Political Rights vom 16. Dezember 1966, UNTS Bd. 999, S. 171; BGBl. 1973 II, S. 1534 (Zivilpakt).

³⁵ Vgl. beispielsweise den Staatenbericht zu Syrien aus dem Jahre 2005, UN-Dok. A/60/40, Vol. I, S. 78-82, Nr. 8.

³⁶ *Grammer* (Fn. 7), S. 65.

³⁷ Vgl. Menschenrechtsausschuss, *Quinteros* ./ *Uruguay*, Auffassung vom 21. Juli 1983,

Beschwerdenr. 107/1981; IAGMR, *Bámaca Velásquez* ./ *Guatemala*, Urteil vom 25. November 2000, Series C No. 70, Nr. 69-70.

³⁸ Menschenrechtsausschuss, *Sankara* ./ *Burkina Faso*, Entscheidung vom 28. März 2006, UN-Dok. CCPR/C/86/D/1159/2003, Nr. 6.3.

³⁹ 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.

⁴⁰ American Convention on Human Rights vom 22. November 1969, UNTS Bd. 1144, S. 123 (AMRK).

⁴¹ Inter-American Convention on the forced Disappearance of Persons vom 9. Juni 1994, Text abgedruckt in: *Christopher Gane/Mark Mackarel* (Hrsg.), *Human Rights and the Administration of Justice: International Instruments*, 1997, S. 545-551.

des Verschwindenlassens:⁴² Zunächst muss der Beschwerdeführer beweisen, dass eine systematische staatliche Praxis des Verschwindenlassens besteht. Sodann muss von dem Beschwerdeführer der konkret vom IAGMR zu entscheidende Fall in einen Zusammenhang mit der systematischen Staatspraxis gebracht werden. Wenn der Beschwerdeführer diese Tatsachen beweisen kann, kommt es zu einer Verschiebung der Beweislast, so dass der Vertragsstaat nunmehr nachweisen muss, für das behauptete Verschwindenlassen nicht verantwortlich zu sein. Der IAGMR behandelt das Verschwindenlassen nicht nur als eine Verletzung verschiedener einzelner Menschenrechte, sondern als einen einheitlichen Vorgang.⁴³ Zudem betrachtet der Gerichtshof das Verschwindenlassen seit Beginn seiner Rechtsprechung als Continuing violation. Er sieht deshalb seine Zuständigkeit *ratione temporis* auch dann begründet, wenn der konkrete Fall des Verschwindenlassens sich ereignet hat, bevor der betroffene Vertragsstaat die AMRK beziehungsweise die lateinamerikanischen Konvention gegen das Verschwindenlassen ratifiziert hat.⁴⁴

Im Vergleich zum IAGMR hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) für die Europäische Menschenrechtskonvention⁴⁵ nicht über viele vergleichbare Fälle entschieden. Die Mehrheit der judizierten Fälle betreffen die Türkei

und Russland.⁴⁶ In diesen Entscheidungen beurteilen die Richter nur den jeweiligen Einzelfall und fragen – anders als der IAGMR – nicht nach einer dahinter stehenden Staatspraxis. Der EGMR vertritt zudem bezüglich der Beweislast einen anderen Ansatz als der IAGMR. Danach liegt die gesamte Beweislast beim Beschwerdeführer. Schließlich betrachtet der EGMR – ähnlich wie der MRA – das Verschwindenlassen als eine Verletzung verschiedener Menschenrechte.⁴⁷ Er ist der Ansicht, dass in begründeten Fällen je nach Konstellation Art. 2 (Recht auf Leben), Art. 5 (Recht auf Freiheit und Sicherheit der Person), Art. 3 (Verbot der Folter, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung) und Art. 13 EMRK (Recht auf wirksame Beschwerde) verletzt sein können. Die Nahestehenden des Verschwundenen werden auch vom EGMR als Opfer einer unmenschlichen Behandlung gemäß Art. 3 EMRK betrachtet. Auch in der Rechtsprechung des EGMR wird das Unterlassen von wirksamen Ermittlungsmaßnahmen als Continuing violation betrachtet. Er ist deshalb in zeitlicher Hinsicht zuständig für Beschwerden, in denen sich der in Frage stehende Fall des Verschwindenlassens zu einem Zeitpunkt ereignete, als die EMRK noch nicht verbindlich für die Vertragspartei war.⁴⁸

Es wurde gezeigt, dass sich die internationalen Organe des Menschenrechtsschutzes zwar mit dem Thema Verschwindenlassen beschäftigt haben. Bisher gab es aber noch keine einheitliche, weltweit geltende Definition des Verschwindenlassens.

⁴² Vgl. IAGMR, *Velásquez Rodríguez ./. Honduras*, Urteil vom 29. Juli 1988, Series C Nr. 4, Nr. 124ff.

⁴³ *Bámaca Velásquez ./. Guatemala*, Urteil vom 25. November, 2000; Series C Nr. 70, Nr. 21, 56 ff.; *Molina Theissen ./. Guatemala*, Urteil vom 4. Mai, 2004, Series C Nr. 106, Nr. 7, 17ff. und 47 sowie *Tiu-Tojín ./. Guatemala*, Urteil vom 26. November 2008, Series C Nr. 190, Nr. 14, 19ff.

⁴⁴ IAGMR, *Blake ./. Guatemala*, Entscheidung vom 3. Juli 1996, Series C Nr. 27, Nr. 39 und neuer IAGMR, *Radilla-Pacheco ./. Mexico* (Fn. 15), Nr. 17ff. (24).

⁴⁵ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms vom 4. November 1950, in der Fassung des 14. Zusatzprotokolls, ETS Nr. 194 (EMRK).

⁴⁶ Vgl. *Amnesty International*, Stop Enforced Disappearances in Europe and Central Asia, 2009, S. 3f. abrufbar unter: www.amnesty.org/en/library/asset/EUR01/009/2009/en/0e88d918-25fb-464b-a7b6-5e33e2585a80/eur010092009en.pdf und *Grammer* (Fn. 7), S. 47.

⁴⁷ EGMR, *Timurtaş ./. Türkei*, Urteil vom 13. Juni 2000, 23531/94, vgl. auch *Grammer* (Fn. 7), S. 58ff.

⁴⁸ EGMR, *Varnava u.a. ./. Türkei*, Urteil der Großen Kammer vom 18. September 2009, 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 und 16073/90, Nr. 121.

V. Die UN-Konvention gegen das Verschwindenlassen

Erst zu Beginn der 1990er Jahre wurde auf universeller Ebene das erste offizielle Dokument zu diesem Thema verabschiedet: die UN-Erklärung über den Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen.⁴⁹ Als Resolution der UN-Generalversammlung ist sie jedoch völkerrechtlich nicht verbindlich.

Die Ausarbeitung einer bindenden Konvention gegen das Verschwindenlassen war noch von der Menschenrechtskommission begonnen worden. Mit Resolution 2001/46 hatte diese beschlossen, eine Arbeitsgruppe zur Ausarbeitung einer Konvention gegen erzwungenes Verschwindenlassen einzusetzen. Der von dieser Arbeitsgruppe vorgelegte Konventionsentwurf wurde nach langjährigen Verhandlungen im Juni 2006 auf der ersten Sitzung des neu gegründeten Menschenrechtsrats angenommen⁵⁰ und am 20. Dezember 2006 von der UN-Generalversammlung als Resolution verabschiedet.⁵¹ Das Inkrafttreten des Übereinkommens setzt eine Ratifikation durch 20 Staaten voraus (Art. 39 I der Konvention).⁵²

Die Konvention versteht unter Verschwindenlassen von Personen gemäß Art. 2 „die Festnahme, Gefangenhaltung, Entführung von Personen oder jede andere Form von Freiheitsentzug, durch einen Vertreter des Staates oder durch eine Person oder eine Gruppe von Personen, welche mit Ermächtigung, Unterstützung oder Duldung des Staates handeln, gefolgt von der Weigerung, diese Freiheitsberaubung anzuerkennen oder Auskunft über das Schicksal oder den Verbleib dieser Personen zu erteilen, was zur Folge hat, dass diese Person längere Zeit dem Schutz des Gesetzes entzogen wird.“

Die Konvention gilt als Kodifizierung existierenden Völkergewohnheitsrechts, welches nun mit wirksamen Durchsetzungsmechanismen ausgestattet wurde und eine bedeutende Lücke im internationalen Menschenrechtsschutz schließt.⁵³

Die Konvention macht deutlich, dass das Verschwindenlassen eine schwere Menschenrechtsverletzung ist, welche die Vertragsstaaten wirksam verhindern, untersuchen, verfolgen und bestrafen müssen (Art. 4-7). Das bedeutet, dass die Vertragsstaaten ihr Strafrecht entsprechend anpassen und den Tatbestand des Verschwindenlassens aufnehmen müssen (Art. 4). Zeugen müssen geschützt und mutmaßliche Täter vor die nationalen Gerichte gestellt werden – dies auch dann, wenn die Tat in einem anderen Land begangen wurde. Ist die Durchführung eines nationalen Strafverfahrens nicht möglich, können die Täter an ausländische Behörden beziehungsweise einen internationalen Strafgerichtshof übergeben werden.⁵⁴ In diesem Sinne ist

⁴⁹ UN-Erklärung über den Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen, UN-Dok. A/Res/47/133.

⁵⁰ Vgl. die Mitteilung auf der Homepage des Menschenrechtsrats, abrufbar unter: www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=820&LangID=E.

⁵¹ UN-Dok. A/Res/61/177.

⁵² Die Konvention wurde bisher von 84 Staaten unterzeichnet und von 19 dieser Staaten ratifiziert (Stand: 23. September 2010). Im Rahmen des Ratifizierungsverfahrens ist zur Förderung der Konvention im Jahre 2007 eine internationale Kampagne angelaufen, die von der Internationalen Koalition gegen das Verschwindenlassen durchgeführt wird (The International Coalition Against Enforced Disappearances). Diese Koalition besteht aus einem internationalen Netzwerk von 40 NGOs, darunter befinden sich z.B. Amnesty International, Human Rights Watch, the International Commission of Jurists, die Asian Federation Against Involuntary Disappearances und die Latin American Federation of Associations of Relatives of Disappeared Detainee. Die

Kampagne der Koalition besteht aus Lobbyarbeit in verschiedenen Staaten, die die Konvention noch nicht ratifizieren haben. Gleichzeitig werden verschiedene Projekte durchgeführt, um die Konvention in der Öffentlichkeit bekannt zu machen, vgl. www.icaed.org.

⁵³ TRIAL, Schweizerische Gesellschaft für Völkerstrafrecht (Fn 33).

⁵⁴ *Amnesty International*, Fordern Sie Schutz vor dem Verschwindenlassen!, abrufbar unter: www.amnesty.de.

die Reichweite der Konvention umfassend und enthält universell anerkannte Prinzipien wie das Weltrechtsprinzip (Art. 9 Abs. 2) und das Prinzip des Non-Refoulement (Artikel 16). Außerdem schreibt es die Verantwortung der Vorgesetzten fest (Art. 6 Abs. 1 lit. b) und enthält detaillierte Regelungen bezüglich vorsorglicher Maßnahmen (Art. 12). Schließlich regelt es Fragen der Auslieferung (Art. 13), der internationalen Kooperation (Art. 14) und der Verjährung (Art. 8).

Die Konvention spiegelt zudem weitere neue Entwicklungen im Völkerrecht, insbesondere im Zusammenhang mit dem Völkerstrafrecht, wider. Seit dem Inkrafttreten des Römischen Statuts zur Errichtung des Internationalen Strafgerichtshofs⁵⁵ gilt das erzwungene Verschwindenlassen von Personen als Verbrechen gegen die Menschlichkeit, wenn die Tat im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung begangen wird, vgl. Art. 7 Abs. 1 lit. i des Römischen Statuts. Darauf verweist Art. 5 der Konvention ausdrücklich. Die Definitionen der Konvention und des Römischen Statuts sind außerdem fast identisch. Ein relevanter Unterschied ist jedoch, dass das Verbrechen des Verschwindenlassens nach Art. 6 Abs. 2 des Römischen Statuts auch durch einen nicht-staatlichen Akteur begangen werden kann. Die Konvention stellt mithin klar, dass der Urheber des Verschwindenlassens als Menschenrechtsverletzung immer ein Hoheitsträger sein muss. Ähnliche Verbrechen, die von nicht-staatlichen Akteuren begangen werden, sollen nach Völkerstrafrecht oder nationalem Strafrecht sanktioniert werden.⁵⁶

Die neue Konvention umfasst weiterhin längst etablierte Standards aus der Rechtsprechung beziehungsweise Spruchpraxis

internationaler Gerichte und Gremien, wie dem EGMR, dem IAGMR, dem MRA und der Afrikanischen Menschenrechtskommission. Diese betreffen das absolute Verbot geheimer Gefangenschaft (Art. 17), die Pflicht zur Registrierung von Gefangenen, die Pflicht zur Erteilung von Informationen bezüglich der Festnahme an Personen mit berechtigtem Interesse (Art. 18) und das Recht eines Festgehaltenen auf gerichtliche Überprüfung der Haft (Art. 20).

VI. Kontrollmechanismen

Neben den materiellen Gewährleistungen enthält die Konvention verschiedene Überwachungsmechanismen zur Bekämpfung des Verschwindenlassens.

1. Schaffung eines Überwachungsorgans

Art. 26 der Konvention sieht die Gründung eines Ausschusses über das Verschwindenlassen vor, der aus zehn von den Vertragsstaaten zu wählenden unabhängigen Menschenrechtsexperten besteht. Die in den Art. 26ff. der Konvention geregelten Verfahren ähneln den Mechanismen der anderen auf universeller Ebene bestehenden Verträge zum Schutz der Menschenrechte.

2. Berichterstattungsverfahren

Art. 29 der Konvention sieht obligatorisch ein Staatenberichtsverfahren vor. Nach dieser Vorschrift sind die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, dem Ausschuss regelmäßig über die innerstaatliche Situation bezüglich des Verschwindenlassens zu berichten. Die in den Berichten enthaltenen Angaben werden vom Ausschuss auf ihre Vereinbarkeit mit der Konvention geprüft. Am Ende des Verfahrens empfiehlt der Ausschuss der Vertragspartei Maßnahmen, deren Durchführung eine Verbesserung der innerstaatlichen Lage bewirken soll.

3. Nachforschungsverfahren

Art. 30 der Konvention sieht ein im vertragsbasierten internationalen Menschen-

⁵⁵ Rome Statute of the International Criminal Court vom 17. Juli 1998, UNTS. Bd. 2187, S. 90; BGBl. 2000 II, S. 1393.

⁵⁶ Vgl. *Horacio Ravenna/Maria Schenone, Desaparición Forzada de Personas*. Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, 1989, S. 15ff.

rechtsschutzsystem völlig neues und obligatorisches Verfahren vor: Wird ein Fall des Verschwindenlassens bekannt, können Angehörige des Verschwundenen, dessen gesetzliche Vertreter, dessen Rechtsbeistand und jede andere Person, die ein berechtigtes Interesse nachweisen kann, in dringenden Fällen einen Antrag auf Suchen und Auffinden einer verschwundenen Person beim Ausschuss stellen. Der Ausschuss befasst sich gemäß Art. 30 Abs. 2 der Konvention mit dem Antrag jedoch nur dann, wenn dieser nicht offensichtlich unbegründet ist, kein Missbrauch des Antragsrechts gegeben ist, der Fall vorab den zuständigen Organen des betreffenden Vertragsstaates vorgelegt worden ist, der Antrag nicht unvereinbar mit den Bestimmungen der Konvention ist und der Fall nicht in einem anderen internationalen Untersuchungs- oder Streitbeilegungsverfahren der gleichen Art geprüft wird. Ist der Ausschuss der Ansicht, dass der Antrag zulässig ist, so ergreift er sofortige Maßnahmen. Dies beinhaltet vor allem die Aufforderung an den Vertragsstaat, innerhalb einer vom Ausschuss gesetzten Frist Angaben über die Situation der gesuchten Person zu machen. Überdies kann der Ausschuss gemäß Art. 30 Abs. 3 dem Vertragsstaat Maßnahmen empfehlen, um die gesuchte Person auffindig zu machen. Der Ausschuss ist zudem dazu verpflichtet, seine Bemühungen, mit dem Vertragsstaat zusammenzuarbeiten, so lange fortzusetzen, bis das Schicksal der verschwundenen Person geklärt ist. Die den Antrag stellende Person ist während des gesamten Zeitraums auf dem Laufenden zu halten (Art. 30 Abs. 4).

4. *Individualbeschwerdeverfahren*

Art. 31 der Konvention sieht für die Vertragsstaaten fakultativ die Möglichkeit vor, sich der Zuständigkeit des Ausschusses zur Entgegennahme und Prüfung von Mitteilungen einzelner Personen zu unterwerfen. Ist der Ausschuss der Meinung, dass eine Vertragspartei im konkreten Einzelfall ihre Verpflichtungen aus der Konvention verletzt hat, teilt er dies der Vertragspartei

und dem Verfasser der Mitteilung in einer so genannten Auffassung mit.

5. *Staatenbeschwerdeverfahren*

Art. 32 der Konvention enthält – ebenfalls fakultativ – die Möglichkeit, die Zuständigkeit des Ausschuss für Staatenbeschwerdeverfahren anzuerkennen. In derartigen Fällen stellt der Ausschuss auf Antrag eines Vertragsstaates fest, ob ein anderer Vertragsstaat seine Verpflichtungen aus der Konvention in einem bestimmten Fall erfüllt hat oder nicht.

6. *Ortsbesichtigungen*

Art. 33 der Konvention sieht einen weiteren Überwachungsmechanismus vor, der die Einhaltung der Konvention im Einzelfall sicherstellen soll. Wenn der Ausschuss zuverlässige Informationen darüber erhält, dass ein Vertragsstaat Bestimmungen der Konvention in schwerwiegender Weise verletzt, kann er einzelne Ausschussmitglieder nach Konsultation des betreffenden Vertragsstaates dazu auffordern, einen Länderbesuch vorzunehmen und dem Ausschuss davon zu berichten. Dies setzt jedoch gemäß Art. 33 Abs. 4 der Konvention voraus, dass der Vertragsstaat dem Besuch zuvor zugestimmt hat. Nach dem Stattfinden eines solchen Besuchs teilt der Ausschuss dem besuchten Vertragsstaat seine Beobachtungen mit und gibt Empfehlungen ab.

7. *Vorlagerecht*

Art. 34 der Konvention gibt dem Ausschuss schließlich das Recht, der UN-Generalversammlung über den UN-Generalsekretär eine Angelegenheit zur Kenntnis zu bringen, wenn er Informationen erhält, die nach seiner Meinung wohlbegründete Hinweise darauf enthalten, dass es in einem bestimmten Gebiet, über das eine Vertragspartei ihre Hoheitsgewalt ausübt, eine ausgedehnte und systematische Praxis des Verschwindenlassens gibt.

VII. Schlussbemerkungen

Die Konvention ist nicht nur eine Referenz an die Opfer der Vergangenheit, sondern auch von hoher aktueller Bedeutung. Die schweren Menschenrechtsverletzungen der Vergangenheit können nicht mehr ungeschehen gemacht werden. Die Konvention kann jedoch einen wesentlichen Beitrag dazu leisten, künftige Generationen vor solchen grausamen Verbrechen zu schützen. Das Verbrechen des Verschwindenlassens wird nämlich nach wie vor in vielen Staaten der Welt – auch in solchen, die dem Europarat angehören – praktiziert. Zudem wenden in letzter Zeit zahlreiche Staaten unter dem Deckmantel des „Krieges gegen den Terrorismus“ die Praxis des Verschwindenlassens an. Diese schweren staatlichen Verbrechen müssen verhindert, verfolgt und bestraft werden.

Das Fakultativprotokoll zum Sozialpakt - ratifizieren oder nicht ratifizieren?

Jan Wiegandt

Inhaltübersicht

- I. Einleitung
- II. Zum völkerrechtspolitischen, zeit- und entstehungsgeschichtlichen Hintergrund des FP
- III. Gegenwärtiger Status des FP - Eine Generalversammlungsresolution, einige Unterzeichnungen und wenige Ratifikationen
- IV. Der Inhalt des FP - Ein knapper Überblick
- V. Streitfragen im Verhandlungsverlauf und die deutsche Position zum FP
- VI. Argumente für und wider Unterzeichnung und Ratifikation des FP - ein Streitgespräch
- VII. Zusammenfassende Bewertung

I. Einleitung

Am 10. Dezember 2008 hat die Generalversammlung der Vereinten Nationen das Fakultativprotokoll zum Sozialpakt (FP)¹ angenommen, an keinem weniger symbolischen Tag als dem 60. Jahrestag der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR)². Am 24. September 2009 wurde in der Zentrale der Vereinten Nationen in New York die feierliche Unterzeichnungszereemonie abgehalten. Das gibt nicht nur aktuellen Anlass, sondern erfordert es geradezu, sich mit dem neugeschaffenen Fakultativprotokoll - vor allem seinem Herzstück, der Individualbeschwerde - zu befassen. Das Fakultativprotokoll zum Sozialpakt - ratifizieren oder nicht ratifizieren?

¹ UN-Dok. A/RES/63/177 vom 10. Dezember 2008.

² UN-Dok. A/RES/217 vom 10. Dezember 1948.

Vor dieser Frage stehen derzeit zahlreiche Vertragsstaaten des Sozialpakts. Eine mögliche Antwort soll hier entwickelt werden.

Dazu wird zunächst der zeitgeschichtliche und völkerrechtspolitische Hintergrund der Forderung nach einem FP beleuchtet, um anschließend seine Entstehungsgeschichte nachzuzeichnen (unter II.). Der gegenwärtige Stand und Status des FP wird unter III. festgehalten. Der IV. Abschnitt umreißt den Inhalt des FP. Vor diesem Hintergrund sollen die zentralen Streitfragen in der langjährigen Debatte um das FP herausgearbeitet werden, um daraufhin die Position der Bundesregierung zu skizzieren und einzuordnen (unter V.). Die Argumente für und gegen das FP werden im VI. Abschnitt entfaltet. Das FP zum Sozialpakt - ratifizieren oder nicht ratifizieren? Vor dem Hintergrund der bisherigen Darstellung schlägt der VII. und letzte Abschnitt eine Antwort vor.

II. Zum völkerrechtspolitischen, zeit- und entstehungsgeschichtlichen Hintergrund des FP

Da sie für das Verständnis des FP in seiner jetzigen Gestalt unerlässlich sind, sollen zunächst der zeitgeschichtliche Hintergrund und anschließend die Entstehungsgeschichte des FP kurz dargestellt werden.

1. *Kalter Krieg, Blockbildung, die ungleich ausgestalteten Menschenrechtspakete von 1966 und die Forderung nach einem FP*

Mit der AEMR vom 10. Dezember 1948 war der Generalversammlung der Vereinten

Nationen zwar ein erster universeller Menschenrechtskatalog geglückt.³ Ihrer herausragenden politischen Bedeutung und ihres rechtlichen Stellenwertes als Interpretationshilfe⁴ zum Trotz handelt es sich bei ihr jedoch lediglich um eine Resolution der Generalversammlung. Völkerrechtlich verbindlich ist sie als solche nicht.⁵ Gerade auch deshalb ging große politische Anstoßwirkung von der AEMR auf die Schaffung der beiden ersten völkerrechtsverbindlichen, universellen Menschenrechtspakete vom 16. Dezember 1966 aus – dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Sozialpakt)⁶ und dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Zivilpakt)⁷.

³ Christoph A. Splené/Nina Schrepfer, Zur Umsetzung der Rechte des UNO-Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte aus Schweizer Sicht – Das Projekt eines FP zum UNO-Pakt I, in: ZöR 59 (2004), S. 375-414 (S. 380); Bernhard Kempen/Christian Hillgruber, Völkerrecht, 2007, S. 312.

⁴ Dazu Ian Brownlie, Principles of Public International Law, 7. Aufl. 2008, S. 559-560; kritisch Kempen/Hillgruber (Fn. 3), S. 312 samt Fn. 27, welche die Heranziehung der AEMR als Interpretationshilfe angesichts ihres völkerrechtlich nicht verbindlichen Charakters „nicht unproblematisch“ finden.

⁵ So die weit überwiegende Ansicht etwa bei Patrick Daillier/Mathias Forteau/Allain Pellet, Droit international public, 8. Aufl. 2010, S. 729; Brownlie (Fn. 4), S. 559; John P. Humphrey, The Universal Declaration of Human Rights – Its History, Impact and Judicial Character, in: Bertrand G. Ramcharan (Hrsg.), Human Rights – Thirty Years after the Universal Declaration, 1979, S. 29ff.; Kay Hailbronner, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 4. Aufl. 2007, S. 231; Kempen/Hillgruber, (Fn. 3), S. 312; bei einigen Bestimmungen, z.B. dem Folterverbot, wird allerdings angenommen, dass sie mittlerweile Ausdruck parallelen Völkergewohnheitsrechts sind, vgl. Eibe Riedel, Universeller Menschenrechtsschutz – Vom Anspruch zur Durchsetzung, in: Gerhart Baum et al. (Hrsg.) Menschenrechtsschutz in der Praxis der Vereinten Nationen, 1998, S. 25-55 (S. 26-31).

⁶ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights vom 16. Dezember 1966, UNTS Bd. 999, S. 3; BGBl. 1976, S. 428.

⁷ International Covenant on Civil and Political Rights vom 16. Dezember 1966, UNTS Bd. 999, S. 171; BGBl. 1973 II, S. 1534.

Dass die völkerrechtsverbindliche Umsetzung der AEMR in Gestalt der beiden Pakte von 1966 fast zwei, ihr Inkrafttreten 1976 sogar fast drei Jahrzehnte auf sich warten ließ, war dem mittlerweile schwelenden Kalten Krieg geschuldet. Blockbildung und Ideologisierung der Weltpolitik machten Verhandlung und Ratifikation der Pakte überaus schwer und zäh.⁸ Sie waren auch der Grund für die Zerteilung der Menschenrechte in einen Sozialpakt und einen Zivilpakt, wie sie die AEMR 1948 freilich nicht vorgesehen hatte. Während der Osten die sozialen Teilhaberechte des Sozialpakts politisch vereinnahmte, beanspruchte der Westen die bürgerlichen Freiheits- und Abwehrrechte des Zivilpakts.⁹ Mit dem Zivilpakt nahm die Generalversammlung zugleich ein Fakultativprotokoll¹⁰ an, das ein Individualbeschwerdeverfahren vorsieht.¹¹ Im Gegensatz zum Ausschuss für den Sozialpakt verfügt der Ausschuss für den Zivilpakt über die Befugnis, Beschwerden Einzelner gegen geltend gemachte Verletzungen ihrer bürgerlichen und politischen Rechte am Maßstab des Zivilpakts zu überprüfen. Eine solche Einzelfallkompetenz sehen die Überwachungsmechanismen des Sozialpakts demgegenüber nicht vor.¹² Insofern verwundert

⁸ Kristina Klee, Die progressive Verwirklichung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte, 2000, S. 65-67; Splené/Schrepfer (Fn. 3), S. 380; Valentin Aichele, Ein Meilenstein für die Unteilbarkeit – Das neue FP zum UN-Sozialpakt, in: VN 2 (2009), S. 72-78 (S. 72); Kempen/Hillgruber (Fn. 3), S. 312f.

⁹ Klee (Fn. 8), S. 62, 65-67; Aichele (Fn. 8), S. 72; Splené/Schrepfer (Fn. 3), S. 380.

¹⁰ 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.

¹¹ Der Sozialpakt einerseits sowie der Zivilpakt samt FP andererseits wurden allesamt in einer Resolution der Generalversammlung angenommen; vgl. zur Verhandlungs- und Entstehungsgeschichte des FP zum Zivilpakt Manfred Nowak, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und FP – CCPR-Kommentar, 1989, S. 694-697, 763-765.

¹² Christian Tomuschat, An Optional Protocol for the International Covenant on Economic, Social

es nicht, dass der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Ausschuss oder CESCR) bald die Möglichkeiten einer Individualbeschwerde für die Rechte des Sozialpakts erörtern und damit die Entstehungsgeschichte des FP ihren Ausgang nehmen sollte.

2. *Ein langer Weg - Zur Entstehungsgeschichte des FP*

Nach dem ersten Zusammentreten des Ausschusses vergingen nur fünf Jahre, bis seine Mitglieder erstmals die leise Forderung nach einem FP anklingen ließen. Unter der Zwischenüberschrift „Diskussionsvermerke“ hält das Protokoll der fünften Sitzung 1990 nüchtern fest, dass der Ausschuss „im Allgemeinen die Frage erörtert hat, ein Fakultativprotokoll zum Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte zu entwerfen, das die Vorlage von Individualbeschwerden betreffend einiger oder aller im Pakt anerkannten Rechte erlauben würde.“¹³

Für die Wiener Weltmensenrechtskonferenz im Juni 1993 erarbeitete der Ausschuss ein Diskussionspapier, um die Frage nach einem Individualbeschwerdeverfahren für den Sozialpakt in den internationalen Menschenrechtsdiskurs einzuführen.¹⁴ Im Mittelpunkt der Konferenz stand der Grundsatz der Unteilbarkeit und Gleichwertigkeit aller Menschenrechte.¹⁵ So fügte

and Cultural Rights?, in: Klaus Dicke et al. (Hrsg.), *Weltinnenrecht - Liber amicorum Jost Delbrück*, 2005, S. 815-834 (S. 815); *Thomas Buerenthal/Daniel Thürer*, *Menschenrechte - Ideale, Instrumente, Institutionen*, 2010, S. 43.

¹³ UN-Dok. E/1991/23 (E/C.12/1990/8), 1991, § 285: „The Committee discussed in general terms the question of drafting an Optional Protocol to the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights which would permit the submission of communications pertaining to some or all of the rights recognized in the Covenant (...)“. Die deutsche Übersetzung stammt vom Autor.

¹⁴ *Aichele* (Fn. 8), S. 73.

¹⁵ Vgl. das Abschlussdokument der Wiener Weltmensenrechtskonferenz, *Vienna Declaration and Programme of Action*, UN-Dok. A/Conf.157/23 vom 12. Juli 1993, Teil I, § 5.

sich das Anliegen des Ausschusses bestens in den thematischen Gesamtzusammenhang der Konferenz ein, zielte es doch auf die prozessuale Gleichstellung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen mit den bürgerlichen und politischen Menschenrechten ab. Von der Weltmensenrechtskonferenz 1993 gingen nicht zuletzt deshalb bedeutsame Impulse für die Schaffung eines Zusatzprotokolls zum Sozialpakt aus.¹⁶ Niederschlag fanden diese bereits im Abschlussdokument der Konferenz vom 23. Juli 1993, in dem die teilnehmenden Staaten Menschenrechtskommission und CESCR bestärkten, die Frage nach einem FP zum Sozialpakt weiter zu vertiefen.¹⁷

Der Wiener Anregung kam die Menschenrechtskommission nach und forderte den Ausschuss auf, über seine weiteren Pläne und Schritte mit Blick auf ein FP zu berichten.¹⁸ Durch die Impulse aus Wien und den Zuspruch der Menschenrechtskommission bestärkt, setzte der Ausschuss seine Arbeit fort und konnte der Menschenrechtskommission bereits 1996 den ersten Entwurf eines FP vorlegen.¹⁹ Den Kern des Entwurfs bildete ein Individualbeschwerdeverfahren, das sich am FP zum Zivilpakt orientierte. Nicht nur die Verletzung einiger, sondern gleich aller Rechte des Sozialpakts sollten nach diesem Entwurf gerügt werden können.²⁰

Vielleicht war das der Grund, dass eine Phase des Stillstandes folgte, in der das Vorhaben „FP“ nicht recht voranschreiten

¹⁶ *Tomuschat* (Fn. 12), S. 815; *Aichele* (Fn. 8), S. 73.

¹⁷ *Vienna Declaration and Programme of Action*, ILM 32 (1993), S. 1663, Part II, § 75; die in den ILM abgedruckte Version entspricht dem UN-Dok. A/Conf.157/23, vom 12. Juli 1993, Teil II, § 75.

¹⁸ UN-Dok. E/CN.4/1996/16 vom 11. April 1996, § 10.

¹⁹ UN-Dok. E/CN.4/1997/105 vom 18. Dezember 1996.

²⁰ Art. 2 des ersten Entwurfs in UN-Dok. E/CN.4/1997/105 vom 18. Dezember 1996.

wollte.²¹ Die Menschenrechtskommission hatte den Entwurf Regierungen, Internationalen Regierungsorganisationen und Nichtregierungsorganisationen (NGO) zu-geleitet, um die Debatte voranzutreiben und Möglichkeiten des Vorhabens auszulo-ten.²² Die Staaten zeigten sich wenig beein-druckt. Die erbetenen Stellungnahmen zum Entwurf ließen auf sich warten. Trotz wiederholter Aufforderungen gingen nur 14 Stellungnahmen ein. Elf von ihnen sprachen sich für ein FP aus.²³ Ein ernsthafter Verhandlungsprozess kam jedoch nicht in Gang. Seine Zeit schien damals noch nicht gekommen zu sein.²⁴ Im Bemühen um Wiederbelebung veranstalteten das Büro des Hohen Kommissars der Vereinten Na-tionen für Menschenrechte (OHCHR)²⁵ und die Internationale Juristenkommission (ICJ)²⁶ im Februar 2001 eine Konferenz, um gemeinsam der Frage eines FP zum Sozial-pakt nachzugehen. Obwohl 74 Regie-

rungen vertreten waren, führte die Konfe-renz nur wenig weiter.²⁷

Daraufhin entschied die Menschenrechts-kommission, einen unabhängigen Experten einzusetzen.²⁸ *Hatem Kotrane*, Professor für Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Tunis, übernahm das Amt. Vor allem offe-ne und strittige Fragen – insbesondere jene nach der Justiziabilität sozialer, wirtschaft-licher und kultureller Menschenrechte – sollte er untersuchen.²⁹ *Kotrane* legte 2001 einen ersten³⁰ und nach Verlängerung sei-nes Mandates 2003 einen zweiten Bericht³¹ vor. In beiden sprach er sich für ein FP mit Individualbeschwerdeverfahren aus und empfahl, eine Arbeitsgruppe mit der Um-setzung zu betrauen.³² Dem entsprach die Menschenrechtskommission und setzte eine offene Arbeitsgruppe aus Staatenver-tretern ein.³³ Die Arbeitsgruppe hatte aller-dings kein Verhandlungsmandat. Lediglich unterschiedliche Ausgestaltungsmöglich-keiten eines Protokolls sollte sie untersu-chen.³⁴ Angesichts schwieriger Verhand-lungen wurde das Mandat um weitere zwei Jahre verlängert. Die Meinungen innerhalb der Arbeitsgruppe wichen teilwei-se sehr stark voneinander ab.³⁵ Zu weiter-führenden Ergebnissen kam sie daher

²¹ In diesem Sinne *Tomuschat* (Fn.12), S. 816, der zur vorgesehenen Möglichkeit, alle Rechte des Sozialpakts zu rügen, anmerkt: „One may legitimately ask whether this was a sound decision.“

²² Beschluss der Menschenrechtskommission 1997/104 vom 3. April 1997; vgl. zu den Moti-ven dieser Entscheidung *Aichele* (Fn. 8), S. 73; *Tomuschat* (Fn. 12), S. 816.

²³ Vgl. *Aichele* (Fn. 8), S. 73 sowie im Einzelnen die Stellungnahmen in den Berichten der Men-schenrechtskommission: UN-Dok. E/CN.4/1998/84 vom 16. Januar 1998 mit Antworten Deutschlands, Ecuadors, Finnlands, Syriens und Zyperns; UN-Dok. E/CN.4/1998/84/Add. 1 vom 16. März 1998 mit der Antwort Kanadas; UN-Dok. E/CN.4/112/Add. 1 vom 4. März 1999 mit Antworten Mexikos, Zyperns und Schwedens; UN-Dok. E/CN.4/2000/49 vom 14. Januar 2000 mit Antworten Deutschlands, Ge-orgiens, Libanons, Litauens und Tschechiens; UN-Dok. E/CN.4/2001/62 vom 21. Dezember 2000 mit Antworten Mauritius, Norwegens und Portugals; UN-Dok. E/CN.4/2001/62/Add. 1 vom 20. März 2001 mit Antworten Chiles und Schwedens.

²⁴ *Aichele* (Fn. 8), S. 73.

²⁵ Office of the UN High Commissioner for Hu-man Rights.

²⁶ International Commission of Jurists.

²⁷ So das Urteil *Tomuschats* (Fn. 12), S. 816; vgl. auch den Konferenzbericht, UN-Dok. E/CN.4/2001/62/Add. 2 vom 22. März 2001.

²⁸ UN-Dok. E/CN.4/RES/2001/30 vom 20. April 2001.

²⁹ Vgl. *Aichele* (Fn. 8), S. 73; *Tomuschat* (Fn. 12), S. 816.

³⁰ UN-Dok. E/CN.4/2002/57 vom 12. Februar 2002.

³¹ UN-Dok. E/CN.4/2003/53 vom 13. Januar 2003.

³² UN-Dok. E/CN.4/2003/53 vom 13. Januar 2003, § 76; eingehend zu den beiden Experten-berichten *Splené/Schrepfer* (Fn. 3), S. 390-393.

³³ UN-Dok. E/CN.4/2003/53 vom 13. Januar 2003, § 76.

³⁴ Vgl. *Aichele* (Fn. 8), S. 73; *Tomuschat* (Fn. 12), S. 817.

³⁵ Vgl. das Protokoll der offenen Arbeitsgruppe, UN-Dok. E/CN.4/2004 vom 15. März 2004.

nicht.³⁶ Beobachter bescheinigten dem Vorhaben damals wenig Aussicht auf Erfolg.³⁷

Dennoch beauftragte der Menschenrechtsrat – seit Juni 2006 hatte er die Menschenrechtskommission abgelöst – die Arbeitsgruppe mit der Ausarbeitung eines konkreten Textes.³⁸ Der neugeschaffene Menschenrechtsrat brachte Schwung in das Vorhaben, so dass man fast von jugendlichem Tatendrang in institutioneller Hinsicht sprechen könnte.³⁹ Nicht zuletzt deshalb lag bereits am 4. April 2008 der fertige Textentwurf vor und wurde, versehen mit einer Stellungnahme der in der Arbeitsgruppe vertretenen Staaten, dem Menschenrechtsrat zugeleitet.⁴⁰ Innerhalb von nur zwei Jahren war es der Arbeitsgruppe gelungen, die meisten der wesentlichen Streitpunkte in Kompromissen aufgehen zu lassen. Am 18. Juni 2008 nahm der Menschenrechtsrat den Entwurf an.⁴¹ Er empfahl der Generalversammlung, ihn zu verabschieden.

In ihrer 66. Plenarsitzung am 10. Dezember 2008 – 60 Jahre nach der Verabschiedung der AEMR – nahm die Generalversammlung den Entwurf des FP in einer Resolution an.⁴² Das symbolträchtige Datum der

Resolution unterstreicht die Hoffnungen, die in das FP zum Sozialpakt gelegt werden. Die Zukunft des FP hängt jetzt maßgeblich vom Willen der Staaten zur Unterzeichnung und Ratifikation ab. Am 24. September 2009 fand in der Zentrale der Vereinten Nationen in New York eine feierliche Unterzeichnungszeremonie statt.

III. Gegenwärtiger Status des FP – Eine Generalversammlungsresolution, einige Unterzeichnungen und wenige Ratifikationen

Gewiss war die Verabschiedung des FP durch die Generalversammlung ein großer politischer Erfolg für seine Befürworter.⁴³ Einen unmittelbaren völkerrechtlichen Erfolg stellt sie allerdings noch nicht dar. Denn als Resolution der Generalversammlung ist das verabschiedete FP völkerrechtlich nicht verbindlich. Lediglich Empfehlungscharakter kommt ihm als Resolution zu.⁴⁴ Angesichts der großen Euphorie über den politischen Erfolg der Verabschiedung des FP als Generalversammlungsresolution könnte leicht in den Hintergrund treten, dass die Staaten noch weitere wichtige Schritte unternehmen müssen, damit das Protokoll völkerrechtsverbindlich wird. Unterzeichnet ein Staat das FP, geht er damit zunächst nur die Verpflichtung ein, es dem innerstaatlichen Zustimmungsprozess

³⁶ So das Urteil von *Michael J. Dennis/David P. Stewart*, *Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights – Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing and Health?*, in: *AJIL* 98 (2004), S. 462-515 (S. 462); ebenso *Tomuschat* (Fn. 10), S. 817.

³⁷ *Tomuschat* (Fn. 12), S. 817.

³⁸ UN-Dok. A/HRC/1/3 vom 29. Juni 2006, § 2.

³⁹ Vgl. zur entscheidenden Rolle des neu geschaffenen Menschenrechtsrats *Catarina de Albuquerque*, *Chronicle of an Announced Birth: The Coming into Life of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – The Missing Piece of the International Bill of Human Rights*, in: *Human Rights Quarterly* 32 (2010), S. 144-178 (S. 165f.).

⁴⁰ Der abschließende Bericht der Arbeitsgruppe findet sich in UN-Dok. A/HCR/8/7 vom 23. Mai 2008, § 211.

⁴¹ UN-Dok. A/HRC/RES/8/2 vom 18. Juni 2008.

⁴² UN-Dok. A/RES/63/117 vom 10. Dezember 2008.

⁴³ *Barbra Wilson*, *Quelques Réflexions sur l'Adoption du Protocole Facultatif se Rapportant au Pacte International Relatif aux Droits Économiques, Sociaux et Culturels des Nations Unies*, in: *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 20 (2009), S. 295-317 (S. 295, 315-317); *Aichele* (Fn. 8), S. 72; so bereits die Prognose *Claire Mahons*, *Progress at the Front – The Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in: *Human Rights Law Review* 8 (2008), S. 617-646 (S. 617-618, 643-646), die allerdings auch darauf hinweist, dass – selbst wenn das FP in Kraft treten sollte – es noch lange Zeit in den Sternen steht, ob es tatsächlich zu einem effizienteren Menschenrechtsschutz führen wird.

⁴⁴ *Stephan Hobe*, *Einführung in das Völkerrecht*, 9. Aufl. 2008, S. 202-204; *Pierre-Marie Dupuy*, *Droit international public*, 7. Aufl. 2004, S. 366, 379.

zuzuleiten.⁴⁵ Um seine volle völkerrechtliche Bindungswirkung zu entfalten, muss das Protokoll nach seinem Art. 17 Abs. 2 noch ratifiziert werden. Das heißt, nach Abschluss des innerstaatlichen Zustimmungsprozesses muss das Staatsoberhaupt förmlich für den betreffenden Staat erklären, an das Protokoll gebunden zu sein.⁴⁶ Erst drei Monate nach Hinterlegung der zehnten Ratifikationsurkunde tritt das Protokoll in Kraft, Art. 18 Abs. 1 FP.⁴⁷ Bislang haben 35 Staaten das FP zum Sozialpakt unterzeichnet. Lediglich drei Staaten haben es bis heute ratifiziert (Stand: 30. September 2010). Grund für die bisherige Zurückhaltung könnte freilich der Inhalt des FP sein.

IV. Der Inhalt des FP – Ein knapper Überblick

Vor allem drei Neuerungen beinhalten die 22 Artikel des FP. Sein Herzstück bildet das Individualbeschwerdeverfahren (unter 1.). Weitere Kernpunkte sind ein Staatenbeschwerdeverfahren, ein Untersuchungsverfahren bei Verdacht auf schwerwiegende oder systematische Verletzungen des Sozialpakts (unter 2.) sowie die Einrichtung eines Treuhandfonds, der Staaten bei der Umsetzung der Paktziele unterstützen soll (unter 3.). Die sonstigen Bestimmungen des FP werden unter 4. umrissen.

1. Die Individualbeschwerde

Geregelt ist sie in Art. 2 bis 9 des FP. Einzelpersonen, aber auch Personengruppen können sie beim Ausschuss einreichen. Um dem Ausschuss solche Mitteilungen (*communications*) – so die offizielle Bezeichnung der Individualbeschwerden – unterbreiten

⁴⁵ Dupuy (Fn. 44), S. 268; Hobe (Fn. 44), S. 218f.; auch darf nach der Unterzeichnung der Zweck des Protokolls nicht durch politische oder gesetzgeberische Maßnahmen vereitelt werden, vgl. Art. 18 Wiener Vertragsrechtskonvention.

⁴⁶ Dupuy (Fn. 44), S. 269; Hobe (Fn. 44), S. 219; vgl. auch Art. 2 Abs. 1 lit. b Wiener Vertragsrechtskonvention.

⁴⁷ Mahon (Fn. 43), S. 643.

zu können, reicht die Behauptung, durch die Hoheitsgewalt eines Vertragsstaates in wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Paktrechten verletzt worden zu sein, Art. 2 Abs. 1 S. 1 FP.⁴⁸ Mitteilungen im Namen von Einzelpersonen oder Personengruppen können nur mit deren Zustimmung vorgelegt werden, Art. 2 S. 2 FP. Popularklagen sind somit ausgeschlossen.

a) Die wichtigsten Zulässigkeitsvoraussetzungen von Individualbeschwerden

Zulässig sind Mitteilungen nur, wenn die betroffene Einzelperson bzw. Personengruppe zunächst den innerstaatlichen Rechtsweg erschöpft hat, Art. 3 Abs. 1 S. 1 FP. Das Erfordernis der Rechtswegerschöpfung entfällt jedoch, wenn die Rechtsmittel „unangemessen lange“⁴⁹ dauern. Umgehungsversuchen staatlicherseits, etwa durch gezielte Verfahrensverschleppung, wird dadurch vorgebeugt, Art. 3 Abs. 1 S. 2 FP.

Beschwerden sind innerhalb eines Jahres „nach Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe“⁵⁰ zu erheben. Auf welchen Zeitpunkt dabei genau abzustellen ist – Zustellung oder Verkündung der letztinstanzlichen Entscheidung etwa – lässt der Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 lit. a FP offen. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift wird der Zeitpunkt maßgeblich sein, in dem der Betroffenen von der abschlägigen, letzt-

⁴⁸ Diese Zulässigkeitsvoraussetzung des Art. 2 Abs. 1 FP ist insofern mit der Klage- beziehungsweise Beschwerdebefugnis im deutschen Verwaltungs- beziehungsweise Verfassungsprozess vergleichbar; vgl. zu den Parallelbestimmungen des Art. 1 S. 1 und Art. 2 im Ersten FP zum Zivilpakt auch Bernhard Schäfer, Die Individualbeschwerde nach dem FP zum Zivilpakt – Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl. 2007, S. 71f. samt Fn. 450.

⁴⁹ So der teilweise Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 S. 2 FP in der nichtamtlichen Übersetzung des deutschen Übersetzungsdienstes bei den Vereinten Nationen.

⁵⁰ So der teilweise Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 lit. a FP in der nichtamtlichen Übersetzung des deutschen Übersetzungsdienstes bei den Vereinten Nationen.

instanzlichen Entscheidung erfahren hat. In systematischer Hinsicht spricht dafür auch Art. 3 Abs. 2 lit. a, der bestimmt, dass die Jahresfrist nicht gilt, wenn der Autor der Mitteilung darlegt, dass ihm die Einreichung der Beschwerde innerhalb der Jahresfrist nicht möglich war.

Unzulässig sind Beschwerden, wenn dieselbe Sache in einem anderen internationalen Untersuchungs- oder Streitbeilegungsverfahren geprüft wird beziehungsweise wurde, oder der Ausschuss sie bereits geprüft hat, Art. 3 Abs. 2 lit. c FP. Diese negative Zulässigkeitsvoraussetzung entspricht dem allgemeinen völkerrechtlichen *Lis-pendens*- und *Res-iudicata*-Grundsatz, wie ihn auch nationale Rechtsordnungen in Gestalt der Verfahrenshindernisse anderweitige Rechtshängigkeit und entgegenstehende Rechtskraft kennen.⁵¹ Lösungen für den Fall, dass eine Beschwerde zeitgleich dem Ausschuss und einem weiteren internationalen Spruchkörper unterbreitet wird, dessen Satzung ebenfalls nur eine subsidiäre Prüfungskompetenz anordnet, hält das FP nicht bereit.⁵²

Nicht hinreichend begründete Mitteilungen sind unzulässig, insbesondere dann, wenn sie ausschließlich auf Meldungen von Massenmedien gestützt werden, Art. 3 Abs. 2 lit. e FP. Offensichtlich unbegründete Beschwerden sind nach dieser Bestimmung ebenfalls unzulässig.

Beschwerden müssen schriftlich verfasst sein. Mitteilungen, die nicht der Schrift-

form genügen oder anonym eingebracht werden, sind unzulässig nach Art. 3 Abs. 2 lit. g FP.

Beschwerden, die „einen Missbrauch des Rechts auf Einreichung einer Mitteilung“⁵³ darstellen, sind ebenfalls unzulässig. Den Begriff des Rechtsmissbrauchs grenzt Art. 3 Abs. 2 lit. f FP nicht näher ein. Insofern kann er als Auftrag an eine etwaige spätere Spruchpraxis gelesen werden, handhabbare Kriterien herauszuarbeiten. Das gleiche gilt für Beschwerden, die mit „Bestimmungen des Sozialpakts unvereinbar sind“.⁵⁴ Auch sie sind unzulässig, Art. 3 Abs. 2 lit. d FP. Erst wenn die Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen, folgen die weiteren Verfahrensschritte.

b) Die Verfahrensschritte des Individualbeschwerdeverfahrens

Hat der Ausschuss eine Beschwerde für zulässig erklärt, leitet er sie zunächst vertraulich dem betroffenen Staat weiter, so dass dieser innerhalb von sechs Monaten Stellung zu den Vorwürfen nehmen kann, Art. 6 FP. Kommt keine gütliche Einigung zustande, steigt der Ausschuss in die sachliche Prüfung ein, Art. 7 und 8 FP. Dabei hat der Ausschuss alle ihm vorliegenden Dokumente zu berücksichtigen, Art. 8 Abs. 1 FP.

Hervorzuheben ist Art. 8 Abs. 4 FP, der die Prüfungsichte des Ausschusses genauer festlegt.⁵⁵ Die Bestimmung schreibt nämlich vor, dass der Ausschuss die Angemessenheit („reasonableness“) von staatlichen Maßnahmen prüft. Dabei hat er zu berücksichtigen, dass Vertragsstaaten „eine Reihe möglicher politischer Maßnahmen zur

⁵¹ Zur völkerrechtlichen Geltung dieser Grundsätze August Reinisch, *The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes*, in: *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 3 (2004), S. 37-77 (S. 37f.); Jörn Griebel, *Internationales Investitionsrecht*, 2008, S. 137; vgl. zur Geltung in der nationalen Rechtsordnung etwa im deutschen Zivilprozess § 261 Abs. 3 Nr. 1 und § 322 ZPO.

⁵² Das Zusammentreffen mit Art. 31 Abs. 2 lit. c der Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (CPPED) könnte in eine solche kollisionsrechtliche Sackgasse führen; vgl. auch Christian Tomuschat, *Human Rights – Between Idealism and Realism*, 2. Aufl. 2008, S. 213.

⁵³ So der teilweise Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 lit. f FP in der nichtamtlichen Übersetzung des deutschen Übersetzungsdienstes bei den Vereinten Nationen (UN-Dok. A/RES/63/117 vom 10. Dezember 2008).

⁵⁴ So der teilweise Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 lit. d FP in der nichtamtlichen Übersetzung des deutschen Übersetzungsdienstes bei den Vereinten Nationen.

⁵⁵ Mahon (Fn. 43), S. 644.

Verwirklichung der im Pakt niedergelegten Rechte“⁵⁶ treffen können.⁵⁷ Der im deutschen Verwaltungsrecht entwickelten Vertretbarkeitslehre nicht ganz unähnlich, gemahnt Art. 8 Abs. 4 FP insofern zu einer gewissen Zurückhaltung, indem er dem Ausschuss eine tendenziell grobmaschigere Prüfung politischer Handlungsspielräume vorgibt.⁵⁸ Nach abgeschlossener Sachprüfung übermittelt der Ausschuss den Parteien seine „Auffassungen“ („views“), die er mit Empfehlungen an den paktbrüchigen Vertragsstaat verbinden kann, Art. 9 Abs.1. FP. Die Empfehlungen des Ausschusses sind völkerrechtlich nicht verbindlich.⁵⁹ Dies folgt bereits im Umkehrschluss zu Art. 9 Abs. 2 FP, der lediglich fordert, dass der Vertragsstaat die Auffassungen und etwaigen Empfehlungen des Ausschusses „gebührend in Erwägung“⁶⁰ zieht und innerhalb von sechs Monaten schriftlich Stellung zu ihnen nimmt. In diesem Antwortschreiben muss der Vertragsstaat anführen, welche Maßnahmen er auf die Auffassungen des Ausschusses hin ergriffen hat.

⁵⁶ So der teilweise Wortlaut des Art. 8 Abs. 4 S. 2 FP in der nichtamtlichen Übersetzung des deutschen Übersetzungsdienstes bei den Vereinten Nationen.

⁵⁷ *Mahon* (Fn. 43), S. 644.

⁵⁸ Vgl. *Mahon* (Fn. 43), S. 636-638, die auf die Rechtsprechung des südafrikanischen Verfassungsgerichts zu den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten, insbesondere zum Reasonableness-Kriterium verweist; zur Vertretbarkeitslehre *Carl Ule*, Rechtsstaat und Verwaltung, in: *Verwaltungsarchiv* 76 (1985), S. 1-23 (S. 9-11); vgl. auch *Reinhard Hendler*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2001, Rn. 184 und *Hartmut Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2002, S. 141-144, die neben *Ules* Vertretbarkeitslehre auch die in die gleiche Richtung weisende Lehre vom Beurteilungsspielraum *Otto Bachofs* und die Lehre von der Einschätzungsprärogative *Hans Wolffs* darstellen.

⁵⁹ *Aichele* (Fn.8), S. 74.

⁶⁰ So der teilweise Wortlaut des Art. 9 Abs. 2 FP in der nichtamtlichen Übersetzung des deutschen Übersetzungsdienstes bei den Vereinten Nationen.

2. Staatenbeschwerde und Untersuchungsverfahren

Mit der Ratifikation des Protokolls erkennen die Vertragsstaaten des Sozialpakts nur die Zuständigkeit des Ausschusses zur Prüfung von Individualbeschwerdeverfahren an. Um Staatenbeschwerde- und Untersuchungsverfahren anzuerkennen, sind über die Ratifikation des Protokolls hinaus gesonderte Erklärungen notwendig. Erst sie begründen die Zuständigkeit des Ausschusses auch für diese beiden Verfahrensarten.⁶¹

a) Staatenbeschwerde

Geregelt in Art. 10 FP, ermöglicht sie den Vertragsstaaten, anderen Vertragsstaaten schriftliche Beschwerden zukommen zu lassen. In diesen Beschwerden behauptet der eine Vertragsstaat, der andere Vertragsstaat komme seinen Verpflichtungen aus dem Sozialpakt nicht nach. Kommt es innerhalb von sechs Monaten nach Eingang der Beschwerde beim bezichtigten Staat zu keiner für beide Seiten zufrieden stellenden Lösung, können beide Parteien die Sache dem Ausschuss unterbreiten. In der etwaigen Praxis des FP werden die Staaten die Staatenbeschwerde vermutlich kaum nutzen, um außenpolitische Verwerfungen zu vermeiden. Eine Krähe hackt der anderen kein Auge aus – die Praxis der bislang noch nicht genutzten Staatenbeschwerde nach Art. 41 Zivilpakt scheint dieses Sprichwort ebenso zu bestätigen wie die Praxis anderer, mehr oder minder brachliegender Staatenbeschwerdeverfahren.⁶² Dennoch könn-

⁶¹ Vgl. Art. 10 Abs. 1 und 11 Abs. 1 FP; dazu auch *Aichele* (Fn. 8), S. 74.

⁶² Vgl. zur Staatenbeschwerde des Zivilpakts *Norman Weiß*, Wäre ein Individualbeschwerdeverfahren auch im Rahmen der Kinderrechtskonvention sinnvoll? Zur Einklagbarkeit der Konventionsrechte und den Chancen einer Reform, in: *MRM* 2001, S. 85-97 (S. 88 samt Fn. 17); auch die Anzahl der Vertragsverletzungsverfahren auf Antrag eines Mitgliedstaates nach Art. 259 AEUV (ex Art. 227 EG) ist in der bisherigen Geschichte der Europäischen Union verschwindend gering, vgl. dazu *Ulrich Haltern*,

te gerade der konfrontative Charakter der Staatenbeschwerden in bestimmten politischen Konstellationen gezielt genutzt werden. In solchen Konstellationen könnte er eine kraftvolle Eigendynamik freisetzen. Trotz der bisherigen Erfahrungen mit anderen Staatenbeschwerdeverfahren, sollte die potentielle Bedeutung des Art. 10 FP daher nicht unterschätzt werden.

b) Untersuchungsverfahren

Ob die Verbürgungen des Sozialpakts eingehalten werden, kann außerdem im so genannten Untersuchungsverfahren nach Art. 11 FP geprüft werden. Erhält der Ausschuss „zuverlässige Angaben, die auf schwerwiegende oder systematische Verletzungen“⁶³ von Paktrechten hindeuten, kann er den in Rede stehenden Vertragsstaat auffordern, bei der Prüfung dieser Angaben mitzuwirken. Außerdem kann der Ausschuss Stellungnahmen zu den Angaben vom betroffenen Staat einfordern, Art. 11 Abs. 2 FP. Die Angaben können von Staaten, aber auch von zivilgesellschaftlichen Akteuren stammen. Allein von ihrer Zuverlässigkeit muss der Ausschuss überzeugt sein. Der Ausschuss kann eines oder gleich mehrere seiner Mitglieder damit beauftragen, den Sachverhalt zu untersuchen und über ihn zu berichten, Art. 11 Abs. 3 S. 1 FP. Dabei berücksichtigen die beauftragten Mitglieder die Stellungnahmen des Staates, aber auch alle weiteren zuverlässigen Informationen, um dem Ausschuss über die Angelegenheit zu berichten. Die Untersuchungen können sogar Besuche im Hoheitsgebiet des betroffenen Vertragsstaates umfassen, allerdings nur nach dessen Zustimmung, Art. 11 Abs. 3 S. 2 FP. Die Untersuchung erfolgt stets vertraulich und nach Möglichkeit in Zusammenarbeit mit dem betroffenen Staat, Art. 11 Abs. 4 FP. Wie die Individualbeschwer-

de, endet auch das Untersuchungsverfahren mit einer abschließenden Stellungnahme, die den betroffenen Vertragsstaaten übermittelt wird. Die völkerrechtlich nicht verbindliche Stellungnahme kann der Ausschuss mit Empfehlungen verbinden, Art. 11 Abs. 6 FP. Nach Abschluss der Untersuchung und Konsultation des in Rede stehenden Vertragsstaates kann der Ausschuss seine in der Stellungnahme zusammengefassten Ergebnisse in seinem Jahresbericht veröffentlichen, Art. 11 Abs. 7 FP. Dadurch kann er aus der Vertraulichkeit der übrigen Verfahrensschritte ausbrechen und eine breitere Öffentlichkeit erreichen, die dann ebenfalls auf die Verwirklichung der Paktrechte hinwirken kann.

3. *Treuhandfonds und Internationale Zusammenarbeit*

Um Vertragsstaaten – so diese zustimmen – bei der Umsetzung der Paktrechte fachlich und technisch zu unterstützen, sieht Art. 14 Abs. 3 FP die Schaffung eines Treuhandfonds vor. Sein Vermögen wird allerdings nur durch freiwillige Beiträge aufgebaut.⁶⁴ Der Fonds ist zweckgebunden. Mittel vergibt er ausschließlich, um die nationalen Rahmenbedingungen zur Verwirklichung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu verbessern.⁶⁵ Der Treuhandfonds ist Teil einer Politik der internationalen Zusammenarbeit, die der Ausschuss nach Art. 14 FP betreiben kann. So kann er andere Sonderorganisationen, Fonds oder Programme der Vereinten Nationen sowie ähnliche, geeignete Stellen auf die technische und fachliche Hilfsbedürftigkeit eines Vertragsstaates hinweisen, um so auf eine bessere Verwirklichung der Paktrechte hinzuwirken. Auch dieser Einsatz setzt wiederum die Zustimmung des Vertragsstaates voraus.

Europarecht – Dogmatik im Kontext, 2. Aufl. 2007, S. 180.

⁶³ So der teilweise Wortlaut des Art. 11 Abs. 2 FP in der nichtamtlichen Übersetzung des deutschen Übersetzungsdienstes bei den Vereinten Nationen.

⁶⁴ Mahon (Fn. 43), S. 645.

⁶⁵ Aichele (Fn. 8), S. 75f.

4. Weitere Bestimmungen

Art. 15 und 16 FP dienen dem Zweck, eine möglichst große Öffentlichkeit mit dem Zusatzprotokoll und der Arbeit des Ausschusses auf seiner Grundlage vertraut zu machen. Nach Art. 15 FP schildert der Ausschuss seine Arbeit nach dem FP in seinem öffentlichen Jahresbericht. Art. 16 FP verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, den Inhalt des Sozialpakts samt Zusatzprotokoll möglichst weit zu verbreiten. Gleiches gilt für die Auffassungen und Stellungnahmen des Ausschusses. Eine besondere Informationspflicht trifft einen Vertragsstaat, wenn es in den Stellungnahmen und Empfehlungen um ihn selbst geht. Dabei sollen insbesondere solche Formate gewählt werden, die auch Menschen mit Behinderung zugänglich sind. Wie bereits angesprochen regelt Art. 17 FP Unterzeichnung, Ratifikation und Beitritt, Art. 18 sein Inkrafttreten. Besondere Kündigungs- und Änderungsverfahren gestalten Art. 19 und 20 FP aus. Über Unterzeichnung, Ratifikation, Beitritt, Protokolländerungen oder -kündigungen unterrichtet der Generalsekretär der Vereinten Nationen alle in Art. 26 Abs. 1 Sozialpakt genannten Staaten. Art. 22 FP legt schließlich den arabischen, chinesischen, englischen, französischen, russischen und spanischen Vertragstext als gleichermaßen verbindlich fest, sodass alle sechs Amtssprachen der Vereinten Nationen vertreten sind.

V. Streitfragen im Verhandlungsverlauf und die deutsche Position zum FP

Das Protokoll in seiner jetzigen, eben skizzierten Form ist die kompromisshafte Antwort auf vor allem fünf zentrale Streitfragen, die sich während der Verhandlungen herauskristallisiert haben.⁶⁶

⁶⁶ Arne Vandenbogaerde/Wouter Vandenhole, The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – An Ex Ante Assessment of its Effectiveness in Light of the Drafting Process, in: Human Rights Law Review 10 (2010), S. 207-237 (S. 218-230); Mahon (Fn. 43), S. 630-639.

1. Anwendungsbereich der Individualbeschwerde – umfassender vs. À-la-carte-Ansatz

Bis zuletzt blieb heftig umstritten, ob die Individualbeschwerde ermöglichen solle, die Verletzung sämtlicher, oder aber nur einiger ausgewählter Rechte des Sozialpakts zu rügen. Zunächst herrschte die Meinung vor, dass jedenfalls das Selbstbestimmungsrecht der Völker des Art. 1 Sozialpakt vom Anwendungsbereich ausgenommen sein müsse.⁶⁷ Allen voran Russland, aber auch anderen Staaten⁶⁸ war diese Beschränkung ein Anliegen, die den Mittelweg zwischen den beiden weiteren vorherrschenden Meinungsströmungen beschritt.⁶⁹ Andere Staaten sprachen sich mit Nachdruck für einen À-la-carte-Ansatz aus.⁷⁰ Wie von einer Speisekarte sollte sich nach diesem Ansatz jeder Staat diejenigen Verbürgungen des Sozialpakts aussuchen, die vom Anwendungsbereich der Individualbeschwerde umfasst sein sollten. Nur die „bestellten“ Paktrechte hätten seine Staatsangehörigen dann vor dem Ausschuss durch Individualbeschwerden überprüfen lassen können.⁷¹ Demgegenüber befürworteten die meisten afrikanischen und lateinamerikanischen Staaten einen umfassenden Ansatz. Die Verletzung sämtlicher im Sozialpakt festgeschriebenen Rechte kann nach diesem Ansatz mittels

⁶⁷ Vgl. Splené/Schrepfer (Fn. 3), S. 396; Mahon (Fn. 43), S. 632.

⁶⁸ Australien, Griechenland, Großbritannien, Indien, Marokko und die Vereinigten Staaten, vgl. auch Mahon (Fn. 43), S. 632.

⁶⁹ Mahon (Fn. 43), S. 632.

⁷⁰ So bis zuletzt Australien, China, Dänemark, Griechenland, Großbritannien, Japan, die Niederlande, Neuseeland, Polen, die Republik Korea, Russland, die Schweiz, die Türkei und die Vereinigten Staaten, vgl. UN-Dok. A/HCR/6/8 vom 30. August 2007, § 37; zunächst hatte sich auch Deutschland entschieden für diesen Ansatz ausgesprochen, vgl. ebenfalls UN-Dok. A/HCR/6/8 vom 30. August 2007, § 37.

⁷¹ Vgl. Splené/Schrepfer (Fn. 3), S. 396; Wilson (Fn. 43), S. 313; Vandenbogaerde/Vandenhole (Fn. 66), S. 220f; Mahon (Fn. 43), S. 632; Aichele (Fn. 8), S. 75f.

Individualbeschwerde gerügt werden.⁷² Der umfassende Ansatz gewann zusehends an Unterstützung. Weitere Staaten sowie zivilgesellschaftliche Akteure schlossen sich ihm an,⁷³ sodass er sich letzten Endes durchsetzte.⁷⁴ Als Wortführern einer Gruppe von Staaten war es Algerien und Pakistan durch eiserne Beharrlichkeit sogar gelungen, das Selbstbestimmungsrecht der Völker in den Anwendungsbereich der Individualbeschwerde einzubeziehen, sodass der umfassende Ansatz seinen Namen wahrlich verdient.⁷⁵

2. Geringere Prüfungsichte

Uneins waren sich die Verhandlungsstaaten auch lange Zeit darüber, ob sie dem Ausschuss einschränkend im FP vorgeben sollten, mit welcher Dichte er Individualbeschwerden prüfen kann.⁷⁶ Diese Debatte war keineswegs selbstverständlich, ergibt sich doch normalerweise der Prüfungsmaßstab aus dem materiellrechtlichen Hauptabkommen selbst. So gibt bei Individualbeschwerden nach dem Ersten FP zum Zivilpakt ausschließlich der Pakt selbst den materiellrechtlichen Prüfungsmaßstab vor.⁷⁷ Einige Staaten und auch NGOs waren denn auch dagegen, die Prüfungsintensität auf eine Angemessenheitsprüfung

(„reasonableness“) zu beschränken.⁷⁸ Eine solche Beschränkung des Ausschusses verwässere die Individualbeschwerde, nehme ihr die gewünschte Schlagkraft.⁷⁹ Angesichts der Befürchtung, der Ausschuss könne seine in der Vergangenheit geübte Zurückhaltung aufgeben, setzte sich jedoch die Auffassung durch, eine Beschränkung seiner Prüfungsmöglichkeiten sei notwendig.⁸⁰ Da die Ziele des Sozialpakts nach seinem Art. 2 Abs. 1 unter Ausschöpfung aller Möglichkeiten mit geeigneten Mitteln nur nach und nach zu erreichen, sie zudem stark ressourcenabhängig seien, müsse das FP zugunsten der Vertragsstaaten einen angemessenen Einschätzungsspielraum verankern.⁸¹ Kern dieser Debatte war wieder die grundlegende Frage nach der Justiziabilität der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte.⁸² Ihr Ergebnis spiegelt Art. 8 Abs. 4 FP wider. Man könnte ihn als dogmatischen Anknüpfungspunkt für eine „menschrechtliche Vertretbarkeitslehre“⁸³ lesen, indem er bestimmt, ein Vertragsstaat könne „eine Reihe möglicher politischer Maßnahmen zur Verwirklichung der im Pakt niedergelegten Rechte“⁸⁴ treffen.

⁷² Wilson (Fn. 43), S. 313; Vandebogaerde/Vandenhole (Fn. 66), S. 221-223; Mahon (Fn. 43), S. 631; Aichele (Fn. 8), S. 75f.

⁷³ Aichele (Fn. 8), S. 76f; Wilson (Fn. 43), S. 315.

⁷⁴ Klarer als der Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 FP in der nichtamtlichen Übersetzung des deutschen Übersetzungsdienstes bei den Vereinten Nationen macht dies die verbindliche englische Fassung, die von „violations of any of the economic, social and cultural rights set forth in the Convention“ spricht, vgl. UN-Dok. A/RES/63/117 vom 10. Dezember 2008; Hervorhebung durch den Autor.

⁷⁵ Vandebogaerde/Vandenhole (Fn. 66), S. 223 sprechen angesichts der Haltung Algeriens und Pakistans von einem „coup de théâtre“, der viele negative Kommentare gefunden habe.

⁷⁶ Wilson (Fn. 43), S. 305f.; Vandebogaerde/Vandenhole (Fn. 66), S. 223-226; Mahon (Fn. 43), S. 636-638; Aichele (Fn. 8), S. 76.

⁷⁷ Aichele (Fn. 8), S. 76.

⁷⁸ Mahon (Fn. 43), S. 637; Aichele (Fn. 8), S. 76.

⁷⁹ Vgl. Aichele (Fn. 8), S. 76; Mahon (Fn. 43), S. 644.

⁸⁰ Wilson (Fn. 43), S. 304-306; Mahon (Fn. 43), S. 636-638; Aichele (Fn. 8), S. 76.

⁸¹ Im Einzelnen wurde unter anderem diskutiert, ob als einschränkendes Kriterium die aus dem Case law stammenden Figuren „Reasonableness“, „Appropriateness“, „Reasonableness and appropriateness“ oder „Margin of appreciation“ am besten geeignet sei; immer ging es jedoch darum den Staaten einen angemessenen politischen Handlungsspielraum zuzugestehen, vgl. Mahon (Fn. 43), S. 636-638; Wilson (Fn. 43), S. 304-306.

⁸² Vandebogaerde/Vandenhole (Fn. 66), S. 223.

⁸³ Vgl. dazu bereits oben Fn. 58.

⁸⁴ So der teilweise Wortlaut des Art. 8 Abs. 4 S. 2 FP in der nichtamtlichen Übersetzung des deutschen Übersetzungsdienstes bei den Vereinten Nationen.

3. *Freiwilliger Treuhandfonds und internationale Zusammenarbeit*

Art. 2 Abs. 1 des Sozialpakts verpflichtet die Vertragsparteien „durch internationale Hilfe und Zusammenarbeit, insbesondere wirtschaftlicher und technischer Art“, die Verwirklichung der Paktrechte zu fördern. In Entsprechung zu dieser Paktvorgabe forderten einige Staaten, die internationale Zusammenarbeit auch im FP genauer auszugestalten durch die Errichtung eines Treuhandfonds.⁸⁵ Vor allem den Staaten des Südens war der Treuhandfonds ein Kernanliegen. Seine Mittel sollten Staaten in wirtschaftlichen Notlagen bei der Verwirklichung der Paktrechte durch wirtschaftliche und technische Zusammenarbeit unterstützen.⁸⁶ Demgegenüber standen viele westliche Staaten dem Treuhandfonds kritisch gegenüber. Es sei problematisch, wurde argumentiert, Menschenrechtsverletzungen durch entwicklungspolitische Zuwendungen zu „belohnen“. Ein aus Pflichtbeiträgen zu speisender Treuhandfonds widerspreche insofern der Systematik des Sozialpakts.⁸⁷ Einem FP ohne Treuhandfonds hätten viele Entwicklungsländer aber ihre Unterstützung versagt. So einigte man sich auf Art. 14 FP. Die Beiträge zum Fonds sind nach dieser Bestimmung lediglich freiwillig. Zudem sind seine Mittel zweckgebunden. Ausschließlich für den nachhaltigen Aufbau nationaler Kapazitäten werden sie gezahlt, nicht jedoch an Staaten, welche die Verpflichtungen des Paktes nicht einhalten.⁸⁸ Ob der Treuhandfonds zu einem effektiven Mittel der Zusammenarbeit wird, kann angesichts der Freiwilligkeit der Beitragszahlung durchaus bezweifelt werden.⁸⁹

⁸⁵ Aichele (Fn. 8), S. 76; Mahon (Fn. 43), S. 638f.

⁸⁶ Mahon (Fn. 43), S. 638.

⁸⁷ Aichele (Fn. 8), S. 76; Mahon (Fn. 43), S. 638f.

⁸⁸ Aichele (Fn. 8), S. 76; Mahon (Fn. 43), S. 638f.

⁸⁹ Mahon (Fn. 43), S. 645.

4. *Keine Klagebefugnis internationaler Nichtregierungsorganisationen*

Dass nicht nur Einzelpersonen, sondern auch Personengruppen Mitteilungen an den Ausschuss richten können, fand allgemeine Zustimmung. Auch erkannten die Staaten in den Verhandlungen die wichtige Rolle von NGOs in Individualbeschwerdeverfahren an.⁹⁰ Dennoch wandten sich viele Staaten dagegen, NGOs ein eigenes Klagerecht einzuräumen.⁹¹ Zu groß war die Sorge, den Kreis der Klageberechtigten so sehr zu entgrenzen, dass fast eine Popularklage möglich sei. Versuche, den Kreis der klageberechtigten NGOs enger zu ziehen – etwa durch die Klageberechtigung nur derjenigen NGOs mit Konsultativstatus beim Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen – erwies sich nicht als gangbarer Weg. Einige Staaten, aber auch die NGOs selbst waren gegen eine solche Hierarchisierung.⁹² Nur im Namen von Opfern, das heißt mit Zustimmung der Opfer, sich prozessstandschaftlich durch die NGO vor Gericht vertreten zu lassen, können NGOs daher Beschwerden beim Ausschuss einbringen, Art. 2 Abs. 1 FP. Nicht auszuschließen ist allerdings, dass eine etwaige spätere Spruchpraxis des Ausschusses Gewerkschaften unter den Begriff der „Personengruppe“ in Art 2 Abs. 1 FP fassen könnte, insbesondere mit Blick auf die Gewerkschaftsrechte nach Art. 8 des Sozialpakts. In diesem Fall wären dann auch Gewerk-

⁹⁰ UN-Dok. E/CN.4/2006/47 vom 14. März 2006, §§ 44-45 – Belgien, Mexiko, Norwegen, Spanien.

⁹¹ UN-Dok. E/CN.4/2006/47 vom 14. März 2006, §§ 44-45, so Algerien, Australien, Ägypten als Wortführer der afrikanischen Staaten, Burkina Faso, China, Ecuador, Griechenland, Großbritannien, Indien, Japan, Kolumbien, Marokko, Nigeria, Norwegen, Kolumbien, die Republik Korea, Russland, Senegal, Tansania, Ukraine, die Vereinigten Staaten und Weißrussland.

⁹² UN-Dok. E/CN.4/2006/47 vom 14. März 2006, §§ 44-45, so Belgien, Brasilien, Äthiopien und Mexiko sowie die eigens für das Vorhaben FP gegründete „NGO-Koalition“, einem Zusammenschluss aus zahlreichen, das FP befürwortender NGOs, siehe dazu www.opicescoalition.org sowie Aichele (Fn. 8), S. 77.

schaften als NGOs unmittelbar klageberechtigt.⁹³

5. *Ausgestaltung der Zulässigkeitsvoraussetzungen*

Auch formale Fragen, wie die Zulässigkeitsvoraussetzungen von Individualbeschwerden, wurden mehrere Jahre eingehend diskutiert. Der Vorschlag, das Erfordernis der nationalen Rechtswegerschöpfung auch auf regionale Überwachungsverfahren zu erstrecken, wurde im Verlauf dieser Diskussion aufgegeben.⁹⁴ Auch die Ausnahme vom Erfordernis der Rechtswegerschöpfung bei unangemessen langer Verfahrensdauer nach Art. 3 Abs. 1 S. 2 FP war umstritten. Eine schärfere Formulierung der Ausnahmebestimmung – sie sah neben der überlangen Verfahrensdauer als weiteren Ausnahmetatbestand Verfahren vor, von denen effektive Abhilfe nicht zu erwarten sei – lehnten vor allem Ägypten als Wortführer der afrikanischen Staaten, China, Kanada, Polen und die Vereinigten Staaten ab.⁹⁵ Um den Ausschuss nicht durch übergroße Verfahrensfluten lahm zu legen, schlugen einige europäische Staaten ein vorgeschaltetes Annahmeverfahren vor, das dem Ausschuss ein gewisses Ermessen bei der Ablehnung von Mitteilungen einräumen sollte. Als Ansatzpunkte für die Annahmeentscheidung wurden Ausmaß des Nachteils sowie die allgemeine Bedeutung einer Beschwerde diskutiert. Ihr Vorschlag, der sicherlich ein Stück weit europäische Erfahrungen mit der Verfahrensflut vor dem EGMR widerspiegelt, fand jedoch bei der Mehrzahl von Staaten keine Zustimmung.⁹⁶

⁹³ Mahon (Fn. 43), S. 634f.

⁹⁴ Mahon (Fn. 43), S. 635.

⁹⁵ Vgl. UN-Dok. A/HCR/8/7 vom 6. Mai 2008, § 49 sowie UN-Dok. A/HCR/6/8 vom 30. August 2006, § 59.

⁹⁶ UN-Dok. A/HCR/8/7 vom 6. Mai 2008, § 59; vgl. auch Mahon (Fn. 43), S. 636 sowie Art. 12 des 14. Zusatzprotokolls zur EMRK: „Der Gerichtshof erklärt eine nach Artikel 34 erhobene Individualbeschwerde für unzulässig,

6. *Die deutsche Position zum FP – Mehr Zögern als Aufgeschlossenheit?*

Im Verlauf der Verhandlungen wandelte sich die Position der deutschen Bundesregierung in nicht unerheblichem Maße.⁹⁷ Bereits 1998 räumte sie ein, dass ein Individualbeschwerdeverfahren zwar eine Möglichkeit sei, wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte zugunsten von Individuen zu stärken. Gleichzeitig betonte sie allerdings, dass der genaue Regelungs- und Verpflichtungsgehalt der weiten Paktrechte – etwa das Recht auf Arbeit, das Recht auf soziale Sicherheit und das Recht auf Gesundheit – ungeklärt seien. Insbesondere ihre Justiziabilität sei fraglich. Mangels Justiziabilität könne es sich bereits innerstaatlich als unmöglich erweisen, den Rechtsweg zu erschöpfen und somit eine wichtige Zulässigkeitsvoraussetzung zu erfüllen. Auch bestand ein gewisses Unbehagen, der Ausschuss könne durch seine Mitteilungen zu stark in die nationale Sozial- und Wirtschaftspolitik souveräner Staaten eingreifen.⁹⁸ Im Ergebnis war die Position der damaligen christlich-liberalen Bundesregierung als diplomatische Absage an ein Individualbeschwerdeverfahren aufzufassen, die erste neben jener der

a. wenn er sie für unvereinbar mit dieser Konvention oder den Protokollen dazu, für offensichtlich unbegründet oder für missbräuchlich hält oder

b. wenn er der Ansicht ist, dass dem Beschwerdeführer kein erheblicher Nachteil entstanden ist, es sei denn, die Achtung der Menschenrechte, wie sie in dieser Konvention und den Protokollen dazu anerkannt sind, erfordert eine Prüfung der Begründetheit der Beschwerde, und vorausgesetzt, es wird aus diesem Grund nicht eine Rechtssache zurückgewiesen, die noch von keinem innerstaatlichen Gericht gebührend geprüft worden ist.“

⁹⁷ Markus Engels, *Verbesserter Menschenrechtsschutz durch Individualbeschwerdeverfahren? – Zur Frage der Einführung eines Fakultativprotokolls für den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte*, 2000, S. 325.

⁹⁸ UN-Dok. E/CN.4/1998/84 vom 16. Januar 1998; vgl. auch Splené/Schrepfer (Fn. 3), S. 397; Aichele (Fn. 8), S. 77.

schwedischen Regierung.⁹⁹ Mit dem Regierungswechsel 1998 wurde die generelle Skepsis etwas schwächer. Die rot-grüne Bundesregierung zeigte sich zunehmend aufgeschlossen, konstruktiv am Dialog über ein FP mitzuwirken, trotz weiterhin bestehender Bedenken.¹⁰⁰ Auch als 2007 die Verhandlung des Protokolls in der Arbeitsgruppe bereits begonnen hatte, blieb die Bundesregierung skeptisch, wirkte aber an der Ausarbeitung des Protokolls mit. In der Frage des Anwendungsbereichs der Individualbeschwerde – umfassender oder beschränkter À-la-carte-Ansatz – befürwortete die Bundesregierung lange Zeit die beschränkte Variante, obwohl immer mehr Staaten, unter ihnen auch der enge Partner Frankreich, ins Lager der Fürsprecher eines umfassenden Ansatzes gewechselt waren.¹⁰¹ In Genf, wo Deutschland dank seines menschenrechtspolitischen Engagements einen hervorragenden Ruf genieße, habe diese Haltung Irritationen hervorgerufen.¹⁰² Anfang 2008 gab die Bundesregierung schließlich ihre Position auf, um nunmehr den umfassenden Ansatz zu befürworten.¹⁰³ In Sachen Treuhandfonds war es Deutschland besonders wichtig, auszuschließen, dass Staaten, deren Verstoß gegen Paktrechte in einer Ausschussmitteilung festgestellt wurde, nicht durch finanzielle Zuwendungen aus dem Fonds „belohnt“ werden. Mit Erfolg wirkte die Bundesregierung im Sinne dieses Anliegens auf die Verhandlungen ein.¹⁰⁴ Insgesamt zeigt der Verhandlungsverlauf eine zögerliche, dennoch zunehmende Aufgeschlossenheit der Bundesregierung. „Die Bundesregierung wird weiterhin konstruktiv auf die Annahme eines FP zum Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte hinwirken. Sie wird das FP

baldmöglichst zeichnen und das Ratifikationsverfahren als prioritäres Anliegen betreiben.“¹⁰⁵, heißt es im „Aktionsplan Menschenrechte“ des „8. Berichts der Bundesregierung über die Menschenrechtspolitik in den auswärtigen Beziehungen und in anderen Politikbereichen“ für den Berichtszeitraum Mai 2005 bis Februar 2008. Der Aktionsplan der damals noch großen Koalition formuliert vorrangige menschenrechtspolitische Ziele der Bundesregierung.¹⁰⁶ Ergebnisoffener klingt allerdings die Antwort auf eine Kleine Anfrage, die das Auswärtige Amt namens der Bundesregierung am 12. Januar 2009 dem Bundestag übermittelte:

„Deutschland hat an der Erarbeitung des FP aktiv und konstruktiv mitgearbeitet. Deshalb wird die Bundesregierung auch die Frage, ob dieses FP von Deutschland unterzeichnet und ratifiziert werden soll, prüfen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Individualbeschwerdeverfahren im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte eine Vielzahl von Fragen berührt, bei deren Klärung eine Reihe innerstaatlicher Institutionen und Akteure einzubeziehen ist. Die Prüfung einer möglichen deutschen Unterzeichnung und Ratifikation wird daher entsprechend zeitaufwendig sein.“¹⁰⁷

Ob man sich Unterzeichnung und Ratifikation des Protokolls auch vorstellen könne, wenn die Prüfung ergebe, dass die Paktrechte zu wenig klar seien, um justiziabel zu sein, wollten die Abgeordneten weiter wissen. Auch „[d]iese Frage wird im Rahmen der Prüfung einer möglichen Unterzeichnung und Ratifikation untersucht

⁹⁹ UN-Dok. E/CN.4/1999/112 vom 21. Dezember 1998; vgl. auch das Vorwort *Bruno Simmas* zu *Engels* (Fn. 97); *Splené/Schrepfer* (Fn. 3), S. 397.

¹⁰⁰ Vgl. *Splené/Schrepfer* (Fn. 3), S. 397.

¹⁰¹ Vgl. *Aichele* (Fn. 8), S. 77.

¹⁰² So *Aichele* (Fn. 8), S. 77.

¹⁰³ *Aichele* (Fn. 8), S. 77.

¹⁰⁴ *Aichele* (Fn. 8), S. 76.

¹⁰⁵ Auswärtiges Amt – Referat VN 06 Arbeitsstab Menschenrechte (Hrsg.), 8. Bericht der Bundesregierung über ihre Menschenrechtspolitik in den auswärtigen Beziehungen und in anderen Politikbereichen – Berichtszeitraum: 1. März 2005 – 29. Februar 2008, S. 372.

¹⁰⁶ Auswärtiges Amt – Referat VN 06 Arbeitsstab Menschenrechte (Hrsg.) (Fn. 105), S. 369.

¹⁰⁷ Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten *Florian Toncar*, *Burkhardt Müller-Sönksen*, *Dr. Erwin Lotter*, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP (Drucksache 16/11469), BT/Drucks. 16/11603 vom 14. Januar 2009 – Antwort auf Frage 2.

werden“¹⁰⁸, heißt es kurz. Weniger Zögern, mehr Aufgeschlossenheit scheint die Position der Bundesregierung mittlerweile zu kennzeichnen. Ob es bei dieser zögerlich gewonnenen Aufgeschlossenheit bleibt, werden erst die Ressortabstimmungen zeigen.¹⁰⁹ Unwahrscheinlich scheint es nicht.

VI. Argumente für und wider Unterzeichnung und Ratifikation des FP – Ein Streitgespräch

Vor allem drei Argumente führen die Befürworter zugunsten von Unterzeichnung und Ratifikation des FP an. Diese Argumente werden zunächst umrissen, um sie anschließend kritisch zu hinterfragen. Auf die vorgetragenen Hauptargumente folgen also sogleich die Gegenargumente. Auf diese Weise soll ein Streitgespräch um Für und Wider des FP entstehen. Es soll eine Vorstellung von den Hauptargumentationslinien der seit über zwanzig Jahren teils heftig geführten, überaus umfang- und facettenreichen Debatte vermitteln und die wichtigsten Gesichtspunkte einfangen. Teilweise werden die Argumente zugespitzt. Keineswegs, um die ohnehin schon stark moralisierte, politisierte und teilweise auch ideologisierte Debatte zu verschärfen,¹¹⁰ sondern allein mit dem Ziel, die Argumente in größerer Klarheit hervortreten zu lassen.

1. *Bekräftigung der Unteilbarkeit und Gleichrangigkeit aller Menschenrechte*

Ein Individualbeschwerdeverfahren auch für den Sozialpakt schließe eine Lücke im internationalen Menschenrechtssystem, die schon seit der ersten Stunde des Sozialpakts 1966 klaffe.¹¹¹ Sie rühre an

¹⁰⁸ Ebd., Antwort auf Frage 3.

¹⁰⁹ Federführend ist das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) mit den Angelegenheiten betreffend den Sozialpakt betraut; das Auswärtige Amt (AA) war in erster Linie für die Aushandlung des FP zuständig.

¹¹⁰ *Vandenbogaerde/Vandenhole* (Fn. 66), S. 237.

¹¹¹ *Kitty Arambulo*, Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, So-

Grundfesten des internationalen Menschenrechtssystems, nämlich dem Grundsatz der Unteilbarkeit, gegenseitigen Abhängigkeit und Gleichwertigkeit aller Menschenrechte.¹¹² Angesichts dieses Grundsatzes sei es nicht nachzuvollziehen, weshalb die bürgerlichen und politischen Rechte des Zivilpakts im Wege der Individualbeschwerde einklagbar seien, die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte des Sozialpakts hingegen nicht. Wer es mit der so oft eingeforderten Unteilbarkeit und Gleichrangigkeit ernst meine, müsse deshalb für die Schaffung eines FP zum Sozialpakt sein.¹¹³ Erst ein FP zum Sozialpakt führe zu einer Gleichbehandlung der beiden Pakte und balanciere somit ihr Verhältnis zueinander aus.¹¹⁴

2. *Verfehlte Gleichbehandlung wesentlich ungleicher Rechte – Die mangelnde Justiziabilität vieler wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte*

Dem eben umrissenen Argument könnte man allerdings entgegen, dass Unteilbarkeit und Gleichwertigkeit nicht mit rein formeller Gleichbehandlung verwechselt werden sollten. Wenn das FP zum Sozialpakt zu einer verfahrensmäßigen Gleichstellung von wesentlich ungleichen Rechten führe, entspräche dies gerade nicht dem Grundsatz der Gleichwertigkeit aller Menschenrechte. Gleichwertigkeit würde dann auf eine sinnentleerte, rein formelle

cial and Cultural Rights – Theoretical and Procedural Aspects, 1999, S. 100-113; *Wilson* (Fn. 43), S. 316f.

¹¹² Vgl. das Abschlussdokument der Wiener Weltmenschrechtskonferenz, Vienna Declaration and Programme of Action, UN-Dok. A/Conf.157/23, Teil I, § 5; *Arambulo* (Fn. 111), S. 100-113.

¹¹³ *Arambulo* (Fn. 111), S. 100-113; *Wilson* (Fn. 43), S. 295, 315-317.

¹¹⁴ So bereits UN-Dok. A/Conf.157/OC/62/Add. 5 (1993), §§ 32-38; *B. Wilson* (Fn. 43), S. 315f.; *Aichele* (Fn. 8), S. 78; vgl. auch *Norman Weiß*, Für eine bessere Durchsetzung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte – braucht der Sozialpakt ein Fakultativprotokoll?, in: MRM 2002, S. 151-160 (S. 153).

Gleichbehandlung reduziert. Im Kern gehe es also um die Frage, ob die Rechte des Sozialpakts mit den Rechten des Zivilpakts vergleichbar seien, allem voran um die Justiziabilität der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Paktrechte.

Justiziabel seien nur Rechte, die einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich seien.¹¹⁵ Voraussetzung dafür sei, dass eine Rechtsnorm inhaltlich hinreichend bestimmt oder zumindest bestimmbar sei, sodass ein Gericht sie anwenden könne.¹¹⁶ Unmittelbar, zumindest aber im Wege der Auslegung müsse eine Norm erkennen lassen, wer von wem was genau verlangen könne.¹¹⁷ Um justiziabel zu sein, müsse eine Norm also gerade darauf abzielen, dass ihr Inhalt von dem durch sie berechtigten Subjekt vor Gericht eingefordert werden könne.¹¹⁸ Nur durch saubere juristische Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrages könne ermittelt werden, ob seine Verbürgungen tatsächlich justiziabel seien.

Bereits der Wortlaut vieler Bestimmungen des Sozialpakts spreche deutlich gegen seine Justiziabilität. Die grundlegende Bestimmung des Art. 2 Abs. 1 Sozialpakt¹¹⁹ sei den Rechten des Sozialpakts vorangestellt und beziehe sich auf alle Rechte des Sozialpakts. Ausweislich seines Wortlauts richte er sich ausschließlich an Staaten und gebe ihnen Ziele vor, die sie nach und nach, unter Ausschöpfung ihrer Möglichkeiten verwirklichen sollen. Es handele sich also um eine dynamische Zielbestimmung,

die Staaten eine Richtung vorgebe. Feste Ergebnisse zugunsten des Einzelnen fordere sie aber gerade nicht. Art. 2 Abs. 1 Sozialpakt wolle eine volle gerichtliche Kontrolle des Sozialpakts klar ausschließen.¹²⁰ Diese Annahme finde in weiteren Bestimmungen systematische Bestätigung, etwa im Recht auf Arbeit nach Art. 6 Sozialpakt. Art 6 Abs. 2 Sozialpakt sehe zur Verwirklichung des Rechts auf Arbeit keine einzige Maßnahme vor, die ein Einzelner von seinem Staat sinnvoll einklagen könne. Lediglich allgemeine Arbeitsmarktmaßnahmen sollen nach dieser Bestimmung umgesetzt werden, aus denen der Einzelne nur sehr mittelbar Nutzen ziehen könne.¹²¹

Was in den Möglichkeiten eines Staates stehe, um die Paktrechte – unter anderem das Recht auf Arbeit, das Recht auf soziale Sicherheit, das Recht auf einen angemessenen Lebensstandard und das Recht auf Bildung – zu verwirklichen, unterliege großem Wandel, je nach wirtschaftlicher Lage. Auch diese Ressourcenabhängigkeit der Rechte des Sozialpakts erschwere es bis hin zur Unmöglichkeit, feste und gerichtlich überprüfbare Kriterien abzuleiten. Wirtschaftliche Fort- und Rückschritte und ihre Auswirkungen auf die Paktrechte seien gar zu schwer zu bemessen.¹²² Die Abhängigkeit von wirtschaftlichen Faktoren verweise zudem auf einen strukturellen Unterschied zwischen den so genannten Rechten der ersten Generation, wie sie im Zivilpakt zahlreich verankert sind, einerseits und den sozialen Teilhaberechten des Sozialpakts andererseits, die der so genannten zweiten Generation von Menschenrechten zuzuordnen seien.¹²³ Während es sich bei den meisten Rechten des Zivilpakts um „negative“ Rechte in dem Sinne handle, dass sie lediglich das Unter-

¹¹⁵ Jakob Schneider, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte, 2004, S. 9; Weiß (Fn. 114), S. 155.

¹¹⁶ Weiß (Fn. 114), S. 155.

¹¹⁷ Weiß (Fn. 114), S. 155.

¹¹⁸ Dennis/Stewart (Fn. 36), S. 463.

¹¹⁹ Art. 2 Abs. 1 Sozialpakt lautet: „Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, einzeln und durch internationale Hilfe und Zusammenarbeit, insbesondere wirtschaftlicher und technischer Art, unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten Maßnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Maßnahmen, die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte zu erreichen.“

¹²⁰ Klee (Fn. 8), S. 113-137; Tomuschat (Fn. 12), S. 819.

¹²¹ Tomuschat (Fn. 12), S. 820.

¹²² Klee (Fn. 8), S. 205-235; Tomuschat (Fn. 12), S. 818.

¹²³ Vgl. zur Einteilung der Menschenrechte in drei Generationen Tomuschat (Fn. 52), S. 24; Kempen/Hillgruber, (Fn. 3), S. 324f.

lassen von staatlichen Eingriffen verlangten, seien die Rechte des Sozialpakts größtenteils „positive“ Leistungsrechte. Sie erforderten ein Tätigwerden des Staates zugunsten seiner Bürger. Wieviel an Leistung der Staat aber erbringen müsse, damit die Ansprüche hinreichend erfüllt seien, sei angesichts der Ressourcenabhängigkeit kaum zu bestimmen,¹²⁴ zumal der international besetzte Ausschuss die volkswirtschaftliche Verfassung eines Staates meist nicht annähernd so treffend beurteilen könne wie der betroffene Staat selbst.¹²⁵ Dieser grundlegende strukturelle Unterschied zwischen den Rechten des Zivilpakts und jenen des Sozialpakts spiegelte sich auch im Wortlaut der einzelnen Paktrechte wider. Die Sprache des Zivilpakts bevorzuge eine klare und eindeutige Sprache, wohingegen die Formulierungen des Sozialpakts von den Vertragsstaaten damals ganz bewusst weit und schwammig gehalten worden seien.¹²⁶ Auch dieser sprachlich greifbare, strukturelle Unterschied sowie die starke Ressourcenabhängigkeit spreche gegen die Möglichkeit einer sinnvollen quasigerichtlichen Überprüfung der Verbürgungen des Sozialpakts.¹²⁷

Allerdings, erkennen selbst Kritiker eines FP zum Sozialpakt an, dass es nicht immer möglich sei, die einklagbaren Rechte des Zivilpakts von den Sozialpaktrechten klar zu trennen. So fänden sich vereinzelt auch justiziable Rechte im Sozialpakt – das Recht der Eltern auf freie Schulwahl für ihr Kind (Art. 13 Abs. 3 Sozialpakt), das Recht auf Gründung von Bildungseinrichtungen (Art. 13 Abs. 4 Sozialpakt), die Freiheit von wissenschaftlicher und künstlerischer Betätigung (Art. 15 Abs. 3 Sozialpakt) sowie das Recht auf Gewerkschaftsgründung (Art. 8 Sozialpakt).¹²⁸ Gewissermaßen seien diese Rechte, systematisch betrachtet,

„falsch“ kodifiziert und platziert worden, hätten eigentlich im Zivilpakt stehen müssen.¹²⁹ Dass diese Rechte nicht einklagbar seien, stelle eine recht willkürliche Ungleichbehandlung dar, die durch ein FP behoben werden könne.¹³⁰

Zudem berücksichtigen auch Kritiker einer Individualbeschwerde, dass der Ausschuss schon seit längerem verschiedene Verpflichtungsgehalte der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte herausgearbeitet habe – die Pflicht nämlich, die Sozialpaktrechte zu achten, zu schützen und zu erfüllen.¹³¹ Wenn die vom Ausschuss entwickelten und oft herangezogenen Verpflichtungsgrade der *duty to respect, protect and fulfil* zutrefte, enthalte jedes der Leistungsrechte des Sozialpakts zumindest auch Bestandteile klassischer Freiheitsrechte, indem es Eingriffen des Staates in bestimmten Konstellationen abwehrend entgegengehalten werden könne.¹³² Diese implizite Abwehrfunktion der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte könne auch Art. 2 Abs. 1 Sozialpakt nicht aufheben. Auch sei die vom Ausschuss entwickelte Kerngehaltslehre geeignet, ein absolutes Mindestmaß an Verpflichtungsgehalt der Sozialpaktrechte freizulegen.¹³³ Nach dieser Lehre beinhalte jedes Recht des Sozialpakts zumindest einen minimalen Kern, den alle Staaten erfüllen müssen. Leite man dieses wirtschaftliche und soziale Existenzminimum nicht aus den Paktrechten ab, wäre er in den Augen des Ausschusses sinnentleert.¹³⁴

Besondere Aufmerksamkeit verdiene auch das Diskriminierungsverbot des Art. 2 Abs. 2 Sozialpakt, das die Vertragsstaaten dazu

¹²⁴ Tomuschat (Fn. 12), S. 818f.

¹²⁵ Dennis/Stewart (Fn. 36), S. 515.

¹²⁶ Dennis/Stewart (Fn. 36), S. 515; Tomuschat (Fn. 12), S. 818f.

¹²⁷ Tomuschat (Fn. 12), S. 818-820.

¹²⁸ Tomuschat (Fn. 12), S. 823f.

¹²⁹ Das Recht auf Gewerkschaftsgründung ist sogar sowohl im Sozialpakt als auch in Art. 22 Zivilpakt niedergeschrieben.

¹³⁰ Tomuschat (Fn. 12), S. 818f.

¹³¹ So im General Comment 12, UN-Dok. E/C12/1995/5 vom 12. Mai 1999, § 15.

¹³² Tomuschat (Fn. 12), S. 824.

¹³³ Tomuschat (Fn. 12), S. 827.

¹³⁴ So General Comment 3, UN-Dok. HRI/GEN/Rev.7 vom 12. Mai 2004, § 10.

verpflichtete, seine Rechte frei von Diskriminierung zu gewährleisten. Dieses Prinzip stehe nämlich nicht unter Ressourcenvorbehalt wie fast alle übrigen Rechte des Sozialpakts. Schließlich verlange es nicht, vorhandene Ressourcen zu verteilen. Es verlange lediglich, dass Ressourcen, so sie verteilt werden, auf bestimmte Art und Weise verteilt werden. Auch dieses Prinzip diskriminierungsfreier Verteilung sei der quasigerichtlichen Kontrolle durch den Ausschuss zugänglich.¹³⁵

Bei all diesen Zugeständnissen handle es sich allerdings um recht seltene Ausnahmen. Mit vollumfänglicher Justiziabilität des Sozialpakts dürfe man diese keineswegs verwechseln. Die grundsätzlichen Bedenken gegen ein FP könnten sie allenfalls ein Stück weit relativieren, nicht aber beseitigen.¹³⁶ Außerdem sei die Qualität der bisherigen Staatenberichte des Ausschuss bedauerlich.¹³⁷ Hier lägen weitaus sinnvollere Verbesserungsmöglichkeiten als in der Schaffung einer Individualbeschwerde. Sie überfordere den Ausschuss inhaltlich und angesichts zu befürchtender Klagefluten auch mengenmäßig und verursache zudem unnötige Kosten.¹³⁸

3. *Schärfere Konturen der Rechte des Sozialpakts, Stärkung der Rechtsposition des Einzelnen und Fortentwicklung der nationalen Rechtsordnungen*

Durch die Möglichkeit der Individualbeschwerde werde der Einzelne in die Lage versetzt, wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte einzuklagen. Die Rechtsposition des Individuums werde dadurch weiter gestärkt. Ein weit ausgeprägtes Rechtsbewusstsein für die Verpflichtungen des Sozialpakts könne sich auf individueller Ebene herausbilden.¹³⁹ Dieses individuelle

Rechtsbewusstsein und die Mitteilungen des Ausschusses könnten auf die staatliche Ebene durchschlagen. Die Verpflichtungen des Sozialpakts könnten Staaten dann in ganz neuer Intensität erfahren. Insgesamt stärke das FP somit die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte.¹⁴⁰

Durch die Individualbeschwerde werde nicht nur eine weitere, zudem breit gestreute Möglichkeit geschaffen, auf Verstöße gegen den Sozialpakt zu reagieren. Indem das FP dem Ausschuss die Möglichkeit eröffne, sich mit individuellen Fällen zu befassen, könne er den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten mehr Kontur verschaffen. Der Ausschuss könne den justiziablen Kern vieler Rechte des Sozialpakts herausarbeiten, der von Kritikern des FP so oft in Abrede gestellt wurde.¹⁴¹ Die in einer etwaigen, künftigen Ausschusspraxis schärfer konturierten wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte hielten dann auch klarere und somit schlagkräftigere Verpflichtungen für die Vertragsstaaten bereit. Innerstaatlich könnten diese klareren Verpflichtungen besser umgesetzt werden als bisher, nicht zuletzt im Bemühen, weitere Mitteilungen zu vermeiden.¹⁴² Das FP führe also in vielerlei Hinsicht – individuell, innerstaatlich sowie völkerrechtlich – zu einer wünschenswerten normativen Fortentwicklung der Sozialpakts und seiner Verbürgungen.¹⁴³

4. *Eine ineffiziente Spruchpraxis als Folge überzogener Verrechtlichungsbemühungen anstelle nachhaltiger Wirtschafts- und Sozialpolitik, die tatsächlich Ressourcen schafft?*

Erwidern könne man darauf, dass mangelnde Justiziabilität auch durch noch so viel Spruchpraxis nicht verbessert, ge-

¹³⁵ Tomuschat (Fn. 12), S. 826.

¹³⁶ Tomuschat (Fn. 12), S. 828-830, 833f.

¹³⁷ Tomuschat (Fn. 12), S. 831-833; vgl. auch Engels (Fn. 97), S. 22f.

¹³⁸ Tomuschat (Fn. 12), S. 829, 831-834; Dennis/Stewart (Fn. 36), S. 506-510.

¹³⁹ Wilson (Fn. 43), S. 315f; Aichele (Fn. 8), S. 78.

¹⁴⁰ Wilson (Fn. 43), S. 315-317; Aichele (Fn. 8), S. 78.

¹⁴¹ Tomuschat (Fn. 12), S. 818-831; Tomuschat (Fn. 52), S. 197f, 208f; Dennis/Stewart (Fn. 36), S. 464f.

¹⁴² Wilson (Fn. 43), S. 295, 315-317; Aichele (Fn. 8), S. 78.

¹⁴³ Wilson (Fn. 43), S. 315-317; Aichele (Fn. 8), S. 78.

schweige denn ersetzt werden kann. Vielmehr bestehe die Gefahr, dass die von den Staaten damals ganz bewusst weit und unjustiziabel gehaltenen Paktrechte ihre Fortsetzung in einer beliebigen und inkonsistenten Spruchpraxis finden könnten. Art. 2 Abs. 1 des Sozialpakts¹⁴⁴ und die „weichgespülte“ Bestimmung des Art. 8 Abs. 4 FP, der eine geringe Prüfungsdichte des Ausschusses festlege, könnten bereits in diese Richtung weisen.¹⁴⁵ Einer effizienten Spruchpraxis, die tatsächlich geeignet sei, die Lebensbedingungen der ärmsten und bedürftigsten Menschen zu verbessern, könnten sie von vornherein im Wege stehen. Doch selbst, wenn diese Befürchtungen nicht zutreffen sollten, wäre mit einer Spruchpraxis für die ärmsten und bedürftigsten Menschen immer noch wenig gewonnen, wenn in einem Staat die finanziellen Ressourcen zur Erfüllung der Sozialpaktrechte schlichtweg fehlten. Die menschenrechtlichen Bewertungen und Empfehlungen des Ausschusses gingen dann von vornherein fehl, verabschiedeten sich sogleich in den Bereich des rein Normativen, des Wünschenswerten. Wirklichkeit würden sie für die Betroffenen aber nicht. Ob ein rein freiwilliger Treuhandfonds hier große Verbesserungen erbringen könne, dürfe bezweifelt werden.¹⁴⁶ In manchen Fällen könnten die Mitteilungen des Ausschusses sogar kontraproduktiv sein und den konstruktiven wirtschafts- und entwicklungspolitischen Dialog erschweren. Weitaus mehr als von Ausschussmitteilungen – seien sie auch noch so treffend – hänge die Verwirklichung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte auch künftig von den tatsächlichen Ressourcen ab.¹⁴⁷ Einen Beitrag zur Verbesserung der gesamtwirtschaftlichen und

sozialen Lage in einem Staat könnten einzelfallbezogene Individualbeschwerden aber wohl höchstens zu einem geringen Teil leisten.¹⁴⁸ Weiter als jahrelange Debatten über menschenrechtliche Überwachungsmechanismen, könnten nachhaltige wirtschafts- und entwicklungspolitische Entscheidungen führen.¹⁴⁹ Sie seien geeignet, die wirtschaftliche und soziale Lage der Menschen tatsächlich und nicht nur auf dem Papier gelehrter Urteile zu verbessern.¹⁵⁰

5. *Positive Signalwirkung der Unterzeichnung und Ratifikation des FP*

Ein FP setze positive Signale in mehrerer Hinsicht.¹⁵¹ Zum einen unterstreiche seine Unterzeichnung und Ratifikation, dass die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte des Sozialpakts ernst genommen werden.¹⁵² Diese bejahende Einstellung könnte nicht nur andere Regierungen dazu anhalten, mehr als bisher zu den Verpflichtungen des Sozialpakts zu stehen. Zum anderen wirke ein Individualbeschwerdeverfahren positiv auf die Opfer von Menschenrechtsverletzungen. Das Verfahren richte sich ganz individuell an sie und eröffne ihnen eine Rechtsschutzperspektive. Diese Perspektive sei besonders für diejenigen Menschen wichtig, denen eine unabhängige und am Ideal der Gerechtigkeit ausgerichtete Rechtsschutzmöglichkeit in ihrem Heimatstaat fehle.¹⁵³ Bereits ein Verfahren, in dem sich ein internationales Gremium, besetzt mit renommierten und integren Persönlichkeiten, ihrer Probleme annehme und diese untersuche, könne den Opfern helfen, noch bevor die Mitteilung

¹⁴⁴ Siehe den Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 Sozialpakt in Fn. 119.

¹⁴⁵ *Mahon* (Fn. 43), S. 644.

¹⁴⁶ *Mahon* (Fn. 43), S. 645f.

¹⁴⁷ *Dennis/Stewart* (Fn. 36), S. 466f.; *Mary Dowell-Jones*, *Contextualising the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – Assessing the Economic Deficit*, 2004, S. 172f.

¹⁴⁸ *Dennis/Stewart* (Fn. 36), S. 466f.; *Tomuschat* (Fn. 12), S. 833f.; dieses Argument wird auch dargestellt bei *Weiß*, (Fn. 114), S. 154.

¹⁴⁹ *Dennis/Stewart* (Fn. 36), S. 464.

¹⁵⁰ So *Dennis/Stewart* (Fn. 36), S. 466f., 514f.; *Tomuschat* (Fn. 12), S. 833f.; *Dowell-Jones* (Fn. 147), S. 172f.

¹⁵¹ *Wilson* (Fn. 43), S. 315-317; *Aichele* (Fn. 8), S. 77f.

¹⁵² *Wilson* (Fn. 43), S. 315-317; *Aichele* (Fn. 8), S. 77f.

¹⁵³ *Aichele* (Fn. 8), S. 77f.

selbst ihre Wirkungen in dem jeweiligen Staat und seiner internen Rechtsordnung zu entfalten vermöge.¹⁵⁴

6. Negative Signalwirkung eines wenig effizienten Individualbeschwerdeverfahrens

Erweise sich die Individualbeschwerde künftig als wenig effizient, könne sie allerdings auch negative Signalwirkungen haben. Für die Opfer von Menschenrechtsverletzungen wirke es überaus enttäuschend, wenn der Ausschuss in einer Mitteilung die Verletzung von Rechten des Sozialpakts feststelle, der paktbrüchige Staat aber keine Abhilfe schaffe.¹⁵⁵ Der Grund dafür werde keineswegs immer der bloße Unwille des betroffenen Staates sein. In vielen Fällen fehlten ihm schlichtweg die nötigen finanziellen Mittel, um eine Sozial- und Wirtschaftspolitik umzusetzen, die zur Verwirklichung der Paktrechte geeignet wäre.¹⁵⁶ Auf ernüchternde Weise werde in solchen Fällen den betroffenen Menschen die Ohnmacht der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte vor Augen geführt. Ein Staat, dem Mitteilung um Mitteilung seine Verfehlungen, aber auch sein Mangel politischer Gestaltungskraft bescheinigt würden, könne sehr empfindlich reagieren.¹⁵⁷ Er könne so sehr um seine Legitimität und Unterstützung fürchten, dass er es vorziehe, sich von den Verpflichtungen des Sozialpakts und des FP insgesamt zu lösen.¹⁵⁸ Ein konstruktiver entwicklungspolitischer Dialog wäre dann nachhaltig erschwert oder gar unmöglich.¹⁵⁹ Das Individualbeschwerdeverfahren könne die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte insgesamt schwächen. Den Opfern von Menschen-

rechtsverletzungen wäre damit nicht geholfen.¹⁶⁰

VII. Zusammenfassende Bewertung

Das Fakultativprotokoll zum Sozialpakt – ratifizieren oder nicht ratifizieren? Die Antwort muss differenziert ausfallen. Die bisherige Darstellung hat verdeutlicht, dass das FP viele wichtige Ansatzpunkte für einen besseren Schutz der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte mit sich bringen könnte. Allerdings sind viele wichtige Fragen, wie etwa die nach der Justizibilität und Ressourcenabhängigkeit der Sozialpaktrechte, noch immer offen. Ob das FP sie endgültig zu lösen vermag, scheint keineswegs gewiss. Auch könnte ein wenig effizientes FP sogar negative Wirkungen auf die Verwirklichung des Sozialpakts haben. Ein solches FP könnte sich dann als überzogenes Bemühen um Verrechtlichung erweisen. Den ärmsten und bedürftigsten Menschen wäre damit nicht geholfen. Bedauerlich ist, dass die offenen Fragen und Probleme nicht behutsam abgeschichtet wurden. Diejenigen Rechte des Sozialpakts, deren Struktur mit den klassischen Zivilpaktrechten vergleichbar ist – die Gewerkschaftsfreiheit, die Freiheit wissenschaftlicher und künstlerischer Betätigung etwa – hätte man herausgreifen können, um zunächst für sie eine Individualbeschwerde zu schaffen. Ein solches Vorhaben hätte die Zustimmung der Staaten weitaus leichter gefunden. Vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit einem FP bezogen nur auf diese ausgewählten Sozialpaktrechte hätte man die weiteren Rechte des Sozialpakts behutsam einbeziehen können. Dadurch hätte man das FP zu einem realistischen und möglichst effizienten Instrument des Menschenrechtsschutzes fortentwickeln können.

Diese Möglichkeit ist jedoch längst vertan. Allen Bedenken zum Trotz sollten deshalb fortan die Vorzüge des FP im Mittelpunkt

¹⁵⁴ Wilson (Fn. 43), S. 316f.; Aichele (Fn. 8), S. 77f.

¹⁵⁵ Dennis/Stewart (Fn. 36), S. 465f., 514f.

¹⁵⁶ Dennis/Stewart (Fn. 36), S. 465-467., 514f.

¹⁵⁷ Dennis/Stewart (Fn. 36), S. 467.

¹⁵⁸ Vgl. Engels (Fn. 97), S. 321f., der sich im Ergebnis aber für ein FP ausspricht.

¹⁵⁹ Dennis/Stewart (Fn.36), S. 467, 514f.

¹⁶⁰ Tomuschat (Fn. 52), S. 198; Dennis/Stewart (Fn. 36), S. 467, 514f.

stehen. Damit sie Wirklichkeit werden, sollte die Bundesregierung weiterhin ihre konstruktive Position beibehalten. Dadurch könnte auch die mittlerweile positive Haltung vieler Staaten gegenüber dem FP – darunter enge europäische Partner Deutschlands – weiter bestärkt werden. Vor allem aber sollte der Ausschuss die große Verantwortung, die ihm mit Inkrafttreten des FP übertragen würde, mit einer besonnenen Spruchpraxis gerecht werden – einer Spruchpraxis, die den noch offenen Fragen und Problemen Rechnung trägt.

Ratifizieren oder nicht ratifizieren? Trotz Bedenken muss die Antwort auf unsere Frage lauten: ratifizieren. Mit Blick auf die Bedenken bleibt nur zu hoffen, dass die künftige Spruchpraxis des Ausschusses sie allesamt widerlegen wird. Zu hoch sollten die Erwartungen an ein künftiges FP allerdings nicht sein. Die Enttäuschung ist sonst vorprogrammiert. Auch in einer Zukunft mit FP werden es nicht rechtliche Verfahren sein, die den größten Beitrag zur Verwirklichung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte leisten.

Weibliche Angehörige von Minderheiten in Europa und Geschlechtergerechtigkeit - ein Bericht der Europäischen Kommission

Björnstjern Baade

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Der verwendete Minderheitenbegriff
- III. Die Situation von Frauen ethnischer Minderheiten
- IV. Rechtliche Maßnahmen
- V. Politische Maßnahmen
- VI. Abschließende Bemerkungen

I. Einleitung

Frauen, die ethnischen Minderheiten angehören, seien besonders stark Diskriminierung und sozialer Ausgrenzung ausgesetzt. Zu dieser Feststellung gelangt der Bericht "Ethnic minority and Roma women in Europe: A case for gender equality?", der von der unabhängigen Expert Group on Gender Equality, Social Inclusion, Health and Long-term Care (EGGSI; nachfolgend Expertengruppe) angefertigt wurde.¹ Die von der Kommission eingesetzte Expertengruppe besteht aus Mitgliedern der EU-Mitgliedstaaten (außer Frankreich) sowie aus Liechtenstein, Norwegen und Island.

Der Bericht untersucht die verschiedenen Formen von Diskriminierung und ihre Ursachen. Ferner stellt er bisherige rechtliche und politische Lösungsansätze dar. Hierbei werden unterschiedliche Bereiche wie Bildung, Gesundheit, Sozialleistungen und Arbeitsmarkt behandelt.

¹ Europäische Kommission (Hrsg.), *Ethnic minority and Roma women in Europe: A case for gender equality?*, Brüssel 2010 (Manuskript beendet im November 2008), verfügbar unter: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4833&langId=en> (23. September 2010).

Im Folgenden werden die Ergebnisse des Berichts erörtert, wobei vor allem auf den Bereich des Arbeitsmarktes eingegangen wird, da hier die höchste Regelungsdichte besteht, welche auch im besonderen Maße die Beziehungen zwischen Privaten betrifft. Besonderes Augenmerk wird des Weiteren auf die Situation in Deutschland gerichtet.

II. Der verwendete Minderheitenbegriff

Einleitend ist festzustellen, dass nach wie vor europaweit kein Konsens bezüglich der Definition des Begriffs Minderheit besteht. Um dennoch einen Arbeitsbegriff zu finden, greift die Expertengruppe die Definition der High Level Advisory Group of Experts on the Social Integration of Ethnic Minorities and their Full Participation in the Labour Market auf:² "[T]he umbrella term ethnic minority is used throughout not as a legal category but as a broad and purely descriptive term (persons not belonging to the ethnic majority)." Es wird somit ein weiter, ausdrücklich nicht-juristischer Begriff gewählt.

Die deutsche Position hierzu ist indes differenziert. So reagiert Deutschland im 5. Staatenbericht zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR)³ auf Bedenken des Menschen-

² Kommission (Fn. 1), S. 46f. Die Definition der High Level Advisory Group of Experts on the Social Integration of Ethnic Minorities and their Full Participation in the Labour Market findet sich in *Europäische Kommission (Hrsg.), Ethnic minorities in the labour market: an urgent call for better social inclusion*, 2007, S. 27f.

³ International Covenant on Civil and Political Rights vom 16. Dezember 1966, UNTS Bd. 999, S. 171; BGBl. 1973 II, S. 1534.

rechtsausschusses mit der Feststellung, dass Rechte des Art. 27 IPbpR *allen* ethnischen, sprachlichen und religiösen Minderheiten in Deutschland die zugute kommen.⁴ Diese seien jedoch von nationalen Minderheiten zu unterscheiden, denen im Rahmen anderer Vertragswerke, wie zum Beispiel dem Rahmenübereinkommen des Europarats zum Schutz nationaler Minderheiten,⁵ weitergehende Rechte zugestanden werden. Nationale Minderheiten seien nur solche, die in der Bundesrepublik „traditionell heimisch“ sind und deren Angehörige die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen.⁶ Als solche werden Dänen deutscher Staatsangehörigkeit, das sorbische Volk, die Friesen in Deutschland und die deutschen Sinti und Roma anerkannt.⁷ Die Kategorien schließen sich jedoch nicht aus, sondern stehen vielmehr in einem Spezialitätsverhältnis zueinander. Insofern ist der hier verwendete Begriff der ethnischen Minderheit mit dem, der von der Bundesrepublik vertreten wird, wohl grundsätzlich identisch.

III. Die Situation von Frauen ethnischer Minderheiten

Angehörige ethnischer Minderheiten sind auf vielfältige Art und Weise Diskriminierung und Ausgrenzung ausgesetzt. Ihre Situation kennzeichnet sich oft durch im Vergleich mit der ethnischen Mehrheit niedrigere Bildungsstandards, schlechtere Wohnbedingungen, schlechtere Gesundheitsversorgung und erschwerten Zugang zu Sozial- und Finanzdienstleistungen, wobei Defizite in den jeweiligen Bereichen sich wechselseitig bedingen und verstärken können.⁸ Frauen dieser ethnischen Min-

derheiten sind hiervon noch stärker betroffen, da sie als Frau und als Angehörige einer ethnischen Minderheit mehrfacher Diskriminierung ausgesetzt sind.

Auf dem Arbeitsmarkt äußert sich dies einerseits beim Zugang, was sich, verglichen mit den Frauen der ethnischen Mehrheit und den Männern der gleichen ethnischen Minderheit, in höheren Arbeitslosenquoten und längeren Zeiträumen der Beschäftigungslosigkeit ausdrückt, und andererseits in der Art und den Bedingungen der Beschäftigung.⁹ So sind Frauen ethnischer Minderheiten häufiger im Niedriglohnsektor, oft im Reinigungs- oder Pflegebereich, beschäftigt und in höheren Positionen stark unterrepräsentiert.

Hierfür gibt es vielfältige Gründe. Oft sind mangelnde Bildung und Sprachkenntnisse besonders relevant. Doch auch kulturelle und religiöse Normen der ethnischen Minderheit können Frauen in zweifacher Hinsicht benachteiligen. Je mehr und je offensichtlicher diese Normen von denen der ethnischen Mehrheit abweichen, desto wahrscheinlicher ist es, dass Frauen Diskriminierung erfahren, vor allem, indem sie aufgrund von Stereotypen und nicht ihrer individuellen Kompetenzen und Eigenschaften bewertet werden.¹⁰ Dies wird unter anderem auch durch die im Vergleich besonders hohe Zahl an Frauen verdeutlicht, die für ihre Beschäftigung überqualifiziert sind. Andererseits wirkt sich das Fortbestehen traditioneller Geschlechterrollen innerhalb einer ethnischen Minderheit wegen der Ungleichheiten, die sie in diesem Kontext erfahren, besonders nachteilig auf den Zugang zum Arbeitsmarkt aus.

IV. Rechtliche Maßnahmen

Der Bericht konzentriert sich im rechtlichen Bereich auf Regelungen der europäischen Ebene sowie die entsprechende nationale Gesetzgebung. Daher werden zunächst die

⁴ 5. Staatenbericht Deutschlands zum IPbpR, 2005, S. 127f., verfügbar unter: www.bmj.bund.de/files/-/3004/5.CCPR.pdf (23. September 2010).

⁵ Framework Convention for the Protection of National Minorities vom 1. Februar 1995, UNTS Bd. 2151, S. 243; BGBl. 1997 II, S. 1406.

⁶ 5. Staatenbericht (Fn. 4), S. 130.

⁷ Ebenda.

⁸ *Kommission* (Fn. 1), S. 105-121, 139f.

⁹ *Kommission* (Fn. 1), S. 61-63.

¹⁰ *Kommission* (Fn. 1), S. 65.

europarechtlichen Vorgaben dargestellt und anschließend die deutsche Umsetzung untersucht.

1. Der europarechtliche Rahmen

Zwar existieren keine Vorschriften, die speziell auf Frauen zugeschnitten sind, welche ethnischen Minderheiten angehören. Allerdings gibt es diverse europarechtliche Regelungen, die Frauen und ethnische Minderheiten vor Diskriminierung schützen sollen. Hierbei ist zwischen Normen, die gegen Diskriminierungen durch die öffentliche Gewalt, also Union und Mitgliedstaaten, schützen sollen, und solchen, die auf die Beziehung zwischen Privaten gerichtet sind, zu unterscheiden.

a. Staat – Bürger

Die Union ist bei ihrem Handeln an das Grundrecht der Nichtdiskriminierung (unter anderem wegen der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts) aus Art. 21 der Grundrechtecharta der EU (GR-Charta)¹¹ gebunden, welche nunmehr gemäß Art. 6 Abs. 1 des Vertrages über die Europäische Union (EUV)¹² im Rang von europäischem Primärrecht steht. Gleiches gilt für die Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht, Art. 51 GR-Charta. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hatte bislang zwar keine Gelegenheit die Existenz des Verbots der Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts als allgemeinem Rechtsgrundsatz festzustellen. Von seiner Existenz ist jedoch aufgrund des Bestehens derartiger Diskriminierungsverbote in diversen Menschenrechtsübereinkommen ebenso wie in mitgliedstaatlichen Verfassungen wohl auszugehen.¹³ Insofern ist das Recht aus

der Charta im Einklang mit diesem auszulegen, Art. 52 Abs. 4 GR-Charta.

Alle Vertragsstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)¹⁴ sind außerdem an das Diskriminierungsverbot gemäß Art. 14 EMRK gebunden. Eine rechtliche Bindung der Union an die EMRK besteht indes nicht. Bis zu einem Beitritt der EU zur EMRK¹⁵ stellt Art. 14 EMRK jedoch gemäß Art. 52 Abs. 3 GR-Charta für das Diskriminierungsverbot des Art. 21 GR-Charta einen interpretatorischen Mindeststandard dar.

Eine unmittelbare oder mittelbare Drittwirkung, also eine Ausstrahlung auf die Beziehungen zwischen Bürgern, ist wohl ebenso wie weitergehende Schutzpflichten des Staates nicht anzunehmen.¹⁶ Hierfür stehen jedoch Art. 19 Abs. 1¹⁷ und Art. 157 Abs. 3¹⁸ des Vertrages über die Arbeitswei-

¹¹ Abl. 2007, Nr. C 303, S. 1.

¹² Abl. 2008, Nr. C 115, S. 13.

¹³ Vgl. Mangold, Rs. C-144/04, Urteil vom 22. November 2005, Rn. 74f. und *Michael Holoubek*, in: Jürgen Schwarze u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 13 EGV Rn. 9.

¹⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms vom 4. November 1950. In der aktuellen Fassung des am 1. Juni 2010 in Kraft getretenen 14. Zusatzprotokolls abgedruckt in: Sartorius II, 47. Ergänzungslieferung, Nr. 130.

¹⁵ Gemäß Art. 6 Abs. 2 EUV tritt die Union der EMRK bei. Zwar ist seit dem Inkrafttreten des 14. Zusatzprotokolls zur EMRK auch konventionsrechtlich ein Beitritt der EU zur EMRK möglich (vgl. Art. 59 Abs. 2 EMRK). Dazu bedarf es jedoch noch eines gesonderten Verfahrens.

¹⁶ *Michael Sachs*, in: Peter Tettinger/Jörg Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 21 Rn. 19.

¹⁷ „Unbeschadet der sonstigen Bestimmungen der Verträge kann der Rat im Rahmen der durch die Verträge auf die Union übertragenen Zuständigkeiten gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.“

¹⁸ „Das Europäische Parlament und der Rat beschließen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses Maßnahmen zur Gewährleistung der Anwendung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, einschließlich des

se der Europäischen Union (AEUV)¹⁹ zur Verfügung, auf deren Grundlage die nun zu besprechenden Richtlinien erlassen wurden.²⁰

b. Bürger – Bürger

Für das Verhältnis zwischen Privaten enthalten Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft²¹ und Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen²² in diesem Kontext die bedeutendsten Vorschriften. Allerdings sind sie ebenso für den öffentlich-rechtlichen Bereich relevant.²³ Richtlinie 2006/54/EG umfasst betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit, den Zugang zum Arbeitsmarkt sowie Arbeitsbedingungen und Weiterbildung, Art. 7, 14. Richtlinie 2003/43/EG hingegen reicht weiter und erfasst zusätzlich nichtbetriebliche Sozial- und Gesundheitssysteme, den Bildungsbereich sowie den Zugang zu allgemein verfügbaren Waren und Dienstleistungen, Art. 3. Da sie weitgehend gleich strukturiert sind, werden sie hier zusammen behandelt.

Beide Richtlinien untersagen direkte oder indirekte Diskriminierung auf Grund der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts.²⁴ Positive Diskriminierung zur Bekämpfung faktisch bestehender Ungleichheiten wird jedoch ausdrücklich nicht ausgeschlossen.²⁵ Um gegen Diskriminierungen vorgehen zu können, müssen

Grundsatzes des gleichen Entgelts bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit.“

¹⁹ Abl. 2008, Nr. C 115, S. 47.

²⁰ Siehe zum Ganzen etwa *Holoubek* (Fn. 11), Art. 13 EGv Rn. 13ff.

²¹ Abl. L 180 vom 19.7.2000, S. 22-26.

²² Abl. L 204 vom 26.7.2006, S. 23-36.

²³ Art. 14 RL 2006/54/EG; Art. 3 RL 2000/43/EG.

²⁴ Art. 14 RL 2006/54/EG; Art. 2 RL 2000/43/EG.

²⁵ Art. 3 RL 2006/54/EG; Art. 5 RL 2000/43/EG.

außerdem Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen.²⁶ Hierbei soll auch sichergestellt werden, dass die Ergreifung dieser Mittel nicht zu negativen Konsequenzen führt.²⁷ Um die Wirksamkeit der Richtlinien zu gewährleisten, sind die sie betreffenden Personen über sie zu informieren.²⁸

National zu bestimmenden Organisationen soll die Möglichkeit eingeräumt werden, im Namen der diskriminierten Person Rechtsbehelfe zu ergreifen beziehungsweise sie dabei zu unterstützen.²⁹ Weiterhin soll mit Nichtregierungsorganisationen und Betroffenen ein Dialog gefördert werden.³⁰

Beide Richtlinien sind lediglich als Mindeststandards anzusehen, die die Mitgliedstaaten nicht davon abhalten sollen, weitergehende Maßnahmen zum Schutz vor Diskriminierung zu ergreifen.³¹ Umzusetzen war Richtlinie 2000/43/EG bis zum 19. Juli 2003, Richtlinie 2006/54/EG bis zum 15. August 2008. Letztere Richtlinie ersetzt und konsolidiert mehrere Richtlinien, welche Vorschriften zum Schutz von Diskriminierung gegenüber Frauen enthalten.

2. Der rechtliche Rahmen in Deutschland

a. Staat – Bürger

Im Verhältnis zwischen Staat und Bürger ist der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen des Geschlechts oder der ethnischen Herkunft in Deutschland in Art. 3 Abs. 2, 3 GG verankert.³²

²⁶ Art. 17 RL 2006/54/EG; Art. 2 RL 2000/43/EG.

²⁷ Art. 24 RL 2006/54/EG; Art. 2 RL 2000/43/EG.

²⁸ Art. 30 RL 2006/54/EG; Art. 10 RL 2000/43/EG.

²⁹ Art. 17 RL 2006/54/EG; Art. 7 RL 2000/43/EG.

³⁰ Art. 21, 22 RL 2006/54/EG; Art. 11, 12 RL 2000/43/EG.

³¹ Art. 27 RL 2006/54/EG; Art. 9 RL 2000/43/EG.

³² Zu Drittwirkung und Schutzpflichten siehe etwa *Hans Jarass*, in: Ders./Bodo Pieroth (Hrsg.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, 10. Aufl. 2009, Art. 3 Rn. 12f., 90ff. und 132f.

b. Bürger – Bürger

Seiner Berichts- und Umsetzungspflicht aus Richtlinie 2000/43/EG kam Deutschland zunächst nicht nach, wie der EuGH in der Rs. C-329/04³³, einer Vertragsverletzungsklage der Kommission nach Art. 226 EGV (nunmehr Art. 258 AEUV), feststellte. Bezüglich der Richtlinie 2006/54/EG kam Deutschland seiner Umsetzungspflicht bereits im Rahmen der vorhergehenden Richtlinie 76/207/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen³⁴ sowie der Richtlinie 2002/73/EG zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG³⁵ durch das Arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz³⁶ nach. Dieses ist jedoch mittlerweile gegenstandlos.

Beide Richtlinien werden nunmehr durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)³⁷ umgesetzt, welches neben dem Zugang zum Arbeitsmarkt auch andere Bereiche wie Bildung und die Gewährung von sozialen Vergünstigungen erfasst. Während des Gesetzgebungsverfahrens war das Gesetz stark umstritten. Insbesondere die mit ihm verbundene Einschränkung der Vertragsfreiheit wurde kritisiert.³⁸

Das AGG untersagt jegliche Diskriminierungen unmittelbarer oder mittelbarer Art, § 7. Sollten solche doch stattfinden, kann der Benachteiligte Schadenersatz verlan-

gen, auch für den Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, § 15, 21. Im Gerichtsverfahren können Antidiskriminierungsverbände, welche gewisse Voraussetzungen erfüllen müssen, als Beistand auftreten und insofern auch die Rechtsangelegenheiten des Benachteiligten besorgen, § 23. Außerdem kommt gem. § 23 AGG Benachteiligten eine Beweiserleichterung zugute: Soweit Indizien für die Benachteiligung sprechen, ist es am potentiell Benachteiligenden, dies zu widerlegen. § 16 untersagt Benachteiligungen durch den Arbeitgeber wegen der Inanspruchnahme der im AGG niedergelegten Rechte.

Auch ist im Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend gem. § 25 eine Antidiskriminierungsstelle eingerichtet worden. Diese soll auch mit Nichtregierungsorganisationen und anderen Einrichtungen zusammenarbeiten, § 29. Gem. § 30 ist der Antidiskriminierungsstelle ein Beirat zugeordnet, der sich aus Vertretern verschiedener Organisationen wie dem deutschen Frauenrat, dem Zentralrat Deutscher Sinti und Roma sowie der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände zusammensetzt.

3. Zusammenfassung

Auf europäischer Ebene existiert mittlerweile ein umfangreicher rechtlicher Schutz gegen Diskriminierung durch die öffentliche Gewalt und Private. Deutschland hat die europarechtlichen Vorgaben, insbesondere die der genannten Richtlinien, relativ detailgetreu in deutsches Recht umgesetzt. Allerdings geht die deutsche Umsetzung auch teilweise hierüber hinaus, wenn sie zum Beispiel dem Arbeitgeber durch § 12 AGG besondere Schutz- und Informationspflichten gegenüber seinen Arbeitnehmern auferlegt.

V. Politische Maßnahmen

Der Bericht der Expertengruppe untersucht weiterhin die verschiedenen politischen Strategien, die in Europa gegen Diskriminierung und Ausgrenzung verfolgt wer-

³³ Kommission gegen Deutschland, Urteil vom 28. April 2005.

³⁴ Abl. L 039 vom 14.02.1976, S. 40-42.

³⁵ Abl. L 269 vom 5.10.2002, S. 15-20.

³⁶ BGBl 1980 I, S. 1308.

³⁷ BGBl. 2006 I, S. 1897.

³⁸ Siehe etwa Franz-Jürgen Säcker, „Vernunft statt Freiheit!“ – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner: Referentenentwurf eines privatrechtlichen Diskriminierungsgesetzes, in: ZRP 2002, S. 286-290; Klaus Adomeit, Schutz gegen Diskriminierung – eine neue Runde, in: NJW 2003, S. 1162-1163.

den. Bezogen auf den Arbeitsmarkt besteht der Schwerpunkt allgemein darin, die Eingliederung in den Arbeitsmarkt zu erleichtern, die Abhängigkeit von Sozialhilfesystemen zu verringern und Arbeit lohnender zu machen.³⁹ Sprach- und Bildungsförderung sind weitere Maßnahmen, welche sich mit einigen der Ursachen von Diskriminierung und Ausgrenzung befassen.

Problematisch ist an diesen Ansätzen jedoch zumeist, dass sie die besondere Situation von Frauen aus ethnischen Minderheiten, insbesondere die Tatsache, dass sie oft Diskriminierung aus mehreren Gründen ausgesetzt sind, nicht berücksichtigen. Sind Maßnahmen nicht auf Frauen ethnischer Minderheiten zugeschnitten, haben sie kaum Potential, diese zu erreichen. Maßnahmen, welche jedoch zumindest den kulturellen Hintergrund berücksichtigen, haben wesentlich höhere Erfolgchancen, wie Beispiele aus den Niederlanden und Großbritannien zeigen.⁴⁰ Der niederländische Action Plan for the Emancipation and Integration of Women and Girls from Ethnic Minorities, der 20.000 Frauen und Mädchen aus ethnischen Minderheiten lokale Sprach- und Weiterbildungsangebote sowie Möglichkeiten zur Arbeitssuche näher bringen sollte, hatte dem Bericht zufolge ebenso größeren Erfolg darin, die Zielgruppe zu erreichen, wie das britische Programm Ethnic Minority Outreach. Dieses war darauf gerichtet, ökonomisch inaktive Personen, die keine Sozialleistungen beziehen, über die vorhandenen Beschäftigungs- und Weiterbildungsmöglichkeiten zu informieren und Gründe für ihre Situation zu identifizieren.⁴¹

³⁹ Kommission (Fn. 1), S. 77.

⁴⁰ Kommission (Fn. 1), S. 78.

⁴¹ Siehe hierzu auch *UK Department for Work and Pensions, Ethnic Minority Outreach: An evaluation, 2005*, verfügbar unter: <http://research.dwp.gov.uk/asd/asd5/rports2005-2006/rrep229.pdf> (23. September 2010).

VI. Abschließende Bemerkungen

Seit der Einführung des AGG, welches das Herzstück der deutschen Antidiskriminierungsgesetzgebung darstellt,⁴² besteht sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene ein umfassender Schutz gegen Diskriminierung aus Gründen der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts, nicht nur gegen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt, sondern auch gegen Private auf dem Arbeitsmarkt. Um den bekanntermaßen faktisch jedoch weiterbestehenden Diskriminierungen entgegenzuwirken, werden zusätzliche Maßnahmen rechtlicher und politischer Art erwogen.

Die Familienministerien des Bundes und des Landes Nordrhein-Westfalen untersuchen derzeit in Zusammenarbeit mit der Antidiskriminierungsstelle beispielsweise die Wirksamkeit anonymisierter Bewerbungen, welche Diskriminierungen jedenfalls erschweren sollen.⁴³ Weiter in der Diskussion sind nach wie vor auch Frauenquoten, für Unternehmensvorstände – die Telekom hat kürzlich als erstes Dax-30-Unternehmen freiwillig eine solche eingeführt⁴⁴ – und auch für Aufsichtsräte, wobei hier wohl vorerst keine gesetzliche Regelung zu erwarten ist⁴⁵. Der Senat des Landes Berlin wiederum hat vor kurzem einen

⁴² Vgl. hierzu den 6. Staatenbericht Deutschlands zum IPbpr, 2010, S. 13ff., verfügbar unter: www.bmj.bund.de/files/-/4592/6%20%20Zivilpakt-Bericht_dt.pdf (23. September 2010).

⁴³ *Andrea Dernbach*, Anonyme Bewerbung: Der namenlose Anwärter, Tagesspiegel vom 2.8.2010, verfügbar unter: www.tagesspiegel.de/politik/der-namenlose-anwaerter/1895402.html (23. September 2010).

⁴⁴ *S. Deutsche Telekom AG*, Pressemitteilung vom 15.3.2010, <http://www.telekom.com/dtag/cms/content/dt/de/829454> (23. September 2010).

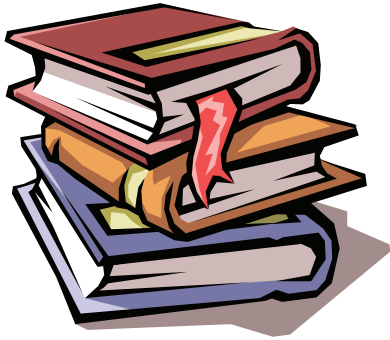
⁴⁵ *Sabine Leutheusser-Schnarrenberger*, Potenziale besser nutzen! Aufsichtsräte müssen professioneller und weiblicher werden!, Rede bei der 9. Kodex-Konferenz der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex am 16. Juni 2010 in Berlin, verfügbar unter: <http://www.bmj.bund.de> (23. September 2010).

Gesetzesentwurf vorgelegt, der eine stärkere Einbeziehung von Menschen mit Migrationshintergrund in den öffentlichen Dienst anstrebt, indem interkulturelle Kompetenz bei Bewerbungen deutlicher als zuvor positiv berücksichtigt wird.⁴⁶

Auf Grundlage des vorliegenden Berichts lässt sich vor allem aber auch feststellen, dass der Ansatz des Mainstreaming für das weitere Vorgehen maßgeblich sein muss.⁴⁷ Dieser erkennt, dass rechtliche Maßnahmen immer nur ein – wenn auch wichtiger – Teil der Bekämpfung von Diskriminierung und Ausgrenzung sein können. Langfristig sind die gesellschaftlichen und sozioökonomischen Ursachen anzugehen. Hierbei können Nichtregierungsorganisationen wie jene, die sich im Antidiskriminierungsverband Deutschland oder dem Bundesverband der Migrantinnen in Deutschland zusammengeschlossen haben und oft auch auf lokaler Ebene tätig sind, in besonderem Maße mitwirken. Eine vertiefte Koordinierung und Zusammenarbeit zwischen solchen Organisationen und der Antidiskriminierungsstelle des Bundes wäre sicherlich sinnvoll.

⁴⁶ Gesetzesentwurf zur Regelung von Partizipation und Integration in Berlin, am 3. August 2010 vom Berliner Senat verabschiedet, Kurzfassung verfügbar unter: http://www.berlin.de/lb/intmig/partizipation-s-und-integrationsgesetz-berlin_kurzfassung.html (23. September 2010).

⁴⁷ Siehe zu diesem Ansatz zum Beispiel *Mark Bell*, *Racism and Equality in the European Union*, 2008, S. 43ff.



Buchbesprechungen

Lars Klinnert, Der Streit um die europäische Bioethik-Konvention. Zur kirchlichen und gesellschaftlichen Auseinandersetzung um eine menschenwürdige Biomedizin, Edition Ruprecht, 2009, 654 Seiten, ISBN 978-3-7675-7098-6, 84,- €.

Die Bundesrepublik Deutschland sollte endlich die so genannte „Bioethik-Konvention“ unterzeichnen (vgl. S. 549). Mit diesem unmissverständlichen Plädoyer beschließt *Lars Klinnert* seine umfangreiche Untersuchung. Sie wurde im Jahr 2007 von der Evangelisch-Theologischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen – woraus man nicht vorschnell und falsch schließen sollte, es handle sich um eine innertheologische und nur für die Theologie interessante Studie. Vielmehr liegt hier eine auf Pluralität verpflichtete, das Gespräch der oft gegensätzlichen Perspektiven und Positionen führende Studie vor, wie sie in der bioethischen Fachdiskussion viel zu selten zu finden ist.

Es dürfte kaum ein Argument geben, das in die von ihm breit dokumentierte Debatte eingebracht wurde, das *Klinnert* nicht berücksichtigt. Dabei scheut er die Auseinandersetzung um die Möglichkeit universal gültiger Werte und Normen ebenso wenig wie die detaillierte Prüfung konkreter Konfliktsituationen, in denen ethisch verantwortete Entscheidungen zu treffen sind. Politisch-strategische Überlegungen fließen ebenso in seine Argumentation ein.

Als systematisch zentral und für die Diskussion außerordentlich befruchtend darf seine Definition und Begründung des Begriffs der Menschenwürde gelten. An sie schließt er eine klare Bestimmung des Verhältnisses von Ethik und Recht an. Durch-

gängig ist die Studie geprägt von *Klinnerts* entschiedenem Widerspruch gegen alle fundamentalistischen, sich jeder Kritik entziehenden Positionen. Ausgesprochen hilfreich ist auch die von ihm vorgeschlagene Zuordnung theologischer und philosophischer Argumentationen und Begründungsfiguren.

All das kann in den engen Grenzen, die einer Rezension gesetzt sind, nur sehr knapp dargestellt und diskutiert werden.

Einleitend (S. 24-57) fasst *Klinnert* die Entstehungsgeschichte und den Inhalt des „Übereinkommens zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin: Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin“ kurz zusammen. Diese so genannte „Bioethik-Konvention“ wurde 1991 vom Europarat in Auftrag gegeben und am 1. April 1997 zur Unterzeichnung ausgelegt. Sie trat am 1. Dezember 1999 in Kraft, nachdem fünf Staaten sie ratifiziert hatten. In der Folge entstanden mehrere Zusatzprotokolle und weitere Staaten ratifizierten die Konvention (bisher insgesamt 26, Stand: 23. September 2010). Entstehung und Inhalt der Konvention sind Gegenstand einer extrem kontroversen Debatte, die in Deutschland dazu führte, dass die Bundesrepublik das Übereinkommen bis heute nicht unterzeichnet hat.

Breiten Raum nehmen der zweite und dritte Teil des Buches ein (S. 58-240). *Klinnert* dokumentiert insgesamt weit über hundert Stellungnahmen aus der Diskussion in Deutschland. Die von ihm berücksichtigten Texte sind denkbar heterogen. Sie reichen von Kommentaren in der überregionalen Presse über offizielle Stellungnahmen bis zu wissenschaftlichen Publikationen. Als Autoren fungieren Einzelpersonen ebenso wie politische Parteien, Berufsverbände, Kirchen und Interessenvertretungen. Chronologisch beginnen die Stellungnahmen am 25. Mai 1994, als die „Internationale Initiative gegen die geplante Bioethik-Konvention“ einen Entwurf dieses Übereinkommens erstmals an die Öffentlichkeit brachte, und reichen bis in die Gegenwart. *Klinnert* stellt jede von ihm berücksichtigte Stellungnahme auf je maximal zwei Seiten dar – was vor allem bei sehr umfangreichen Texten zwangsläufig zu einer holzschnittartigen Verkürzung führt. Er ordnet die Stellungnahmen, indem er sie jeweils einer von sechs Positionen zur Bioethik-Konvention zurechnet. Diese Positionen reichen von einer „radikalen Ablehnung“ (S. 63) des Projekts überhaupt über die „strikte Ablehnung“ (S. 109) des konkreten Textes bis zu Stellungnahmen, die das Projekt insgesamt oder einzelne seiner Inhalte kritisch abwägend betrachten. Daneben sind zustimmende Stellungnahmen berücksichtigt (S. 155) und schließlich einige Positionen, die die Einschränkungen für die Erforschung und Nutzung der Biotechnologie durch die Konvention für zu weitgehend halten (S. 175).

Die anschließende Analyse versucht die Argumente zusammenzufassen (S. 184-210). Hier kommt es zu zahlreichen Wiederholungen bereits Gesagten, ohne dass *Klinnerts* eigene Argumentation wesentlich voranschritte. Aufschlussreich ist es dagegen, wenn *Klinnert* im Folgenden die verschiedenen, jeweils argumentationsleitenden Alternativen herausarbeitet – etwas missverständlich als „Ebenen der Urteilsbildung“ benannt (S. 210-240). Denn daraus ergeben sich die Fragen für den anschlie-

ßenden systematischen Teil der Studie: Soll die Konvention als Rechtstext oder als ethische Grundsatzerklärung gelesen werden? Sind der Schutz der Menschenwürde und die Abwägung gegensätzlicher Interessen ein strikter Widerspruch oder lassen sie sich miteinander verbinden? Schützt die Konvention in ihrer vorliegenden Form die Menschenwürde oder gibt sie diese preis? Hat sie auf bestehende rechtliche Vorschriften verschärfende oder aufweichende Auswirkungen?

Vor der Beantwortung dieser Fragen stellt *Klinnert* prägnant und auch für den medizinisch-naturwissenschaftlichen Laien verständlich die Forschungen und Techniken dar, die einer ethischen und juristischen Regelung bedürfen (S. 241-281). Dabei beschränkt er sich auf die drei in Deutschland vorrangig diskutierten Felder: Die Forschung mit und an Embryonen, die medizinischen Maßnahmen an einwilligungsunfähigen Personen und die Eingriffe in das menschliche Genom. Damit endet der darstellend-analytische Teil der Studie.

Der systematisch-konstruktive Teil der Arbeit beginnt mit einer kurzen Begriffsklärung. Unter „Bioethik“ will der Autor den Bereich der angewandten Ethik verstanden wissen, „der sich mit moralischen Problemen auseinandersetzt, welche der Umgang mit pflanzlichem, tierischem oder menschlichem Leben – insbesondere infolge des wissenschaftlichen und technologischen Fortschritts – mit sich bringt“ (S. 284).

Nun vollzieht sich faktisch jede Urteilsbildung in moralischen und ethischen Fragen angesichts einer Vielfalt ethischer Theorien, Vorstellungen vom guten Leben und umfassenden Sinnentwürfen. Damit ist ein Grundproblem jeder durch Pluralität gekennzeichneten Gesellschaft aufgeworfen: Wie sind die Partikularität moralischer Optionen und die universale Verbindlichkeit rechtlicher Normen – oder auch die Vorstellung von der unbedingt zu achtenden Menschenwürde – miteinander vereinbar?

Die Frage stellt sich zunächst als Legitimationsfrage: Inwiefern sind die Autonomieansprüche von Einzelnen und gesellschaftlichen Gruppen, wie sind die für alle geltenden Gesetze und ethischen Standards der Gesellschaft zu rechtfertigen? Gegen Engelhardt, der zwischen den vielfältigen moralischen Ordnungen einzelner Gruppen und der Gesamtgesellschaft keinen substantiellen Zusammenhang sieht, favorisiert *Klinnert* zur Lösung dieses Problems John Rawls' Modell des „overlapping consensus“. Bekanntlich geht Rawls von einer „Vielzahl miteinander konkurrierender vernünftiger umfassender Lehren“ (S. 299) aus, zwischen deren moralischen Vorstellungen aber nicht nur eine mehr oder weniger große Schnittmenge gemeinsamer Überzeugungen und Werte besteht. Vielmehr können, so Rawls, die Mitglieder der verschiedenen Gruppen aufgrund ihrer je eigenen Überzeugungen die allgemeine Verbindlichkeit der geteilten Werte und Normen anerkennen und begründen. Rawls geht nach *Klinnert* von einer wechselseitigen Angewiesenheit der Gesellschaft als ganzer und den in ihr lebenden Gruppen und autonomen Individuen aus: Letztere sind, um in Freiheit leben zu können, auf einen gesellschaftlichen Raum angewiesen, in dem ihre Autonomie ethisch anerkannt und rechtlich gesichert ist; die Gesellschaft aber ist darauf angewiesen, dass sich der sie tragende Konsens aus den normativen und motivationalen Beständen der pluralen Traditionen speist.

Auf die viel diskutierten Probleme der Theorie von Rawls geht *Klinnert* zunächst nicht ein. Er sucht vielmehr in der protestantisch-theologischen Tradition nach Ansätzen, die die Zustimmung zu einem solchen Modell nicht nur als Möglichkeit, sondern gar als im Glauben gründende Verpflichtung erweisen (S. 307-314). Er findet solche Ansätze bereits bei den Reformatoren, dann namentlich bei Dietrich Bonhoeffer und Arthur Rich. Dabei geht es keineswegs um eine fraglose Zustimmung zum jeweiligen gesellschaftlichen Status quo: Ziel einer theologischen Sozialethik ist eine kritische Anerkennung einer Gesell-

schaftsordnung, die auf der gegenseitigen Achtung beruht und diese ermöglicht. Christliche Sozialethik wird das biblische Gebot der Nächstenliebe im säkularen Kontext zur Sprache bringen – und ihre Kritik anmelden, wo dieses Gebot verletzt wird. So kann es laut *Klinnert*, unter Aufnahme eines Begriffs von P. Dabrock, zu einer „Transpartikularisierung lebensdienlicher Orientierungen aus christlicher Identität“ (S. 314) kommen. Aus diesem Konzept folgt für *Klinnert* eine wichtige Hierarchisierung im Prozess (bio-)ethischer Urteilsbildung: Für das einzelne, autonome Individuum sind die Maßstäbe der jeweiligen Tradition, die es anerkennt, handlungsleitend und in höchstem Maße verbindlich. Diese Verbindlichkeit – etwa der christlichen Vorstellungen vom guten Leben – besteht selbstverständlich nicht für Menschen, die einer anderen Tradition angehören. Der rechtliche Rahmen einer Gesellschaft ist dagegen für eine weit größere Gruppe bindend und verbindlich – entbindet aber nicht von der je eigenen ethischen Entscheidung. Er kann sie allerdings nicht nur positiv eröffnen, sondern auch negativ begrenzen, wenn Elemente einer partikularen Tradition im Widerspruch zum geltenden Recht stehen, das seinerseits legitimationsbedürftig ist (S. 314-337).

So weit ist mit Hilfe von Rawls' Konzept und seiner Rezeption aus christlicher Perspektive zu kommen. Doch mit den letztgenannten Hinweisen ist auch deren Grenze deutlich geworden. Das Konzept des „overlapping consensus“ beruht selbst auf einer Voraussetzung, die *Klinnert* folgendermaßen formuliert: „Das mit dem Begriff der Menschenwürde bezeichnete Fundament allen minimal moralisch qualifizierten Zusammenlebens ist selbstverständlich auch unter den Bedingungen des Pluralismus nicht verhandelbar“ (S. 326). Doch so sehr der Begriff der „Menschenwürde“, wie *Klinnert* in seiner Dokumentation zeigt, für alle Stellungnahmen zur Bioethik-Konvention Bezugspunkt ihrer Legitimation ist (S. 183f.), so unklar ist, wie sich dieser Bezugspunkt selbst begründen und aus

seiner Begründung heraus inhaltlich füllen lässt. Genau um dieses „Begründungsproblem“ (S. 337) geht es im zentralen Kapitel des vorliegenden Buches.

Ein erster, noch eher oberflächlicher Durchgang durch den Gebrauch und die Bestimmung des Begriffs „Menschenwürde“ führt *Klinnert* zu dem Ergebnis: „Mit Menschenwürde ist also der Sachverhalt zu kennzeichnen, dass Menschen aufgrund ihrer als Persönlichkeit bezeichneten besonderen Eigenart moralisch kategorial anders zu behandeln sind als Nichtmenschen“ (S. 344f.). Die entsprechende Sonder- und Höherbewertung des Menschen als moralisches Vernunftwesen findet nicht zuletzt in Kants kategorischem Imperativ in praktischer Hinsicht ihren Ausdruck. Doch es bleiben, so *Klinnert*, Fragen offen: Wie ist das Verhältnis zwischen Sein und Sollen hinsichtlich der Vernunft und der Persönlichkeit des Menschen genau zu bestimmen? Wo liegen – zwischen der Befruchtung der Eizelle und dem Tod – der Anfang und das Ende des Menschseins? Wie ist dessen Würde zu begründen, die seine unbedingte Achtung fordert?

Klinnert sucht in unterschiedlichen Konzepten nach den jeweiligen Antworten auf diese Fragen, die er jeweils kritisch bewertet. Das „aktualistisch-subjektivistische Personkonzept“, wie es etwa Peter Singer vertritt, bindet die Menschenwürde an „die aktuelle Ausübung bestimmter personentypischer Fähigkeiten“ (S. 346). *Klinnert* hält diesem Konzept entgegen, dass es in sich letztlich widersprüchlich ist. Denn „die Achtung der elementaren Lebensbedingungen eines Menschen resultiert [...] nicht erst aus seiner Fähigkeit, das eigene Leben als Person autonom zu gestalten und als wertvoll zu beurteilen, sondern stellt vielmehr die notwendige Voraussetzung für alle subjektiven Lebensvollzüge dar“ (S. 356). Darüber hinaus macht er auf viele Konsequenzen dieses Konzepts aufmerksam, die verbreitetem ethischen Urteil diametral entgegenstehen. Das „naturalistisch-substanzialistische Personkonzept“ (S. 357), das *Klinnert* – etwas zu pauschal und einseitig – der katholischen Tradition

zurechnet, sieht den Menschen als Person je schon in das Beziehungsgefüge gegenseitiger Anerkennung eingebunden. Der Grund dieser Anerkennung kann aber, so diese Position, allein die „biologische Zugehörigkeit zum Menschengeschlecht sein“, da sie die einzig unbestreitbare und unverlierbare – und letztlich in der Transzendenz Gottes gründende – „Substanz“ des Menschen ist. *Klinnert* würdigt die hohe Bedeutung, die hier der sozialen Verfasstheit personalen Menschseins gegeben wird, wendet sich aber gegen die substanzialistische Engführung in diesem Konzept: „Damit aber wird [...] ein willkürlicher Teilaspekt des Menschseins zum Grund und Gegenstand unbedingter Achtung erklärt.“ (S. 363). Ein noch stärker religiös geprägtes Konzept rekurriert auf die „Heiligkeit des Lebens“ (S. 364). *Klinnert* sieht auch in diesem Konzept einen ungerechtfertigten Schluss vom Sein auf das Sollen, der allenfalls durch den Hinweis auf den guten Schöpferwillen Gottes ethisch zu begründen ist. Problematisch sei hier auch, dass die besondere Würde menschlichen Lebens auf diesem Wege kaum zu erkennen ist. Kurz wendet sich *Klinnert* schließlich dem in der evangelischen Theologie weit verbreiteten „askriptiv-relationalen“ (S. 370) Personkonzept zu. Persönlichkeit wird hier strikt relational gedacht – und zwar sowohl in der zwischenmenschlichen Beziehung als auch in der Beziehung zu Gott. „Die Achtung der Person gründet daher auf der sozialen Anerkennung innerhalb der Persongemeinschaft“ (S. 371). *Klinnert* macht demgegenüber auf die Schwierigkeit aufmerksam, dass es zwar theologisch legitim und möglich sei, die Würde des Menschen in seiner Anerkennung durch Gott zu gründen, die aufgrund von Gottes geglaubter Liebe und Treue unverbrüchlich ist. Doch dieses Begründungsverhältnis lasse sich nicht auf die soziale Realität übertragen, denn die Würde des Menschen kann nicht „auf mehr oder weniger beliebiger intrakommunikativer Unterstellung beruhen“ (S. 375).

Mit dieser Kritik vorliegender Entwürfe zur Begründung der Menschenwürde hat *Klinnert* die Latte für seinen eigenen Entwurf, der nun darzustellen ist, sehr hoch gelegt. Als argumentativen Ausgangspunkt für die Entwicklung seines „transempirisch-leibphänomenologischen Personkonzepts“ (S. 392) wählt *Klinnert* das transzendentalpragmatische Argument, das von Apel entwickelt und seitdem vielfach entfaltet wurde. In diesem Konzept, so *Klinnert*, geht es darum, „die fundamentale Achtung von Menschen als Personen als Bedingung der Möglichkeit für jede Art von personalen Lebensvollzügen zu rekonstruieren und in Bezug auf ihre praktischen Implikationen zu konkretisieren“ (S. 376). Indem die reziproke Achtung als Personen als notwendige Möglichkeitsbedingung jedes personalen Vollzugs gedacht wird, erkennen Menschen in ihrem personalen Handeln die Würde der Anderen – und ihrer selbst – implizit immer schon an. Das gilt selbst dann, wenn ihr explizites Handeln der Würde des Anderen nicht entspricht, ihn in seinen Rechten verletzt: Ein solches Handeln ist ein ethisch relevanter Selbstwiderspruch. Personalität als in ihrer Anerkennung schon vorausgesetzte Wirklichkeit ist – wie *Klinnert* zur Abwehr naturalistischer Fehlschlüsse eigens betont – eine „transempirische Zuschreibung“, die aus keiner naturalen Gegebenheit, auch aus keiner faktischen Fähigkeit oder Tätigkeit abgeleitet werden kann, ja nicht einmal von ihrer expliziten Anerkennung abhängig ist. Die in seiner Personalität gründende Würde des Menschen ist gerade deshalb letzter und unbedingt verpflichtender Bezugspunkt jeden ethischen Urteilens und Handelns (S. 375-378). Nimmt *Klinnert* damit eine wichtige Tradition der philosophischen Begründung von Menschenwürde und Ethik auf, so liegt seine spezifische Leistung darin, diese Grundlage nun in ihren „praktischen Implikationen zu konkretisieren“ (S. 376, siehe oben).

Diese Konkretisierung gelingt ihm in der wechselseitigen „Kommunikabilisierung und Plausibilisierung“ theologischer, philosophischer und lebenspraktischer Ein-

sichten und Entwürfe. Für ein Gelingen dieses Unterfangens ist die Zuordnung theologischer und philosophischer Argumente von Bedeutung. *Klinnert* stellt klar, dass das transzendentalpragmatische Argument als letzte Begründung für die Pflicht, die Menschenwürde anzuerkennen, hinreicht und universale Gültigkeit beanspruchen kann (S. 378). Es besteht hier kein weiterer Begründungsbedarf, der allein von der Theologie befriedigt werden könnte. Doch christliche Theologie hat in ihren Vorstellungen von der Gottebenbildlichkeit des Menschen, von Rechtfertigung und Nächstenliebe eine – nur! – im Glauben gründende Gewissheit, dass der Würde des Menschen die Beziehung Gottes zu ihm zugrunde liegt. Davon kann die Theologie – so weit wie nur möglich – auch im säkularen Kontext zu sprechen versuchen; ebenso wird sie in diesen Rahmen säkulare Begründungsfiguren aufzunehmen suchen. „Theologisch zu begründen ist die Menschenwürde dann zwar nicht in dem Sinne, dass eine besondere theologische Legitimation erforderlich sei, um sie überhaupt in Geltung zu setzen, doch kann der christliche Glaube zu einem tieferen Verständnis für ihre existenziale Relevanz beitragen“ (S. 379).

Die „praktischen Implikationen“ der stets schon vorausgesetzten Menschenwürde entfaltet *Klinnert*, indem er – in Aufnahme theologischer und phänomenologischer Motive – genauer das Spezifikum menschlicher Existenz zu bestimmen sucht. Dabei geht er deutlich über die Kommunikation als Austausch von Gründen, die die klassische Transzendentalpragmatik vorrangig im Blick hat, hinaus. Menschsein vollzieht sich, so kann man *Klinnerts* Bestimmungen wohl kurz zusammenfassen, immer als geschichtlich, in Sozialität und durch Leiblichkeit. Es macht den Menschen aus, eine Geschichte zu haben, zurück- und vorausschauen zu können – auch in und auf die Zeiten, in denen er als Individuum nicht oder nur sehr begrenzt seiner selbst bewusst war oder sein wird. Er ist Mensch in der Beziehung zu anderen Menschen. Dies gilt in hervorgehobener Weise, wenn er in

wechselseitiger Kommunikation und Anerkennung mit den Anderen lebt. Doch auch wenn er zu solcher Aktivität noch nicht oder nicht mehr in der Lage ist, achtet die Personengemeinschaft seine Würde, indem sie ihn als Subjekt „einer in der Personengemeinschaft sich realisierenden Lebensgeschichte identifiziert“ (S. 377). Geschichtlichkeit und Sozialität sind für Menschen notwendig gebunden an ihre Körper, sind Aspekte ihrer Leiblichkeit. Der Leib liegt aller Kommunikation und allem Selbstbewusstsein voraus – und ist stets das notwendige „Erfahrungs- und Ausdrucksmedium der Vernunft“ (S. 389). „Als empirische Referenz für Personalität muss die uns als Leib erscheinende organische Existenz eines zur Spezies *Homo sapiens* gehörigen Individuums gelten“ (S. 391).

Aus diesen Bestimmungen menschlicher Existenz, die den abstrakten Begriff der „Menschenwürde“ mit normativ relevanten Inhalten gefüllt haben, leitet *Klinnert* ebenso konkret wie einleuchtend die „Verwirklichungsbedingungen menschenwürdigen Lebens“ ab (S. 394-412): Den Schutz des Lebens, die Integrität des Körpers, die Achtung der Autonomie und die Wahrung der Identität.

Die Frage nach den Bedingungen, unter denen Menschen ihrer Würde entsprechend leben können, führt zwangsläufig in den nächsten Abschnitt von *Klinnerts* Überlegungen, in das „Anwendungsproblem“ (S. 409-430). Hier geht es noch nicht um die Bioethik – sondern um eine grundsätzliche Reflexion auf das Problem, ob und wie die Anerkennung der Menschenwürde praktisch werden kann. Einleitend führt *Klinnert* – leider erst hier – die grundlegende Unterscheidung von Menschenwürde und Menschenrechten ein: Menschenrechte lassen erkennen, was die Menschenwürde konkret bedeutet – und dienen gerade so zu deren Schutz (S. 413). Allerdings, so betont *Klinnert*, ist nicht jede Menschenrechtsverletzung auch eine Verletzung der Menschenwürde: Denn nicht nur zwischen verschiedenen Personen, sondern im Bezug auf eine Person können Menschenrechte in Konflikt zueinander treten. Damit ist ein

Kernbereich angewandter Ethik erreicht: Die Güterabwägung, die immer dann besonders schwierig ist, wenn verschiedene Menschenrechte im Konflikt zueinander stehen – das eine nur unter Verletzung des anderen gewahrt werden kann. Solche Situationen sind offensichtlich unvermeidlich und es ist unmöglich, sich in ihnen nicht zu entscheiden. Denn selbst die Weigerung, eine Entscheidung zu treffen, hat Konsequenzen, die nicht erwünscht sind. „Die rechtliche und ethische Legitimation [solche Entscheidungen zu treffen M.B.] speist sich aus der Tragik der Unumgänglichkeit eines würdebeeinträchtigenden Handelns, in welchem jedoch die Selbstzwecklichkeit der in der Realisierung ihrer Würde behinderten Personen keineswegs ignoriert oder gar geleugnet wird, sondern vielmehr eine bewusste Schuldübernahme angesichts der begründeten Entscheidung für das in der besonderen Situation als geringer erkannte Übel erfolgt.“ (S. 420f.) Zu solchen Konflikten kann es für eine einzelne Person, zwischen verschiedenen Personen, aber auch zwischen Einzelnen und Gesellschaft oder gar künftigen Generationen kommen.

Doch nicht nur solche Abwägungen führen zu durchaus umstrittenen und verschiedenen Entscheidungen. Auch die konkrete Ausgestaltung der positiv formulierten Menschenrechte bringt eine Pluralität hervor, die, da selbst gut begründet, nicht begründet zurückgewiesen werden kann. Der oft behauptete Gegensatz zwischen einer (deontologischen) „Ethik der Würde“ und einer (utilitaristischen) „Ethik der Interessen“ ist deshalb nicht hilfreich, nicht einmal möglich: Ein bestimmtes Verständnis der Menschenwürde und ihrer Realisierung als allein gültig zu behaupten, heißt, die Tatsache zu verkennen, dass es nicht nur Konflikte zwischen Menschenrechten und anderen Gütern gibt, sondern zwischen verschiedenen begründeten Menschenrechtsverständnissen; eine reine „Ethik der Interessen“ wäre dagegen letztlich kriterienlos und damit für Entscheidungen nutzlos. Mit diesen Argumenten macht *Klinnert* deutlich, dass eine Funda-

mentalopposition gegen jeden Versuch, bioethische Fragen in ethischen Abwägungen und durch rechtliche Grenzziehungen zu beantworten, realitätsfern ist und eine „Eindeutigkeit des Urteils“ (S. 421) suggeriert, die nicht zu erreichen ist.

Bleibt im Blick auf die Bioethik-Konvention also nur, sich dem mühsamen Geschäft der Abwägung zu unterziehen. Dies unternimmt *Klinnert* in den verbleibenden Kapiteln seines Buches. Ausführlich beschäftigt er sich mit den drei schon genannten Bereichen der Biomedizin, die besonders heftig diskutiert werden. Seine diesbezüglichen Argumentationen können hier nicht im einzelnen dargestellt werden, deshalb seien nur jeweils besonders interessante Aspekte herausgestellt.

In der Diskussion um den Embryonenschutz (S. 432-447) vertritt *Klinnert* eine sehr pointierte Grundhaltung: Die leibliche Existenz eines Menschen beginnt für ihn mit der Vereinigung von Ei- und Samenzelle. Dafür nennt er zwei Gründe: Zum einen beginne mit dieser Vereinigung ein „autopoietischer Prozess [...], innerhalb dessen sich keine qualitativen Einschnitte mehr festmachen lassen, die an einer Kontinuität zum geborenen Menschen zweifeln lassen könnten“ (S. 433). Zum anderen verstehe der Mensch retrospektiv seine eigene Geschichte als eine Geschichte von der Zeugung an. Daraus folgert *Klinnert*, dass dem Embryo ab dem frühesten Zeitpunkt Menschenwürde zukommt, die nicht graduell von der Würde anderer Menschen unterschieden werden kann. Doch damit ist nicht ausgeschlossen, sondern gerade betont, dass es zu schwerwiegenden ethischen Konflikten kommen kann, in denen die Menschenrechte des Embryos und die Rechte anderer Menschen – der Eltern, künftiger Generationen, der Kranken, die sich von der Embryonenforschung Möglichkeiten der Heilung eröffnen – gegeneinander abgewogen werden müssen. *Klinnert* diskutiert einige dieser Konfliktsituationen gründlich und kommt zu dem Schluss, dass die entsprechenden Festlegungen der Bioethik-Konvention – trotz manchen Konkretisierungsbedarfs – mora-

lisch vertretbar und rechtlich sinnvoll sind. Die dort getroffenen Regelungen überlassen zwar die Bestimmung des Zeitpunkts, zu dem dem Embryo Menschenwürde zugesprochen wird, den Gesetzgebern der einzelnen Länder. An anderen Stellen aber – etwa im Verbot, Embryonen zu Forschungszwecken herzustellen – entspricht die Konvention weitgehend geltendem deutschen Recht und ist damit weit strenger als die rechtlichen Beschränkungen der Embryonenforschung in anderen europäischen Ländern.

Die Bioethik-Konvention setzt auch biomedizinischen Eingriffen an nicht einwilligungsfähigen Personen (jüngere Kindern, Menschen mit schweren geistigen oder psychischen Behinderungen, Demenzkranken) enge Grenzen. Die Sorge, dass diese Menschen unter Ausnutzung ihrer Hilfsbedürftigkeit zu Forschungszwecken missbraucht oder fragwürdigen Behandlungen unterzogen werden, nimmt *Klinnert* sehr ernst (S. 447-464). Vor diesem Hintergrund verweist er auf vielfältige Möglichkeiten, den vermutlichen Willen dieser Menschen zu erschließen und die für sie jeweils beste Entscheidung zu treffen. Er betont, dass der von der Konvention verlangte Schutz über das geltende deutsche Recht hinausgeht, sieht aber an einigen Stellen die offeneren deutschen Regeln für ethisch besser legitimiert an (zum Beispiel die Gewebespenden für nahe Verwandte, nicht nur für Geschwister). Auch hier bestehen für *Klinnert* keine grundlegenden ethischen Bedenken, die eine Zustimmung zu der Konvention verbieten würden.

Hinsichtlich der verschiedenen Möglichkeiten, die die Gentechnik eröffnet, setzt *Klinnert* – mit der Bioethik-Konvention – eine klare Grenze: Ethisch abzulehnen und von der Konvention verboten sind „alle Maßnahmen, mit denen eine Person in den naturalen Grundlagen ihrer Identität (zum Beispiel hinsichtlich der Intelligenz) oder zumindest charakteristisch (zum Beispiel hinsichtlich der Augenfarbe) auf den Entwurf anderer – sei es auf die Wünsche der Eltern oder auf die Interessen der Gesellschaft – reduziert und damit in ihrer Le-

bensführung präformiert zu werden droht“ (S. 484). „Zukünftige Generationen müssen daher vor eugenischen Vorstellungen geschützt werden, die eben nicht auf die elementare Sicherung der naturalen Bedingungen ihrer Menschenwürde bedacht sind, sondern das Individuum im Sinne einer Vision vom perfekten Menschen zu instrumentalisieren drohen“ (S. 487). Doch so entschieden er dagegen votiert, die Individualität und Autonomie eines Menschen durch gentechnische Eingriffe zu verletzen, so wenig wehrt er sich gegen ein prinzipielles Verbot von Eingriffen in das menschliche Genom. Nicht zuletzt aus theologischer Perspektive sieht er den Menschen berechtigt, seinen Körper willentlich zu gestalten. Es sei deshalb „nicht einzusehen, warum ausgerechnet dieser Bereich der naturalen Basis menschlichen Lebens grundsätzlich von jeglicher kulturellen Überformung freigehalten werden soll“ (S. 487).

Dem in einem Zusatzprotokoll zur Bioethik-Konvention vorgesehenen Verbot reproduktiven Klonens, das auf einem breiten gesellschaftlichen Konsens ruht, ist nach *Klinnert* problemlos zuzustimmen. Nachbesserungsbedarf sieht er bei den Regelungen zum so genannten therapeutischen Klonen (S. 490-497).

Klinnert fasst seine Untersuchungen zusammen: „Im entschiedenen Widerspruch zu einer einflussreichen Strömung innerhalb der öffentlichen Diskussion in Deutschland lässt sich als Ergebnis dieser Untersuchung festhalten, dass an der durchgängigen Vereinbarkeit der Bioethik-Konvention mit der Achtung der Menschenwürde kein Zweifel bestehen kann“ (S. 498).

Die Abschlusskapitel (S. 498-547) dienen vor allem dazu, die vielen Argumentationslinien nochmals zusammenzuführen. Einen Aspekt der Diskussion greift er hier allerdings erstmals ausführlich auf: Die Frage, ob es aus juristischer Sicht wünschenswert ist, die Konvention zu unterzeichnen (S. 515-532). Auch hier gehen die Meinungen weit auseinander: Die einen

melden verfassungsrechtliche Bedenken an, weil sie von der deutschen Verfassung geschützte Menschenrechte in der Konvention verletzt oder zumindest nicht gewahrt sehen. Andere haben das rechtspolitische Bedenken, dass der an vielen Punkten im Vergleich zum deutschen Recht geringere Schutz der Menschenwürde durch die Konvention auf Dauer zur Absenkung des Schutzniveaus in Deutschland führen würde. Wieder andere befürworten einen deutschen Beitritt, weil sie „mit der Bioethik-Konvention eher einen Trend gesetzt (sehen), das europäische Medizinrecht auf einem wachsend hohen Schutzniveau zu vereinheitlichen“ (S. 522). Letztgenannter Auffassung schließt sich auch *Klinnert* selbst an. Wiederholt verweist er auf Art. 27 der Konvention, der ausdrücklich vorsieht, dass es jeder Vertragspartei unbenommen sei, „einen über dieses Übereinkommen hinausgehenden Schutz zu gewährleisten“ (S. 646). Außerdem schätzt er die Chancen, von deutscher Seite auf eine Anhebung der Schutzstandards hinzuwirken, deutlich höher ein, sobald die Bundesrepublik der Konvention beigetreten sei.

In seinem „Abschlussplädoyer“ macht *Klinnert* nochmals deutlich, dass weder aus philosophisch-ethischer noch aus christlich-theologischer Sicht eine fraglose Eindeutigkeit in ethischen Fragen zu erlangen ist. Menschen haben die Fähigkeit und die Pflicht, ihr Leben zu gestalten. Dabei müssen sie oft zwischen gut begründeten Alternativen entscheiden und auch ungewollte Konsequenzen ihrer Entscheidungen in Kauf nehmen. Dafür können gesetzliche Regelungen einen Rahmen bilden, aber nie die persönliche Gewissensentscheidung ersetzen. Einen solchen Rahmen bildet auch die Bioethik-Konvention. Unter Berücksichtigung dieser Aspekte votiert *Klinnert*, wie schon eingangs erwähnt, eindringlich für einen Beitritt Deutschland zu diesem völkerrechtlichen Vertrag.

In der Darstellung dürfte deutlich geworden sein, wie differenziert, breit ausgreifend und konsistent die Studie von *Lars Klinnert* ist. Einige kritische Anmerkungen seien dennoch erlaubt.

Inhaltlich ist es überraschend und irritierend, dass der Autor die Begriffe Ethik/Moral beziehungsweise ethisch/moralisch offenbar weitgehend synonym verwendet, statt sie – wie in den neueren Diskussionen üblich – zur Markierung unterschiedlicher Bereiche menschlicher Praxis und ihrer Reflexion zu nutzen. Systematisch weist seine, insgesamt sehr zu würdigende, Definition und Begründung der Menschenwürde einige kleine Lücken beziehungsweise Unklarheiten auf. Das Verhältnis zwischen Rawls' Theorie des „overlapping consensus“ und der Transzendentalpragmatik ist nicht ganz geklärt. Weil *Klinnert* diese Zuordnung nicht in der nötigen Klarheit vornimmt, bleibt auch offen, inwieweit er das transzendentalpragmatische Argument als universal gültiges ansieht. Sieht er es über der partikularen theologische Konzeption stehen – oder neben ihr und anderen partikularen Verständnissen? Auch der Schritt von der Transzendentalpragmatik in die von ihm so genannte „Leibphänomenologie“ müsste an einigen Stellen noch genauer ausgeführt werden. Zu dieser Klärung wäre eine intensivere Auseinandersetzung mit den philosophischen Referenzpositionen wünschenswert gewesen. Auch an einigen anderen Stellen wäre eine tiefergehende Beschäftigung mit den Argumenten einer kleineren Zahl von Autoren wünschenswert.

So berechtigt und notwendig es ist, den Bereich einer wissenschaftlichen Untersuchung zu beschränken, so merkwürdig ist es, dass an keiner Stelle der Blick über die deutsche Diskussion hinausreicht. Immerhin ist deren Gegenstand ein internationales Dokument. Erst die systematische Klärung greift über den deutschen, ja den europäischen Raum hinaus: John Rawls und Peter Singer gehören zu den wichtigsten philosophischen Gesprächspartnern *Klinnerts*.

Ob die Struktur der Studie nicht noch besser hätte angelegt werden können, ließe sich diskutieren. Die sehr umfangreiche einführende Dokumentation kann an dieser Stelle und in dieser Form nicht vollständig überzeugen. Da die entsprechenden Texte nicht im Original wiedergegeben, sondern vom Autor dargestellt werden, fließen in diese Darstellung zwangsläufig Optionen ein, die erst anschließend offengelegt und begründet werden (dies gilt vor allem für die durchgängig implizit abwertende Darstellung der strikten Gegner der Konvention). Auch bleibt fraglich, ob statt der so zahlreichen Einzeldarstellungen, die zu vielen Redundanzen führen, nicht eine Zusammenstellung der verschiedenen Argumente, die nun in einem eigenen Analyse-Teil folgt, ausgereicht hätte.

Die formale Gestaltung der Arbeit erschließt sich nicht immer: Häufig finden sich im Text eingerückte und Passagen in kleinerer Schrift, die keine Zitate sind. Ein inhaltlicher Grund für diese Absetzung ist nicht ersichtlich. Merkwürdig ist auch, dass sich gelegentlich für die Argumentation zentrale Passagen in den Fußnoten finden (so etwa, besonders irritierend, die einzige Erwähnung von Apels Transzendentalpragmatik in Fn. 440 auf S. 363).

Diese Monita ändern nichts daran, dass *Lars Klinnert* ein ungemein materialreiches, argumentativ starkes und hoch aktuelles Buch vorgelegt hat. Sein Beitrag zur Diskussion über die Menschenwürde hat weit über die bioethische Diskussion hinaus Bedeutung. Nicht zuletzt ist die Studie ein gelungenes Beispiel für eine Theologie, die ihre Übersetzungsaufgaben in einer säkularen Gesellschaft ernst nimmt. Es ist zu hoffen, dass sein Gesprächsangebot von vielen wahrgenommen und aufgenommen wird.

Michael Bongardt

Martin Ott, Das Recht auf Sezession als Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts der Völker (Berliner Juristische Universitätschriften, Öffentliches Recht, Bd. 30), 2008, Berliner Wissenschaftsverlag, ISBN 978-3-8305-1553-1, 69,00 €, 535 Seiten.

Marc D. Cole, Das Selbstbestimmungsrecht indigener Völker, Eine völkerrechtliche Bestandsaufnahme am Beispiel der Native Americans in den USA (Schriften zum Völkerrecht, Bd. 188), 2009, Duncker & Humblot, ISBN 978-3-428-1174-6, 82,00 €, 645 Seiten.

Das Selbstbestimmungsrecht der Völker hat bekanntlich in den sogenannten „14 Punkten“ des damaligen US-Präsidenten Wilson vom 8. Januar 1918 an prominenter Stelle seinen Siegeszug im Völkerrecht begonnen. Mittlerweile wird es als handlungsleitendes Prinzip in Art. 1 Nr. 2 UN-Charta erwähnt, findet sich im 14. und im 17. Erwägungsgrund der Präambel der „Friendly-relations“-Deklaration vom 24. Oktober 1970 sowie an mehreren Stellen in deren operativen Teil und ist auch Inhalt des gemeinsamen Art. 2 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 9. Dezember 1966 und des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966. Besondere praktische Bedeutung hat es nach dem Ersten Weltkrieg, im Dekolonialisierungsprozess und dann erneut nach dem Ende des sowjetischen Imperiums erlangt. Relevant ist das Selbstbestimmungsrecht auch für indigene Völker und gegebenenfalls für Minderheiten.

Zwei ausführliche Dissertationen beleuchten wichtige Aspekte des Selbstbestimmungsrechts der Völker. Die an der Humboldt-Universität zu Berlin unter der Betreuung von *Gerd Seidel* entstandene Arbeit von *Martin Ott* untersucht das Spannungsverhältnis zwischen dem dynamischen Selbstbestimmungsrecht und dem auf Stabilitäts-erhalt gerichteten Prinzip der staatlichen Souveränität. Dabei geht der *Autor* vor allem den beiden Fragen nach, ob auch Entitäten unterhalb der staatlichen Gesamtbevölkerung als Träger des Selbstbestimmungsrechts in Frage kommen könnten, und ob ein Recht auf Sezession schon Bestandteil des geltenden Völkerrechts sei.

Der sich um die erste Frage rankende erste Teil der Arbeit sorgt für eine ausführliche und sorgfältig erarbeitete theoretische

Grundlegung. Zunächst wird der Begriff der Sezession erarbeitet, dann werden Entstehung und Inhalt des Selbstbestimmungsrechts entwickelt. Hieran schließt sich die Untersuchung des Rechtsträgers an, bevor das Prinzip der territorialen Integrität entfaltet und auf etwaige Schranken hin untersucht wird. Auf rund hundert Seiten bietet *Ott* hier eine fundierte, auf Literatur und Spruchpraxis zurückgreifende Analyse des Selbstbestimmungsrechts, die den Ausgangspunkt bildet für den zweiten Teil.

In diesem kontrastiert der *Autor* die Sezession als Konsequenz des Selbstbestimmungsrechts mit der territorialen Integrität des Staates. Hierzu erfolgt zunächst eine umfassende und gründliche Analyse der völkerrechtlichen Grundlagen in rechtsverbindlichen Konventionen und politisch bedeutsamen Dokumenten. Diese macht den Siegeszug des Selbstbestimmungsrechts nach dem Zweiten Weltkrieg sehr anschaulich. In einer Reihe von Fallstudien untersucht *Ott* sodann die Staatenpraxis hinsichtlich eines Rechts auf Sezession. Die 15 untersuchten Fälle nehmen unterschiedlich viel Raum ein; besondere Aufmerksamkeit wendet der *Autor* dem Zerfall der Sowjetunion und dem Auseinanderbrechen Jugoslawiens zu, die sich ja ihrerseits wieder in mehrere Fälle untergliedern lassen. Aus der eindeutigen Rechtsüberzeugung und der (noch geringen) Staatenpraxis leitet er die Existenz eines qualifizierten Sezessionsrechts ab, bei dem das Selbstbestimmungsrecht das Fehlen traditioneller Anerkennungsvoraussetzungen kompensieren könne (Bangladesch, Kroatien, Bosnien-Herzegowina). Auch ließen übergeordnete Stabilitäts- und Sicherheitsinteressen den Anspruch auf staatliche Integrität zurücktreten (Kosovo, Südsudan). Dieser

wertorientierte Ansatz führe umgekehrt auch dazu, dass die neuen Staaten nur dann anerkannt und in die Vereinten Nationen aufgenommen werden könnten, wenn sie ihrerseits Menschen- und Minderheitenrechte achteten. Als ein weiteres Ergebnis seiner Analyse nennt *Ott*, dass die traditionellen drei Voraussetzungen der Staatlichkeit heute um die Rechtmäßigkeit des Prozesses der Staatsentstehung durch die Beachtung des Selbstbestimmungsrechts ergänzt werden müsse. Bedeutung komme auch der durch Abstimmung erlangten Legitimität des Unabhängigkeitsanspruches zu.

Anschließend untersucht *Ott* die Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts, die diesbezügliche völkerrechtliche Spruchpraxis sowie seine Erörterung in der Literatur. Im dritten Teil des Buches werden die Ergebnisse noch einmal prägnant zusammengefasst. Die flüssig geschriebene Arbeit bietet unter Rückgriff auf Literatur und Spruchpraxis eine umfassende Diskussion der Sezessionsproblematik im heutigen Völkerrecht.

Die Arbeit von *Mark D. Cole* verfolgt einen anderen Ansatz. Das Erscheinen der von *Dieter Dörr* an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz betreuten und von dem dortigen Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften im Wintersemester 2003/2004 angenommenen Dissertation hat sich um vier Jahre verzögert, weil die UN-Deklaration über die Rechte indigener Völker erst im September 2007 verabschiedet wurde und *Cole* die wichtigen Diskussionen der Endphase mit aufnehmen wollte. Die sehr umfangreiche Arbeit kann diesen Entwicklungsstrang des heutigen Völkerrechts hierdurch komplett erfassen. Im ersten Kapitel erfolgt die Grundlegung mit Blick auf das Selbstbestimmungsrecht der Völker, bevor das zweite Kapitel die Stellung indigener Völker untersucht. Das dritte Kapitel geht auf Geschichte und Rechtsstatus der nordamerikanischen Indianer ein; abschließend untersucht das vierte Kapitel die Anwendbarkeit des Selbstbestimmungsrechts auf die Native Americans und die Möglichkeiten seiner innerstaatli-

chen Umsetzung. Dabei wird *Cole* von dem Erkenntnisinteresse geleitet, das Selbstbestimmungsrecht der Völker so weiterzuentwickeln, um es auch auf die Anwendungsfälle der indigenen Völker erstrecken zu können. Hierzu werden nicht zuletzt auch die außerdeutschen Diskussionen intensiv berücksichtigt.

Ausführlich legt der *Autor* dar, wie sich das Selbstbestimmungsrecht der Völker historisch entwickelt hat, auf welchen Rechtsgrundlagen es beruht und welche Gehalte es hat. Er kommt zu dem Ergebnis, dass das Selbstbestimmungsrecht der Völker ein vertrags- und gewohnheitsrechtlich anerkanntes, zwingendes Völkerrechtsinstrument sei, das in letzter Konsequenz zu einem Recht auf Sezession führe. Mit Blick auf das Verhältnis von indigenen Völkern zum Selbstbestimmungsrecht weist *Cole* auf eine dynamische Entwicklungsfähigkeit des Völkerrechts hin, die er an Beispielen wie dem Prinzip des Peaceful change oder der zunehmenden Relativierung staatlicher Souveränität erläutert.

Das zweite Kapitel ist einer umfassenden Untersuchung der Rechtsstellung der indigenen Völker im Völkerrecht gewidmet. Nach einer Begriffsbestimmung legt *Cole* dar, wie sich die indigenen Völker von einem Objekt zu einem Subjekt des Völkerrechts entwickelt haben. Dabei werden verdienstvollerweise die Standpunkte der älteren Völkerrechtspraxis und die Aussagen der damaligen Völkerrechtslehre von *Vitoria* bis *de Vattel* referiert. Dadurch wird nämlich ihr ursprünglicher Charakter als Rechtssubjekte deutlich, der sich erst im Zuge der anhaltenden Expansion und der fortdauernden Missachtung wandelt. Eine ausführliche Analyse des Nachkriegsvölkerrechts und der dazu ergangenen Spruchpraxis sowie die Untersuchung der tatsächlichen Stellung von indigenen Völkern in internationalen Organisationen machen deutlich, dass diese Völker heute wieder den Status von Rechtssubjekten (zumindest „im Werden“ [S. 301ff.]) erlangt haben. Welche Rechtspositionen hieraus folgen untersucht *Cole* im Anschluss. Aus dem Völkerrecht ist hier an erster Stelle das

Selbstbestimmungsrecht der Völker zu nennen, hinzu kommen Rechte nach dem jeweiligen nationalen Recht.

Der Blick wird im dritten Kapitel auf die Indianer Nordamerikas fokussiert, einfühlsam werden ihre Geschichte und die heutige Situation in den USA geschildert. Mit großer Sachkenntnis handelt *Cole* einzelne Fallbeispiele ab und es gelingt ihm auf diese Weise sehr gut, die praktische Tragweite der rechtlichen Fragen anschaulich zu machen. Damit ist der Boden bereitet für die im vierten Kapitel vorgenommene Synthese, die das Selbstbestimmungsrecht der Völker auf die Indianer anwendet und nach den Wegen der innerstaatlichen Umsetzung fragt.

Der *Autor* weist zunächst auf die Probleme hin, die für die innerstaatliche Geltung und Anwendbarkeit von menschenrechtlichem Völkervertragsrecht und Völkergewohnheitsrecht bestehen. Immerhin zeichne sich seit der Ratifikation des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte ein leichter Umschwung ab. Auf den verbleibenden fünfzig Seiten legt er den Umfang des Selbstbestimmungsrechts der nordamerikanischen Indianer an Hand der offiziellen Äußerungen der US-

Regierung dar. Diese werden als souveräne Native American Nations begriffen, die im Rahmen einer Autonomielösung einen Anspruch auf Territorien und Ressourcen sowie auf Selbstregierung haben. Ihnen kommt ferner kulturelle Selbstbestimmung und ein Anspruch auf Wiedergutmachung für das in der Vergangenheit erlittene Unrecht zu.

Das Schlusswort *Coles* konstatiert zwar eine stetige Verbesserung der Rechtsposition indigener Völker, mahnt aber gleichzeitig eine konsequentere Wiedergutmachungspolitik an. Das mit Blick auf die Rechte indigener Völker heute recht progressive Völkerrecht solle genutzt werden, nationale Zögerlichkeiten zu überwinden. Eine thesenförmige Zusammenfassung beschließt die Arbeit.

Die beiden besprochenen Arbeiten überzeugen durch ihre umfassenden und soliden Auswertungen aktuellen und historischen Materials. Sie sind gut geschrieben und ermöglichen einen intensiven Blick auf Grundlagen, Inhalt und Konsequenzen des Selbstbestimmungsrechts der Völker.

Norman Weiß

Friederike Bredt, Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts im Israel-Palästina-Konflikt, Berlin: Duncker & Humblot, 2009, 371 Seiten, ISBN 978-3-428-12778-8, 86,00 €.

Vor zehn Jahren, nachdem Ariel Sharon am 28. September 2000 den Tempelberg, den Harm al-Sharif, im besetzten Ostjerusalem besuchte, brach die zweite Intifada, die sogenannte Al-Aqsa-Intifada, aus. Zusätzlich zu der seit 1967 anhaltenden militärischen Besetzung des Westjordanlands und anderer Gebiete kam es zu gewalttätigen Auseinandersetzungen zwischen Israelis und Palästinensern: Selbstmordattentate und andere bewaffnete Aktionen militanter palästinensischer Gruppen auf der einen, militärische Belagerungen und Angriffe, Hauszerstörungen und gezielte Tötungen durch die Israelische Verteidigungsarmee (IDF) auf der anderen Seite.

Diesem „Israel-Palästina-Konflikt“ widmet sich *Friederike Bredt* in ihrer an der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommenen Arbeit. Sie untersucht, „ob die herkömmlichen Regeln des humanitären Völkerrechts den asymmetrischen Konflikt zwischen einem Staat und militanten Gruppierungen, die von fremden Territorien aus agieren, erfassen können“ oder ob das humanitäre Völkerrecht angesichts des im 21. Jh. in den Vordergrund gerückten „Kampfs gegen den Terrorismus“ „neue Kategorien schaffen muss, wie beispielsweise den ‚unrechtmäßigen Kombattanten‘“, um einen zeitgemäßen Ausgleich zwischen Erwägungen der Menschlichkeit

und militärischen Notwendigkeiten zu bieten (S. 19).

Ihre Untersuchung beginnt die *Autorin* mit einer Darstellung des historischen Hintergrunds und der zum Zeitpunkt des Abschlusses der Arbeit aktuellen Situation (Kapitel 1). Von der „sogenannten zionistischen Bewegung, die die Errichtung eines jüdischen Staates in Palästina anstrebte“ (S. 27) über den Sechstagekrieg im Juni 1967, die erste Intifada Ende 1987, die Friedensverhandlungen der 1990er Jahre und den Abzug aus dem Gazastreifen im September 2005 bis hin zum März 2007 werden die wesentlichen Ereignisse des Konflikts umrissen. Bis zu jenem Frühjahr 2007, als auf palästinensischer Seite eine Einheitsregierung aus Fatah und Hamas gebildet und auf israelischer Seite beschlossen wurde, „weiterhin nicht mit der palästinensischen Regierung zu verhandeln“ (S. 56), berücksichtigt die Arbeit „die Entwicklungen des Völkerrechts und die Faktenlage des Israel-Palästina-Konflikts“, wie es in dem Vorwort des Buches heißt.

Im zweiten Kapitel analysiert *Bredt*, welches das in den besetzten Gebieten geltende Recht ist, also ob das humanitäre Völkerrecht anwendbar ist und ob es gegebenenfalls durch die Menschenrechte modifiziert oder ergänzt wird. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass die von Israel 1967 eingenommenen Gebiete bis heute besetzte Gebiete im Sinne des humanitären Völkerrechts, also der Haager Landkriegsordnung von 1907 und den Genfer Abkommen von 1949 sind (S. 88). Daran haben auch der Rückzug der IDF aus den selbstverwalteten Gebieten im Westjordanland und dem Gazastreifen sowie die Errichtung der palästinensischen Selbstverwaltungsbehörde (PA) nichts geändert. Den Grund hierfür sieht die *Autorin* darin, dass die „Kontrolle, die Israel über das Leben in den palästinensischen Gebieten ausübt, [...] ausreichend [ist], um Israel generell als Besatzungsmacht in diesen Gebieten anzusehen.“ Die *Autorin* merkt hierbei zu Recht an, dass „die Pflichten, die das humanitäre Völkerrecht der Besatzungsmacht auferlegt, nur soweit reichen können, wie Israel das tägliche

Leben in den besetzten Gebieten auch kontrolliert“ (S. 81). Das heißt, soweit die palästinensische Selbstverwaltungsbehörde befugt und tatsächlich fähig ist, die öffentliche Ordnung und das öffentliche Leben in den besetzten Gebieten wiederherzustellen und aufrechtzuerhalten, trifft Israel die entsprechende Pflicht nicht.

Die von der *Autorin* aufgeworfene Frage, ob sich eine Modifikation oder Ergänzung durch die Geltung der Menschenrechte ergebe, beantwortet sie dahingehend, dass „die menschenrechtlichen Regelungen das humanitäre Völkerrecht grundsätzlich nicht modifizieren, da das humanitäre Völkerrecht spezieller ist und die menschenrechtlichen Regelungen nur subsidiär oder als Auslegungsmaßstab zur Anwendung kommen“. Etwas anderes könne nur dann gelten, wenn Menschenrechte in Bezug auf eine bestimmte Situation spezieller und dadurch vorrangig anzuwenden seien (S. 110). Die *Autorin* hält fest, dass die von Israel ratifizierten Menschenrechtspakte von 1966 „ihren Vertragsparteien aktive Verletzungen der in den Pakten festgeschriebenen Menschenrechte sowohl innerhalb als auch außerhalb des eigenen Territoriums“ untersagen. Zur Gewährleistung der Paktrechte sei eine Vertragspartei „außerhalb ihres Territoriums aber nur verpflichtet, soweit ihre Kontrolle zeitlich und sachlich ausreichend ist“. Ob die Kontrolle ausreiche, könne *Bredt* zufolge von Recht zu Recht je nach dessen Inhalt unterschiedlich zu beurteilen sein (S. 99).

Welche konkreten Rechtsfolgen sich aus der Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts und der ergänzenden Geltung der Menschenrechte ergeben, verdeutlicht die *Autorin* exemplarisch in Kapitel 2 C. anhand der israelischen Siedlungen in besetzten Gebieten, des Mauerbaus im Westjordanland, der Problematik der „prolonged occupation“ und der Frage nach einer Gehorsamspflicht der lokalen Bevölkerung.

Nachdem die *Autorin* die Konfliktparteien und Dimensionen der bewaffneten Auseinandersetzungen seit Beginn der zweiten

Intifada herausgearbeitet hat (Kapitel 3), geht sie im Einzelnen auf das in den bewaffneten Auseinandersetzungen anwendbare Recht ein (Kapitel 4). Aus diesen beiden Kapiteln besonders erwähnenswert erscheinen ihre Ausführungen zur Völkerrechtssubjektivität „Palästinas“ als einer der Akteure in dem Konflikt (S. 145ff.) sowie ihre evolutive oder dynamische Auslegung des Begriffs „internationaler Konflikt“ (S. 245ff.) im Rahmen der Prüfung der Frage, ob die israelischen Militäroperationen seit Beginn der zweiten Intifada in den selbstverwalteten palästinensischen Gebieten Teil eines internationalen bewaffneten Konflikts sind.

Zu Ersterem: Nach der begründeten Feststellung, dass „Palästina“ bis heute keine Staatsqualität aufweist, setzt sich die *Autorin* mit der Frage der partiellen und partikularen Völkerrechtssubjektivität „Palästinas“ auseinander. Sie untersucht, „inwieweit das palästinensische Volk, die PLO und u. U. ‚Palästina‘ als ein darüber hinausgehender Verband Träger von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten sind“ (S. 149). Nach genauer und anschaulicher Prüfung kommt sie zu dem Ergebnis, dass das palästinensische Volk als Inhaber des Selbstbestimmungsrechts partiell völkerrechtsfähig ist (S. 174f.). Außerdem stehe Israel „in dem Konflikt das staatsähnliche Völkerrechtssubjekt ‚Palästina‘ mit der Selbstverwaltungsbehörde als Vertretungsorgan im Inneren und in Bezug auf tägliche Berührungspunkte mit Israel (insbesondere in Bezug auf Sicherheitsfragen) und mit der PLO als Vertretungsorgan nach außen gegenüber“ (S. 182).

Bei der dynamischen Auslegung des Begriffs „internationaler Konflikt“ eruiert *Bredt* zunächst, dass der Palästinakonflikt kein interner Konflikt im Sinne des humanitären Völkerrechts ist. Denn einen internen Konflikt kennzeichnet üblicherweise, „dass eine Regierung auf dem eigenen Territorium gegen die eigene Bevölkerung kämpft. Israel befindet sich aber mit einem Volk, das ihm nicht angehört, im Konflikt um Territorien, die nicht Teil seines Staatsgebiets sind“ (S. 247f., Originalhervorhebung).

Auch wenn der Status der im Sechstagekrieg besetzten palästinensischen Gebiete bis heute ungeklärt ist, so *Bredt* in Fn. 139 auf S. 246, sind sie völkerrechtlich jedenfalls kein Teil des israelischen Territoriums. In einem zweiten Schritt widmet sie sich dem Begriff des internationalen bewaffneten Konflikts in Art. 2 Abs. 1 der Genfer Abkommen (dort heißt es wörtlich: „in allen Fällen eines erklärten Krieges oder eines anderen bewaffneten Konflikts, der zwischen zwei oder mehreren der Hohen Vertragsparteien entsteht“). Sie kommt zu dem Ergebnis, dass dieser Begriff heutzutage dahingehend ausgelegt werden kann, „dass er auch Konflikte erfasst, in denen ein Staat einem Völkerrechtssubjekt gegenüber steht, welchem gegenüber sein Gewaltmonopol völkerrechtlich (z. B. über Art. 42 UN-Charta) oder tatsächlich (durch effektive Gebietskontrolle) an Grenzen stößt und welches über ausreichende Handlungsfähigkeit verfügt, um seine Verpflichtungen aus dem humanitären Völkerrecht zu erfüllen“ (S. 257). Werden diese Kriterien auf den Israel-Palästina-Konflikt angewandt, stellt sich dieser nach Ansicht der *Autorin* als ein internationaler bewaffneter Konflikt im Sinne des Art. 2 Abs. 1 der Genfer Abkommen dar.

Alles in allem ist es der *Autorin* gelungen, den äußerst komplexen „Israel-Palästina-Konflikt“ eingehend und unter Berücksichtigung der verschiedenen, unzählig erscheinenden Problemfelder zu untersuchen und verständlich darzustellen. Die gefundenen Ergebnisse sind durchweg vertretbar. Bei einigen Einzelfragen wäre allerdings eine etwas ausführlichere oder differenziertere Darstellung wünschenswert gewesen. Beispielsweise hätte die Beantwortung der – von *Bredt* bejahten – Frage, ob das Völkerrechtssubjekt „Palästina“ durch die 1989 von der PLO abgegebene „Beitrittserklärung“ vertraglich an die Genfer Abkommen gebunden ist, mehr als einen Absatz (S. 271f.) verdient. Auch hätte sich die *Autorin* mit einigen von ihrer Argumentation abweichenden Meinungen durchaus detaillierter auseinandersetzen können; manche werden lediglich kurz

oder nur in einer Fußnote erwähnt, wie z.B. die Ansicht des US Supreme Courts zur Frage der Anwendbarkeit des gemeinsamen Artikels 3 der Genfer Abkommen in Fußnote 175 auf S. 259.

Mit Blick auf ihre in der Einleitung aufgeworfene und oben wiedergegebene Fragestellung, hält die *Autorin* zusammenfassend auf S. 351 fest: „Das humanitäre Völkerrecht ist auf alle wesentlichen Dimensionen, die der Israel-Palästina-Konflikt in seiner heutigen Gestalt aufweist, anwendbar und kann ihn trotz seiner Asymmetrie großteils angemessen erfassen“. Demnach müssen keine neuen Kategorien im huma-

nitären Völkerrecht geschaffen werden, um einen zeitgemäßen Ausgleich der verschiedenen Interessen zu gewährleisten, wie die *Autorin* am Beispiel des „unrechtmäßigen Kombattanten“ verdeutlicht. Meiner Meinung nach fehlt es allerdings immer noch an einer effektiven Durchsetzung der vorhandenen Regeln – in diesem, wie in anderen bewaffneten Konflikten. Diesen Umstand gilt es dringend zu korrigieren. Bücher wie das hier besprochene liefern die Sachargumente für die diesbezügliche Debatte. *Bredts* Werk ist eine zahlreiche Leserschaft zu wünschen.

Bernhard Schäfer

Stephan Büsching, Rechtsstaat und Terrorismus - Untersuchung der sicherheitspolitischen Reaktionen der USA, Deutschlands und Großbritanniens auf den internationalen Terrorismus, Frankfurt a.M.: Peter Lang Verlag, 2009, ISBN: 978-631596579, 34,80 €, 194 Seiten.

Benjamin Wittes (Hrsg.), Legislating the War on Terror - An Agenda for Reform, Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2009, ISBN: 978-0-8157-0310-5, 32,99 €, 420 Seiten.

Jack Goldsmith, Professor an der Harvard Law School, bringt es in seinem Kommentar im *International Herald Tribune* vom 8. Oktober 2010 auf eine einfache Formel: „Don't try terrorists, lock them up“ („Keine Strafverfahren für Terroristen, schließt sie weg“, Übersetzung M.T.). Im Anschluss legt er dar, warum seiner Auffassung nach Strafverfahren sich nicht für Terroristen eignen, jedenfalls nicht für solche wie diejenigen, denen die USA sich derzeit im „Krieg gegen den Terror“ gegenübersehen. Die Rechtsgrundlage für die Festhaltung der Gefangenen in Guantanamo sieht er wie die amtierende US-Regierung unter Präsident Obama im *Authorization for the Use of Military Force Act (AUMF)* vom 18. September 2001, mit dem der US-Kongress die Regierung zur Vornahme von militärischen Maßnahmen gegen Terroristen ermächtigte. Während sich die USA fast zehn Jahre nach den Terroranschlägen des 11. September 2001 immer noch in einer sehr grundsätzlichen Diskussion über den juristischen Umgang mit Terroristen befinden – und vor diesem Hintergrund ist der Beitrag Goldsmiths zu sehen –, besteht in Europa

kein vergleichbarer Dissens. Wer der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung oder einer anderen terroristischen Straftat verdächtigt wird, hat ein Recht darauf, dass über seine Schuld in einem fairen Strafverfahren befunden wird. Dass diese Strafverfahren sehr wohl möglich sind, hat das Strafverfahren gegen den Marokkaner Mounir al-Motassdeq gezeigt, der inzwischen rechtskräftig vom Oberlandesgericht Hamburg wegen seiner Beihilfe zu den Anschlägen des 11. September verurteilt wurden ist. Der Kommentar von Goldsmith zeigt aber auf, wie die Terroranschläge und die danach getroffenen Maßnahmen bis in die Gegenwart nachwirken und dass sie dies voraussichtlich auch noch eine lange Zeit tun werden.

Umso sinnvoller ist es heute, bald zehn Jahre nach den Anschlägen, Bilanz zu ziehen. Dabei gilt es vor allem, vergleichend zu analysieren, wie die Staaten im Einzelnen mit der Bedrohung durch den internationalen Terrorismus umgegangen sind und in welchem Umfang sich die getroffenen Maßnahmen als rechtmäßig und effektiv bewährt haben. Das Werk des Politolo-

gen *Stephan Büsching* stellt sich dieser Aufgabe. In seiner 194 Seiten umfassenden Dissertationsschrift zeichnet er die sicherheitspolitischen Reaktionen der USA, Deutschlands und Großbritanniens nach und unterwirft sie anschließend einer vergleichenden Analyse.

Den größten Teil seines Werks widmet der *Autor* dabei den USA. Zunächst stellt er die Verhaftungswellen nach dem 11. September dar, in denen zahlreiche Personen maßgeblich aufgrund von Vergehen gegen das Einwanderungsrecht festgenommen worden waren. Anschließend beschreibt der *Autor* die Einrichtung des US-Heimatschutzministeriums (Department of Homeland Security), in dem nach dem 11. September 22 zuvor selbständige Bundesbehörden der USA unter einem Hut und mit gemeinsamen Budget zusammengefasst worden sind. Es folgt eine Darstellung und Bewertung des Patriot Act. In diesem Gesetzgebungspaket weitete der US-Kongress die Überwachungs- und Ermittlungsbefugnisse der amerikanischen Sicherheitsbehörden aus und verschärfte das Straf- und Einwanderungsrecht. Anschließend geht *Büsching* auf den Rechtsstatus der Internierten in Guantanamo und die damit in Zusammenhang stehende Rechtsprechung des Supreme Court und die Strafverfahren vor den Militärkommissionen ein. Insgesamt hebt er zwei Ergebnisse hervor: Die große Mehrheit der Amerikaner sei nicht oder nur minimal von den neuen Gesetzen betroffen gewesen, dagegen sei der Staat für eine gewisse Gruppe von Verdächtigen zum einer unberechenbaren Größe geworden. Hier ließe sich von einem partiellen Ausnahmezustand sprechen. Die USA hätten nach dem 11. September die Züge eines Exekutivstaates angenommen, der Kongress sei als Kontrollinstanz weitgehend ausgefallen. Linksliberale Medien und Teile der Justiz hätten sich dagegen als die entschiedensten Verteidiger des Rechtsstaats erwiesen.

Deutschland betreffend beschreibt der *Autor* die vom Bundestag nach dem 11. September getroffenen gesetzlichen Maßnahmen, wobei er u.a. auf die Abschaffung des

Religionsprivilegs im Vereinsrecht, die Schaffung des § 129b StGB zur Verfolgung von terroristischen Auslandsstraftaten und auf die beiden Terrorismusbekämpfungsgesetze von 2002 und 2007 eingeht. In seiner Bewertung kommt *Büsching* zu dem Ergebnis, dass einige der gesetzlichen Reformen angemessen sein, die Ausweitung der Befugnisse der Sicherheitsbehörden trifft dagegen auf starke Bedenken. Der deutsche Staatscharakter entwickle sich insgesamt hin zu einem partiellen Präventionsstaat, dessen Wesensmerkmal die Maßlosigkeit bei der Verfolgung des Ideals der Sicherheit sei.

Großbritannien betreffend beschreibt der *Autor* die Verschärfung der Anti-Terrorgesetzgebung, wobei er sich u.a. mit der Abgabe einer Notstandserklärung gemäß der EMRK durch die britische Regierung und der Einführung von sog. „Control orders“, einer Art gestuften System von freiheitsbeschränkenden bis hin zu freiheitsentziehenden Maßnahmen gegen Terrorverdächtige, kritisch auseinandersetzt. Britische Gerichte und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte haben die Anwendung von „Control orders“ in den vergangenen Jahren mehrfach für rechtswidrig erklärt. Insgesamt bescheinigt er dem britischen Gesetzgeber überreagiert zu haben.

Im letzten Teil des Werkes unternimmt *Büsching* einen Quervergleich zwischen den drei Staaten und kommt dabei zu dem Ergebnis, dass alle drei Staaten sowohl mit legislativen und administrativen Maßnahmen auf die Terroranschläge reagiert hätten. Dabei sei festzustellen, dass die Parlamente die verschärften Anti-Terrorgesetze schnell und mit nur wenigen Änderungen verabschiedet hätten. Inhaltlich gibt es aber erhebliche Unterschiede was etwa die Tiefe der Eingriffe und das Maß an verbleibender parlamentarischer Kontrolle betrifft. Ebenso gab es bei den administrativen Maßnahmen starke Abweichungen in Hinblick auf Art und Anzahl der Eingriffe.

Das Werk *Büschings* zeichnet sich vor allem dadurch aus, dass es ihm gelungen ist, die

rechtspolitische Reaktion dreier Staaten weitgehend vollständig und für den Leser klar verständlich darzustellen. Das hilft vor allem demjenigen, der sich einen schnellen Überblick über das Thema verschaffen möchte. Bisher mangelt es in der rechtswissenschaftlichen Literatur an Werken, die einen derartigen Systemvergleich zwischen den Reaktionen verschiedener Staaten vornehmen. Weniger befriedigend dagegen fällt die juristische Analyse und Bewertung *Büschings* aus. Diese kommt oftmals nicht über pauschale Feststellungen der Verletzung von Rechtsstaatlichkeit hinaus und weist eine Reihe juristischer Unschärfen auf. Der *Autor* greift zur rechtlichen Einordnung der von ihm vorgefundenen Maßnahmen auf nur wenige Werke und Berichte zurück, etwa die Schriften Erhard Denningers oder die Berichte von Datenschutzbeauftragten. So übernimmt er etwa unkritisch den von Denninger geprägten Begriff des Präventivstaates. Dieser allzu holzschnittartige Begriff mag vielleicht geeignet sein, bestimmte Entwicklungen im Sicherheitsrecht besser zu veranschaulichen, steht aber einer differenzierten Bewertung des Geschehens entgegen. Auch wirkt der *Autor* wenig konsequent, wenn einen solchen Begriff etwa nur in Zusammenhang mit den Entwicklungen in Deutschland anführt. Sinnvoller wäre es gewesen, zunächst einheitliche Bewertungsstandards festzulegen und diese dann auf alle drei untersuchten Staaten anzuwenden. Nicht zuletzt muss eine bilanzierende Bewertung der rechtspolitischen Reaktionen des 11. September deutlich machen, auf welchen Zeitraum sie sich bezieht und wie nachhaltig die festgestellten Veränderungen sein werden. So dürfte die Feststellung, die USA hätten nach dem 11. September die Züge eines Exekutivstaates angenommen, durchaus für die ersten Jahre nach dem 11. September zu treffen, mittlerweile nimmt der Kongress jedoch wieder eine deutlich aktivere Rolle ein, wovon das von *Büsching* dargestellte Tauziehen zwischen Regierung und Kongress um die Modalitäten der Schließung von Guantánamo zeugt.

Mit der Frage, wie es in den USA rechtspolitisch weitergehen könnte und sollte, damit befasst sich der von *Benjamin Wittes* mit dem Titel "Legislating the War on Terror" herausgegebene Band. In diesem befinden sich zehn teils sehr umfassende Artikel von Rechtsexperten, viele davon mit Ämtern in den Regierungen Bush und Obama, die sich differenziert mit der rechtspolitischen Reaktion der USA auf den 11. September befassen und dabei auch mögliche Handlungsalternativen für die Zukunft aufzeigen. Bemerkenswert ist, dass die Autoren unterschiedlichen politischen Spektren angehören, was auch in ihren Beiträgen deutlich wird.

Aufgrund der Komplexität der in diesem Sammelband angesprochen rechtlichen Entwicklungen kann hier nur eine sehr knappe Zusammenfassung der Texte erfolgen. Der erste Text stammt von *Mark Gitenstein*, ehemaliger Rechtsberater in Washington und derzeit Botschafter der USA in Rumänien, und gibt einen Überblick über die rechtspolitischen Reaktionen von neun Staaten, der aufzeigt, wie verschiedenartig Staaten reagiert haben und wie einzigartig die scharfen Reaktionen in den USA waren. Der Weg zur Normalisierung der Situation führe über eine seltsame Mischung aus Liberalisierung und Verschärfung von Eingriffsbefugnissen im parlamentarischen Verfahren. *Matthew Waxman*, Professor an der Columbia Law School und von 2004-2005 im US-Verteidigungsministerium für Gefangenensfragen zuständig, untersucht in seinem Beitrag die konzeptionellen Vor- und Nachteile von Administrativhaft. Er spricht sich im Ergebnis dafür aus ein neues System administrativer Haft durch den Kongress zu schaffen, das seine Ziele klar definiert und das sowohl Elemente des Strafrechts als auch des Rechts des bewaffneten Konflikts enthält. Der oben schon erwähnte *Jack Goldsmith* spricht sich in seinem Beitrag dafür aus, das derzeitige System der Militärhaft für Terroristen dauerhaft fortzusetzen. Denn gewöhnliche Verfahrens- und Beweisstandards seien für Verfahren gegen gefährliche Terroristen nicht angemessen

und um ein Übergreifen von Sonderstandards für Terroristen auf gewöhnliche Strafverfahren zu verhindern, müssten diese aus der gewöhnlichen Strafjustiz herausgenommen werden. Es sei jetzt Aufgabe des Kongress, besondere materielle und prozessuale Regelungen für Verfahren gegen Terroristen zu schaffen. Die Bundesgerichte des District of Columbia sollen in diesem System die Rolle eines nationalen Sicherheitsgerichts (National Security Court) übernehmen.

Robert Chesney, Professor an der Texas Law School, hinterfragt in einem sehr umfangreichen Beitrag die Argumente, mit denen die Befürworter einer Militärhaft die Anwendung des hergebrachten Straf- und Strafverfahrensrechts auf Terroristen ablehnen. Er zeigt auf, dass das Terrorismusstrafrecht durch mehrere Erweiterungen seit 1994 bereits eine stark präventive Ausrichtung angenommen und es heute jedenfalls aus materiell-rechtlicher Perspektive kaum Gründe gebe, für Terroristen ein besonderes System von Administrativhaft vorzusehen. Problematisch sei aber, dass die sog. "material support clause", einer umfassender Straftatbestand, der auch die Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung erfasst, bis 2004 nur Handlungen auf dem Staatsgebiet der USA unter Strafe stellte. Problematisch bleibt weiterhin, dass das Terrorismusstrafrecht nur greift, wenn eine Terrororganisation zuvor von der US-Regierung als eine solche designiert wurde. Dies ist aufgrund des Verbots einer rückwirkenden Designierung oder bei Handlungen ohne Bezug zu einer bestimmten Terrororganisation (etwa Training in einem Ausbildungslager) problematisch. Ebenso hält *Chesney* die gegen eine Strafverfolgung von Terroristen vorgebrachten prozessualen Argumente für unschlüssig und spricht sich insgesamt dafür aus, Terroristen durch das etablierte Strafverfolgungssystem mit einigen Anpassungen zu verfolgen. Die beiden Rechtsanwälte *Robert S. Litt* und *Wells C. Bennett* befassen sich in ihrem Beitrag ausführlich mit den strafprozessualen Argumenten, die gegen die Durchführung von Terrorismusstrafverfah-

ren vorgebracht werden, wobei es maßgeblich um Maßnahmen zum Schutz von Zeugen und vertraulichen Informationen geht. Sie gelangen dabei zu der Auffassung, dass sich Terrorismusstrafverfahren weitgehend nach den allgemeinen Regeln durchführen lassen, schlagen aber die Einrichtung einer besonderen Rechtsanwaltskammer für Fragen der nationalen Sicherheit (National Security Bar) vor. *David Martin*, Professor an der Virginia Law School und stellvertretender Rechtsberater des Heimatschutzministeriums der USA, beschreibt in seinem Beitrag, wie die Bush-Regierung das Einwanderungsrecht bei der Terrorismusbekämpfung einsetzte und wie sich die Verschärfung der Einreisebestimmungen ausgewirkt hat. Er schlägt vor, einige der Verschärfungen des Einwanderungsrechts wieder zurückzunehmen und einen flexibleren, risikobasierten Ansatz zur Erkennung von Gefahren anzuwenden.

Der Beitrag von *David S. Kris*, Assistent Attorney General im US-Justizministerium, befasst sich mit der Reform der Rechtsgrundlagen zur Überwachung des Telekommunikations- und Datenverkehrs. *Justin Florence*, Rechtsanwalt, und *Matthew Gerke*, Wissenschaftler an der Georgetown Law School, fordern in ihrem Beitrag den Schutz von staatlichen Geheimnissen in Zivilverfahren gesetzlich zu regeln. Diese Problematik ist bei zahlreichen Klagen auf Entschädigung von Personen, die durch staatliche Sicherheitsmaßnahmen betroffen worden sind, virulent geworden. Diese Verfahren scheitern häufig daran, dass US-Gerichte dem Schutz von Geheimnissen Vorrang gegenüber den Rechten der Betroffenen einräumen. *Benjamin Wittes* und *Stuart Taylor Jr.*, Brookings Institution, zeichnen in ihrem Beitrag Recht und Praxis von Verhörmethoden, wie sie von amerikanischen Sicherheitsbehörden nach dem 11. September angewandt worden sind, nach. Der von Präsident Obama durchgesetzten Beschränkung der zulässigen Verhörmethoden auf die in dem Feldhandbuch für das US-Heer zugelassenen Methoden stehen sie ablehnend gegenüber. Sie fordern, die zulässigen Verhörmethoden ge-

setzlich zu regeln und dabei Folter absolut zu verbieten. Dagegen soll das neue Gesetz auch eine Notstands Ausnahme vorsehen, wonach auf Anordnung des Präsidenten auch Verhörmethoden angewandt werden können, die gegen das völkerrechtliche Verbot von grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung (Art. 7 IPbpR) verstoßen.

Der zehnte und letzte Beitrag von *Kenneth Anderson*, Professor am Washington College of Law, widmet sich der Zulässigkeit von gezielten Tötungen von Terroristen. Dabei kommt er zu dem Ergebnis, dass die von der US-Regierung vertretene Anwendung des Rechts des bewaffneten Konflikts auf Terroristen außerhalb der USA auf keine Zustimmung trifft. Daher schlägt er vor, die Anwendung von Waffengewalt gegen Terroristen auf das völkerrechtliche Selbstverteidigungsrecht zu stützen und so gezielte Tötungen von Terroristen zu rechtfertigen, sofern sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.

Alle Beiträge sind hervorragend recherchiert und geben zahlreiche praktische und juristische Details. Insgesamt wird es dem Leser so ermöglicht, einen fundierten Überblick über die aktuelle Diskussion um eine Reform des amerikanischen Sicherheitsrechts zu erhalten. Dabei fällt auf, ohne dass das hier näher ausgeführt werden kann, dass die Amerikaner mit einer ganzen Reihe von rechtlichen Problemen zu kämpfen haben, die in Deutschland aufgrund anderer Regelungsansätze so nicht bestehen. Dies zeigt auf, wie wichtig es ist, einen transatlantischen Dialog über diese Rechtsfragen zu führen.

Dem europäischen Leser werden zahlreiche der in dem Band vertretenen Ansichten zu Recht bedenklich erscheinen, etwa die Hybridisierung von Kriegs- und Friedensrecht, die verbreitete Skepsis gegenüber Terrorismusstrafverfahren, das Eintreten für die Zulassung völkerrechtswidriger Verhörmethoden oder Anwendung des völkerrechtlichen Selbstverteidigungsrechts unmittelbar gegenüber Individuen. Dennoch sind diese Rechtsauffassungen in

den USA keinesfalls vereinzelt, sondern feste Größen im juristischen Diskurs. Während sich das Gefangenenlager Guantanamo und eine Reihe von anderen umstrittenen Maßnahmen im Anti-Terrorkampf sich letztendlich als vorübergehende Erscheinungen erweisen werden, so könnten sich einige der nach dem 11. September in den USA gewonnenen Rechtsauffassungen als sehr nachhaltig erweisen, insbesondere wenn sie durch den Kongress gesetzlich institutionalisiert werden. Auch in den kommenden Jahren dürfte das Sicherheitsrecht in den USA in Bewegung bleiben und diesen Reformprozess gilt es daher aufmerksam und kritisch zu beobachten.

Michael Teichmann

Autorinnen und Autoren in diesem Heft:**Ralf Alleweldt**

PD Dr. iur., LL.M. (Florenz), Vertreter der Professur für Öffentliches Recht, insbesondere Europa- und Völkerrecht sowie Europäisches Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsvölkerrecht, Universität Potsdam.

Björnster Baade

Studium der Rechtswissenschaften, Freie Universität Berlin.

Michael Bongardt

Prof. Dr. theol., Professur für vergleichende Ethik, Vizepräsident der Freien Universität Berlin.

René Börner

Dr. iur., Fachanwalt für Strafrecht, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Potsdam.

Rosario Figari Layús

M.A., Diplomsoziologin, wissenschaftliche Mitarbeiterin an dem Projekt „Narratives of Terror and Disappearances“, Universität Heidelberg.

Maral Kashgar

LL.M. (Ottawa), wissenschaftliche Mitarbeiterin im MenschenRechtsZentrum der Universität Potsdam, Redaktion MRM.

Ulrike Moschtaghi

Rechtsreferendarin.

Lutz Römer

Wissenschaftlicher Mitarbeiter im MenschenRechtsZentrum der Universität Potsdam, Redaktion MRM.

Bernhard Schäfer

Ass. iur., LL.M. (Essex), Evangelischer Entwicklungsdienst, Bonn.

Volkmar Schöneburg

Dr. iur., Minister der Justiz des Landes Brandenburg.

Michael Teichmann

Ass. iur., wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Europa- und Völkerrecht sowie Europäisches Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsvölkerrecht, Universität Potsdam, Universität Cambridge.

Norman Weiß

PD Dr. iur., wissenschaftlicher Mitarbeiter im MenschenRechtsZentrum der Universität Potsdam, Redaktion MRM; Vertreter der Professur für Öffentliches Recht einschließlich Völker- und Europarecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

Jan Wiegandt

Rechtsreferendar, wissenschaftlicher Mitarbeiter im MenschenRechtsZentrum der Universität Potsdam.



MENSCHENRECHTSZENTRUM
der Universität Potsdam

ISSN 1434-2820