



Universität Potsdam

MenschenRechtsZentrum

MenschenRechtsMagazin

Informationen | Meinungen | Analysen

Aus dem Inhalt:

- Kinderrechte ohne Vorbehalt – Die Folgen der unmittelbaren Anwendbarkeit des Kindeswohlvorrangs nach der UN-Kinderrechtskonvention
- Wohin steuert der UN-Menschenrechtsrat? Stand und Perspektiven des Review-Prozesses
- Das erste Urteil des Afrikanischen Gerichtshofs für Menschen- und Völkerrechte

16. Jahrgang 2011 | Heft 1

MenschenRechtsZentrum

MenschenRechtsMagazin

Informationen | Meinungen | Analysen

Aus dem Inhalt:

- Kinderrechte ohne Vorbehalt – Die Folgen der unmittelbaren Anwendbarkeit des Kindeswohlvorrangs nach der UN-Kinderrechtskonvention
- Wohin steuert der UN-Menschenrechtsrat? Stand und Perspektiven des Review-Prozesses
- Das erste Urteil des Afrikanischen Gerichtshofs für Menschen- und Völkerrechte

16. Jahrgang 2011 | Heft 1

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Universitätsverlag Potsdam 2011

<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. Logi Gunnarsson (logi.gunnarsson@uni-potsdam.de)

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)

Lutz Römer

Das Manuskript ist urheberrechtlich geschützt.

Druck: docupoint GmbH Magdeburg

ISSN 1434-2820

Inhaltsverzeichnis

Editorial	4
BEITRÄGE:	
Ralph Alexander Lorz/Heiko Sauer Kinderrechte ohne Vorbehalt – Die Folgen der unmittelbaren Anwendbarkeit des Kindeswohlvorrangs nach der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung	5
Bernd Finke/Viktor von Essen Wohin steuert der UN-Menschenrechtsrat? Stand und Perspektiven des Review-Prozesses	17
Andreas Zimmermann/Jelena Bäuml Das erste Urteil des Afrikanischen Gerichtshofs für Menschen- und Völkerrechte – zugleich eine Einführung in die Funktionen und Arbeitsweisen des Gerichtshofs	27
David Diehl Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Völkerrechtsverbrechern	38
BERICHTE UND DOKUMENTATION:	
Maral Kashgar Art. 3 im Rahmen des Individualbeschwerdeverfahrens gemäß Art. 22 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe	52
Lutz Römer Rechtsschutz gegen überlange Gerichtsverfahren in Deutschland	74
Birte Kaspers/Manuela Ludewig Das G.I.F.-Drittmittelprojekt über die Arbeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen	83
BUCHBESPRECHUNGEN UND LITERATURHINWEISE:	
<i>Bäumler/Daase/Schliemann/Steiger (Hrsg.), Akteure in Krieg und Frieden (Römer)</i>	89
Autorenverzeichnis	91

Editorial

Das vorliegende Heft greift in seinem Beitragsteil verschiedene aktuelle Entwicklungen des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes auf. *R. Alexander Lorz* und *Heiko Sauer* erläutern die Folgen der Rücknahme des deutschen Vorbehalts zur Kinderrechtskonvention, die seit langem gefordert worden war. *Bernd Finke* und *Viktor von Essen* informieren über Stand und Perspektiven des Review-Prozesses, dem der UN-Menschenrechtsrat zur Zeit unterzogen wird. Der neue Afrikanische Gerichtshof für Menschen- und Völkerrechte wird von *Andreas Zimmermann* und *Jelena Bäuml* vorgestellt. Der Beitrag von *David Diehl* fragt nach der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Völkerrechtsverbrechern. Die vorgenannten Beiträge beziehen sich auf die universelle und die regionale Ebene des Menschenrechtsschutzes und nehmen die innerstaatliche Umsetzung menschenrechtlicher Verpflichtungen in den Blick.

Der Dokumentationsteil beginnt mit einem Bericht von *Maral Kashgar*, der sich mit Art. 3 im Rahmen des Individualbeschwerdeverfahrens gemäß Art. 22 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe befasst und die Spruchfähigkeit des Ausschusses gegen Folter näher untersucht. Die Autorin knüpft hiermit an ihren Bericht aus dem vorigen Heft an und konzentriert sich hier auf wichtige materiellrechtliche Fragen. *Lutz Römer* erörtert das Thema Rechtsschutz gegen überlange Gerichtsverfahren in Deutschland und geht dabei auf aktuelle Entwicklungen der EGMR-Rechtsprechung sowie einen einschlägigen Gesetzentwurf der Bundesregierung ein. *Birte Kaspers* und *Manuela Ludewig* stellen ein aktuell am MenschenRechtsZentrum unter der Leitung der beiden ehemaligen Ausschussmitglieder *Eckart Klein* und *David Kretzmer* durchgeführtes Drittmittelprojekt über die Arbeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen vor, das von der German-Israeli-Foundation gefördert wird.

Wir wünschen unseren Lesern eine anregende Lektüre.



The image shows three handwritten signatures in cursive script, arranged horizontally. From left to right, they appear to be: 'Norwan', 'Lutz Römer', and 'Lutz Römer'.

Kinderrechte ohne Vorbehalt

Die Folgen der unmittelbaren Anwendbarkeit des Kindeswohlvorrangs nach der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung

Ralph Alexander Lorz/Heiko Sauer*

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Art. 3 Abs. 1 KRK: Was bedeutet vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls?
- III. Wirkweisen des Kindeswohlvorrangs im deutschen Recht: zur Dogmatik einer vorrangigen Berücksichtigungspflicht
- IV. Schlussbemerkung

I. Einleitung

1. Die Rücknahme des deutschen Vorbehalts zur UN-Kinderrechtskonvention

Die UN-Kinderrechtskonvention (KRK), die am 20. November 2010 ihren 21. Geburtstag feierte, ist zumindest in einer Hinsicht – nämlich bezogen auf die Zahl der Staaten, die sie ratifiziert haben –

der erfolgreichste Menschenrechtsvertrag.¹ Freilich führt die Ratifikation eines Menschenrechtsvertrags für sich genommen noch zu keiner tatsächlichen Verbesserung der Menschenrechtslage. Entscheidend ist, dass die Staaten ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen auch erfüllen, das heißt insbesondere die hierfür erforderlichen Änderungen ihres innerstaatlichen Rechts vornehmen. Die Bundesregierung war im Vorfeld der Ratifikation der KRK im Jahr 1992 der Auffassung, das deutsche Recht entspreche bereits weitgehend den völkerrechtlichen Vorgaben.² Um aber gewisse dennoch bestehende Anpassungsnotwendigkeiten auszuschließen, gab sie auf Betreiben der Länder³ bei der Ratifikation der KRK⁴ eine Erklärung zu den innerstaatlichen Wirkungen ab.⁵ Neben Erklärungen

* Der Beitrag geht auf eine wissenschaftliche Stellungnahme zurück, die für die National Coalition für die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland (<http://www.national-coalition.de>, Rechtsträger: Vorstand der Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe e.V., Berlin, <http://agj.de>) erarbeitet und von dieser unter dem Titel „Nach der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung: Was bedeutet die uneingeschränkte Verwirklichung des Kindeswohlvorrangs nach der UN-Kinderrechtskonvention im deutschen Recht?“ veröffentlicht wurde (© National Coalition 2010). In Teilen beruht der Beitrag zudem auf den Ergebnissen eines vormals ebenfalls für die National Coalition erstatteten Rechtsgutachtens (Alexander Lorz, Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung, 2003, mit Besprechung von Erich Peter, in: AVR 2004, S. 257-269).

¹ Die KRK hat mit Stand Anfang 2011 insgesamt 193 Vertragsstaaten, es fehlen nur die USA und Somalia (siehe http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=IV-11&chapter=4&lang=en).

² Siehe die Denkschrift der Bundesregierung zur Ratifikation der KRK (BT-Drs. 12/42, S. 32); kritisch dazu Werner Meng, Anwendung völkerrechtlicher Konventionen über Kinderrechte im deutschen Recht, in: Peter Koeppl (Hrsg.), Kindschaftsrecht und Völkerrecht, 1996, S. 5-30 (S. 24).

³ Zum Zusammenwirken von Bund und Ländern beim Abschluss von Verträgen, für die der Bund nicht die alleinige Vollzugskompetenz hat, nach Maßgabe des Lindauer Abkommens siehe etwa Rudolf Streinz, in: Michael Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 32 Rn. 31ff.

⁴ Ratifikationsgesetz vom 17. Februar 1992 (BGBl. II S. 121).

⁵ Siehe die Bekanntmachung vom 10. Juli 1992 (BGBl. II S. 990).

zum Jugendstrafrecht, zum Ausländerrecht und zu Fragen der elterlichen Sorge wurde darin vor allem festgehalten, dass die Kinderrechtskonvention keine unmittelbare Anwendung finde. Versuche, diese Erklärungen wieder zu beseitigen,⁶ scheiterten stets am Widerstand der Länder.⁷ Erst nach der Bundestagswahl 2009 fasste die neue Regierungskoalition den Entschluss, die Erklärungen zurückzunehmen,⁸ was der Bundesrat am 26. März 2010 billigte. Daraufhin verfügte das Bundeskabinett die Rücknahme am 3. Mai 2010, und am 15. Juli 2010 wurde den Vereinten Nationen eine förmliche Rücknahmeerklärung übergeben.⁹ Seitdem gilt die Kinderrechtskonvention auch in Deutschland ohne Einschränkung.

2. Folgen für die unmittelbare Anwendbarkeit der KRK in Deutschland

a) Die unmittelbare Anwendbarkeit völkervertraglicher Bestimmungen

Aus der Sicht des innerstaatlichen Rechts ist vor allem die Rücknahme der Erklärung, nach der die Kinderrechtskonvention innerstaatlich keine unmittelbare Anwendung finden sollte, von grundlegend klarstellender Bedeutung für die rechtliche

Wirkung der Konvention. Die unmittelbare Anwendung einer völkerrechtlichen Vertragsbestimmung bedeutet nämlich insbesondere, dass sich der Rechtsanwender direkt auf diese Vertragsbestimmung stützen kann – und das auch muss, wenn die Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit gegeben sind.¹⁰ Denn Völkervertragsrecht erhält durch den im gesetzgeberischen Zustimmungsakt liegenden Rechtsanwendungsbefehl¹¹ innerstaatliche Geltung, gehört damit also zu Gesetz und Recht, an das der Rechtsanwender nach Art. 20 Abs. 3 GG gebunden ist.¹² Das bedeutet grundsätzlich, dass der Rechtsanwender bei der Lösung konkreter Rechtsprobleme auf das Völkervertragsrecht ebenso wie auf das innerstaatliche Gesetzes- und Verordnungsrecht zurückzugreifen hat. Die ursprüngliche Erklärung hatte zweifellos die Zielrichtung, diese direkte Heranziehung von Bestimmungen der KRK in innerstaatlichen Verfahren auszuschließen.¹³

⁶ Siehe die Aufzählung in der Großen Anfrage der Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN vom 31. Januar 2007 (BT-Drs. 16/4205); zu entsprechenden Forderungen des UN-Ausschusses über die Rechte des Kindes Reinhard Joachim Wabnitz, Der Kindeswohlvorrang der UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK) nach der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung, in: ZKJ 12 (2010), S. 428-432 (S. 429) m.w.N.

⁷ Siehe die Darstellung in der Antwort der Bundesregierung vom 13. Juli 2007 auf die vorgenannte Große Anfrage (BT-Drs. 16/6076, S. 3) sowie Tillman Löhr, Gesetzliche Konsequenzen aus der Rücknahme des Vorbehalts zur Kinderrechtskonvention, in: ZAR 2010, S. 378-385 (S. 378f.).

⁸ Siehe die Koalitionsvereinbarung zwischen CDU, CSU und FDP vom 26. Oktober 2009, S. 70 (<http://www.cdu.de/doc/pdf/091026-koalitionsvertrag-cducsu-fdp.pdf>).

⁹ Siehe die Pressemitteilungen des BMJ vom 3. Mai 2010 und vom 15. Juli 2010 (www.bmj.bund.de).

¹⁰ Das war für Art. 3 KRK sogar schon immer der Fall; die diesbezügliche Erklärung war völkerrechtlich irrelevant, siehe dazu Alexander Lorz, Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung, 2003, S. 25ff.; sowie zu den Voraussetzungen und zum Problem der begrifflichen Vielfalt im Einzelnen ebenda S. 10ff.; ferner Heiko Sauer, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008, S. 213f.; Markus Krajewski, Verfassungsperspektiven und Legitimation des Rechts der Welthandelsorganisation, 2001, S. 53ff.; eingehend Karen Kaiser, Treaties, Direct Applicability, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck EPIL, Stand: September 2006 (<http://www.mpepil.com>).

¹¹ Sofern nach Maßgabe von Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG ein Zustimmungsgesetz nicht erforderlich ist, ergeht der auf Grundlage des dualistischen Verständnisses der deutschen Rechtsordnung (siehe nur BVerfGE 111, 307 [318]; Rudolf Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 4. Aufl. 2009, S. 15f.) erforderliche Rechtsanwendungsbefehl in anderer Form (siehe etwa Stefanie Schmahl, in: Helge Sodan [Hrsg.], GG-Kommentar, 2009, Art. 59 Rn. 28).

¹² Siehe bereits Lorz (Fn. 10), S. 55.

¹³ Näher Lorz (Fn. 10), S. 26ff. mit Argumenten zur Unbeachtlichkeit dieser Erklärung; Auseinandersetzung mit diesem Ansatz bei Erich Peter, in: AVR 34 (2005), S. 257-269 (S. 260ff.); für eine

Nach der Rücknahme dieser Erklärung richtet sich die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der KRK im deutschen Recht nach den allgemeinen Grundsätzen. Nach diesen Grundsätzen hat die unmittelbare Anwendbarkeit einer völkerrechtlichen Vertragsbestimmung zwei Voraussetzungen: die Anwendungsfähigkeit und die Anwendungsbefugnis. Die Anwendungsbefugnis stellt auf den Willen der Vertragsparteien ab (*subjektives Kriterium*), während die Anwendungsfähigkeit danach fragt, ob die konkrete Bestimmung nach ihrer Normstruktur und insbesondere ihrer normativen Dichte hinreichend bestimmt und unbedingt (*self-executing*) und damit dazu geeignet ist, vom Rechtsanwender unmittelbar herangezogen zu werden (*objektives Kriterium*).¹⁴ Jede innerstaatlich geltende Völkerrechtsnorm, für die Anwendungsbefugnis und Anwendungsfähigkeit gegeben sind, ist unmittelbar anwendbar und deshalb vom Rechtsanwender bei der Lösung konkreter Rechtsprobleme heranzuziehen.

b) Die unmittelbare Anwendbarkeit der KRK im Allgemeinen

Eine ausdrückliche Willensbekundung der Vertragsstaaten hinsichtlich der unmittelbaren Anwendbarkeit der KRK liegt nicht vor. Eine nähere Betrachtung der einzelnen Bestimmungen zeigt aber recht deutlich, dass die Staaten primär Staatenverpflichtungen begründen, sich also nicht direkt an den innerstaatlichen Rechtsanwender rich-

ten wollten.¹⁵ Das ergibt sich insbesondere aus Art. 4 KRK, wonach die Vertragsparteien alle geeigneten Maßnahmen zur Verwirklichung der im Übereinkommen anerkannten Rechte treffen, was hinsichtlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zudem unter Finanzierungsvorbehalt gestellt wird. Es soll damit im Grundsatz den Staaten überlassen bleiben, die geeigneten Maßnahmen zur Effektivierung der Kinderrechte zu treffen. Vielen Bestimmungen fehlt es auch deshalb an der für eine unmittelbare Anwendung erforderlichen normativen Dichte:¹⁶ Wenn es etwa in Art. 6 Abs. 2 KRK heißt, dass die Vertragsstaaten in größtmöglichem Umfang die Entwicklung des Kindes gewährleisten, so ist das keine hinreichend konkrete normative Vorgabe, die sich auf die Entscheidung einer konkreten rechtlichen Streitfrage auswirken könnte. Einzelne Vorschriften der Kinderrechtskonvention können freilich von ihrer Normstruktur und Bestimmtheit her durchaus einer behördlichen beziehungsweise gerichtlichen Anwendung zugänglich sein und daher als unmittelbar anwendbar angesehen werden. Die Kinderrechtskonvention erweist sich damit zwar nicht insgesamt als „self-executing treaty“; wohl aber kann sie einzelne „self-executing provisions“ enthalten.

c) Art. 3 Abs. 1 KRK als Sonderfall: unmittelbare Anwendbarkeit des Vorrangprinzips

Eine Sonderstellung innerhalb der Konvention nimmt Art. 3 Abs. 1 KRK¹⁷ ein, wonach

Einordnung als Vorbehalt etwa *Ingo Ullmann*, Verfassungs- und völkerrechtliche Widersprüche bei der Ratifikation der UNO-Kinderrechtskonvention, in: *FamRZ* 1991, S. 898-902 (S. 899); *Andreas Zimmermann*, Neuere Entwicklungen zum Verhältnis zwischen dem UN-Abkommen über die Rechte des Kindes und nationalem Familienrecht, in: *IPrax* 1996, S. 167-174 (S. 173); kritisch auch *Irmgard Wolf*, Ratifizierung unter Vorbehalten: Einstieg oder Ausstieg der Bundesrepublik Deutschland aus der UN-Konvention über die Rechte des Kindes?, in: *ZRP* 1991, S. 374-378.

¹⁴ Näher *Lorz* (Fn. 10), S. 13f.; *Alfred Verdross/Bruno Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, § 866.

¹⁵ Siehe *Gabriele Dorsch*, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, 1994, S. 313; *Marc Bossuyt*, La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, in: *RUDH* 1990, S. 141-144 (S. 144); *Meng* (Fn. 2), S. 23; und *Lorz* (Fn. 10), S. 16f.

¹⁶ Siehe dazu im Einzelnen *Lorz* (Fn. 10), S. 17 m.w.N.

¹⁷ Art. 3 Abs. 1 KRK lautet in deutscher Übersetzung: „Bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl

bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, das Wohl des Kindes ein vorrangig zu berücksichtigender Gesichtspunkt ist. Es handelt sich dabei nämlich nicht nur um eine Bestimmung, die nach ihrer Normstruktur hinreichend bestimmt und unbedingt und damit der unmittelbaren Anwendung fähig ist. Vielmehr haben wir es hier mit dem Kernanliegen der gesamten Konvention zu tun, mit einem Leitprinzip, das durch die vielen Einzelgarantien nur noch variiert beziehungsweise ausgestaltet wird.¹⁸ Die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls ist normativer Dreh- und Angelpunkt der Kinderrechtskonvention, und diese Verpflichtung muss sich, wenn sie etwas zu Gunsten des Kindes bewirken soll, zuvörderst an den Rechtsanwender richten; diese Adressierung ist dem Normwortlaut mit seiner ausdrücklichen Bezugnahme auf Maßnahmen von Gerichten und Verwaltungsbehörden auch klar zu entnehmen. Das spricht für einen mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien zur unmittelbaren Anwendung des Kindeswohlvorrangs und damit für die Anwendungsbefugnis in Bezug auf Art. 3 Abs. 1 KRK. Der objektiv deutliche Unterschied zwischen dem Vorrangprinzip und den übrigen Bestimmungen kann den Vertragsstaaten auch kaum verborgen geblieben sein – im Gegenteil zeigt eine Betrachtung

der Regelungssystematik, dass man diesen Unterschied bewusst gemacht hat:¹⁹ So werden durch Art. 4 KRK erst die nachfolgenden Garantien zu Staatenverpflichtungen erklärt, und auch Art. 2 Abs. 2 KRK enthält für das Diskriminierungsverbot eine entsprechende Einschränkung. Nur in Art. 3 KRK findet sich nichts dergleichen. Es handelt sich bei dem Vorrang des Kindeswohls deshalb um unmittelbar anwendbares Völkerrecht, das bei der Auslegung und Anwendung innerstaatlichen Rechts beachtet werden muss.

3. Folgefragen

Da Art. 3 Abs. 1 KRK mit seiner Bezugnahme auf „alle Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden“, einen äußerst weit reichenden Anwendungsbereich hat, erhält die Frage nach den Konsequenzen der Verpflichtung des Rechtsanwenders zur unmittelbaren Anwendung des Vorrangprinzips erhebliche Bedeutung. Diesen Konsequenzen gehen die folgenden Ausführungen nach. In einem ersten Schritt wird der Inhalt der Verpflichtung näher analysiert (II.): Was bedeutet es – auch im Vergleich mit anderen internationalen Rechtstexten, die Vorrangrelationen im menschenrechtlichen Bereich begründen – genau, wenn es heißt, dass das Wohl des Kindes *vorrangig zu berücksichtigen* ist? Nach dieser inhaltlichen Klärung werden in einem zweiten Schritt die Wirkweisen des Vorrangprinzips im deutschen Recht aufgezeigt (III.), indem Elemente der Dogmatik einer vorrangigen Berücksichtigungspflicht entwickelt werden, die sich vor allem als Ermessens- und Abwägungsleitlinie auswirkt. Hieraus ergibt sich, dass die Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls erheblichen Einfluss auf Begründungsanforderungen hat und zudem Argumentationslasten neu verteilt.

des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.“

¹⁸ Siehe etwa *Alfred Glenn Mower*, *The Convention on the Rights of the Child*, 1997, S. 23; *Sharon Detrick*, *A Commentary on the UN Convention on the Rights of the Child*, 1999, S. 92; *Ingrid Baer*, Verabschiedung des UN-Übereinkommens über die Rechte des Kindes im November 1989 in New York. Welche Änderungen des bundesrepublikanischen Rechts wären bei Ratifizierung der Konvention erforderlich?, in: *FuR* 1990, S. 192-199 (S. 193); *Rüdiger Stempel*, Fünf Jahre Geltung der Konvention über die Rechte des Kindes, in: *ZRP* 1996, S. 81-84 (S. 82); *Michael Coester/Kirsten-Pia Hansen*, Das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes und das KJHG: Impulse zur Kindeswohlverwirklichung, in: *Caroline Steindorff* (Hrsg.), *Vom Kindeswohl zu den Kinderrechten*, 1994, S. 21-38 (S. 34) und *Cynthia Price Cohen*, *Introductory Note*, in: *ILM* 28 (1989), S. 1448-1454 (S. 1450).

¹⁹ Siehe bereits *Lorz* (Fn. 10), S. 18f.

II. Art. 3 Abs. 1 KRK: Was bedeutet vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls?

1. Auslegung des Vorrangprinzips

Der genaue Gehalt des Kindeswohlvorrangs ist nur im Wege einer Auslegung von Art. 3 Abs. 1 KRK zu ermitteln. Völkerrechtliche Verträge sind nach Artt. 31 und 32 des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens²⁰ – in die herkömmliche Terminologie übersetzt – nach dem Wortlaut, der Systematik und vor allem dem Regelungsziel auszulegen;²¹ dem Entstehungszusammenhang kommt dabei nur ergänzende Bedeutung zu, soweit die übrigen Auslegungsmittel die Normbedeutung nicht hinreichend aufklären können. Was aber mit der vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls genau gemeint ist, lässt sich dem insoweit offenen Wortlaut nicht entnehmen, und eine Feinjustierung ergibt sich aus dem Regelungsziel ebenfalls nicht; denn dieses deutet zwar darauf hin, dass das Kindeswohl bei einer Vielzahl von Entscheidungen berücksichtigt werden soll, sagt aber nichts darüber aus, wie genau und gegebenenfalls in welchen Grenzen dies geschehen soll. Bei der Betrachtung des Regelungszusammenhangs fällt immerhin auf, dass Art. 21 KRK dem Kindeswohl bei Adoptionen eine noch größere Relevanz beimessen will, denn hier wird ihm die höchstmögliche Bedeutung zuerkannt (“shall be the paramount consideration”). Ein Unterschied ist also offenbar zwischen der Formulierung “a primary consideration” und “the paramount consideration” gesehen worden.

An dieser Stelle erweist sich ein Blick auf den Entstehungsprozess der KRK als aufschlussreich:²² Die erste Entwurfsfassung von Art. 3 Abs. 1 KRK aus dem Jahr 1980

enthielt nämlich noch die Formulierung “the best interest of the child shall be the paramount consideration”.²³ Nach intensiven Diskussionen einigte sich die Arbeitsgruppe in den darauffolgenden Jahren darauf, “the paramount consideration” durch “a primary consideration” zu ersetzen.²⁴ Denn von einigen Delegationen wurde die ursprüngliche Formulierung für zu weitgehend gehalten. Dabei ging es allerdings nicht darum, den Kindeswohlvorrang grundsätzlich abzuschwächen.²⁵ Vielmehr wurde darauf hingewiesen, dass es im Einzelfall kollidierende Interessen geben könne, die dem Kindeswohl gleichrangig oder auch einmal vorrangig sein könnten. Die Formulierung “the paramount consideration” impliziere aber, dass das Kindeswohl stets und ausnahmslos vorrangig sein müsse, also von kollidierenden Belangen nicht überwunden werden könne. Diesen Bedenken sollte mit dem Übergang zur Sprachfassung “a primary consideration” Rechnung getragen werden, mit der also eine gewisse Flexibilität angedeutet werden sollte.²⁶ Aus den gleichen Gründen konnten sich spätere Vorschläge, zur Formulierung “the primary consideration” überzugehen, nicht mehr durchsetzen; erneut wurde die Befürchtung geäußert, dass die Möglichkeit, im Einzelfall andere Belange über das Kindeswohl zu stellen, in der Bestimmung dann nicht mehr hinreichend zum Ausdruck komme.²⁷

Ein vergleichender Blick auf die Sprachfassung der Afrikanischen Kinderrechtecharta (ACRWC) aus dem der KRK folgenden Jahr²⁸ zeigt jedoch, dass diese Befürchtung grundlos war: Denn in Art. 4 Abs. 1 dieses Vertrages wurde tatsächlich die bei den Beratungen zur KRK noch verworfene Va-

²⁰ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (BGBl. 1985 II S. 926).

²¹ Zur Vertragsauslegung siehe etwa *Matthias Herdegen*, *Völkerrecht*, 9. Aufl. 2010, § 15 Rn. 28ff.

²² Umfassend *Sharon Detrick* (Hrsg.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the Travaux Préparatoires*, 1992.

²³ Siehe *Detrick* (Fn. 22), S. 131.

²⁴ Ebenda, S. 135.

²⁵ Ebenso *Detrick* (Fn. 18), S. 91 m.w.N.

²⁶ Siehe *Detrick* (Fn. 22), S. 133f.

²⁷ Ebenda, S. 137.

²⁸ *African Charter on the Rights and Welfare of the Child* vom 11. Juli 1990, abgedruckt in: *Dinah L. Shelton*, *Regional Protection of Human Rights. Documentary Supplements*, 2008, S. 396-411.

riante gewählt, das Kindeswohl müsse bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen „the primary consideration“ sein. Es gibt jedoch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass mit dieser Modifikation irgendeine inhaltliche Unterscheidung zur KRK beabsichtigt gewesen sei. Selbst für die noch jüngere Verfassung von Südafrika,²⁹ die „primary“ durch „paramount“ ersetzt, dafür allerdings den Begriff der „consideration“ vermeidet (Art. 28 Abs. 2 formuliert: „A child’s best interests are of paramount importance in every matter concerning the child.“), lässt sich nicht nachweisen, dass damit ein im Vergleich zur KRK stärkerer Vorrang des Kindeswohls bezweckt oder erreicht würde. Überhaupt hätte man, wenn man eine potenzielle Gleichrangigkeit des Kindeswohls mit anderen Belangen explizit hätte festhalten wollen, eine andere Formulierung wählen müssen, zum Beispiel „one of the primary considerations“ – wenn man davon absieht, dass eine Etablierung mehrerer Primaten nebeneinander an sich bereits problematisch ist.

Als Ergebnis der Auslegung lässt sich damit festhalten, dass mit Art. 3 Abs. 1 KRK dem Kindeswohl eine herausragende Bedeutung für alle Entscheidungen über Kinder betreffende Maßnahmen zugesprochen werden sollte. Insbesondere wurde in den Beratungen zur Kinderrechtskonvention, soweit ersichtlich, nie erwogen, dem Kindeswohl nur die Bedeutung eines Belanges unter vielen zuzumessen (was etwa durch die Formulierung „shall be considered“ hätte geschehen können). Vielmehr bestand immer Einigkeit darüber, dass das Kindeswohl in allen kinderrelevanten Entscheidungsprozessen eine herausgehobene Rolle spielen sollte. Klargestellt werden sollte freilich, dass das Kindeswohl nicht – wie etwa die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG – absolut zu setzen sei, sondern Raum für eine Abwägung mit im Einzelfall möglicherweise überwiegenden entgegengesetzten Belangen lassen sollte. Wie dies

im Detail geschehen kann, soll sogleich näher erörtert werden.

2. Die besondere Stellung des Vorrangprinzips im Vergleich mit anderen internationalen Menschenrechtstexten

Dass mit Art. 3 Abs. 1 KRK dem Kindeswohl eine besonders herausgehobene Bedeutung für die dort genannten Entscheidungen zugemessen werden sollte, zeigt nicht nur die Betrachtung von Wortbedeutung und Entstehungsgeschichte. Auch der vergleichende Blick auf andere Menschenrechtsverträge stützt dieses Ergebnis. Denn es ist bemerkenswert festzustellen, dass in anderen gruppenspezifischen Menschenrechtsverträgen ein derartiger Vorrang ebenfalls allein dort etabliert wird, wo es um das Kindeswohl geht. Während die allgemeinen Menschenrechtsverträge wie etwa die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK),³⁰ der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte³¹ oder der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte³² überhaupt keinen generellen Vorrang irgendwelcher Belange statuieren, kennen die Konvention über die Rechte von Personen mit Behinderungen (CRPD)³³ sowie die Konvention zur Beseitigung jeder Diskriminierung gegenüber Frauen (CEDAW)³⁴ zwar solche Vorrangrelationen. Interessanterweise finden sich aber keine mit Art. 3 Abs. 1 KRK vergleichbaren Bestimmungen, die hier auf die Belange von Personen mit

²⁹ Constitution of the Republic of South Africa vom 8. Mai 1996.

³⁰ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms vom 4. November 1950 in der zuletzt durch Protokoll Nr. 14 geänderten Fassung, BGBl. 2010 II 1198.

³¹ International Covenant on Civil and Political Rights vom 19. Dezember 1966, UNTS Bd. 999, S. 171; BGBl. 1973 II S. 1534.

³² International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights vom 19. Dezember 1966, UNTS Bd. 993, S. 3; BGBl. 1973 II S. 1570.

³³ Convention on the Rights of Persons with Disabilities vom 13. Dezember 2006, UN-Dok. A/61/611, S. 4; BGBl. 2008 II S. 1419.

³⁴ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women vom 18. September 1979, UNTS Bd. 1249, S. 13; BGBl. 1985 II S. 647.

Behinderungen oder von Frauen bezogen wären. Vielmehr beziehen sich auch die in diesen Konventionen enthaltenen Vorrangbestimmungen ausschließlich auf das Kindeswohl: So ist nach Art. 7 Abs. 2 CRPB bei allen Maßnahmen, die behinderte Kinder betreffen, das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen, womit es sich um eine spezielle Ausprägung von Art. 3 Abs. 1 KRK für Kinder mit Behinderungen handelt. Und nach Art. 5 lit. b) CEDAW haben die Vertragsstaaten für eine hinreichende familiäre Aufklärung Sorge zu tragen, die die gemeinsame Verantwortung von Männern und Frauen für die Kindererziehung vermittelt, wobei das Kindeswohl als „ursprünglichste“ Erwägung („the primordial consideration“) zentrale Berücksichtigung finden muss.³⁵

Durch den Vergleich des Kindeswohlvorrangs nach der Kinderrechtskonvention mit anderen internationalen Rechtstexten wird die besondere Bedeutung, die dem Kindeswohl bei allen Kinder betreffenden Entscheidungen zukommen soll, noch einmal unterstrichen. Denn es ist nicht etwa so, dass jeder gruppenspezifische Menschenrechtsvertrag eine Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung der Belange seiner Zielgruppe statuiert. Vielmehr kommt vorrangige Bedeutung auch nach den anderen Menschenrechtsverträgen immer nur dem Kindeswohl zu. Der Vorrang des Kindeswohls gewinnt dadurch einen im internationalen Vergleich beispiellosen Schutzgehalt und scheint sich als allgemeine völkerrechtliche Zielbestimmung herauszubilden.³⁶ Ein Blick auf Art. 24 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta (GRCh),³⁷ die durch den Ver-

trag von Lissabon³⁸ rechtliche Verbindlichkeit erlangt hat,³⁹ stützt dieses Ergebnis.⁴⁰

3. Fazit

Die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls bedeutet, dass das Kindeswohl bei allen Entscheidungen, die Kinder betreffen, nicht nur in die Entscheidung einbezogen werden muss; ihm muss vielmehr eine besonders herausgehobene Bedeutung zukommen. Diese soll zwar im Einzelfall durch kollidierende Belange von höherem Rang überwunden werden können, doch bedarf dieses Ergebnis stets besonderer und sorgfältiger Begründung; wir haben es also mit einer sehr konkreten völkerrechtlichen Vorgabe zu tun. Im Folgenden soll untersucht werden, wie diese Vorgabe im deutschen Recht umzusetzen ist, das heißt welche Wirkungen der Kindeswohlvorrang nach Art. 3 Abs. 1 KRK im deutschen Recht entfaltet.

III. Wirkweisen des Kindeswohlvorrangs im deutschen Recht: zur Dogmatik einer vorrangigen Berücksichtigungspflicht

1. Verpflichtungsinhalt für den Gesetzgeber

Die Kinderrechtskonvention begründet wie dargelegt in weitem Umfang Staatenverpflichtungen und ist überwiegend nicht unmittelbar anwendbar.⁴¹ Das bedeutet, dass es dem Rechtsanwender nicht möglich ist, direkt auf diese Teile der Konvention

³⁵ In Art. 16 Abs. 1 lit. d) CEDAW wird für den Kindeswohlvorrang dagegen eine andere Sprachfassung verwendet („shall be paramount“).

³⁶ Näher Lorz (Fn. 10), S. 17ff.

³⁷ Charta der Grundrechte der Europäischen Union (in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg unterzeichneten und am 1. Dezember 2009 in Kraft getretenen Fassung), ABl. EU 2007 C 303/1.

³⁸ Zum Kinderrechtsschutz nach dem Vertrag von Lissabon *Caroline Steindorff-Classen*, Europäischer Kinderrechtsschutz nach dem EU-Reformvertrag, in: EuR 2011, S. 19-38.

³⁹ Siehe Art. 6 Abs. 1 des neuen Vertrages über die Europäische Union, ABl. EU 2008 C 115/65 (konsolidierte Fassung, zuletzt modifiziert durch das Protokoll über die Berichtigung des Vertrages von Lissabon vom 30. November 2009, ABl. EU 2009 C 290/1).

⁴⁰ Art. 24 Abs. 2 GRCh lautet: „Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen oder privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein.“

⁴¹ Siehe oben I.2.b).

zurückzugreifen. Hier muss der Gesetzgeber erst neue Rechtsgrundlagen schaffen, es sei denn, dass das Maß des völkerrechtlich Geschuldeten durch das innerstaatliche Recht bereits erreicht wird. Soweit Garantien der Konvention im Einzelfall wirkungslos bleiben, weil es hierfür im innerstaatlichen Bereich an den erforderlichen Rechtsgrundlagen fehlt, begründet eine solche Untätigkeit des Gesetzgebers im Außenverhältnis einen Völkerrechtsverstoß der Bundesrepublik Deutschland.⁴² Eines gesetzgeberischen Tätigwerdens bedarf es aber nicht unbedingt, soweit völkerrechtliche Bestimmungen unmittelbar anwendbar sind. Denn dann kann sich der Rechtsanwender im konkreten Fall direkt auf diese stützen und dem Völkerrecht so Wirksamkeit im innerstaatlichen Recht verleihen.

Freilich ist ein direkter Rückgriff auf eine unmittelbar anwendbare Vertragsbestimmung, wie sie Art. 3 Abs. 1 KRK darstellt, nur dort unproblematisch, wo keine Widersprüche zwischen dem Völkerrecht und dem innerstaatlichen Recht bestehen. Wenn hingegen deutsche Gesetze einem völkerrechtlichen Vertrag widersprechen und dieser Widerspruch im Auslegungswege nicht beseitigt werden kann, stellt sich für den Rechtsanwender die Frage, ob er die Kollision zugunsten des Völkerrechts auflösen darf. Völkervertragsrecht teilt, wo es nach Maßgabe von Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG einer gesetzlichen Umsetzung bedarf, den Rang des Zustimmungsgesetzes, gilt also im Rang einfachen Gesetzesrechts.⁴³ Damit ergibt sich für Kollisionen mit sonstigem Gesetzesrecht kein automatischer Vorrang des Völkervertragsrechts. Auf der Grundlage des Verfassungsprinzips der Völkerrechtsfreundlichkeit ist es jedoch zu vermeiden, im Außenverhältnis einen Völkerrechtsverstoß zu begehen,⁴⁴ und nach

der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist grundsätzlich nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber im Widerspruch zu den völkerrechtlichen Bindungen der Bundesrepublik handeln will.⁴⁵ Die Völkerrechtsfreundlichkeit führt insofern dazu, dass Kollisionslagen unter Verdrängung des im Übrigen geltenden Lex posterior-Grundsatzes in der Regel zu Gunsten des Völkerrechts aufzulösen sind – es sei denn, es ist ein *ausdrücklicher* Wille des Gesetzgebers feststellbar, sich über die völkerrechtlichen Bindungen hinwegzusetzen.⁴⁶

Soweit sich danach das Völkervertragsrecht – und damit der hier interessierende unmittelbar anwendbare Kindeswohlvorrang nach Art. 3 Abs. 1 KRK – regelmäßig auch gegen kollidierendes Gesetzesrecht durchsetzt, bedarf es eines Tätigwerdens des Gesetzgebers nicht mehr; die Schaffung einer gesetzlichen Bestimmung, die den Kindeswohlvorrang noch einmal explizit feststellte, hätte im Kern lediglich deklaratorische Wirkung.⁴⁷ Eine solche Gesetzgebung könnte freilich im Hinblick darauf sinnvoll sein, dass deutsche Rechtsanwender mit den Auswirkungen des Völkerrechts auf die Auslegung und Anwendung des deutschen Rechts im Allgemeinen und mit der Kinderrechtskonvention im Speziellen immer noch eher wenig vertraut sind und deutlich stärker geneigt sein dürften, dem Kindeswohlvorrang zur Durchsetzung zu verhelfen, wenn dies in einem deutschen Gesetz angeordnet wird. Aus rechtlicher Sicht bedarf es einer solchen Anordnung allerdings nicht.⁴⁸

nationalem Recht, in: JöR n.F. 57 (2009), S. 465-502.

⁴⁵ Siehe nur BVerfGE 74, 354 (370).

⁴⁶ Zum Ganzen *Sauer* (Fn. 10), S. 381ff.

⁴⁷ Siehe bereits *Lorz* (Fn. 10), S. 52f.

⁴⁸ Sehr illustrativ ist in dieser Hinsicht ein kürzlich ergangener Beschluss des Amtsgerichts Gießen vom 16. Juli 2010 (Az.: 244 F 1159/09 VM, juris), der im Vorgriff auf nach der Kinderrechtskonvention zwingend zu erwartende Anpassungen des AufenthaltsgG und des AsylVfG die nach der bisherigen Gesetzeslage nicht vorgesehene Bestellung eines Ergänzungspflegers für die Vertretung eines

⁴² Siehe bereits *Lorz* (Fn. 10), S. 52.

⁴³ Siehe nur *Geiger* (Fn. 11), S. 161; BVerfGE 111, 307 (317).

⁴⁴ Siehe nur BVerfGE 111, 307 (316ff.); 112, 1 (24ff.); zur Völkerrechtsfreundlichkeit eingehend *Mehrdad Payandeh*, Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip – Ein Beitrag des Grundgesetzes zur Einheit von Völkerrecht und

2. *Verpflichtungsinhalt für den Rechtsanwender: die Umsetzung der vorrangigen Berücksichtigungspflicht im Einzelfall*

a) Der Kindeswohlvorrang bei der Auslegung innerstaatlichen Rechts

Eine weitere für die Rechtspraxis relevante Ausprägung des Verfassungsprinzips der Völkerrechtsfreundlichkeit besteht darin, dass innerstaatliches Recht so weit wie möglich im Einklang mit den völkerrechtlichen Bindungen der Bundesrepublik Deutschland auszulegen ist.⁴⁹ Diese Verpflichtung zur völkerrechtskonformen Auslegung hat potenziell weit reichende Folgen; so geht das Bundesverfassungsgericht etwa davon aus, dass die Grundrechte des Grundgesetzes im Lichte der Garantien der EMRK auszulegen sind.⁵⁰ Wo es um besonders konkretisierungsbedürftige Grundsätze und Prinzipien geht, ist das Völkerrecht somit in der Lage, auf die Auslegung und Anwendung des innerstaatlichen Rechts erheblichen Einfluss zu nehmen.

Die Verpflichtung zur völkerrechtskonformen Auslegung tritt indes im Falle des Kindeswohlvorrangs nach Art. 3 Abs. 1 KRK in den Hintergrund. Das liegt daran, dass wir es hier mit einer unmittelbar anwendbaren Bestimmung zu tun haben: Sobald eine Entscheidung Kinder betrifft, ergibt sich die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls bei der Entscheidungsfindung bereits aus dem direkten Rückgriff auf die Kinderrechtskonvention selbst.⁵¹ Die Konformauslegung ist aber in erster Linie da von Bedeutung, wo es dem Völkerrecht an unmittelbarer Anwendbarkeit fehlt; denn insoweit kann ihm von

vornherein nur eine *mittelbare* Bedeutung zukommen, wenn man das innerstaatliche Recht in seinem Lichte auslegt, soweit es für eine solche Auslegung Raum lässt.⁵² Vorstellbar ist eine Bedeutung des Kindeswohlvorrangs bei der Auslegung innerstaatlichen Rechts daher allenfalls dort, wo es nicht direkt um Maßnahmen geht, die Kinder betreffen.

b) Der Kindeswohlvorrang bei der Ermessensausübung

Die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 KRK verleiht dem Kindeswohlvorrang dagegen maßgebliche Bedeutung bei der Ausübung von Verwaltungsermessen. Immer dann, wenn eine behördliche Maßnahme Kinder betrifft – sei es eine Entscheidung über den Familiennachzug, über die Ausweisung eines Elternteils oder über die Erteilung einer Genehmigung für eine Betreuungseinrichtung – ist das Kindeswohl bei der Ermessensausübung nicht nur zu berücksichtigen, sondern – das ist gerade die Besonderheit von Art. 3 Abs. 1 KRK! – *vorrangig* zu berücksichtigen. Das bedeutet zunächst allgemein, dass die fehlende Berücksichtigung des Kindeswohls als Gesichtspunkt der Ermessensentscheidung einen Ermessensfehler darstellt, was freilich noch keine große Besonderheit ist. Entscheidend ist jedoch Folgendes: Berücksichtigt die Behörde das Kindeswohl bei der Ermessensausübung, übersieht sie dabei aber, dass das Kindeswohl *vorrangig* zu berücksichtigen und damit von Völkerrechts wegen mit einer Priorisierung ausgestattet ist, dann ist auch diese Entscheidung wegen des darin liegenden Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 KRK ermessensfehlerhaft. Ebenso erweist sich diejenige Ermessensentscheidung als fehlerhaft, die die Priorisierung des Kindeswohls zwar erkennt, es aber gegenüber

Minderjährigen in ausländer- und asylrechtlichen Fragen anordnet. Zur im Übrigen zurückhaltenden Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte siehe die Nachweise bei *Löhr* (Fn. 7), S. 379.

⁴⁹ Siehe nochmals BVerfGE 74, 358 (370); eingehend *Lorz* (Fn. 10), S. 55ff.

⁵⁰ Siehe BVerfGE 74, 354 (370); BVerfGE 120, 180 (200ff.).

⁵¹ Vgl. dazu nochmals den Beschluss des Amtsgerichts Gießen (Fn. 48).

⁵² *Lorz* (Fn. 10), S. 57f.; zum Verhältnis zwischen unmittelbarer Anwendbarkeit und Konformauslegung im europarechtlichen Kontext *Mattias Ruffert*, in: Christian Calliess/ders. (Hrsg.), EUV-/EGV-Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 249 EGV Rn. 119ff.

anderen Belangen zurückstellt, die im Einzelfall nicht mit hinreichendem Gewicht ausgestattet sind, um den Kindeswohlvorrang wirklich überwinden zu können.

Dabei ist hervorzuheben, dass alle diese Aspekte einschließlich der dahinter stehenden Gewichtungen nach Maßgabe von § 114 VwGO der vollen verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung unterliegen. Der Kindeswohlvorrang hat also für die behördliche Ermessensausübung ganz wesentliche Bedeutung, wenn man bedenkt, wie vielgestaltig die Konstellationen sind, in denen behördliche Entscheidungen Kinder betreffen. Fehlerquellen gibt es hier viele: von der kompletten Nichtbeachtung von Art. 3 Abs. 1 KRK über die mangelnde Priorisierung des Kindeswohls bis hin zur Fehlgewichtung in Fällen, in denen andere Belange im Einzelfall für überwiegend gehalten werden. Beachten muss die Behörde aber nicht nur die völkerrechtliche Verpflichtung, das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen; sie muss vor allem – auch im Hinblick auf die gerichtliche Überprüfbarkeit – sorgfältig und eingehend begründen, wenn und warum sich das Kindeswohl im Ergebnis einmal nicht durchsetzt. Hier zeigt sich bereits, dass der Kindeswohlvorrang wesentlichen Einfluss auf die Begründungsanforderungen für behördliche Entscheidungen hat.⁵³

c) Der Kindeswohlvorrang in der Abwägung

Eine strukturell recht ähnliche Rolle übernimmt der Kindeswohlvorrang im Rahmen von Abwägungsprozessen. Wo bei Maßnahmen, die Kinder betreffen, widerstrebende Belange gegeneinander abzuwägen sind, muss das Kindeswohl nicht nur als Abwägungsbelang erkannt werden und Eingang in den Abwägungsprozess finden. Vielmehr muss auch hier der Vorrang, mit dem das Kindeswohl auf der Grundlage von Art. 3 Abs. 1 KRK ausgestattet ist, erkannt und umgesetzt werden. Das bedeutet, dass sich das Kindeswohl entweder

aufgrund der völkerrechtlichen Priorisierung im Ergebnis durchsetzen muss, oder aber dass sorgfältig und nachvollziehbar dargelegt werden muss, warum das Kindeswohl trotz seines prinzipiellen Vorrangs gegenüber anderen Belangen im Einzelfall zurückgestellt worden ist.

Wichtig sind die dargestellten Anforderungen insbesondere für Abwägungsentscheidungen im Planungsrecht. Hier haben die Planungsträger auf der Basis vergleichsweise offener, final programmierter Normen die widerstrebenden Interessen eingehend zu ermitteln und umfassend gegeneinander und untereinander abzuwägen.⁵⁴ Konkrete normative Vorgaben für die Ermittlung der im Einzelfall relevanten Belange und für den komplexen Abwägungsprozess machen die Fachgesetze dabei oft nicht,⁵⁵ was dem Planungsträger eine gewisse Freiheit und Flexibilität geben soll. Das Abwägungsergebnis kann aber im Gegenzug verwaltungsgerichtlich auf Abwägungsfehler hin kontrolliert werden; solche Fehler liegen etwa vor, wenn ein Belang übersehen (*Abwägungsdefizit*) beziehungsweise in seinem Gewicht falsch eingeschätzt (*Abwägungsfehleinschätzung*) wird oder wenn bei der eigentlichen Abwägung kein angemessener Ausgleich zwischen den widerstrebenden Belangen hergestellt wird (*Abwägungsdisproportionalität*). Sobald nun eine Planung Kinder betrifft – was etwa bei der Bauleitplanung sehr häufig der Fall sein wird –, ist die planerische Abwägung fehlerhaft, wenn das Kindeswohl nicht oder nicht in seiner Priorisierung berücksichtigt und entsprechend gewichtet wird. Denn auf der Grundlage von Art. 3 Abs. 1 KRK ist der Kindeswohlvorrang ein öffentlicher Belang im Sinne von § 1 Abs. 7 BauGB oder von vergleichbaren Normen aus dem Fachplanungsrecht – und zwar angesichts der unmittelbaren Anwendbarkeit des völkerrechtlichen Kindeswohlvorrangs auch dort,

⁵³ Dazu sogleich noch unter d).

⁵⁴ Siehe zum Beispiel § 1 Abs. 6 BauGB; § 7 Abs. 2 S. 1 ROG; § 17 Abs. 1 S. 2 BFStrG; § 8 Abs. 1 S. 1 LuftVG.

⁵⁵ Siehe aber den – nicht abschließenden – Katalog von Abwägungsbelangen in § 1 Abs. 6 BauGB.

wo das Kindeswohl in der planungsrechtlichen Bestimmung nicht erwähnt wird.⁵⁶ Damit läuft die Behörde Gefahr, dass ihre Planungsentscheidung der gerichtlichen Aufhebung unterliegt, wenn die Abwägung nicht erkennen lässt, dass dem Kindeswohl Vorrang zugemessen worden ist. Es bedarf insoweit vor allem einer ausführlichen Auseinandersetzung mit der Bedeutung des Kindeswohls und seiner priorisierten Bedeutung im Abwägungsprozess; es muss, auch und gerade wenn das Kindeswohl im Ergebnis zurückgestellt wird, nachvollziehbar gemacht werden, dass der Rechtsanwender seine Verpflichtung aus Art. 3 Abs. 1 KRK erkannt hat und ihr nachgekommen ist.

Das Kindeswohl als vorrangiger Abwägungsbelang richtet sich allerdings nicht nur an Behörden. Soweit in gerichtlichen Verfahren ein Ausgleich zwischen widerstreitenden Interessen herzustellen ist und Kinder von der Entscheidung betroffen werden, muss der Kindeswohlvorrang nach Art. 3 Abs. 1 KRK auch vom Richter beachtet und durchgesetzt werden. Diese Bindung greift weit über den bisher angesprochenen Bereich des Verwaltungsrechts hinaus und kann insbesondere im Familienrecht eine Rolle spielen, wobei das Kindeswohl im deutschen Familienrecht bereits unabhängig von der Kinderrechtskonvention die zentrale Richtschnur vieler Entscheidungen darstellt;⁵⁷ hier liegt, insbesondere im Umgangsrecht, die Schwierigkeit eher darin festzustellen, was dem Kindeswohl entspricht. Wenn der Kindeswohlvorrang im gerichtlichen Verfahren nicht hinreichend beachtet wird, so liegt darin ein Fehler bei der Anwendung materiellen Rechts, der die Entscheidung nach Maßgabe des einschlägigen Prozessrechts revisibel macht.⁵⁸

- d) Fazit: Steuerung von Begründungserfordernissen und Verteilung von Argumentationslasten durch den Kindeswohlvorrang

Die dargestellte Rolle des Kindeswohlvorrangs im innerstaatlichen Recht als Ermessens- und Abwägungsleitlinie bedeutet, dass sich der Kindeswohlvorrang vor allem auf Begründungserfordernisse und auf die Verteilung von Argumentationslasten auswirkt. Wie alle Berücksichtigungspflichten führt auch die Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls dazu, dass das Kindeswohl nicht nur in den Entscheidungsprozess einfließen muss, sondern – da die fragliche Entscheidung in der Regel der behördlichen oder gerichtlichen Kontrolle unterliegt – dass dieser Eingang in den Entscheidungsprozess auch dokumentiert werden, sich also in der Entscheidungsbegründung niederschlagen muss. Fehlt es daran, ist die Erfüllung der Pflicht zur Berücksichtigung des Kindeswohlvorrangs nicht erkennbar, und die Entscheidung unterliegt schon deshalb der Aufhebung. Mit einer bloßen „Abarbeitung“ des Kindeswohls als Belang ist es aber nicht getan, weil das Kindeswohl *vorrangig* zu berücksichtigen ist. Gerade diese vorrangige Berücksichtigung muss sich in der Entscheidungsbegründung niederschlagen, wodurch sich der Begründungsaufwand weiter erhöht. Relevant wird das vor allem dort, wo sich das Kindeswohl im Ergebnis einmal nicht durchsetzt: Denn hier müssen die Gründe, die zu einem Überwiegen anderer Belange über das völkerrechtlich priorisierte Kindeswohl geführt haben, sorgfältig und nachvollziehbar dargestellt werden. Fehlt es an einer entsprechend eingehenden Begründung, unterliegt die Entscheidung der Aufhebung, weil dem Kindeswohlvorrang dann kein hinreichendes Gewicht eingeräumt worden ist.

Hier zeigt sich zu guter Letzt, dass der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 Abs. 1 KRK maßgeblichen Einfluss auf die Verteilung von Argumentationslasten hat:⁵⁹ Die

⁵⁶ Siehe bereits Lorz (Fn. 10), S. 63.

⁵⁷ Siehe in dieser Hinsicht etwa §§ 1626 Abs. 3 S. 1, 1627, 1629 Abs. 1 S. 4, 1666, 1671 Abs. 2 Nr. 2, 1697a BGB; zu den Auswirkungen der unmittelbaren Anwendbarkeit im Familienrecht sowie im Kinder- und Jugendhilferecht Wabnitz (Fn. 6), S. 430ff.

⁵⁸ Siehe aus den Verfahrensordnungen etwa § 137 Abs. 1 VwGO; § 545 Abs. 1 ZPO.

⁵⁹ Zur Argumentationslastverteilung mit ähnlicher Stoßrichtung im Kontext von Präjudizien Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumen-

vorrangige Berücksichtigung erleichtert nämlich den Begründungsaufwand für Maßnahmen, die sich vorwiegend am Kindeswohl orientieren und kollidierende Belange deswegen zurückstellen. Umgekehrt steht derjenige unter besonderem Begründungszwang, der kollidierenden Belangen im Einzelfall gegenüber dem Kindeswohl Vorrang einräumen will. Der Vorrang der Berücksichtigung des Kindeswohls durch den Rechtsanwender verschiebt damit gegenüber „normalen“ Berücksichtigungspflichten die Argumentationslast: Die Argumentationslast trägt stets derjenige, der Maßnahmen treffen will, die sich nicht vorrangig am Kindeswohl orientieren. Dem kommt aufgrund von Art. 3 Abs. 1 KRK nur eine Begründung nach, die nachvollziehbar darlegt, warum im Einzelfall widerstreitende Belange höher zu gewichten sind als das Kindeswohl.

IV. Schlussbemerkung

In Art. 3 Abs. 1 KRK schlummert ein gewaltiges und bislang noch weitgehend unberücksichtigtes Potential für die innerstaatliche Rechtsanwendung, das durch die Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung zur Kinderrechtskonvention mit Wirkung zum 15. Juli 2010 jetzt zur vollen Entfaltung kommt. Der Kindeswohlvorrang beinhaltet sowohl eine materielle als auch eine prozedurale Rechtsposition: In verfahrensrechtlicher Hinsicht gebietet er vor allem die substantielle Auseinandersetzung mit den Anliegen der von einer behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung betroffenen Kinder. Darüber hinaus gibt er dem Rechtsanwender aber auch eine bestimmte Richtung hinsichtlich des Ergebnisses vor: Die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls bedeutet, dass es sich entweder im Ergebnis durchsetzen muss oder jedenfalls nur aufgrund von besonders wichtigen Belangen im Einzelfall hintangestellt werden darf, was der gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Beides zusammen stellt auf der einen Seite erhebliche Begründungsanforderungen an den Rechtsanwender und gibt ihm auf der

anderen Seite weit reichende Möglichkeiten zur Herbeiführung des entsprechenden Ergebnisses an die Hand. Die langwierige Auseinandersetzung über die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 KRK mit Blick auf die erst kürzlich zurückgenommene deutsche Vorbehaltserklärung hat den Blick auf diese Anforderungen und Möglichkeiten in den fast 19 Jahren seit der deutschen Ratifikation der Kinderrechtskonvention verschleiert.

Die grundlegende Bedeutung von Art. 3 Abs. 1 KRK lässt sich unter diesen Umständen nicht länger in Zweifel ziehen. Vielmehr wird es nun unstrittig zur Aufgabe der Behörden und Gerichte gehören, dem Kindeswohlvorrang zur Durchsetzung zu verhelfen, indem sie ihre Entscheidungspraxis an den Abwägungs- und Begründungserfordernissen ausrichten, die Art. 3 Abs. 1 KRK ihnen auferlegt. Wenn damit eine allgemein höhere Sensibilität der Rechtsanwender für die vor allem am Beispiel der EMRK immer stärker aufscheinenden, weit reichenden innerstaatlichen Wirkungen des Völkerrechts einher gehen würde, wäre das sehr zu begrüßen. Politik und Gesellschaft werden sich ebenfalls auf die gestiegene Bedeutung des Kindeswohls einzustellen haben. Ihnen gibt Art. 3 Abs. 1 KRK außerdem über seine eigene unmittelbare Anwendung hinaus die fundamentale Wertentscheidung vor, das Wohl der künftigen Generation zu einem vorrangigen Maßstab ihres Handelns zu machen. Das ist allerdings keine Wertentscheidung, die von außen kommt – im Gegenteil hat die Bundesrepublik Deutschland diese Entscheidung mit ihrer Ratifikation der Kinderrechtskonvention aus freien Stücken selbst getroffen. Für die in der öffentlichen Debatte oft zu kurz kommenden Interessen der nachfolgenden Generation ist das eine wichtige Botschaft.

tation, 1978, S. 334ff.; und *Martin Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 243ff.

Wohin steuert der UN-Menschenrechtsrat? Stand und Perspektiven des Review-Prozesses

Bernd Finke/Viktor von Essen*

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Rechtsgrundlagen und Verfahrensstand des Review-Prozesses
- III. Von der Menschenrechtskommission zum Menschenrechtsrat - Neuanfang oder Kontinuität?
- IV. Erwartungshaltungen an den Review-Prozess
- V. Perspektiven

I. Einführung

Am 25. Oktober 2010 fiel in Genf der offizielle Startschuss für den Prozess der Überprüfung des Menschenrechtsrats der Vereinten Nationen (Review). Dieser ist bereits in den Gründungsdokumenten des Rats vorgesehen.¹ Es wird angestrebt, den Review-Prozess noch vor der Sommerpause dieses Jahres mit einer Resolution der 65. UN-Generalversammlung in New York zum Abschluss zu bringen. Was sind die zentralen Themen des Review-Prozesses? Wie ist der Verhandlungsprozess strukturiert? Um welche Ziele wird gerungen? Welche Konturen zeichnen sich für das Verhandlungsergebnis ab?

II. Rechtsgrundlagen und Verfahrensstand des Review-Prozesses

Unter dem Oberbegriff des Review des UN-Menschenrechtsrats (MRR/Rat) erfol-

gen drei verschiedene Überprüfungsprozesse:

Erstens sieht die operative Klausel 1 der MRR-Gründungsresolution vor, dass die UN-Generalversammlung in New York den Status des Rats innerhalb von fünf Jahren nach seiner Gründung überprüfen soll² – Fristablauf war März 2011.

Zweitens ist in der operativen Klausel 16 der Gründungsresolution festgelegt, dass der Menschenrechtsrat in Genf selbst, und zwar fünf Jahre nach seiner Arbeitsaufnahme, seine Arbeit und Funktionsweise überprüfen und darüber an die Generalversammlung berichten soll³ – diese Frist läuft im Juni 2011 ab.

Drittens kommt die in der Geschäftsordnung des Rats („Institution-Building-Package“)⁴ festgelegte Überprüfung von „Modalitäten und Periodizität“ des menschenrechtlichen Staatenüberprüfungsverfahrens („Universal Periodic Review/UPR“) nach Abschluss der erstmaligen Überprüfung aller 192 UN-Mitgliedstaaten hinzu – Termin dafür ist März 2012.⁵

* Der vorliegende Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung der Verfasser wieder.

¹ Siehe die Operativen Klauseln 1 und 16 der Gründungsresolution vom 3. April 2006, UN-Dok. A/RES/60/251.

² Operative Klausel 1 der Gründungsresolution (Fn.1): „...the Assembly shall review the status of the Council within 5 years.“

³ Operative Klausel 16 der Gründungsresolution (Fn. 1): „Decides further that the Council shall review its work and functioning five years after its establishment and report to the General Assembly.“

⁴ UN-Dok A/HRC/Res/5/1 vom 18. Juni 2007 (MRR-Res. 5/1), online abrufbar unter <http://www1.umn.edu/humanrts/iwraw/Inst-building-UN.pdf>.

⁵ Siehe operative Klausel 14 der MRR-Res 5/1 (Fn. 4).

Es handelt sich also insgesamt um drei Review-Prozesse (Status, Funktionsweise und UPR), die an zwei Orten (Genf und New York) mit unterschiedlichen Fristen stattfinden. Allerdings bestand schnell Konsens darüber, dass die Prozesse eng miteinander verzahnt sind und schließlich bei der Generalversammlung in New York zusammenfließen müssten. Als Zieldatum für ein Gesamtpaket wird – ungeachtet der ursprünglich verschiedenen Fristnennungen – der Sommer diesen Jahres anvisiert.

Für den weiteren Review-Prozess in New York hat der Präsident der UN-Generalversammlung bereits im März 2010 zwei erfahrene Vermittler (Fazilitatoren) ernannt, nämlich die UN-Botschafter Liechtensteins und Marokkos.

Hinsichtlich der Erstellung des in der operativen Klausel 16 vorgesehenen MRR-eigenen Berichts in Genf hatte der Rat bei seiner 12. Sitzung im September 2009 auf Initiative Russlands die Einsetzung einer Arbeitsgruppe beschlossen,⁶ die zweimal je fünf Werktage zusammen kommen sollte: Die erste Sitzung fand vom 25. bis 29. Oktober 2010 statt, die zweite Runde erfolgte am 7., 17. und 18., sowie 23. und 24. Februar 2011. Nach der ersten, ohne konkretes Abstimmungsergebnis verlaufenen Gruppensitzung wurden auch für den Genfer Review-Prozess Fazilitatoren ernannt, und zwar für fünf als besonders sensibel eingestufte Themenbereiche:

- Arbeitsweisen des Rats (Fazilitator: Brasilien),
- Sonderberichterstatte (Fazilitator: Finnland),
- UPR-Verfahren (Fazilitator: Marokko),
- Arbeitsprogramm/Tagesordnungen (Fazilitator: Indien) und
- Beratendes Expertengremium sowie Vertrauliches Beschwerdeverfahren (Fazilitator: Rumänien).

Zu diesen Themen hatten die Staatenvertreter während der ersten Sitzung der Ar-

beitsgemeinschaft zahlreiche Review-Vorschläge eingebracht, die in einem über 100 Seiten umfassenden Dokument zusammengefasst worden waren.⁷ Aufgabe der Genfer Fazilitatoren war es, die Änderungsvorschläge auf Machbarkeit und Konsensfähigkeit hin zu überprüfen.

Die offiziellen Regierungsverhandlungen zum Review wurden von einer ganzen Reihe informeller Treffen von Vertretern der Botschaften und Hauptstädte vorbereitet und flankiert. Überlegungen zu Inhalt und Ziel des Review wurden zudem von der Zivilgesellschaft mit eigenen, wertvollen Konzeptpapieren unterstützt.⁸ Für die Europäische Union (EU) kristallisierten sich schnell insbesondere die folgenden „roten Linien“ heraus, die als Orientierungsgröße für die Review-Verhandlungen dienen:

- Wahrung der Unabhängigkeit der Sonderberichterstatte (wie auch der Hochkommissarin für Menschenrechte),
- keine Verschlechterung bei der Einberufung zu länderspezifischen Lagesitzungen,
- keine Einschränkung der Teilhabe der Nichtregierungsorganisationen an der Arbeit des Menschenrechtsrats und
- keine Verwässerung des UPR.

Ende Februar fasste der Präsident des MRR, der UN-Botschafter Thailands, die Ergebnisse der Genfer Review-Verhandlungen in einem Ergebnisdokument zusammen, das er dem Rat am 7. März 2011 zur Billigung vorlegte. Im Windschatten der Ratsbefassung mit der aktuellen Menschenrechtslage in Libyen

⁶ Vom 16. Oktober 2009, UN-Dok. A/HRC/RES/12/1.

⁷ Siehe „Report of the open-ended intergovernmental working group on the review of the work and functioning of the Human Rights Council, UN-Dok. A/HRC/WG.8/2/1, S. 26-141“, online abrufbar unter: http://www.upr-info.org/IMG/pdf/a_hrc_wg.8_2_1_report_of_the_igwg_on_the_hrc_review.pdf.

⁸ Siehe zum Beispiel mit Bezugnahme auf eine am 14. und 15. Oktober 2010 in Berlin abgehaltene Konferenz *Theodor Rathgeber, Reviewing the UN Human Rights Council, Perspectives from Civil Society*, online abrufbar unter: <http://library.fes.de/pdf-files/iez/07625.pdf>.

wurde das Abschlussdokument ("Report of the open-ended intergovernmental working group on the review of the work and functioning of the Human Rights Council")⁹ ohne weitere Aussprache und Abstimmung im Konsens angenommen und per Resolution vom 25. März 2011¹⁰ der UN-Generalversammlung in New York überwiesen.

III. Von der Menschenrechtskommission zum Menschenrechtsrat - Neuanfang oder Kontinuität?

Die Positionierungen zum MRR-Review hingen naturgemäß von der Zwischenbilanz ab, die in den Regionalgruppen und Regierungen zur Arbeit des Menschenrechtsrats seit 2006 – auch im Lichte der Arbeiten der Menschenrechtskommission (MRK) als Vorläufergremium – gezogen wurden.¹¹

Zur Erinnerung: Die 2005/2006 erfolgte Gründung des MRR war vor allem auch das Resultat einer weit verbreiteten Frustration mit der Arbeit der MRK,¹² die nach beachtlichen, sogar historischen Erfolgen bei der Ausarbeitung der menschenrechtlichen Vertragswerke („standard-setting“)¹³

einen Prozess zunehmender Politisierung durchlaufen hatte.

Das Grundmuster war dabei stets das gleiche: hier die unnachgiebige Berufung auf die Staatensouveränität und den völkerrechtlichen Grundsatz der Nichteinmischung in die inneren Angelegenheiten der Staaten, dort das Bestreben der internationalen Gemeinschaft, im Falle schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen eine internationale Verpflichtung zu einer Intervention zu begründen, damit Menschenrechtsverletzungen wirksam verhindert oder unterbunden werden können.¹⁴ Der frühere UN-Generalsekretär Kofi Annan hielt in seinem viel beachteten menschenrechtspolitischen Grundsatzbericht „In Larger Freedom“¹⁵ im September 2005 die Beobachtung fest, dass Staaten die Mitgliedschaft in der MRK nicht suchen, um Menschenrechte zu stärken, sondern um sich selbst vor Kritik zu schützen oder um andere kritisieren zu können.¹⁶ Dies führte zu einer „Selbsterstörung auf Raten“¹⁷: Es kam zu selektiven Anklagen gegen einzelne Staaten unter Schonung der Menschenrechtsverletzer aus dem eigenen Allianzsystem, der Verwendung doppelter Standards bei der Bewertung von politi-

⁹ (Fn. 7).

¹⁰ Online abrufbar unter: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/16session/resolutions.htm>.

¹¹ In der Literatur finden sich erste Zwischenbilanzen unter anderem bei *Sven Bernhard Gareis*, Der UN-Menschenrechtsrat: Neue Kraft für den Menschenrechtsschutz?, in: APuZ 46 (2008), S. 15-21 (S. 20) und bei *Eckart Klein/Marten Breuer*, (Un-)Vollendete Reformschritte in den Vereinten Nationen: die Beispiele Sicherheitsrat und Menschenrechtsrat, in: Hans J. Münk (Hrsg.), Die Vereinten Nationen sechs Jahrzehnte nach ihrer Gründung, 2008, S. 75-116 (S. 75 ff., S. 95 ff.).

¹² Vgl. *Christian Tomuschat*, Human Rights – Between Idealism and Realism, 2. Aufl. 2008, S. 134.

¹³ Hervorzuheben sind insbesondere die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948, UN-Dok. A/RES/217; der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, UNTS Bd. 999, S. 171; BGBl. 1973 II, S. 1534 sowie der In-

ternationale Pakt über Wirtschaftliche, Soziale und Kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966, UNTS Bd. 999, S. 3; BGBl. 1976, S. 428 .

¹⁴ Siehe mit Bezugnahme auf die militärische Intervention in Libyen die Auseinandersetzung zwischen *Christian Tomuschat* („Wenn Gaddafi mit blutiger Rache droht“, F.A.Z. vom 23. März 2011) und *Reinhard Merkel* („Die Militärintervention gegen Gaddafi ist illegitim“, F.A.Z. vom 22. März 2011). Zum aktuellen Diskussionsstand hinsichtlich einer „responsibility to protect“ bei besonders schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen wie Völkermord, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit siehe *Christina Gabriela Badescu*, Humanitarian intervention and the responsibility to protect, 2011.

¹⁵ Vgl. *Kofi Annan*, In Larger Freedom, Ziff. 181ff., online abrufbar unter: <http://www.un.org/largerfreedom/contents.htm>.

¹⁶ Vgl. *Annan* (Fn. 15), Ziff. 183.

¹⁷ Vgl. *Silvi Sterr*, Selbsterstörung auf Raten. Menschenrechtskommission 2004, in: Vereinte Nationen (2005), S. 101-104.

schen und sozialen Menschenrechten sowie zu politisch motivierten Handlungsblockaden, selbst in Fällen von gravierenden Menschenrechtsverletzungen.¹⁸

Vor diesem Hintergrund schlug *Kofi Annan* die Auflösung der MRK und die Schaffung eines permanenten Menschenrechtsrates vor – zunächst als Nebenorgan, aber mit der Perspektive der Entwicklung zu einem Hauptorgan der Weltorganisation.¹⁹ *Annans* Initiative erfolgte vor dem Hintergrund einer allgemeinen Debatte um eine größere, breiter angelegte Reform des UN-Systems, bei dem es unter anderem auch um die Reform des UN-Sicherheitsrats und die Gründung der „Peace Building Commission“ ging.²⁰

Im Anschluss an intensive Diskussionen im Rahmen des UN-Jubiläumsgipfels 2005 konnte zwischen den UN-Mitgliedstaaten am 15. September 2005 eine Einigung zu einer grundsätzlichen Errichtung eines Menschenrechtsrats erzielt werden.²¹ Die Generalversammlung rief den Menschenrechtsrat am 15. März 2006 schließlich mit der Resolution 60/251²² ins Leben. Dem MRR gehörten fortan 47 Mitglieder an, die jeweils für drei Jahre (Wiederwahl möglich) gewählt werden und die nach festgelegtem Proporz den verschiedenen UN-

Regionalgruppen angehören.²³ Schließlich erfolgte die Ausgestaltung der MRR-Verfahren und Instrumente im Juni 2007 mit der Verabschiedung des „Institution-Building-Package“.²⁴

Hauptaufgaben des MRR sind die Verabschiedung von thematischen und länder-spezifischen Resolutionen, die Einsetzung von Sonderberichterstattern, Unabhängigen Experten oder Arbeitsgruppen zu Ländersituationen oder sektoralen Themen, sowie die Entwicklung neuer menschenrechtlicher Standards (wie zuletzt im Jahr 2008 die Erarbeitung eines Zusatzprotokolls zum Sozialpakt oder derzeit die Erarbeitung eines Individualbeschwerdeverfahrens zur Kinderrechtskonvention). Mandatiert wurde der Rat auch damit, sich mit (schwerwiegenden und systematischen) Menschenrechtsverletzungen in allen Teilen der Welt zu befassen. Im Frühjahr 2008 setzte außerdem das so genannte Universal-Periodic-Review-Verfahren ein, das nach 10 Sitzungsperioden bislang insgesamt 159 Länder durchlaufen haben. Deutschland stellte sich dem Verfahren am 2. Februar 2009.²⁵

Der Rat verfügt zudem über ein Beratendes Expertengremium (Advisory Council), bestehend aus 18 unabhängigen Experten, darunter der Deutsche Dr. *Wolfgang Heinz* (Deutsches Institut für Menschenrechte). Der Rat behandelt im Rahmen des so genannten „Vertraulichen Beschwerdeverfahren-

¹⁸ Beispielsweise wird die Reaktion auf die schweren Menschenrechtsverletzungen im Darfur-Konflikt als unzureichend angesehen (siehe „U.N.: Mixed Start for New Human Rights Council“, Pressemitteilung von Human Rights Watch vom 29. Juni 2006). Auch nach dem Ende des Bürgerkrieges in Sri Lanka erfolgte keine Untersuchung der Menschenrechtsverletzungen (siehe hierzu *Catherine Philp*, „Sri Lanka forces West to retreat over ‘war crimes’ with victory at UN“, *The Times* vom 28. Mai 2009).

¹⁹ Vgl. *Annan* (Fn. 15), Ziff. 181ff.

²⁰ Online abrufbar unter: <http://www.un.org/secureworld/>.

²¹ Siehe 2005 World Summit Outcome, UN-Dok. A/RES/60/1, operative Klauseln 157ff., online abrufbar unter: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/487/60/PDF/N0548760.pdf?OpenElement>.

²² (Fn. 1).

²³ Vgl. die operative Klausel 16 der Gründungsresolution (Fn. 1). Auf die geopolitischen Regionalgruppen sind die Stimmen wie folgt verteilt: Afrika (13 Mitgliedstaaten [Libyen ist seit dem 1. März 2011 suspendiert, siehe Fn. 42]), Asien (13 Mitgliedstaaten), Osteuropa (6 Mitgliedstaaten), Karibik und Lateinamerika (8 Mitgliedstaaten), Westeuropa und restliche Staaten (7 Mitgliedstaaten).

²⁴ (Fn. 4).

²⁵ Schwerpunkt der Überprüfung Deutschlands war die Ausländerpolitik, siehe *Jürgen Dunsch*, „Menschenrechtler rügen Deutschland“, *F.A.Z.* vom 3. Februar 2009; Dokumente zum Prüfungsverfahren der Bundesrepublik Deutschland sind online abrufbar unter: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR%5CPAGES%5CDESession4.aspx>.

rens“ in geschlossener Sitzung Beschwerden über systematische Menschenrechtsverletzungen.

Trotz dieser institutionellen Neuerungen stehen Effizienz und Glaubwürdigkeit des MRR weiterhin unter kritischer Beobachtung. Die Kritik macht sich insbesondere fest an:

- den Versuchen der Relativierung des Konzepts der Universalität der Menschenrechte,
- der Entwicklung zweifelhafter neuer, der Kollektivierung beziehungsweise Entindividualisierung der Menschenrechte Vorschub leistender Themen (zum Beispiel „international solidarity“²⁶, „traditional values“²⁷, „defamation of religions“²⁸),
- der selektiven Befassung mit Länderlagen (eigenständiger Tagesordnungspunkt zur

Menschenrechtssituation in den besetzten palästinensischen Gebieten²⁹),

- der nicht adäquaten Behandlung von Menschenrechtskrisen und schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen (Beispiel: Sondersitzung zu Sri Lanka 2009³⁰),
- der Tatsache, dass (zumindest aus westlicher Perspektive) im MRR auch Staaten mit hoch problematischer Menschenrechtsbilanz mit Sitz und Stimme vertreten sind.

Diese Kritik gründet sich zum Teil in Systemschwächen des Rates an sich (zum Beispiel ungünstige Mehrheitsverhältnisse, fehlende Prüfung von Kandidaten vor den Wahlen). Ebenso ursächlich ist aber auch der politische Unwille mancher Mitgliedstaaten, den MRR zu einem Forum zu machen, das sich zwar einerseits kooperativ über „best practices“ bei der Implementierung menschenrechtlicher Standards austauscht, das aber andererseits auch bereit ist, Menschenrechtsverletzungen beim Namen zu nennen und kooperationsunwillige Staaten in die Schranken zu weisen. Hinzu kommt die mangelnde politische Bereitschaft, mitunter auch die durch personelle Kapazitätsengpässe bedingte Unfähigkeit in den Kreisen mancher UN-Mitgliedstaaten, sich aus einer starken Regionalgruppensdynamik zu befreien und eigene Positionen zu entwickeln.

Nach knapp fünfjähriger Tätigkeit machte sich bei vielen Beobachtern der Eindruck breit, dass der MRR im Großen und Ganzen in die Denk- und Politikmuster der alten MRK verfallen sei und der beabsichtigte große Reformwurf zur weltweiten Stärkung der Menschenrechte nicht gelungen ist.³¹

²⁶ Die *International solidarity* wird in diesem Kontext als eine Verpflichtung der entwickelten Mitgliedstaaten zur Entwicklungshilfe interpretiert. Siehe hierzu die am 1. Oktober 2009 vom MRR verabschiedete Resolution „Human rights and international solidarity“, UN-Dok. A/HRC/12/L.20.

²⁷ Gegenstand dieser Resolution ist der Versuch einer Relativierung des Universalitätsprinzips der Menschenrechte unter dem Vorwand kultureller und regionaler Eigenheiten („traditional values“). Siehe hierzu die am 2. Oktober 2009 vom MRR verabschiedete Resolution „Promoting human rights and fundamental freedoms through a better understanding of traditional values of humankind“, UN-Dok. A/HRC/12/L.13/Rev.1 sowie die Pressemitteilung von Human Rights Watch vom 2. Oktober 2009, online abrufbar unter: <http://www.hrw.org/en/news/2009/10/05/un-human-rights-council-traditional-values-vote-and-gaza-overshadow-progress>.

²⁸ Unter diesem Gesichtspunkt wird versucht, die Religionen und nicht die einzelnen Menschen zum Träger von Menschenrechten zu machen und die Diffamierung von Religionen als neue Form des Rassismus zu verankern. Siehe hierzu die vom MRR am 15. April 2010 verabschiedete Resolution „Combating the defamation of religions“, UN-Dok. A/HRC/RES/13/16 sowie die Informationsplattform [humanrights.ch](http://www.humanrights.ch), online abrufbar unter: http://www.humanrights.ch/home/de/Instrumente/Nachrichten/Diverse_Gremien/idcatart_8576-content.html.

²⁹ Siehe Punkt 7 der in der MRR-Res. 5/1 (Fn. 4) festgelegten Agenda.

³⁰ Siehe hierzu *Philp* (Fn. 18).

³¹ Vgl. *Gareis* (Fn. 11), S. 20 und *Klein/Breuer* (Fn. 11), S. 109ff.

IV. Erwartungshaltungen an den Review-Prozess

In Deutschland fand die Kritik an der Arbeit und Funktionsweise des Menschenrechtsrats sogar Eingang in den Koalitionsvertrag der Bundesregierung: „Der Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen“, so heißt es dort, „darf nicht zum Spielfeld nationaler Machtinteressen werden, sondern soll sich als internationales Sprachrohr gegen Menschenrechtsverletzungen etablieren“³²: Mit dieser Vorgabe war zugleich auch aus deutscher Sicht die Wegmarke für die Review-Verhandlungen gesteckt worden, nämlich den MRR zu einem Gremium zu entwickeln, das die effektive Beaufsichtigung und Umsetzung der menschenrechtlichen Kernstandards als seine wesentliche Aufgabe begreift.

1. Verhandlungsklima in Genf

Bereits im Vorfeld der Verhandlungen stellte sich indessen heraus, dass alte Streitfragen aus den beiden Gründungsjahren des Menschenrechtsrats (2006 und 2007) erneut im Zentrum der Diskussionen stehen sollten. Thematisch konzentrierte man sich insbesondere auf die Frage nach der Unabhängigkeit der Sonderberichterstatter sowie der konkreten Ansprache von menschenrechtlich problematischen Ländersituationen. Eine weitere Streitfrage war die extensive Behandlung von Themen mit Nahost-Bezug in Form eines eigenen Tagesordnungspunktes des MRR. Die bereits in der MRK bestehenden ideologischen Gräben bestimmten auch den Bewertungsprozess der bisherigen Arbeit des MRR.

Das Ergebnis-Dokument³³ ist Zeugnis dieser fundamentalen und bislang unüberbrückbaren Gegensätze, die den Überprüfungsprozess wie auch die Arbeit des Menschenrechtsrats von Beginn an geprägt ha-

ben: auf der einen Seite der Wunsch des „Westens“ nach einer Stärkung der Instrumente des Rats und seiner Fähigkeit, problematische Menschenrechtssituationen weltweit effizient und zeitnah zu behandeln; auf der anderen Seite das Anliegen des so genannten „politischen Südens“, eben dies zu verhindern und im Rat jedwede Ansätze eines „Naming and shaming“ zu unterbinden (wobei allerdings diese Vorgabe bei der Behandlung von Israel nicht eingehalten wird).

Angesichts dieser Gefechtslage hatte es der thailändische Ratspräsident als Verhandlungsführer abgelehnt, strittige Fragen vertiefend zu verhandeln. Er konzentrierte sich stattdessen auf wenige, in erster Linie technische Änderungsvorschläge, die zu einer Rationalisierung der Arbeit des MRR beitragen sollen. So wurde beispielsweise festgelegt, dass der Ratszyklus an das Kalenderjahr angepasst werden soll und ein Büro des Ratspräsidenten zur Unterstützung seiner Arbeit geschaffen werden soll.

Im Einzelnen standen bei den Genfer Verhandlungen die Themen „Universal Periodic Review“, Unabhängigkeit der Sonderberichterstatter und Ansprache von akuten Ländersituationen im Vordergrund:

a) Universal Periodic Review

Das UPR gilt als eines der erfolgreichsten und innovativsten Instrumente des MRR. Diesbezüglich wurden viele Vorschläge technischer Natur diskutiert. Eine Einigung konnte hinsichtlich der Verlängerung des Überprüfungsrythmus von vier auf vier- einhalb Jahre (operative Klausel 3 des Ergebnis-Dokuments³⁴) sowie zur Ausweitung der bislang stark reduzierten Bestimmung der Rednerlisten (operative Klausel 11 sowie Anhang 1) erzielt werden.

Von zentraler Bedeutung für die westlichen Mitgliedstaaten war die Frage der Implementierung der UPR-Empfehlungen. Die Vorlage von Zwischenberichten und Implementierungsplänen vollzieht sich

³² Wachstum. Bildung. Zusammenhalt. Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, S. 126, online abrufbar unter: <http://www.cdu.de/doc/pdfc/091026-koalitionsvertrag-cducsu-fdp.pdf>.

³³ (Fn. 7).

³⁴ (Fn. 7).

bislang, wenn überhaupt, auf freiwilliger Basis. Vorstöße während der Verhandlungen, ein obligatorisches, formalisiertes Implementierungsverfahren zu etablieren, fanden allerdings keine Mehrheit.

Zukünftig wird es maßgeblich darauf ankommen, die Implementierungsforschritte im Rahmen des zweiten, 2012 beginnenden UPR-Zyklus anzusprechen und den Umsetzungsprozess in den Mitgliedstaaten unter Mithilfe der Zivilgesellschaft zu unterstützen.

b) Unabhängigkeit der Sonderberichterstatter

Höchst umstritten war die Fragen nach der Unabhängigkeit der derzeit 41 Sonderberichterstatter. Aus dem Kreis der so genannten nichtpaktgebundenen Staaten (NAM)³⁵ war der Vorschlag zur Einrichtung eines Aufsichtsgremiums eingebracht worden mit dem Ziel, die Sonderberichterstatter enger an die Leine des MRR zu nehmen. Der Vorstoß fand jedoch, auch dank intensiver diplomatischer Interventionen der EU-Mitgliedstaaten, keine Mehrheit. Einigen konnte man sich auf neue Regeln zur Verfeinerung des Ernennungsprozesses der Sonderberichterstatter (operative Klausel 22), die dazu beitragen sollen, dass die Kandidatenauswahl entpolitisiert wird und künftig mehr ausgewiesene Experten als Sonderberichterstatter eingesetzt werden können. Zu begrüßen ist ferner, dass eine intensivere Beteiligung der nationalen Menschenrechtsinstitute vorgesehen ist.³⁶ Auch der interaktive Dialog zwischen Sonderberichterstattern und Mitgliedstaaten soll künftig intensiviert werden (operative Klausel 25).

³⁵ Dem Non-Aligned Movement (NAM) beziehungsweise der Bewegung Blockfreier Staaten gehören derzeit 118 UN-Mitgliedstaaten an.

³⁶ Die operative Klausel 28 der Gründungsresolution (Fn. 1) sieht vor, dass "National human rights institutions ... shall be entitled to intervene immediately after the country concerned during the interactive dialogue following the presentation of a country mission report by a special procedure."

c) Akute Ländersituationen

Die operativen Klauseln 3 und 5 (f) der Gründungsresolution definieren, wie erwähnt, die Verpflichtung des MRR, sich Situationen akuter Menschenrechtsverletzungen zu widmen und sowohl Handlungsempfehlungen diesbezüglich auszusprechen als auch die Pflicht, zur Vermeidung derartiger Situationen beizutragen. Mit der zeitnahen Bereitschaft des MRR, sich mit akuten Ländersituationen zu befassen, steht und fällt – jedenfalls aus westlicher Perspektive – die Reputation dieses Gremiums.

Es war und ist deshalb ein zentrales Anliegen der westlichen MRR-Mitgliedstaaten, den MRR zu einem Forum zu entwickeln, in dem dringende Ländersituationen zeitnah auf die Tagesordnung gesetzt werden – sei es durch die Einberufung von Sondersitzungen nach Regel 6 des „Institution-Building-Package“,³⁷ sei es durch länderspezifische Unterrichtungen und Anhörungen seitens der Hochkommissarin oder der Sonderberichterstatter, sei es durch eine Ergänzung der Tagesordnungen um wöchentliche oder zweiwöchentliche *Jours fixes*, bei denen Staatenvertreter, aber auch Nichtregierungsorganisationen, zu aktuellen Fragen diskutieren können – und dies auch ohne die bislang standardisierte Verabschiedung von Resolutionen. Diskutiert wurde auch die Definition von Auslöseverfahren („trigger mechanisms“), die eine automatische Befassung des MRR mit akuten Menschenrechtssituationen nach sich gezogen hätte.

Gegen all diese Vorschläge formierte sich von Beginn der Genfer Review-Verhandlungen an massiver Widerstand aus den Reihen der Bewegung Blockfreier Staaten. Es wurde argumentiert, dass der MRR gerade kein Forum des „Naming and shaming“ sein solle, sondern sich unter Einbindung aller Mitgliedstaaten als Forum einvernehmlicher Kooperation und des Ausgleichs begreifen müsse.

³⁷ (Fn. 4).

2. Weitere Schritte in New York

Das Ergebnis des Genfer Review-Prozesses wurde in der 16. Ratssitzung im Konsens am 7. März 2011 verabschiedet und per Resolution vom 25. März 2011³⁸ an die UN-Generalversammlung nach New York überwiesen. Unter Leitung der beiden Fazilitatoren wird man sich in New York nun der Frage des Status des Menschenrechtsrats widmen. Diesbezüglich haben die beiden Fazilitatoren deutlich gemacht, dass sie unter der Statusfrage nicht nur das Verhältnis des MRR zum 3. Ausschuss der Generalversammlung oder die Frage der Aufwertung des Rats zu einem UN-Hauptorgan verstehen wollen, sondern zudem auch die Entwicklung von Wahl- und Mitgliedschaftskriterien für den Rat erörtern wollen. Dazu gib es zu Beginn des New Yorker Review-Prozesses derzeit folgende Überlegungen:

a) Status des MRR

Eine Aufwertung des MRR zu einem Hauptorgan wurde bereits bei der Schaffung des MRR diskutiert.³⁹ Die Frage hat bei den Arbeiten zum Review-Prozess bislang aber keine prominente Rolle gespielt. Dies liegt einerseits darin begründet, dass eine Einrichtung eines weiteren UN-Hauptorgans nur mit einer Änderungen der UN-Charta einhergehen kann und diese derzeit nur im Kontext eines Gesamtansatzes, der auch eine Reform des UN-Sicherheitsrates einschließen müsste, vorstellbar ist. Im Übrigen wird von Kritikerseite formuliert, dass die bisherige Bilanz des MRR keine Empfehlung darstellt, ihn zu einem UN-Hauptorgan zu machen.

b) Kriterien für eine Ratsmitgliedschaft

Die MRR-Gründungsresolution⁴⁰ schreibt in der operativen Klausel 9 vor, dass die

Mitgliedstaaten des Rats die höchsten Menschenrechtsstandards aufrechterhalten müssten und bei der Wahl der Mitglieder deren Beitrag zur Achtung und Förderung der Menschenrechte wie auch die freiwilligen menschenrechtlichen Selbstverpflichtungen zu berücksichtigen seien. Dass eine Reihe von Mitgliedstaaten des MRR diesen Kriterien nicht genügen und dass bei der Wahl in den Rat die menschenrechtliche Erfolgsbilanz der Kandidaten nicht (immer) das ausschlaggebende Kriterium darstellt, ist eine UN-politische Alltagsweisheit.

Um das menschenrechtliche Mitgliedschaftsprofil des Rats zu stärken, wird daher überlegt, die Mitgliedschaftskriterien zu konkretisieren. Gedacht wird dabei daran, die Praxis „offener Einladungen“ („open invitation“) an die Sonderberichterstatter oder das Erfordernis der Ratifizierung der wichtigsten menschenrechtlichen Vertragswerke zu einer Voraussetzung für MRR-Kandidaturen zu erheben. Im Gespräch ist auch, die Abgabe von Selbstverpflichtungen („pledges“) verbindlich zu machen. Ferner wird diskutiert, den Staaten aufzuerlegen, ihre Kandidaturen im Wege von Anhörungen in der UN-Generalversammlung zu präzisieren. Auch über ein Verbot der sogenannten „clean slates“, bei denen die UN-Regionalgruppen nur so viele Kandidaten nominieren, wie ihnen Sitze zustehen, wird nachgedacht.

V. Perspektiven

Der bisherige Verhandlungsverlauf in Genf deutet darauf hin, dass der Review-Prozess – von einigen wenigen, eher technischen Modifikationen abgesehen – im Ergebnis den Status quo des Menschenrechtsrats festschreiben wird. Theoretisch besteht zwar die Option, das Genfer Verhandlungspaket in New York wieder zu öffnen und Nachbesserungen zu versuchen – das Interesse daran ist allerdings angesichts unwägbarer Erfolgsaussichten wenig ausgeprägt. Ein Manko ist sicher auch, dass dem laufenden Review-Prozess auf UN-Ebene eine politische Leitfigur fehlt, die die

³⁸ Der Text ist online abrufbar unter: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/16session/resolutions.htm>.

³⁹ Annan (Fn. 15), Ziff. 183.

⁴⁰ (Fn. 1).

Reform des Menschenrechtsrats zur Chefsache macht und das für einen substantielleren Review unerlässliche politische Momentum schafft – so wie dies seinerzeit *Kofi Annan* bei der Gründung des MRR gelungen war.

Die Protagonisten im MRR finden sich damit in einer Patt-Situation wieder. So wenig es dem „Westen“ gelingen wird, den Rat deutlich zu stärken, so wenig wird es dem so genannten politischen „Süden“ („Global South“) gelingen, den Rat und seine Instrumente deutlich zu schwächen – jedenfalls was die Befassung des Rats mit akuten Menschenrechtsverletzungen und die Unabhängigkeit der Sondermechanismen angeht.

Lamentieren hilft allerdings nicht! Es darf nicht vergessen werden: *„Der Menschenrechtsrat spiegelt ein weitgehend repräsentatives Bild der politischen, kulturellen, sozialen und ökonomischen Heterogenität der internationalen Gemeinschaft wider, in der sehr unterschiedliche Auffassungen und Haltungen zu den Menschenrechten und ihrem Schutz bestehen. Diese Realität kann nicht durch den Zuschnitt eines Gremiums überwunden werden, auch nicht durch Konfrontationen, Sanktionen oder Boykotte“*.⁴¹

Da eine Einigung auf konkrete Maßnahmen nicht zu erwarten ist, wird es für die Bundesrepublik Deutschland und ihre Partner auch künftig darauf ankommen, mit zum Teil großem zeitlichen und personellen Einsatz in den Staatengruppen um Mehrheiten für ihre Anliegen zu werben. Die am 1. März 2011 im Konsens angenommene Resolution des MRR zur Suspendierung der Mitgliedschaftsrechte Libyens im Rat⁴² unterstreicht, dass bei entsprechendem politischen Willen eine

Handlungsfähigkeit des MRR – auch ohne Review – besteht.⁴³

Man muss sich zudem vor Augen führen, dass auch dem „Westen“ eine Menschenrechtspolitik des erhobenen Zeigefingers nicht gut ansteht. Ein Blick in die Besuchsberichte der UN-Sonderberichterstatter oder in die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zeigt schnell, dass auch hiesigerseits noch eine Reihe von Hausaufgaben zum Schutz und zur Stärkung der Menschenrechte zu erledigen sind.⁴⁴ Auch der Vorwurf, dass es der Westen mit der Vermeidung menschenrechtlicher Doppelstandards selbst nicht allzu genau nehme, muss ernst genommen werden.⁴⁵ Und schließlich ist nochmals daran zu erinnern, dass der UN-Menschenrechtsrat durchaus auch seine Erfolge hat: Aus deutscher Sicht gilt dies beispielhaft für die von der Bundesregierung gemeinsam mit Spanien verfolgten Resolutionsinitiativen zur internationalen Anerkennung und Stärkung des Menschenrechts auf Wasser und Sanitärversor-

⁴¹ So zutreffend *Sven Bernhard Gareis* (Fn. 11), S. 20f.

⁴² Siehe UN General Assembly press release GA/11050, online abrufbar unter: <https://www.un.org/News/Press/docs/2011/ga11050.doc.htm>.

⁴³ Siehe hierzu auch die Rede von Außenminister Dr. *Guido Westerwelle* vor dem MRR in Genf am 28. Februar 2011, online abrufbar unter: <http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Infoservice/Presse/Reden/2011/110228-BM-Menschenrechtsrat.html>.

⁴⁴ Zu den „Hausaufgaben“ Deutschlands vgl. *Beate Rudolf*, Stellungnahme des Deutschen Instituts für Menschenrechte zum neunten Bericht der Bundesregierung über ihre Menschenrechtspolitik in den auswärtigen Beziehungen und anderen Politikbereichen (BT-Drs. 17/2840) anlässlich der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Menschenrechte und humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages am 19. Januar 2011, online abrufbar unter: <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/>.

⁴⁵ Der an den Westen gerichtete Vorwurf, eine Politik menschenrechtlicher Doppelstandards zu verfolgen, bezieht sich in erster Linie auf die Bereitschaft (beziehungsweise deren Mangel) zur Thematisierung von Menschenrechtsverletzungen seitens Israels in den besetzten Gebieten.

gung, die im Menschenrechtsrat große Erfolge erzielt haben.⁴⁶

Angesichts der vielen menschenrechtlichen Versäumnisse der Staatengemeinschaft ist auf der Habenseite des Rates auch zu verbuchen, dass er den zahlreichen in Genf akkreditierten Nichtregierungsorganisationen ein Forum bietet, um den Opfern von Menschenrechtsverletzungen Stimme und Gehör zu verschaffen und die Staaten unermüdlich an ihre Verpflichtungen zur Einhaltung der Menschenrechte zu erinnern. Diese Wächterrolle der Zivilgesellschaft ist oft unbequem; mitunter wird die Kritik von Nichtregierungsorganisationen auch als überzogen empfunden, dennoch: sie ist unverzichtbar.

Letztlich gilt: Die Einhaltung der Menschenrechte muss weltweit jeden Tag aufs Neue eingefordert werden. Fortschritte müssen dabei oft mühsam errungen werden. Aber es gibt Fortschritte: Denken wir an den Abschied von Militärdiktatur in den Ländern Lateinamerikas, denken wir an die Verbreitung von Demokratie und Menschenrechten im Zuge der EU-Erweiterung, denken wir an die historische Abschaffung von Apartheid in Südafrika. Auch Europa hat einen langen Weg zurücklegen müssen, bis es zu der auf den Menschenrechten basierenden Union zusammengewachsen ist.

Wer für die Stärkung der Menschenrechte streitet, braucht einen langen Atem. Es gibt kaum einen Politikbereich, auf den *Max Webers* Definition von Politik als „...ein starkes langsames Bohren von harten Brettern mit Leidenschaft und Augenmaß zugleich“⁴⁷ so zutrifft wie auf den des internationalen Menschenrechtsschutzes. In dieser Perspektive wird es darum gehen, die Arbeit im Menschenrechtsrat – über den Review-Prozess hinaus – so voranzutreiben, dass sich der Rat zu einem effektiven Gre-

mium des Schutzes und der Stärkung der Menschenrechte fortentwickelt.

⁴⁶ Vgl. *Inga Winkler*, *Lebenselixier* und letztes Tabu. Die Menschenrechte auf Wasser und Sanitärversorgung, 2011.

⁴⁷ *Max Weber*, *Politik als Beruf*, München und Leipzig 1919, S. 66.

Das erste Urteil des Afrikanischen Gerichtshofs für Menschen- und Völkerrechte – zugleich eine Einführung in die Funktionen und Arbeitsweisen des Gerichtshofs

Andreas Zimmermann/Jelena Bäumler

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Afrikas Weg zu einem Gerichtshof für Menschenrechte
- III. Funktionsweise des Afrikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte
- IV. Verhältnis zu anderen afrikanischen Institutionen
- V. Bisherige Praxis des Afrikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte
- VI. Ausblick: Wirksamkeit und Bedeutung des Gerichtshofs

I. Einführung

Fünf Jahre nach Inkrafttreten des Protokolls über den Afrikanischen Gerichtshof für Menschenrechte (AGMR)¹ hat der Gerichtshof am 15. Dezember 2009 sein erstes Urteil gefällt.² Zugleich wurden damit

auch die Grenzen seiner Zuständigkeit deutlich, wurde doch die Klage eines Staatsangehörigen des Tschads gegen Senegal als unzulässig zurückgewiesen. Senegal hat nämlich jedenfalls bislang, wie viele afrikanische Staaten auch, keine Erklärung abgegeben, die überhaupt erst Klagen von Individuen ermöglichen würde. Daher konnte der Gerichtshof auch keine inhaltliche Stellungnahme zu den aufgeworfenen Rechtsfragen abgeben.

Dennoch war der Fall nicht ohne Brisanz: Gegenstand der Klage bildete zwar die behauptete Verletzung von Menschenrechten einer Person durch den Senegal. Die Klage galt jedoch dem Schutz *Hissène Habrés*, dem selbst die Verantwortung für systematische Folter und den Tod von etwa 40.000 Menschen zur Last gelegt wird – eine Konstellation, welche die Initiatoren des Gerichtshofes gewiss nicht zuallererst vor Augen hatten, als sie das Gericht schufen. Gleich im ersten Fall trat damit in eindrucksvoller Weise das Spannungsfeld hervor, welches ein gerichtsförmiges Menschenrechtsschutzsystem fast schon zwangsläufig in sich bergen kann.

Zugleich belegt aber das Urteil, dass das Gericht immerhin seine Arbeit aufgenom-

¹ Der Text des Protokolls über den Afrikanischen Gerichtshof für Menschenrechte (Protokoll) ist abrufbar unter: [http://www.africa-union.org> Documents>Treaties,Conventions&Protocols](http://www.africa-union.org/Documents/Treaties,Conventions&Protocols) und abgedruckt in: ZaöRV 1998, S. 727-732.

² Zum Gerichtshof siehe *Nico Krisch*, The Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, in: ZaöRV 1998, S. 713-732; *Vincent O. Orlu Nmeielle*, The African Human Rights System – Its Laws, Practice, and Institutions, 2001, S. 259-309; *David Padilla*, An African Human Rights Court: Reflections from the Perspective of the Inter-American System, in: Afr. HRLJ (2002), S. 185-202; *Rachel Murray*, A Comparison between the African and European Courts of Human Rights, in: Afr. HRLJ (2002), S. 195-222; *Robert Wundeh Eno*, The Jurisdiction of the African Court on Human and Peoples' Rights, in: Afr. HRLJ (2002), S. 223-232; *N Barney Pityana*, Reflections on the African Court on Human and Peoples' Rights, in: Afr. HRLJ (2004), S. 121-129; *Matthias Bortfeld*, Der Afrikanische Gerichtshof für Menschenrechte, 2005;

Astrid Radunski, Die Afrikanische Union und der Afrikanische Menschenrechtsgerichtshof, in: MRM 2005, S. 59-73; *Gina Bekker*, The African Court on Human and Peoples' Rights: Safeguarding the Interests of African States, in: J. Af. L. (2007), S. 151-172; *Frans Viljoen*, International Human Rights Law in Africa, 2007, S. 418-479; *George Mukundi Wachira*, African Court on Human and Peoples' Rights: Ten years on and still no justice, Minority Rights Group, International Report 2008.

men hat. Es gibt Anlass, den Weg hin zum Gerichtshof nachzuzeichnen, seine Funktionsweisen und Grundlagen näher zu untersuchen, ihn in das größere institutionelle System des Menschenrechtsschutzes in Afrika einzuordnen sowie seine zukünftige Bedeutung näher zu beleuchten.

II. Afrikas Weg zu einem Gerichtshof für Menschenrechte

Bereits seit dem Jahre 1961 wurde im Rahmen der damaligen Organisation für Afrikanische Einheit (OAU) die Idee diskutiert, einen Afrikanischen Gerichtshof für Menschenrechte zu schaffen. Zur Unterzeichnung der Afrikanischen Charta der Rechte der Menschen und der Völker,³ der Banjul-Charta, kam es aber bekanntlich erst auf der Versammlung der Staats- und Regierungschefs der OAU im Jahre 1981 ohne dass dabei jedoch auch ein für etwaige Verstöße gegen die Charta zuständiger Gerichtshof eingerichtet worden wäre.

Vielmehr konnten sich die Vertragsparteien lediglich auf die Schaffung einer Menschenrechtskommission verständigen. Nachdem die Banjul-Charta 1986 in Kraft getreten war, nahm die Afrikanische Kommission für die Menschenrechte und die Rechte der Völker (Afrikanische Kommission) im Jahre 1987 ihre Arbeit auf. Sie soll die Menschenrechte schützen und ihre Durchsetzung fördern, ist allerdings kein Gerichts- sondern nur ein Überwachungsorgan, was eine Verurteilung eines Staates, der Menschenrechte verletzt, ausschließt.

Begründet wurde die Einrichtung einer Kommission anstelle eines Gerichtshofs unter anderem mit dem Argument, dass es eher der afrikanischen Tradition entspräche, ein außergerichtliches Verfahren zu wählen. Eine wichtige Rolle spielte aber wohl auch die Tatsache, dass noch keine hinreichende politische Bereitschaft der afrikanischen Staaten bestand, sich der

Jurisdiktion eines Gerichtshofs zu unterwerfen.

Es dauerte ein weiteres Jahrzehnt, bis die Idee für einen Gerichtshof im Jahre 1993 erneut aufkam, dieses Mal angestoßen durch die Internationale Juristenkommission mit Sitz in Genf. Ein Jahr später erteilte der Generalsekretär der OAU, nicht zuletzt wohl auch unter dem Eindruck der schrecklichen Geschehnisse in Ruanda, den Auftrag, ein Protokoll zur Errichtung eines afrikanischen Menschenrechtsgerichtshofs zu erarbeiten. Ein erster Entwurf kam 1995 bei einem Expertentreffen in Kapstadt zustande. Es folgten zwei weitere Treffen im Jahre 1997, bis das Protokoll 1998 schließlich von den Staatsschefs im Rahmen des Gipfeltreffens der OAU in Ougadougou unterzeichnet wurde.

Es sollten jedoch noch einmal weitere sechs Jahre ins Land gehen, bis schließlich das Protokoll zur Schaffung des AGMR mit der Ratifizierung durch die Komoren als 15. Vertragsstaat am 25. Januar 2004 in Kraft treten konnte. Mittlerweile haben immerhin 25 Mitgliedstaaten der Afrikanischen Union (AU), und damit immer noch weniger als die Hälfte, das Protokoll ratifiziert.⁴

Zwischenzeitlich hatten sich die afrikanischen Staaten entschieden, die 1963 gegründete OAU zu reformieren. Nachdem das Hauptziel, das Ende der Kolonialherrschaft, erreicht war, bestand nach Gründung der Afrikanischen Wirtschaftszone die Notwendigkeit einer Konsolidierung der Verträge über diese und der Charta der OAU. Die 1999 beschlossene Umwandlung in die AU sollte die Organisation effizienter gestalten und nicht zuletzt auch stärker an menschenrechtlichen Themen ausrichten. Mit der Hinterlegung der 36. Ratifikationsurkunde durch Nigeria trat die AU-

³ Vom 27. Juni 1981, UNTS Bd. 1520, S. 217; deutsche Übersetzung abgedruckt in: EuGRZ 1986, S. 677ff. und EuGRZ 1990, S. 348ff.

⁴ Vgl. die Liste der Staaten, die das Protokoll ratifiziert haben (Stand: 17. Februar 2011), abrufbar unter:
http://www.au.int/en/sites/default/files/PROTOCOL_AFRICAN_CHARTER_HUMAN_PEOPLES_RIGHTS_ESTABLISHMENT_AFRICAN_COURT_HUMAN_PEOPLES_RIGHTS.pdf

Gründungsakte schließlich am 21. Mai 2001 in Kraft.

Vorliegend von Interesse ist dabei vor allem, dass mit der Gründung der Afrikanischen Union, neben weiteren Organen, auch die Einrichtung eines weiteren Gerichtshofs, des Afrikanischen Gerichtshofs, einher ging, auf den noch gesondert einzugehen sein wird.

III. Funktionsweise des Afrikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte

1. Zusammensetzung der Richterbank und Sitz des Gerichtshofs

Das Protokoll zur Schaffung des Gerichtshofs sieht vor, dass Personen mit hohem moralischen Charakter, ausgewiesenen juristischen und individuellen Fähigkeiten und Erfahrungen im Bereich der Menschenrechte für das Richteramt in Betracht kommen.⁵

Neben der persönlichen Qualifikation spielt die Frage einer ambitionierten Balance für die Zusammensetzung der Richterbank eine entscheidende Rolle: Die Richter sollen die fünf großen Regionen Afrikas (Süd, West, Ost, Nord und Mitte) repräsentieren, die verschiedenen afrikanischen Rechtssysteme des islamischen Rechts, des Common und Civil law, afrikanisches Gewohnheitsrecht und das südafrikanische römisch-holländische Recht widerspiegeln, und außerdem gewährleisten, dass den afrikanischen Traditionen Rechnung getragen wird. Zudem soll die Richterbank eine gleichberechtigte Geschlechterrepräsentation aufweisen.⁶

Ein Vorschlagsrecht für die Richter haben dabei nur solche AU-Staaten, die das Protokoll ratifiziert haben. Diese Staaten können bis zu drei Kandidaten vorschlagen, von denen mindestens zwei aus dem jeweiligen Land stammen müssen.⁷ Somit können auch Richter aus Staaten ernannt wer-

den, die nicht Mitglied des Protokolls sind. Gewählt werden die Richter von der Ministerversammlung der AU, also von allen 53 Mitgliedstaaten. Dies erscheint sachgerecht, da der AGMR ein Organ der AU ist und andere Staaten innerhalb der sechsjährigen Amtszeit der Richterinnen und Richter das Protokoll ratifizieren können, so dass sie dann auch Mitsprache bei der Besetzung der Richterbank gehabt haben sollten.

Am 22. Januar 2006 wurden beim Gipfeltreffen in Khartum die ersten elf Richter gewählt und im Juni desselben Jahres in Banjul vereidigt.⁸ Die Richter repräsentieren zwar die verschiedenen Regionen und Rechtssysteme. Kritisch wurde jedoch gelegentlich auf die teilweise mangelnde Expertise im menschenrechtlichen Bereich und die Tatsache, dass lediglich zwei Frauen unter ihnen waren, hingewiesen.⁹

Zum Zeitpunkt der Wahl der Richter stand der Gerichtsort noch nicht fest. Erst im August 2007 konnten sich die Staaten auf Arusha in Tansania einigen und konnte ein entsprechendes Abkommen zwischen der Republik Tansania und der Afrikanischen Union abgeschlossen werden. Dahinter stand die Überlegung, das Internationale Konferenzzentrum beziehen zu können, in dem bislang noch das Internationale Straftribunal der Vereinten Nationen für Ruanda tätig ist. Zum damaligen Zeitpunkt war dabei noch nicht absehbar, dass das Tribunal die Räume noch bis Ende 2012 benötigen würde. Dies bringt derzeit erhebliche Schwierigkeiten für den AGMR mit sich, weil er die vorgesehenen Räume noch nicht vollständig nutzen kann.

⁵ Vgl. Art. 11 Abs. 1 des Protokolls.

⁶ Vgl. Art. 11-15 des Protokolls.

⁷ Art. 12 Abs. 1 des Protokolls.

⁸ Richter *Gerard Niyungeko* (Burundi) (Präsident), Richter *Modibo Tounty Guindo* (Mali) (Vizepräsident), Richter *Fatsah Ouguergouz* (Algerien), Richter *Jean Emile Somda* (Burkina Faso), Richterin *Sophia A.B. Akuffo* (Ghana), Richterin *Kelello Justina Mafosoo-Guni* (Lesotho), Richter *Hamdi Faraj Fanoush* (Libyen), Richter *Jean Mutsinzi* (Ruanda), Richter *El Hadji Guissé* (Senegal), Richter *Bernard Ngoepe* (Südafrika), Richter *George Kanyiehamba* (Uganda).

⁹ Ausführlich *Frans Viljoen*, *International Human Rights Law in Africa* (Fn. 2), S. 435.

Derzeit sind – wie bei anderen internationalen Gerichten auch – die Richter, bis auf den Präsidenten, nur in Teilzeit eingesetzt. Diese Frage war zunächst heftig umstritten, da man eine Unvereinbarkeit mit anderen beruflichen Tätigkeiten befürchtete und die Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter gefährdet sah. Vor allem zur Schonung der finanziellen Ressourcen entschied man sich jedoch, erst mit der Zunahme des Arbeitsaufgebots auch die Arbeitszeit der Richter anzupassen. Im Jahr 2008 schieden die ersten beiden Richter aus,¹⁰ ohne je einen Fall entschieden zu haben.

2. Zuständigkeit des Gerichtshofs

Das Protokoll über den AGMR sieht zwei Verfahrensarten vor: zum einen streitige Urteile und zum anderen Rechtsgutachten, welche durch einzelne AU-Mitgliedstaaten, Organe der AU oder eine afrikanische Organisation, welche von der AU anerkannt wird, angefordert werden können.¹¹

Vorliegend soll insbesondere die Zuständigkeit für Streitige Fälle dargestellt werden, die – geht man von den Erfahrungen der anderen beiden regionalen Menschenrechtsgerichtshöfen aus – den wesentlichen Anteil der Fälle ausmachen dürften. Besonders relevant ist dabei vor allem, wer überhaupt eine Klage erheben kann (Zuständigkeit *ratione personae*) und zum anderen, welche Rechtsverletzung Gegenstand eines Verfahrens sein kann (Zuständigkeit *ratione materiae*).

a. Zuständigkeit *ratione personae*

Der Gerichtshof verfügt, je nachdem wer die Klage erhebt, über eine zwingende Zuständigkeit, die jeder Staat automatisch mit der Ratifikation des Protokolls anerkennt, sowie über eine optionale Zuständigkeit,

für die es einer entsprechenden zusätzlichen Unterwerfungserklärung bedarf.

Die *zwingende Zuständigkeit* kann durch privilegierte Antragsberechtigte herbeigeführt werden. Es sind dies: die Afrikanische Menschenrechtskommission, der Vertragsstaat, der eine Beschwerde bei der Afrikanischen Kommission eingeleitet hat, der Vertragsstaat, gegen den eine Beschwerde bei der Afrikanischen Kommission eingeleitet wurde, derjenige Vertragsstaat, dessen Staatsangehöriger Opfer einer Menschenrechtsverletzung geworden ist, und afrikanische zwischenstaatliche Organisationen.¹²

Die *optionale Zuständigkeit* betrifft demgegenüber Klagen von Individuen sowie von Nichtregierungsorganisationen.¹³ Diese können, wie das eingangs erwähnte Beispiel belegt, nur dann vor dem Gerichtshof klagen, sofern der beklagte Staat eine entsprechende Erklärung hinterlegt hat.¹⁴ Die ersten beiden Entwürfe des Protokolls hatten dabei noch vorgesehen, dass Individuen unabhängig von einer solchen Erklärung ihres Staates in Ausnahmesituationen oder bei ernsten, systematischen und massiven Menschenrechtsverletzungen Zugang zum Gerichtshof haben sollten. Schließlich entschied man sich jedoch dazu, keine solche Möglichkeit vorzusehen, sondern die Klagemöglichkeit generell von der Abgabe entsprechender Unterwerfungserklärungen der Staaten abhängig zu machen.

Insbesondere waren viele Staaten nicht bereit, die Entscheidung über die Klagebefugnis von Individuen dem Gerichtshof zu überlassen, der dann in jedem Einzelfall zu beurteilen gehabt hätte, ob im betroffenen Staat eine entsprechende Ausnahmesituation oder aber schwere Menschenrechtsverletzungen vorliegen. Zwar ist die bestehende Regelung angesichts ihrer Klarheit begrüßenswert – sofern denn eine ausreichende Anzahl von Staaten entsprechende

¹⁰ Art. 15 Abs. 1 des Protokolls sieht vor, dass bei der ersten Wahl zwei Richter schon nach zwei Jahren ausscheiden und weitere vier Richter nach vier Jahren.

¹¹ Art. 4 Abs. 1 des Protokolls.

¹² Art. 5 Abs. 1 des Protokolls.

¹³ Art. 5 Abs. 3 des Protokolls.

¹⁴ Vgl. Art. 34 Abs. 6 des Protokolls.

Erklärungen abgeben. Dies haben indes bislang nur Mali und Burkina Faso, also gerade einmal zwei der Vertragsstaaten, getan.

Da somit die Staaten mit der Abgabe der entsprechenden Unterwerfungserklärungen bislang sehr zurückhaltend waren, ist die Möglichkeit, dass die Afrikanische Menschenrechtskommission ein Verfahren einleitet, umso wichtiger. Auf diesem Weg können auch Individualbelange durch den Gerichtshof entschieden werden, vorausgesetzt, die betroffene Person strengt ein Verfahren bei der Kommission an und die Kommission leitet die Beschwerde dann an den Gerichtshof weiter.

Gleichzeitig könnte es auch eine Entlastung für den Gerichtshof darstellen, wenn die Kommission lediglich solche Verfahren weiterleitet, die auch eine gewisse Aussicht auf Erfolg haben. Bisher hat die Afrikanische Menschenrechtskommission aber von der Möglichkeit einer solchen Klageerhebung vor dem Gerichtshof noch keinen Gebrauch gemacht.

b. Zuständigkeit *ratione materiae*

In der Sache hat der Gerichtshof die Zuständigkeit, Fälle zu entscheiden, in denen einer Vertragspartei die Verletzung von Menschenrechten vorgeworfen wird.¹⁵ Bemerkenswert ist, dass Klagen sich sowohl auf eine Verletzung der Banjul-Charta, als auch auf jeden anderen Menschenrechtsschutzvertrag, welchen der betreffende Staat ratifiziert hat, stützen können.

In Betracht kommen speziell auf afrikanischer Ebene etwa die Afrikanische Flüchtlingskonvention,¹⁶ die Afrikanische Kinderrechte-Charta¹⁷ und das 2003 erlassene Protokoll zur Afrikanischen Charta über

die Rechte der Frauen in Afrika;¹⁸ auf universeller Ebene ferner der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte¹⁹ sowie der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte²⁰ oder die UN-Antifolterkonvention.²¹ Strittig ist, ob auch solche Abkommen, die nicht in erster Linie dem Menschenrechtsschutz dienen, wie etwa die Konvention zum Schutz der Natur und natürlicher Ressourcen von 1976 oder die Genfer Konventionen aus dem Jahre 1949 mit ihren Regeln des humanitären Völkerrechts,²² erfasst sind.

Diese umfassende materielle Zuständigkeit des AGMR hat nicht ausschließlich Zustimmung hervorgerufen. Zwar ist die Möglichkeit, dass eine Menschenrechtsverletzung auf jedes von dem fraglichen Staat ratifizierte Abkommen gestützt werden kann und damit zu einem höheren Maß an Durchsetzung vertraglicher Verpflichtungen führt, für die es ansonsten kein internationales Gerichtsorgan gibt, grundsätzlich zu begrüßen. Andererseits steht zu befürchten, dass dies zu einer divergierenden Auslegung führen könnte, so etwa wenn der AGMR zu einem anderen Auslegungsergebnis kommt als der Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen – eine Rechtsunsicherheit, die insgesamt eine Schwächung der Instrumente mit sich bringen könnte.²³

¹⁵ Vgl. Art. 3 und 7 des Protokolls.

¹⁶ OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, UNTS Bd. 1001, S. 45.

¹⁷ Charter on the Rights and Welfare of the Child, ILM 28 (1989) 1448.

¹⁸ African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa, Doc/OS/34c/(XXIII) Annex.

¹⁹ International Covenant on Civil and Political Rights, UNTS, Bd. 999, S. 171.

²⁰ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UNTS, Bd. 993, S. 3.

²¹ Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UNTS, Bd. 1465, S. 85.

²² Geneva Convention relative to the treatment of prisoners of war, UNTS, Bd. 75, S. 135; Geneva Convention relative to the protection of civilian person in time of war, UNTS, Bd. 75, S. 287.

²³ Vgl. zu dieser Diskussion *Krisch* (Fn. 2), S. 722f. und *Bortfeld* (Fn. 2), S. 124.

Im Interesse eines effektiven Menschenrechtsschutzes dürfte grundsätzlich eine Bündelung von Verfahren vor einem Gericht wie dem AGMR erstrebenswert sein. Für den Betroffenen kann es zweifellos ein Hindernis darstellen, wenn er in Menschenrechtsfragen für die Feststellung der Verletzung des einen Abkommens vor einem Gericht klagen muss und für die Verletzung eines anderen Abkommens ein anderes Vertragsorgan anzurufen hat. Dies gilt insbesondere angesichts der Vielfalt der entsprechenden vertraglichen Einrichtungen.

Auch die Überlegung, dass (afrikanische) Staaten möglicherweise aufgrund dieser Vorschrift in Zukunft zurückhaltender bei der Ratifizierung sein werden, spricht nicht gegen diese umfassende Jurisdiktionsklausel. Denn wenn Staaten Abkommen lediglich deswegen ratifizieren, weil sie deren Durchsetzung nicht fürchten müssen, so bleibt die Ratifizierung ohnehin ein Lippenbekenntnis. Im Gegenteil kann dies verhindern, dass Staaten sich der Ratifizierung eines Abkommens rühmen, obwohl sie nicht den Willen haben, dieses zu beachten, weil sie die Durchsetzung ohnehin nicht befürchten müssen. Somit überwiegen die positiven Aspekte dieser Bestimmung. Im Sinne eines harmonischen Menschenrechtsschutzes sollte sich der Gerichtshof jedoch darum bemühen, bereits entschiedene Auslegungsfragen nicht abweichend von anderen Institutionen zu beurteilen.

3. *Verfahrensablauf*

Ist eine Klage anhängig gemacht worden, kann zunächst versucht werden, eine einvernehmliche Streitbeilegung zu erreichen.²⁴ Erscheint dies nicht möglich, so können innerhalb des dann streitigen Verfahrens sowohl schriftliche als auch mündliche Beweise der Parteien herangezogen werden.

²⁴ Art. 9 des Protokolls.

Eine Vor-Ort-Inaugenscheinnahme ist in Einzelfällen möglich und kann sinnvoll sein, um strittige Sachverhalte aufzuklären und einen unmittelbaren Eindruck von der Situation zu gewinnen.²⁵ Ist das Vorverfahren abgeschlossen, findet eine mündliche Verhandlung statt, die in der Regel öffentlich ist.²⁶ Die Parteien können sich rechtlich vertreten lassen, wobei auch ein kostenloser Rechtsbeistand bereitgestellt werden muss, wenn dies die Gerechtigkeit erfordert.²⁷

In dringenden Fällen kann der Gerichtshof auch vorläufige Maßnahmen erlassen²⁸, ohne dass das Protokoll eine eindeutige Bestimmung über die rechtliche Bindungskraft solcher Maßnahmen enthalten würde. Es besagt lediglich, dass die Parteien die *Urteile* des Gerichtshofs befolgen müssen.²⁹ In diesem Zusammenhang wurde zutreffend darauf hingewiesen, dass auch im System des Inter-Amerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte einstweilige Maßnahmen durchaus als bindend angesehen werden und dass sich das Protokoll des AGMR an den Bestimmungen über den Inter-Amerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte orientiert hat.³⁰ Die ausdrückliche Zulassung einstweiliger Maßnahmen spricht dafür, dass diese auch bindend sind zumal ja selbst der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, wie im übrigen auch der Internationale Gerichtshof, seit einigen Jahren davon ausgehen, dass deren einstweiligen Maßnahmen verbindlich sind.³¹

Eine weitere Besonderheit in Verfahren vor dem AGMR ist in der Regelung zu sehen, wonach ein Richter, dessen Heimatstaat in

²⁵ Art. 26 des Protokolls.

²⁶ Art. 10 Abs. 1 des Protokolls.

²⁷ Art. 10 Abs. 2 des Protokolls.

²⁸ Art. 27 Abs. 2 des Protokolls.

²⁹ Art. 30 des Protokolls.

³⁰ *Krisch* (Fn. 2), S. 721.

³¹ Vgl. dazu *Eva Rieter*, Preventing Irreparable Harm. Provisional Measures in International Human Rights Adjudication, 2010.

einem Verfahren Partei ist, ausgeschlossen ist.³² Dies steht im Gegensatz zur Praxis der anderen regionalen Gerichte und des Internationalen Gerichtshofs, bei dem durch die Zulassung eines *Ad-hoc*-Richters aus dem jeweiligen Staat gerade umgekehrt die Möglichkeit der Repräsentation vorgesehen wurde. Die Überlegung, dass ein Richter aus dem beklagten Land möglicherweise über bessere Kenntnisse der Verhältnisse und des Rechtssystems seines Heimatstaates verfügt, spricht für diese Handhabung. Bei den Verhandlungen über das Protokoll des AGMR wurde jedoch eine mögliche Befangenheit und daraus resultierende Beeinflussung als nachteiliger angesehen. Tatsächlich hat die Zulassung eines nationalen Richters in Verfahren vor dem Inter-Amerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte zu erheblichen Schwierigkeiten geführt, die sogar zur Unterbrechung des Verfahrens geführt haben.³³ Andererseits ist es für einen verurteilten Staat möglicherweise leichter ein Urteil zu akzeptieren, an dem jedenfalls ein nationaler Richter mitgewirkt hat.

4. Urteile und deren Durchsetzungen

Das Urteil muss spätestens 90 Tage nach dem Ende der mündlichen Verhandlung von mindestens sieben Richtern erlassen werden und von der Mehrheit getragen sein.³⁴ Richter verfügen dabei über die Möglichkeit, ein Sondervotum zu verfassen. Neben der Feststellung über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Menschenrechtsverletzung kann der AGMR Abhilfemaßnahmen oder Kompensationsleistungen festsetzen.³⁵ Dabei ist er im Gegensatz zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte nicht auf die Verhängung einer Geldsumme beschränkt, sondern kann, wie dies auch der Praxis im interamerikanischen System entspricht, auch

andersartige Handlungspflichten bestimmen. Eine Berufungs- oder Revisionsmöglichkeit gegen Urteile des AGMR besteht nicht.

Gestärkt wird die Durchsetzung der Urteile des AGMR insbesondere dadurch, dass die Überwachung dem Exekutivrat im Auftrag der Versammlung der AU obliegt.³⁶ Ein weiteres Mittel, das sich möglicherweise im Sinne eines „Naming and shaming“ als sinnvoll erweisen wird, ist die Nennung der Staaten, die ein Gerichtsurteil nicht befolgt haben, im Jahresbericht des Gerichtshofs.³⁷ Dieser Bericht wird an die Versammlung der Staats- und Regierungschefs übermittelt und soll öffentlich sein.

IV. Verhältnis zu anderen afrikanischen Institutionen

Der AGMR ist Teil eines größeren, auf den ersten Blick undurchsichtig wirkenden Geflechts von Institutionen und Organen. Interessant ist dabei vor allem das Verhältnis zwischen der Afrikanischen Kommission, also dem ursprünglichen Überwachungsorgan der Banjul-Charta, und dem neu geschaffenen Afrikanischen Gerichtshof. Anders als auf europäischer Ebene bildet das Dach aller dieser Institutionen dabei die AU.

1. Fusion des AGMR und des Afrikanischen Gerichtshofs

Im Zuge des Umbaus der Afrikanischen Union wurde, wie eingangs erwähnt, auch der Afrikanische Gerichtshof errichtet. Seitdem das entsprechende Protokoll auf dem Gipfeltreffen in Maputo im Juli 2003 angenommen wurde, verfügt die AU demnach nunmehr über zwei Gerichte, deren Verhältnis der Klärung bedarf.

³² Art. 22 des Protokolls.

³³ Padilla (Fn. 2), S. 188.

³⁴ Art. 28 des Protokolls.

³⁵ Art. 27 des Protokolls.

³⁶ Art. 29 Abs. 2 des Protokolls. Die Regelungen über den Ministerrat finden sich in Art. 10-13 AU-Charta.

³⁷ Art. 31 des Protokolls.

Gem. Artikel 19 des Protokolls über den Afrikanischen Gerichtshof³⁸ ist dieser für Streitigkeiten, die aus der Anwendung und Auslegung des verfassungsgebenden Aktes der AU und aus Abkommen, die im Rahmen der AU abgeschlossen wurden, zuständig. Darüber hinaus begründen sämtliche völkerrechtlichen Streitfälle die Zuständigkeit des Gerichtshofs. Der Afrikanische Gerichtshof mag somit zwar vornehmlich für Konflikte zwischen Staaten über die Auslegung von Verträgen und Abkommen der AU zuständig sein. Dennoch könnte es zu Überschneidungen in der Zuständigkeit kommen, was zu einer gewissen Verunsicherung innerhalb der afrikanischen Staatengemeinschaft geführt hat.³⁹

Nicht zuletzt daraus, aber auch zur Schonung finanzieller Ressourcen rührte die Überlegung, die beiden Gerichtshöfe zu fusionieren. Der formale Prozess der Fusion erfolgte mit der Annahme des Protokolls über den „African Court of Justice and Human Rights“ am 1. Juli 2008 auf der 11. Generalversammlung der AU in Sharm El-Sheikh. Dieser neugeschaffene Gerichtshof soll aus zwei Sektionen bestehen: einer generellen Sektion und einer für Menschenrechte. Insgesamt sollen dort 16 Richterinnen und Richter tätig sein, wobei jede Kammer mit 8 Richtern ausgestattet wäre.⁴⁰

Das fragliche Protokoll wird jedoch erst nach Hinterlegung der 15. Ratifikationsurkunde in Kraft treten, wobei derzeit erst zwei Staaten, nämlich Mali und Libyen, diesen Schritt gegangen sind.⁴¹ Es wird

daher voraussichtlich noch eine geraume Zeit dauern, bis die Fusion auch real vollzogen sein wird. Der begrüßenswerte Prozess des Zusammenschlusses der beiden Gerichtshöfe verläuft derzeit also gleichsam parallel zum Aufbau des AGMR. Das Protokoll des AGMR bleibt mithin also solange maßgeblich, wie es nicht von dem neuen Protokoll außer Kraft gesetzt worden ist.

2. Zusammenarbeit oder Konkurrenz zwischen AGMR und Afrikanischer Menschenrechtskommission?

Die Afrikanische Menschenrechtskommission hat die Aufgabe, die Menschenrechte und die Rechte der Völker zu schützen sowie die Banjul-Charta auszulegen. Die Hauptschwäche der Kommission ist dabei in der Tatsache zu sehen, dass es sich nicht um ein echtes Rechtsprechungs-, sondern ein reines Überwachungsorgan handelt.

In ihren Verfahren hat die Kommission zwar in gerichtsähnlicher Weise die Parteien zum Erscheinen aufgerufen und vor Ort Ermittlungen durchgeführt.⁴² Darüber hinaus hat sie sich in einem mutigen Beschluss dazu entschieden, Individualbeschwerden anzunehmen. Die Kommission kann jedoch lediglich Empfehlungen aussprechen. Sie verfügt über keine Durchsetzungsmechanismen und kann zudem weder Reparationszahlungen noch andere Kompensationsmaßnahmen festsetzen. Der abschließende Bericht an den betroffenen Staat, der auch an die Versammlung der Staats- und Regierungschefs der AU weitergegeben wird, ist darüber hinaus nicht öffentlich.

Der AGMR und die Kommission haben damit zwar eine unterschiedliche methodische Ausrichtung, aber ein sich überschneidendes sachliches Operationsfeld. Gemäß Artikel 2 des Protokolls soll der AGMR die Arbeit der Kommission ergänzen und unterstützen. Allerdings deutet

³⁸ Abrufbar unter: http://www.au.int/en/sites/default/files/PROTOCOL_COURT_OF_JUSTICE_OF_THE_AFRICAN_UNION.pdf. Inkrafttreten am 11. Februar 2009.

³⁹ Vgl. Pityana (Fn. 2), S. 123.

⁴⁰ Vgl. Art. 16-19 des Protokolls zum Statut des „African Court of Justice and Human Rights“.

⁴¹ Abrufbar unter: http://www.au.int/en/sites/default/files/PROTOCOL_ON_THE_STATUTE_OF_THE_AFRICAN_COURT_OF_JUSTICE_AND_HUMAN_RIGHTS.pdf.

⁴² Krisch (Fn. 2), S. 715.

die Tatsache, dass der AGMR an Entscheidungen der Kommission nicht gebunden ist und auch in der gleichen Sache abweichend entscheiden kann, darauf hin, dass jedenfalls keine hierarchische Ordnung zugunsten der Kommission vorgesehen ist.

Die rechtspolitischen Erwartungen reichen von der Hoffnung über eine intensive Zusammenarbeit auf der einen bis hin zur Befürchtung über eine eventuelle gegenseitige Blockade auf der anderen Seite. Anders als auf der Ebene des europäischen Menschenrechtsschutzes gibt es bisher keine Bestrebungen, die beiden Institutionen zusammenzuführen. Etwaige Hoffnungen auf einen gegenseitigen Unterstützungsprozess scheinen sich derzeit jedenfalls noch nicht zu erfüllen. Bisher ist es noch zu keiner verstärkten Zusammenarbeit gekommen. Die Afrikanische Kommission hat noch keinen Fall vor dem AGMR anhängig gemacht und auch über einen möglichen Austausch von Erfahrungen und Verfahrensabläufen zwischen der Kommission und dem AGMR ist nichts bekannt geworden. Ursache dafür könnten auch Befürchtungen der Kommission sein, von der derzeit schon herrschenden geringen Beachtung neben einem starken Gerichtshof in die Bedeutungslosigkeit abzusinken. Das Potential, das zwei starke Einrichtungen nebeneinander haben könnten, wird dabei möglicherweise übersehen.

V. Bisherige Praxis des Afrikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Wie erwähnt wurde der bisher erste und einzige Fall des Gerichtshofs am 15. Dezember 2009 entschieden.⁴³ Hintergrund

⁴³ Judgment in the matter of Michelot Yogogombaye versus the Republic of Senegal, application No. 001/2008. Abrufbar unter: http://www.african-court.org/fileadmin/documents/Court/Latest_Judgments/English/JUDGMENT_MICHELOT_YOGOGOMBAYE_VS._REPUBLIC_OF_SENEGAL_1_.pdf. Die Einzelmeinung des Richters *Fatsah Ouguergouz*, der dem Urteil im Ergebnis zustimmt, kritisiert zum einen die Länge des Verfahrens, das von Klageeinreichung am 11. August 2008 bis Entscheidung über ein Jahr dauert. Andererseits rügte

des Verfahrens bildeten die Geschehnisse im Tschad in den Jahren 1982 bis 1990, zu einer Zeit also, in der *Hissène Habré* Präsident des Tschad gewesen war. Ihm werden massive Menschenrechtsverletzungen vorgeworfen. Die später eingerichtete nationale Untersuchungskommission gelangte insoweit zu der Einschätzung, dass *Habré* die systematische Folter und Tötung von etwa 40.000 Menschen während seiner Amtszeit angeordnet hat, was ihm den bezeichnenden Namen eines „Pinochet von Afrika“ eingebracht hat.

Nachdem er durch den aktuellen Präsidenten des Tschad, *Idriss Déby*, im Jahre 1990 gestürzt worden war, flüchtete er in den Senegal, wo er jahrelang unbehelligt lebte.

Als 25 Personen in Belgien Anklage erhoben und ein belgischer Richter daraufhin in den Tschad flog, um selbst Ermittlungen vorzunehmen, erließ Belgien einen internationalen Haftbefehl. Die AU entschied jedoch, sich gegen eine Auslieferung *Habrés* auszusprechen und forderte den Senegal lediglich auf, eine Lösung oder andere „afrikanische Option“ zu finden.

Der Antrag Belgiens vor dem Internationalen Gerichtshof, dieser solle in einer einstweiligen Anordnung die Auslieferung *Habrés* durch den Senegal anordnen, hatte keinen Erfolg. Der Internationale Gerichtshof sah aufgrund der Zusicherung Senegals, dass *Habré* den Senegal nicht verlassen werde, und der Erwartung, dass Senegal selbst ein Gerichtsverfahren einleiten wird, die Notwendigkeit für einstweilige Maßnahmen als nicht gegeben an.⁴⁴

er, dass das Urteil erklärt, dass Art. 5 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 6 des Protokolls so ausgelegt wurden, als sähen diese *inter alia* die Hinterlegung einer Erklärung vor. Nach Meinung *Ouguergouz'* sei dies jedoch die einzige Voraussetzung, die auch ausschließlich eine Frage der Zuständigkeit und nicht der Zulässigkeit sei. Abrufbar unter: http://www.african-court.org/fileadmin/documents/Court/Latest_Judgments/English/SEPARATE_OPINION_OF_JUDGE_FATSAH_OUGUERGOUZ.EN.pdf.

⁴⁴ IGH, Entscheidung vom 28. Mai 2009, *Belgien ./ Senegal*, abrufbar unter: <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/15149.pdf>.

Problematisch erscheint, dass der Senegal bis zu diesem Zeitpunkt keine Rechtsgrundlage besaß, Verbrechen zu verfolgen, die außerhalb des Staatsgebiets begangen worden sind. Erst am 31. Januar 2007 beschloss die senegalesische Nationalversammlung rückwirkend ein Gesetz, welches die Verfolgung von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Folter auch in Fällen erlaubt, in denen diese Taten außerhalb Senegals begangen wurden.

Der Kläger, *Michelot Yogogombaye*, der die Staatsangehörigkeit des Tschad besitzt, derzeit in der Schweiz wohnhaft ist und dessen Beziehung zu *Habré* ungeklärt ist, wandte sich genau aus diesem Grund mit seiner Klage vor dem AGMR gegen die gerichtliche Verfolgung von *Habré* im Senegal. In seiner Klageschrift führte er aus, dass dieses Verfahren aufgrund des Rückwirkungsverbots unzulässig sei⁴⁵ und darüber hinaus eine Verletzung der Afrikanischen Flüchtlingskonvention darstelle. In materieller Hinsicht erwiderte Senegal, dass keine Verletzung der Abkommen vorliege und außerdem kein legitimes Interesse des Klägers an dem Verfahren bestehe.

Wie erwähnt wurde jedoch weder über die Klage verhandelt noch in der Sache entschieden, da das Verfahren ohne mündliche Verhandlung bereits auf der Ebene der Zulässigkeit abgewiesen wurde, hatte doch der Senegal keine Erklärung über die Zulässigkeit von Individualklagen abgegeben.

VI. Ausblick: Wirksamkeit und Bedeutung des Gerichtshofs

Liest man Beurteilungen des Afrikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte, so werden zumeist gewisse Unzulänglichkeiten hervorgehoben. Oft wird bemängelt, dass es bisher nur einen Fall gegeben hat oder die Arbeitsweise des Gerichtshofs Effektivität vermissen lasse. Sicherlich kann man kritisieren, dass es über ein Jahr dauerte, bis der erste Fall aufgrund eines einfachen

Zulässigkeitskriteriums abgewiesen wurde. Auch die Tatsache, dass nicht mehr Klagen anhängig gemacht wurden und die Kommission noch keinen Fall eingereicht hat, könnte Grund zur Sorge bereiten.⁴⁶

Allerdings ist dies bei weitem kein Grund, dem AGMR ein Scheitern zu prophezeien. Auch bei der Einrichtung eines Gerichtshofs ist aller Anfang schwer. Ein Blick auf seine Schwestergerichte zeigt, dass diese mit ähnlichen Problemen zu kämpfen hatten: so war beim Inter-Amerikanischen Gerichtshof erst sechs Jahre nach der Einrichtung im Jahr 1980 der erste Fall anhängig geworden und der zweite Fall erst weitere vier Jahre später.

Auf europäischer Ebene war das Verhältnis der Europäischen Kommission für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte bis zu deren Fusion bis zuletzt nicht eindeutig geklärt.

Eine Analyse der bisherigen Schwierigkeiten ist hilfreich, sollte jedoch nicht zu einer vorschnellen positiven oder negativen Prognose über die Zukunft führen. Der Weg des AGMR und damit die sich bietenden Chancen sind offen. Letztlich hängt die Zukunft des AGMR von dem Willen der afrikanischen Staaten, der Richter, aber auch der Nichtregierungsorganisationen und der Kommission ab, sich von den anfänglichen Hürden nicht entmutigen zu lassen.

Die Anregung, der Gerichtshof solle versuchen, mehr von den anderen beiden regionalen Gerichtshöfen, dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und dem Inter-Amerikanischen Gerichtshof zu lernen, erscheint sinnvoll. Aber gleichzeitig muss der Gerichtshof auch seinen eigenen Weg gehen und gegebenenfalls seine eigenen Fehler machen. Denn nur die Erarbeitung eigener Lösungen wird letztendlich dazu führen, einen genuin afrikanischen Gerichtshof für Menschenrechte zu schaffen, der sowohl den prozessualen Besonderheiten des Gerichtshofs gerecht wird, als auch den besonderen Begebenheiten

⁴⁵ Art. 7 Abs. 2 Banjul-Charta.

⁴⁶ *Wachira* (Fn. 2), S. 25; *Bekker* (Fn. 2), S. 1 ff.

Afrikas Rechnung trägt und ihnen gewachsen ist.

Eine der größten Herausforderungen für den Gerichtshof ist dabei wahrscheinlich der Umgang mit der Diversität Afrikas. Im Gegensatz zu seinen Schwestergerichten hat der Afrikanische Gerichtshof für Menschenrechte mit einer deutlich inhomogeneren Mitgliedschaft zu kämpfen. Dies kann man sich leicht an der Frage nach der Rolle der Frau verdeutlichen, die in muslimisch geprägten Ländern, wie dem Sudan oder Marokko, eine andere ist, als in christlich oder traditionell geprägten Ländern, wie Südafrika oder der Demokratischen Republik Kongo. Nur bei gleichmäßiger Berücksichtigung der verschiedenen Kultur- und Rechtskreise kann eine allseitige Respektierung des AGMR erreicht werden. Hier wird der Gerichtshof einen klugen Weg zwischen der einheitlichen und universellen Geltung der Menschenrechte einerseits und der Berücksichtigung religiöser und traditioneller Besonderheiten andererseits zu gehen haben.

Es bleibt abzuwarten, wie das Gericht mit seinen Schwierigkeiten, insbesondere den knappen Ressourcen umgehen wird. Auch das Verhältnis, die Zusammenarbeit und Kompetenzabgrenzung zu anderen Gerichten regionaler Zusammenschlüsse wie der Westafrikanischen Wirtschaftsgemeinschaft (ECOWAS) oder der der Südafrikanischen Staaten (SADC) wird sich entwickeln müssen. Zu hoffen bleibt, dass der Zusammenschluss der beiden Gerichtshöfe der AU bald abgeschlossen sein wird und dann neuen Schwung in den weiteren Aufbau eines überstaatlichen Gerichtssystems in Afrika mit sich bringt.

Eine Lehre kann jedoch möglicherweise aus der Geschichte der beiden Schwestergerichte, des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Inter-Amerikanischen Gerichtshofs gezogen werden – sie existieren nach wie vor. Der einmal angestoßene Prozess über die Einrichtung eines Menschengerichtshofs wird auch in Afrika nicht mehr rückgängig gemacht werden können und auf kurz oder

lang zur Weiterentwicklung und Verbesserung des Schutzes der Menschenrechte in Afrika führen, sei es in Form eines „African Court of Justice and Human Rights“ oder in der bestehenden Form des AGMR.

Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Völkerrechtsverbrechern

David Diehl

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Existenz eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes
- III. Implementierung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit auf nationaler Ebene – Zum Vorbildcharakter des Alien Tort Statute

I. Einführung

Das Völkerrecht enthält heute zahlreiche Normen, die dem Einzelnen eigene Rechte einräumen. Insbesondere die Menschenrechte¹ und nach zustimmungswürdiger Auffassung zum Teil auch das humanitäre Völkerrecht² sind als individualschützend zu qualifizieren. Dabei ist es für die Verleihung eines subjektiven Rechts nicht erforderlich, dass der Einzelne dieses in einem völkerrechtlichen Verfahren auch selbstständig geltend machen kann.³ Umgekehrt

wird der Einzelne durch das Völkerrecht auch verpflichtet. Seit den Nürnberger Kriegsverbrecher-Prozessen hat im Bereich des Völkerstrafrechts eine Entwicklung stattgefunden, deren axiomatischer Ausgangspunkt die individuelle Verantwortlichkeit nach dem Völkerrecht ist. Bestimmte, als völkerrechtliche Verbrechen zu qualifizierende Handlungen können dezentral von allen Gerichten dieser Welt und neuerdings auch durch den Internationalen Strafgerichtshof in Den Haag verfolgt werden. Individuelle Rechte und individuelle Pflichten sind zwei Seiten der Medaille einer zunehmenden „Subjektivierung“ des Völkerrechts.⁴

Dennoch beschränkt sich die Haftung für völkerrechtliches Unrecht auch heute noch größtenteils auf die zwischenstaatliche Ebene. Hier gilt der allgemeine Rechtsgrundsatz, wonach jede Verletzung einer

¹ Statt aller *Julie Cassidy*, Emergence of the Individual as an International Juristic Entity: Enforcement of International Human Rights, in: *Deakin L. Rev.* 2004, S. 533-572 (insb. S. 549ff.). Siehe bereits *Mario Grassi*, Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht, 1955, S. 121ff.

² Vgl. stellvertretend *Theodor Meron*, The Humanization of International Humanitarian Law, in: *AJIL* 2000, S. 239-278 (S. 251ff.); *Liesbeth Zegveld*, Remedies for victims of violations for international humanitarian law, in: *IRRC* 2003, S. 497-527 (S. 503ff.); *Niclas von Woedtke*, Die Verantwortlichkeit Deutschlands für seine Streitkräfte im Auslandseinsatz und die sich daraus ergebenden Schadensersatzansprüche von Einzelpersonen als Opfer deutscher Militärhandlungen, 2010, S. 209ff.

³ Der Rechtssatz *ubi ius ibi remedium* ist dem Völkerrecht vor allem wegen seiner rein fakultativen internationalen Gerichtsbarkeit fremd. Dies war bereits die Auffassung des Ständigen Inter-

nationalen Gerichtshofs in *Appeal from a Judgment of the Hungaro/Czechoslovak Mixed Arbitral Tribunal (The Peter Pázmány University)*, Entscheidung vom 15. Dezember 1933, PCIJ Series A/B, No. 61, S. 231. Ganz deutlich machte dies der IGH im *La Grand*-Fall, Entscheidung vom 27. Juni 2001, ICJ Rep. 2001, S. 466, 494, Nr. 77, in welchem er dem Einzelnen Rechte aus Art. 36 des Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen zusprach, obwohl Individuen diese auf internationaler Ebene nicht geltend machen können. Inzwischen ist dies auch die ganz herrschende Auffassung in der Literatur, vgl. stellvertretend *Michael Traßl*, Die Wiedergutmachung von Menschenrechtsverletzungen im Völkerrecht, 1994, S. 107; *Oliver Dörr*, „Privatisierung“ des Völkerrechts, in: *JZ* 2005, S. 905-916 (S. 906).

⁴ Zum Begriff *Andreas Fischer-Lescano*, Subjektivierung völkerrechtlicher Sekundärregeln, Die Individualrechte auf Entschädigung und effektiven Rechtsschutz bei Verletzungen des Völkerrechts, in: *AVR* 2007, S. 299-381.

völkerrechtlichen Primärpflicht⁵ zu einem sekundärrechtlichen Wiedergutmachungsanspruch des verletzten Völkerrechtssubjekts führt.⁶ Vor dem Hintergrund der zunehmenden Subjektivierung des Völkerrechts wird heute vermehrt die Frage gestellt, warum nicht auch ein Wiedergutmachungsanspruch von Individuen gegen den verantwortlichen Staat besteht, wenn ihre subjektiven (Primär-)Rechte durch diesen verletzt wurden. In der Tat lassen sich einige neuere völkerrechtliche Entwicklungen zu Gunsten einer Haftung von Staaten gegenüber Individuen anführen.⁷ Derzeit

muss sich das Bundesverfassungsgericht im *Varvarin*-Verfahren mit dieser Frage auseinandersetzen.⁸

Ein gravierender Nachteil des Individualrechtsschutzes gegen Staaten ist jedoch die Durchsetzbarkeit etwaiger Wiedergutmachungsansprüche auf nationaler Ebene. Während der völkerrechtlich verantwortliche Staat häufig nicht gewillt sein wird, der Rechtsverletzung abzuwehren, sind die Erfolgsaussichten für Klagen vor den Gerichten fremder Staaten sehr gering. Besteht kein konkreter Anknüpfungspunkt des Sachverhalts zum Territorium des Forumstaates, ist eine Ausübung von Gerichtsbarkeit auf der Grundlage des Universalitätsprinzips wohl nicht möglich. Noch bedeutender ist der Umstand, dass fremden Staaten auch heute noch regelmäßig Immunität für schwere Menschenrechtsverletzungen gewährt wird, da diese als *hoheitliches* Handeln zu qualifizieren sind.⁹ Lediglich in Italien verfolgen Gerich-

⁵ Die Trennung zwischen sich aus Völkerrecht ergebenden Primär- und Sekundärpflichten beziehungsweise -rechten ist inzwischen allgemein anerkannt. Auch die ILC hat sie ihrem Artikelentwurf zum Recht der Staatenverantwortlichkeit zu Grunde gelegt. Vgl. die Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Text of the Draft Articles, ILC Report, 53rd Session (2001), Official Records of the General Assembly, Suppl. No. 10, UN-Dok. A/56/10, S. 26ff. Während die völkerrechtlichen Primärpflichten diejenigen Regeln bezeichnen, welche unmittelbare Verhaltensanforderungen, also Ge- und Verbote, gegenüber den jeweiligen Völkerrechtssubjekten aufstellen, handelt es sich bei den Sekundärregeln nach der ILC um "the general conditions under international law for the State to be considered responsible for wrongful actions or omissions, and the legal consequences which flow therefrom." (ILC, Commentaries, General Commentary, S. 31, Nr. 1).

⁶ StIGH, *Factory at Chorzów*, Merits, Entscheidung vom 13. September 1928, PCIJ Series A, No. 17 (1928), S. 47. "It is a principle of international law, and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation." Siehe auch Art. 31 Abs. 1 des Artikelentwurfs der ILC: "The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act."

⁷ Siehe unter anderem die „Grundprinzipien und Leitlinien betreffend das Recht der Opfer von groben Verletzungen der internationalen Menschenrechtsnormen und schweren Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht auf Rechtsschutz und Wiedergutmachung“, GV-Res. vom 21. März 2006, UN-Dok. A/RES/60/147, die in *Principles* 11 (b) und 15 einen Wiedergutmachungsanspruch im Falle besonders schwerwiegender Verletzungen vorsehen. Auch die von den Vereinten Nationen eingesetzte *International Commission of Inquiry on Darfur* geht in ih-

rem Abschlussbericht von dem Bestehen entsprechender Ansprüche aus, Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the Secretary-General, 21. Mai 2005, Section IV, Possible Mechanisms to Ensure Accountability for the Crimes Committed in Darfur, UN-Dok. S/2005/60, Nr. 590ff. Schließlich stellte auch der IGH in seinem Mauergutachten eine Wiedergutmachungspflicht Israels gegenüber der durch den Bau der Sperranlagen betroffenen Personen fest, vgl. IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Gutachten vom 9. Juli 2004, ICJ Reports 2004, S. 136, Nr. 153.

⁸ Siehe die fachgerichtlichen Urteile des LG Bonn, Urteil vom 10. Dezember 2003, NJW 2004, S. 525; des OLG Köln, Urteil vom 28. Juli 2005, NJW 2005, 2860, 2862f. und des BGH, Urteil vom 2. November 2006, BGHZ 169, 348, 358.

⁹ So nehmen die meisten Gerichte nach wie vor auch im Fall schwerer Menschenrechtsverletzungen eine Pflicht zur Immunitätsgewährung an, vgl. stellvertretend US Court of Appeals (9th Cir.), *Siderman de Blake ./. Argentina*, Entscheidung vom 22. Mai 1992, 965 F.2d 699; US Court of Appeals (D.C. Cir.), *Hugo Princz ./. Federal Republic of Germany*, Entscheidung vom 1. Juli 1994, 26 F.3d 1166; English Court of Appeal, *Al-Adsani ./. Government of Kuwait and Others*, Entscheidung vom 12. März 1996, 107 ILR 536; EGMR, *Al-Adsani ./. United Kingdom*, Entscheidung vom 21. November 2001, Appl. No. 35763/97, 123 ILR 24; Ontario Court of Ap-

te derzeit eine andere Praxis und lehnten in mehreren Fällen eine Pflicht zur Gewährung von Staatenimmunität gegenüber Deutschland ab, weil es sich bei den streitgegenständlichen Handlungen um Kriegsverbrechen handelte.¹⁰ Die Bundesrepublik hat aus diesem Grund eine Klage gegen Italien vor dem Internationalen Gerichtshof (IGH) eingereicht.¹¹ Im Gegensatz dazu ist im Bereich der dezentralen Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechern inzwischen weitgehend anerkannt, dass die Staaten zumindest ein *Recht* dazu haben, bestimmte Straftaten auf der Grundlage des Universalitätsprinzips zu verfolgen.¹² Darüber hinaus wird staatlichen Funktionsträgern, bei denen es sich nicht um amtierende Mitglieder der Regierung handelt,¹³ zuneh-

mend die Berufung auf ihre *funktionale* Immunität versagt.¹⁴

Diese Unterschiede in der dezentralen Durchsetzbarkeit der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit rechtfertigen es, vor dem Hintergrund des Ziels der Stärkung des völkerrechtlichen Individualschutzes, auch eine potentielle Haftung von Völkerrechtsverbrechern vor nationalen (Zivil-) Gerichten in Betracht zu ziehen. Eine entsprechende Praxis existiert bislang lediglich in den Vereinigten Staaten. Hier besteht seit der Reaktivierung des Alien Tort Statute (ATS)¹⁵ im Jahr 1980 durch die *Filártiga*-Entscheidung des Court of Appeals die Möglichkeit, Individuen vor US-amerikanischen Gerichten wegen schweren Völkerrechtsverletzungen auf Schadensersatz zu verklagen.¹⁶ Die Gerichte bedienen sich dabei regelmäßig der Terminologie des Völkerstrafrechts um die Haftung sowie die völkerrechtliche Befugnis zur Ausübung ihrer Gerichtsbarkeit zu rechtfertigen.¹⁷ Außerhalb der Vereinigten Staaten kann eine vergleichbare Praxis hingegen nicht festgestellt werden, so dass die ATS-

peal, *Bouzari and Others v. Islamic Republic of Iran*, Entscheidung vom 30. Juni 2004, 128 ILR 586.

- ¹⁰ Corte Suprema di Cassazione, *Ferrini v. Bundesrepublik Deutschland*, Entscheidung vom 11. März 2004, Nr. 5044, in: *Rivista diritto internazionale* 2004, S. 539. Eine englische Übersetzung findet sich in: 128 ILR 658; Corte Suprema di Cassazione, *Bundesrepublik Deutschland v. Giovanni Mantelli*, Beschluss vom 29. Mai 2008, Nr. 14201. Eine deutsche Zusammenfassung findet sich in: NVwZ 2008, S. 1100ff; Corte Suprema di Cassazione, *Italien v. Max Josef Milde*, Entscheidung vom 21. Oktober 2008, Urteil Nr. 1263/08.
- ¹¹ IGH, *Case Concerning the Jurisdictional Immunities of the State (Federal Republic of Germany v. Italy)*, Antrag vom 23. Dezember 2008, No. 2008/44.
- ¹² Vgl. nur *Kenneth C. Randall*, *Universal Jurisdiction*, in: 66 *Texas L. Rev.* (1987-1988) S. 785-841; *Luc Reydam*, *Universal Jurisdiction*, *International and Municipal Legal Perspectives*, 2003, *passim*; *Donald Francis Donovan/Anthea Roberts*, *The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction*, in: *AJIL* 2006, S. 142-163; *Theresa Wilhelmi*, *Das Weltrechtsprinzip im internationalen Privat- und Strafrecht*. Zugleich eine Untersuchung zu Parallelitäten, Divergenzen und Interdependenzen von internationalem Privatrecht und internationalem Strafrecht, 2007, *passim*.
- ¹³ Diese genießen so genannte persönliche Immunität, die nicht eingeschränkt werden kann, vgl. nur IGH, *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Entscheidung vom 14. Februar 2002, ICJ Rep. 2002, S. 3, Nr. 58.

- ¹⁴ Vgl. nur House of Lords, *R v. Bow Street Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 1)*, Entscheidung vom 25. November 1998, 119 ILR 51; House of Lords, *R v. Bow Street Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, Entscheidung vom 24. März 1999, 119 ILR 137. Siehe auch die *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal*, *The Work of the International Law Commission*, 167 U.N. Sales No. E.95.V.6 (1996); *Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, (1996) ILC, UN-Dok. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2), Art. 7.
- ¹⁵ Die einschlägige Vorschrift aus dem Jahre 1789 lautet: "The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States." (28 U.S.C. § 1350).
- ¹⁶ US Court of Appeals (2nd Cir.), *Filártiga v. Peña-Irala*, Entscheidung vom 30. Juni 1980, 630 F.2d 876.
- ¹⁷ US Court of Appeals (2nd Cir.), *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, Entscheidung vom 17. September 2010, 621 F.3d 111, 146: "[O]ur case law, [...] has consistently relied on criminal law norms in establishing the content of customary international law for purposes of the [ATS]."

Rechtsprechung wohl nicht als Ausdruck geltenden Völkergewohnheitsrechts angesehen werden kann. Andererseits kann aus diesem Umstand ebenso wenig geschlossen werden, dass das Völkergewohnheitsrecht Wiedergutmachungsansprüche unter Individuen auf internationaler Ebene generell ausschließt.¹⁸ Ganz im Gegenteil lässt die „Saving clause“ in Art. 58 des Artikelentwurfs der ILC zum Recht der Staatenverantwortlichkeit eine entsprechende Entwicklung im Bereich der individuellen Verantwortlichkeit ausdrücklich zu¹⁹ und gibt damit Anlass für die nachfolgenden Überlegungen. Diese beschäftigen sich mit der Frage, ob eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Individuen im Völkerrecht angesichts fehlender völkergewohnheitsrechtlicher Regelungen²⁰ nicht über einen Rückgriff auf die Völkerrechtsquelle der allgemeinen Rechtsgrundsätze im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH Statut begründet werden kann.²¹

¹⁸ Die Aussage der IGH-Richter *Rosalyn Higgins*, *Pieter Kooijmans* und *Thomas Buergenthal* in ihrem Sondervotum im *Arrest Warrant*-Fall (Fn. 13), Nr. 48, wonach die Ausübung US-amerikanischer Gerichtsbarkeit auf der Grundlage des ATS nicht weltweit akzeptiert sei, bezieht sich ausschließlich auf die Anwendung des Universalitätsprinzips im Zivilverfahren und nicht auf die Frage des Anspruchs.

¹⁹ Die deutsche Übersetzung von Art. 58 lautet: „Diese Artikel lassen Fragen der individuellen völkerrechtlichen Verantwortlichkeit von Personen, die im Namen eines Staates handeln, unberührt.“ Die Norm beschränkt sich damit ausdrücklich nicht auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Individuen.

²⁰ Obwohl das Völkerrecht formell keine Hierarchie seiner Quellen kennt, werden allgemeine Rechtsgrundsätze im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH Statut vor allem als Mittel der Lückenfüllung angesehen, auf die dann nicht zurückgegriffen werden darf, wenn eine spezielle Regel des Völkergewohnheitsrechts dem Inhalt des Rechtsprinzips widerspricht. Vgl. *Karl Doehring*, *Völkerrecht*, 2. Aufl., 2004, S. 183, Rn. 416.

²¹ Dabei wird hier davon ausgegangen, dass allgemeine Rechtsgrundsätze nicht nur im zwischenstaatlichen Kontext bestehen, sondern auch zwischen Einzelpersonen anwendbar sein können, unabhängig davon, ob es sich bei die-

II. Existenz eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes

Bei einem allgemeinen Rechtsgrundsatz im Sinne der nachfolgenden Überlegungen²² handelt es sich um ein rechtliches Prinzip, das sich in allen Rechtskreisen im universalen Kontext wieder findet²³ und zur Übertragbarkeit auf die völkerrechtliche Ebene geeignet ist.²⁴ Es fragt sich nun, ob auch die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Straftätern ein solches darstellt.

1. Der allgemeine Rechtsgrundsatz der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des Straftäters in den nationalen Rechtsordnungen

Die folgenden Überlegungen sollen zeigen, dass universal anerkannte dogmatische Grundkonzeptionen zum Straf- und Deliktsrecht zwingend zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz der zivilrechtlichen Haftung des Straftäters führen. Ausgangspunkt ist dabei die Feststellung, dass es sich sowohl bei der Bestrafung eines Straftäters als auch bei der Verurteilung zu

sen um staatliche Funktionsträger oder Privatpersonen handelt. Dies ist jedoch nicht ganz unumstritten. Wie hier *Constantin Köster*, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit (privater) multinationaler Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen*, 2010, S. 228ff.

²² Daneben existiert nach weit verbreiteter Auffassung noch eine weitere Form allgemeiner Rechtsgrundsätze, die sich direkt aus dem Völkerrecht selbst, das heißt vor allem aus den Beziehungen der Staaten untereinander ergeben. Ein häufig genanntes Beispiel ist das Prinzip *pacta sunt servanda*, vgl. *Wolfgang Weiß*, *Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts*, in: *AVR 2001*, S. 394-431 (S. 398ff.); *Hugh Thirlway*, in: *Malcom Evans* (Hrsg.), *International Law*, 3. Aufl., 2010, S. 109. Sie sind für die nachfolgende Untersuchung allerdings ohne Bedeutung.

²³ *Weiß* (Fn. 22), S. 408. Eine absolute Einheitlichkeit der nationalen Praxis ist nicht erforderlich. Vgl. *Weiß* (Fn. 22), S. 407; *Doehring* (Fn. 20), S. 179, Rn. 408 sowie S. 181, Rn. 412.

²⁴ *Matthias Herdegen*, in: *Theodor Maunz/Günter Dürig* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 53. Aufl. 2009, Art. 25, Rn. 35. Dabei muss der allgemeine Rechtsgrundsatz gegebenenfalls den Besonderheiten der Völkerrechtsordnung angepasst werden, vgl. *Weiß* (Fn. 22), S. 408.

Wiedergutmachungsleistungen – in der Terminologie des Völkerrechts – um sekundärrechtliche Folgen der Verletzung einer Primärnorm handelt.²⁵

Nach weltweit nahezu einhellig geteilter Auffassung liegt der Zweck und die Legitimation des Strafrechts im Rechtsgüterschutz.²⁶ Die Bestrafung der Täter verfolgt insbesondere general- und spezialpräventive Zwecke und soll zukünftige Rechtsgutsverletzungen verhindern.²⁷ Während die Straftatbestände in seltenen Fällen ausschließlich Rechtsgüter der Allgemeinheit schützen,²⁸ knüpfen sie meist an die Verletzung bestimmter Individualrechtsgüter wie Leben, körperliche Integrität, Eigentum oder Ehre an. Diese sind gleichzeitig auch durch das Deliktsrechts abgesichert. So sieht zum Beispiel § 823 Abs. 2 BGB einen Schadensersatzanspruch des Opfers einer Schutznormverletzung vor, wenn diese gerade auch den Zweck hat, seine Rechtsgüter vor Beeinträchtigungen zu schützen und ihm durch die Rechtsgutsverletzung

ein Schaden entstanden ist.²⁹ Andere deliktische Anspruchsgrundlagen gewähren dem Einzelnen ohne den Umweg über eine Schutznormverletzung einen Wiedergutmachungsanspruch bei Verletzung seiner Rechtsgüter.³⁰ Auch das Deliktsrecht verfolgt dabei durch die Abschreckungswirkung der Verurteilung zu Wiedergutmachungsleistungen präventive Zwecke.³¹ Besonders deutlich wird dies an Rechtsordnungen wie der US-amerikanischen, welche die Möglichkeit der Verurteilung zu Strafschadensersatz (punitive damages) vorsehen. Straf- und Deliktsrecht haben also zahlreiche Gemeinsamkeiten. Beide knüpfen an ein und dieselbe Rechtsgutsverletzung an, die auf der Nichterfüllung einer entsprechenden Primärverpflichtung beruht und qualifizieren diese als Straftat oder Delikt um die Sekundärrechtsfolgen des jeweiligen Sanktionsregimes auszulösen. Wie die weit verbreitete Möglichkeit der Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche im Rahmen von Strafverfahren als so genannte *Partie civile*³² in Staaten, die dem Civil-Law-System folgen, sowie die Verurteilung zu Strafschadensersatz im Rahmen von Zivilverfahren in Common-Law-Staaten zeigt, existieren beide Sekundärrechtsregime parallel und ergänzen sich gegenseitig.

Aus dieser Erkenntnis ergibt sich zwangsläufig die Frage nach dem Verhältnis beider Sekundärrechtsmechanismen zueinander. Indem das Strafrecht mit der Möglichkeit des Freiheitsentzugs ungleich stärker in die Rechtsgüter des Täters eingreift als das Deliktsrecht, stellt es den schärferen

²⁵ Zum Strafrecht ausdrücklich *Georg Freund*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2009, S. 6.

²⁶ Vgl. nur die Staatenberichte in der rechtsvergleichenden Untersuchung des Max-Planck-Instituts für internationales und ausländisches Strafrecht von *Ulrich Sieber/Karin Cornils* (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, 2009, Teilband 1 Grundlagen: *Yang Zhao/Thomas Richter*, Staatenbericht China, S. 1-60 (S. 27); *Konstanze Jarvers*, Staatenbericht Italien, S. 277-340 (S. 303); *Misuk Son*, Staatenbericht Korea, S. 341-414 (S. 370); *Ingeborg Zerbes*, Staatenbericht Österreich, S. 415-480 (S. 445); *Ewa Weigend*, Staatenbericht Polen, S. 481-550 (S. 508). Siehe auch *Immi Tallgren*, The Sensibility and Sense of International Criminal Law, in: EJIL 2002, S. 561-595 (S. 585).

²⁷ Vgl. *Dietmar Höffner*, Zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Verantwortung des GmbH-Geschäftsführers bei Insolvenzverschleppung, zugleich ein Beitrag zum ultima ratio-Prinzip, 2003, S. 21.

²⁸ Beispiele sind die Straftaten der Begünstigung (§ 257 StGB) oder Strafvereitelung (258 StGB) im Amt (§ 258a StGB), die vor allem dem Schutz der deutschen Rechtspflege und nicht dem Schutz von Individualrechtsgütern dienen. Siehe *Bernd Hecker*, in: Adolf Schönke/Horst Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch-Kommentar, 28. Aufl. 2001, § 257, Rn. 1.

²⁹ *Erwin Deutsch/Hans-Jürgen Ahrens*, Deliktsrecht, 5. Aufl. 2009, S. 48, Rn. 115ff.

³⁰ So zum Beispiel die allgemeine deliktische Haftungsnorm des § 823 Abs. 1 BGB.

³¹ Vgl. *Höffner* (Fn. 27), S. 24f.

³² Zur entsprechenden Praxis im französischen Recht, der diesbezüglich Vorbildcharakter zukommt *Stefan Gewaltig*, Die action civile im französischen Strafverfahren, 1990, passim. Vgl. auch die rechtsvergleichende Übersicht bei *Eric A. Engle*, Alien Torts in Europe? Human Rights and Tort in European Law, ZERP Diskussionspapier 1/2005, S. 147.

der beiden Sanktionsmechanismen dar. Vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hat sich daher in den meisten Rechtsordnungen ein grundsätzlicher Vorrang des zivil- vor dem strafrechtlichen Sekundärrechtsschutz etabliert.³³ Die Bestrafung des Verbrechers ist die „ultima ratio der Sozialpolitik“ und nimmt somit die Aufgabe subsidiären Rechtsgüterschutzes wahr.³⁴ Eine Rechtsgutsverletzung, die sogar durch das Strafrecht pönalisiert wird, hat somit immer – erst Recht – auch zivilrechtliche Konsequenzen zur Folge. Dem Opfer einer Straftat steht folglich immer ein deliktischer Wiedergutmachungsanspruch gegen den Täter zu.³⁵ Anders gesagt: Es existiert ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, wonach die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Individuums immer auch dessen zivilrechtliche Verantwortlichkeit zur Folge hat.

2. Übertragbarkeit des Prinzips auf die völkerrechtliche Ebene

Wenn das Prinzip der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des Straftäters auch auf die völkerrechtliche Ebene übertragbar wäre, bestünde ein völkerrechtlicher Wiedergutmachungsanspruch des Opfers eines Völkerrechtsverbrechens gegen den Täter. Ob

dies bejaht werden kann, ist Gegenstand der nun folgenden Überlegungen.

- a) Trennbarkeit der Normen des Völkerstrafrechts in Primär- und Sekundärregeln und Identifizierung der einschlägigen Primärverpflichtungen

Voraussetzung einer Übertragbarkeit des Rechtsgrundsatzes ist zunächst, dass auch das Völkerstrafrecht die Verletzung völkerrechtlicher Primärpflichten sanktioniert, die grundsätzlich unabhängig von der Sekundärrechtsfolge „Strafbarkeit“ bestehen. Vor dem Hintergrund der vorangegangenen Ausführungen folgt aus der Anerkennung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Einzelnen für die Begehung der so genannten „Kernverbrechen“ – Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Völkermord und wohl auch Aggression – die nunmehr auch in Art. 25 des Römischen Statuts zum Internationalen Strafgerichtshof³⁶ (Rom-Statut) positivrechtlich normiert ist, eine primärrechtliche Verpflichtung, die entsprechenden Handlungen zu unterlassen. Dies ergibt sich zwangsläufig aus dem Charakter des Völkerstrafrechts als sekundärrechtliches Sanktionsregime.

Das Völkerstrafrecht ist in diesem Zusammenhang vor dem Hintergrund des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes und des humanitären Völkerrechts zu verstehen, deren Kernnormen durch die Pönalisierung ihrer Verletzungen abgesichert werden sollen. Daher knüpfen die meisten völkerstrafrechtlichen Tatbestände an bereits existierende Vorschriften beider Rechtsregime an und sanktionieren ihre Verletzung durch die Qualifikation als völkerrechtliches Verbrechen.³⁷ Besonders

³³ Vgl. die Staatenberichte in der rechtsvergleichenden Untersuchung des Max-Planck Instituts für internationales und ausländisches Strafrecht (Fn. 26): Yang Zhao/Thomas Richter, Staatenbericht China, S. 27; Susanne Forster, Staatenbericht England und Wales, S. 127-190 (S. 155f.); Peggy Pfützner/Sabine Adams/Leveke Neumann, Staatenbericht Frankreich, S. 191-276 (S. 224); Konstanze Jarvers, Staatenbericht Italien, S. 304; Misuk Son, Staatenbericht Korea, S. 371; Ingeborg Zerbes, Staatenbericht Österreich, S. 445; Ewa Weigend, Staatenbericht Polen, S. 508f.; Sarah Summers, Staatenbericht Schottland, S. 551-594 (S. 572f.); Karin Cornils, Staatenbericht Schweden, S. 595-662 (S. 626); Teresa Manso Porto, Staatenbericht Spanien, S. 663-730 (S. 692f.); Siloia Tellenbach, Staatenbericht Türkei, S. 731-786 (S. 756).

³⁴ Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, S. 45.

³⁵ Ebenso Engle (Fn. 32), S. 57.

³⁶ Römisches Statut zum Internationalen Strafgerichtshof vom 17. Juli 1998, UNTS 2187, 90; BGBl. 2000 II 1393.

³⁷ Köster (Fn. 21), S. 182f. Ähnlich Carlos M. Vásquez, Direct vs Indirect Obligations of Corporations Under International Law, in: Colum. J. Transnat'l. L. 43 (2004-2005), S. 927-959 (S. 943f.).

deutlich wird dies bei den Kriegsverbrechen. So bestimmt Art. 8 Abs. 2 lit. a des Rom-Statuts, dass der Einzelne für die Begehung „schwerer Verletzungen“ der Genfer Abkommen von 1949 strafrechtliche Verantwortlichkeit trägt und impliziert damit dessen primärrechtliche Bindung an die entsprechenden Regeln des humanitären Völkerrechts.³⁸ Aber auch die Verbrechen gegen die Menschlichkeit knüpfen grundsätzlich an menschenrechtliche Verpflichtungen an und fordern für die individuelle Verantwortlichkeit zusätzlich die Begehung der Handlungen im Rahmen eines „ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung“ (Art. 7 Abs. 1 Rom-Statut). In Bezug auf das Völkerrechtsverbrechen des Völkermords hat der IGH kürzlich festgestellt, dass die Völkermordkonvention von 1948 neben der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Einzelnen auch eine menschenrechtliche Verpflichtung der Staaten begründet, keinen Genozid zu begehen, obwohl sie keine ausdrückliche entsprechende Regel enthält.³⁹ Staat und Individuum können damit an dieselben Primärnormen gebunden sein und parallele Verantwortlichkeit auf der Ebene des Völkerrechts tragen.⁴⁰

Dies gilt namentlich für staatliche Funktionsträger, die in Ausübung ihrer amtlichen Befugnisse handeln. Da Staaten als abstrakte Rechtsgebilde nur dann eigene Handlungen vornehmen können, wenn sie

sich zu ihrer Ausführung natürlicher Personen bedienen, müssen diese dabei an dieselben völkerrechtlichen Verpflichtungen gebunden sein wie ihre Anstellungskörperschaft. Ist das menschliche Verhalten staatlich autorisiert und dem Staat daher zurechenbar, handelt es sich um einen „Act of state“, für den der Einzelne grundsätzlich keine eigene völkerrechtliche Verantwortlichkeit trägt.⁴¹ Erst der Nürnberger Militärgerichtshof hat in einem berühmten Diktum festgestellt, dass die Amtlichkeit einer Handlung kein Grund für die Strafllosigkeit des Handelnden ist, wenn diese ein völkerrechtliches Verbrechen darstellt.⁴² Daraus kann geschlossen werden, dass die Strafbarkeit staatlicher Funktionsträger tatsächlich lediglich die Sanktionierung der Verletzung einer bereits bestehenden völkerrechtlichen Primärpflicht darstellt, die grundsätzlich unabhängig davon betrachtet werden kann.

Für Privatpersonen gilt hingegen, dass diese grundsätzlich keinen völkerrechtlichen Pflichten unterliegen. Dennoch wird inzwischen davon ausgegangen, dass auch sie für bestimmte Handlungen individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit tragen können, wenn der Verbrechenstatbestand nicht – wie etwa das Folterverbot – eine

³⁸ Ebenso Köster (Fn. 21), S. 182f.

³⁹ IGH, *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Entscheidung vom 26. Februar 2007, Nr. 142ff. (insbesondere 155-179).

⁴⁰ Ebenda, Ziff. 173. Eine *Saving clause* enthält auch Art. 25 Abs. 4 des Rom-Statuts: „Die Bestimmungen dieses Statuts betreffend die individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit betreffen nicht die Verantwortung der Staaten nach dem Völkerrecht.“ Vgl. auch André Nollkaemper, *Concurrence Between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law*, in: ICLQ 2003, S. 615-640; Beatrice I. Bonafè, *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, 2009, S. 221ff.

⁴¹ Instrukтив Hans Kelsen, *Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals*, in: Cal. L. Rev. 31 (1942-1943), S. 530-571 (S. 538ff.). Handelt es sich um einen „Act of state“, ist grundsätzlich jegliche Form individueller völkerrechtlicher Verantwortlichkeit ausgeschlossen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Zurechnungsregeln der ILC-Articles darüber hinausgehen und auch solches Verhalten dem Staat zurechnen, das nicht als amtlich im Sinne der Act-of-state-Theorie qualifiziert werden kann. Dies gilt namentlich für so genannte Ultra-vires-Handlungen im Sinne von Art. 7 des Artikelentwurfs der ILC.

⁴² International Military Tribunal (Nuremberg), *Judgment and Sentences*, October 1, 1946, in: AJIL 1947, S. 172-333 (S. 221): „Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.“

staatliche Begehung erfordert.⁴³ Ob die strafrechtliche Verantwortlichkeit auch hier an bereits bestehende völkerrechtliche Primärpflichten anknüpft, ist fraglich. Während inzwischen weitgehend anerkannt ist, dass zumindest das humanitäre Völkerrecht (des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts) primärrechtliche Pflichten für nichtstaatliche Akteure beinhaltet,⁴⁴ wird eine „unmittelbare Drittwirkung“ der Menschenrechte überwiegend abgelehnt.⁴⁵ Allerdings sollte eine solche auch nicht per se ausgeschlossen werden.⁴⁶ So bezieht unter anderem die Völkermordkonvention Private ausdrücklich in ihren Anwendungsbereich mit ein.⁴⁷ Darüber hinaus scheint sich im Bereich der Bekämpfung des internationalen Terrorismus die Auffassung durchzusetzen, dass auch Private – wie etwa *al Qaeda* – einer menschenrechtlichen Verpflichtung unterliegen, die entsprechenden Handlungen zu unterlassen.⁴⁸ Gerade hat das *Special Tribunal for*

Lebanon dem Völkergewohnheitsrecht eine völkerstrafrechtliche Verantwortlichkeit für terroristische Handlungen (Privater) entnommen⁴⁹ und wird dieser Diskussion aller Voraussicht nach weiteren Auftrieb geben. Doch selbst wenn eine Bindung nichtstaatlicher Akteure an die Menschenrechte und das humanitäre Völkerrecht abgelehnt wird, kommt man nicht umhin, aus der strafrechtlichen Verantwortlichkeit Privater auf das Bestehen primärrechtlicher Verpflichtungen zu schließen. Diese bestehen dann schlicht in der Pflicht, den völkerrechtlichen Straftatbestand nicht zu erfüllen beziehungsweise die pönalisierten Verhaltensweisen zu unterlassen. Auch Private unterliegen somit gegebenenfalls völkerrechtlichen Primärverpflichtungen.⁵⁰

Folglich werden Individuen immer dann unmittelbar durch das Völkerrecht verpflichtet, wenn dieses eine Strafbarkeit für die betreffenden Handlungen vorsieht.⁵¹

⁴³ Vgl. nur ICTY, Appeals Chamber, Decision on the defence motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, *Prosecutor ./. Tadić*, Entscheidung vom 2. Oktober 1995, IT-94-1-AR72, Nr. 128-137; US Court of Appeals, *Kadic ./. Karadzic*, Entscheidung vom 13. Oktober 1995, 70 F.3d 232, 239ff.

⁴⁴ Statt vieler *Christian Schaller*, Humanitäres Völkerrecht und nichtstaatliche Gewaltakteure, 2007, S. 16ff. sowie die in Fn. 43 angeführten Entscheidungen.

⁴⁵ *Vásquez* (Fn. 37), S. 941; *Robert McCorquodale*, The Individual and the International Legal System, in: Malcom D. Evans (Hrsg.), *International Law*, 3. Aufl. 2010, S. 284-310 (S. 292); *Christian Tomuschat*, The Responsibility of Other Entities: Private Individuals, in: James Crawford/Alain Pellet/Simon Olleson (Hrsg.), *The Law of International Responsibility*, 2010, S. 322f.

⁴⁶ Vgl. dazu instruktiv *Andrew Clapham*, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, 2006, S. S. 33ff.

⁴⁷ So lautet Art. IV der Völkermordkonvention: „Personen, die Völkermord oder eine der sonstigen in Artikel II aufgeführten Handlungen begehen, sind zu bestrafen, gleichviel ob sie regierende Personen, öffentliche Beamte oder *private Einzelpersonen* sind“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

⁴⁸ Vgl. unter anderem UN-Dok. S/RES/1373, die keinen Bezug zu staatlichem Handeln fordert und dennoch eine individuelle Verantwortlichkeit vorsieht: “[A]cts methods, and practices of terrorism are contrary to the purpose and principles of the United Nations and that knowingly financing, planning and inciting terrorists acts are also contrary to the purposes and principles of the United Nations“. Zur menschenrechtlichen Dimension des Terrorismusverbots und der Möglichkeit seiner Verletzung durch nichtstaatliche Akteure vgl. ferner *Clapham* (Fn. 46), S. 38ff.

⁴⁹ STL, *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, STL-11-01/I, Entscheidung vom 16. Februar 2011, Nr. 85ff. (insb. Ziff. 103ff.), abrufbar unter: http://www.stl-tsl.org/x/file/TheRegistry/Library/CaseFiles/chambers/20110216_STL-11-01_R176bis_F0010_AC_Interlocutory_Decision_Filed_EN.pdf.

⁵⁰ *Claudia Hailer*, *Menschenrechte vor Zivilgerichten – Die Human Rights Litigation in den USA*, 2003, S. 72; *Andrew Clapham*, *The Role of the Individual in International Law*, in: EJIL 2010, S. 25-30 (S. 27).

⁵¹ Im Völkerstrafrecht wird regelmäßig zwischen dem internationalen Strafrecht als Überbegriff und den eigentlichen völkerrechtlichen Verbrechen unterschieden. Letztere der beiden Begriffe ist enger und bezeichnet all diejenigen Normen, welche die individuelle Verantwortlich-

b) Völkerstrafrecht und korrespondierende subjektive Rechte des Einzelnen

Eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Täters gegenüber dem Einzelnen würde darüber hinaus voraussetzen, dass die Primärpflicht gerade auch diesem gegenüber besteht, er mithin ein subjektives Recht auf ihre Einhaltung besitzt, das sich gegebenenfalls in einen sekundärrechtlichen Wiedergutmachungsanspruch wandeln kann. Genau wie im nationalen Recht bestimmt sich dies alleine nach der verletzen Primärnorm und der Frage, ob diese gerade auch die Rechtsgüter des Betroffenen schützen will.⁵² Zwar handelt es sich bei den durch das Völkerstrafrecht geschützten Rechtsgütern vor allem um supraindividuelle, kollektive oder komplexe Rechtsgüter, wie Frieden, Sicherheit und Wohl der Welt, mit der Folge, dass ein gegen sie gerichteter Angriff die internationale Gemeinschaft als Ganzes trifft.⁵³ Dennoch ist anerkannt, dass aus dem humanitären Charakter der primärrechtlichen Verbotsnormen geschlossen werden kann, dass diese gerade auch die Rechtsgüter des Einzelnen schützen.⁵⁴

keit des Einzelnen bereits auf völkerrechtlicher Ebene bestimmen. Aus der Existenz dieser Normen kann stets im Sinne der obigen Ausführungen auf eine unmittelbare Primärpflicht des Einzelnen geschlossen werden. Im Gegensatz dazu bezieht das internationale Strafrecht im weiteren Sinne auch diejenigen Völkerrechtsnormen mit ein, die lediglich den Staat dazu verpflichten, ein bestimmtes Verhalten nach seinem nationalen Recht zu pönalisieren und die Täter zu bestrafen. Hier bedarf die Ableitung unmittelbarer Primärpflichten ungleich höheren Begründungsaufwands. Vgl. aber in diese Richtung *Steven R. Ratner/ Jason S. Abrams/ James L. Bischof*, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law, Beyond the Nuremberg Legacy*, 3. Aufl. 2009, S. 12ff. Ähnlich bereits *Grassi* (Fn. 1), S. 270ff. A.A. hingegen *Gerhard Werle*, *Völkerstrafrecht*, 2. Aufl. 2007, S. 49ff.

⁵² Vgl. nur *Traßl* (Fn. 3), S. 56; *Dörr* (Fn. 3), S. 906.

⁵³ *Kai Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 2. Aufl. 2008, S. 83.

⁵⁴ Instruktiv *Meron* (Fn. 2), passim. Vgl. auch *Werle* (Fn. 51), S. 369.

Inbesondere in diesem Zusammenhang gewinnt der Menschenrechtsschutz als Legitimationsgrundlage für das Kernstrafrecht⁵⁵ an Bedeutung und macht den individualschützenden Charakter der Völkerstrafnormen deutlich. Wie bereits in der Einleitung erwähnt, ist inzwischen allgemein anerkannt, dass der Einzelne sowohl aus den Menschenrechten, als auch aus dem humanitären Völkerrecht eigene subjektive Rechte ableiten kann. Diese richten sich nicht nur gegen den Staat, sondern zwangsläufig gegen alle diejenigen Rechtssubjekte, welche einer wechselseitigen Verpflichtung unterliegen die entsprechenden Normen nicht zu verletzen. Dort wo der völkerrechtliche Straftatbestand somit eine individualschützende Primärpflicht sanktioniert, besteht ein Anspruch des Einzelnen auf Einhaltung der Primärnorm.⁵⁶

Geht man – wie insbesondere im Bereich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit Privater – davon aus, dass die strafrechtliche Sanktionsnorm nicht an eine bereits bestehende Primärpflicht anknüpft, sondern diese durch die Pönalisierung des Verhaltens erst schafft, kommt es darauf an, ob gerade auch die Rechtsgüter des Betroffenen durch die völkerstrafrechtliche Norm geschützt werden sollen. Ist dies zu bejahen, so besteht zumindest ein korrelativer primärrechtlicher Anspruch des Einzelnen auf Nichterfüllung des völkerrechtlichen Verbrechenstatbestands, der sich unter anderem in ein Notwehrrecht gegenüber dem Täter wandeln kann. *Tomuschat* spricht in diesem Zusammenhang von einem „Right to resistance“.⁵⁷

⁵⁵ Vgl. stellvertretend *Gerhard Werle*, *Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht*, in: *ZstW* 1997, S. 808-829.

⁵⁶ *John H. Knox*, *Horizontal Human Rights Law*, in: *AJIL* 2008, S. 1-47 (S. 27ff.).

⁵⁷ *Christian Tomuschat*, *Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations*, *Tulane J. Int'l L.* 2002, S. 157-184 (S. 181ff.) unter Verweis auf *ders.*, *The right of resistance and human rights*, in: *Unesco* (Hrsg.), *Violations of human Rights, possible rights and recourse of resistance*, 1984, S. 13-33.

Verursacht der Völkerrechtsverbrecher durch die Verletzung der strafrechtlich sanktionierten Primärpflicht einen Schaden bei dem Opfer, könnte man somit annehmen, dass er diesem gegenüber erst Recht zivilrechtliche Verantwortlichkeit trägt. Voraussetzung wäre jedoch, dass das Völkerrecht eine solche nicht grundsätzlich ausschließt.

c) Kein Ausschluss individueller zivilrechtlicher Verantwortlichkeit im Völkerrecht

Teilweise wird die Existenz einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Individuen mit der Begründung abgelehnt, dass der Einzelne außerhalb der strafrechtlichen Verantwortlichkeit keine völkerrechtliche Handlungs- beziehungsweise Deliktsfähigkeit besitze.⁵⁸ Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Die völkerrechtliche Deliktsfähigkeit kann nicht – was diese Ansicht aber implizit annimmt – unter Rückgriff auf die allgemeine Diskussion über die Völkerrechtssubjektivität des Einzelnen bestimmt werden, sondern richtet sich einzig und alleine nach dem Umfang seiner konkreten Verpflichtungen.⁵⁹ Dort, wo das Völkerrecht dem Individuum eigene Primärpflichten auferlegt, geht es a priori von dessen Handlungs- und damit auch Deliktsfähigkeit aus.⁶⁰ Dabei kann es ebenso wenig wie bei der Begründung von Rechten darauf ankommen, ob die Individualverpflichtung zur Wiedergutmachungsleistung auch auf internationaler Ebene durchgesetzt werden kann.

Darüber hinaus lassen sich vermehrt Belege für die Anerkennung einer zivilrechtli-

chen Verantwortlichkeit von Individuen im Völkerrecht ausmachen. So wird die zivilrechtliche Verfolgung schwerer Völkerrechtsverletzungen vor nationalen Gerichten zunehmend als Bestandteil des weltweiten Kampfes gegen die Straflosigkeit angesehen.⁶¹ Der deutsche Begriff der Straflosigkeit ist dabei irreführend, da die zuständige Arbeitsgruppe der Vereinten Nationen das englische Pendant „Impunity“ als einen Zustand bezeichnet, der Untersuchungen unmöglich macht, aufgrund derer die Täter im Rahmen eines strafrechtlichen, *zivilrechtlichen*, administrativen oder auch disziplinarischen Verfahrens, bestraft, beziehungsweise zur Leistung von Wiedergutmachung an die Opfer verurteilt werden könnten⁶² und damit ausdrücklich die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Täters mit einbezieht.

Noch deutlicher ist die Regelung des Art. 75 Rom-Statut, die den Internationalen Strafgerichtshof dazu ermächtigt, dem Opfer eines Völkerrechtsverbrechens einen Entschädigungsanspruch gegen den Täter

⁶¹ Vgl. zum Beispiel die umfassende, einem „holistischen“ Ansatz folgende Darstellung von Ratner/Abrams/Bischoff (Fn. 51), S. 17ff.

⁶² Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Forty-ninth session, Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political), Revised final report prepared by Mr. Joinet pursuant to Sub-Commission decision 1996/119, 2. Oktober 1997, UN-Dok. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, Annex II, Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights Through Action to Combat Impunity, A.: „Impunity means the impossibility, de jure or de facto, of bringing the perpetrators of human rights violations to account - whether in criminal, civil, administrative or disciplinary proceedings - since they are not subject to any inquiry that might lead to their being accused, arrested, tried and, if found guilty, sentenced to appropriate penalties, and to making reparations to their victims.“ Grundsatz 33 sieht ferner eine explizite Wiedergutmachungspflicht des Täters vor: „Any human rights violation gives rise to a right to reparation on the part of the victim or his or her beneficiaries, implying a duty on the part of the State to make reparation and the possibility for the victim to seek redress from the perpetrator.“

⁵⁸ Knut Ipsen, in: ders. (Hrsg.) Völkerrecht, 5. Aufl. 2004, S. 659, Rn. 11 sowie S. 625, Rn. 28.

⁵⁹ Eine Auseinandersetzung mit dem Konzept der Völkerrechtssubjektivität, mit dem Ergebnis, dass statt auf dieses besser auf die Kapazität in Bezug auf das jeweilige Recht abgestellt werden sollte, findet sich bei Clapham (Fn. 46), S. 70ff. Ähnlich Stephan Hobe/Otto Kimminich, Einführung in das Völkerrecht, 9. Aufl. 2008, S. 250.

⁶⁰ Im Ergebnis ebenso Köster (Fn. 21), S. 216ff. Ähnlich Dörr (Fn. 3), S. 914.

zuzusprechen.⁶³ Die Statuten der Sondergerichte für Jugoslawien und Ruanda begnügten sich noch damit, die Geschädigten auf das nationale Recht und den nationalen Rechtsweg zu verweisen.⁶⁴ Art. 75 Rom-Statut wird gemeinhin als eine Regel begriffen, welche die zunehmende Berücksichtigung der Opferrechte im Völkerstrafrecht symbolisiert.⁶⁵

Eine opferorientierte Perspektive nehmen ausweislich ihrer Präambel auch die „Grundprinzipien und Leitlinien betreffend das Recht der Opfer von groben Verletzungen der internationalen Menschenrechtsnormen und schweren Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht auf Rechtsschutz und Wiedergutmachung“ ein, die 2005 von der Generalversammlung

⁶³ Die Vorschrift lautet:

„1. Der Gerichtshof stellt Grundsätze für die Wiedergutmachung auf, die an oder in Bezug auf die Opfer zu leisten ist, einschliesslich Rückerstattung, Entschädigung und Rehabilitation. Auf dieser Grundlage kann der Gerichtshof in seiner Entscheidung entweder auf Antrag oder unter aussergewöhnlichen Umständen aus eigener Initiative den Umfang und das Ausmass des Schadens, Verlustes oder Nachteils feststellen, der den Opfern oder in Bezug auf die Opfer entstanden ist, wobei er die Grundsätze nennt, auf Grund deren er tätig wird.

2. Der Gerichtshof kann eine Anordnung unmittelbar gegen den Verurteilten erlassen, in der er die den Opfern oder in Bezug auf die Opfer zu leistende angemessene Wiedergutmachung, wie Rückerstattung, Entschädigung und Rehabilitation, im Einzelnen festlegt.

Gegebenenfalls kann der Gerichtshof anordnen, dass die zuerkannte Wiedergutmachung über den in Artikel 79 vorgesehenen Treuhandfonds erfolgt.

[...]

6. Dieser Artikel ist nicht so auszulegen, als beeinträchtigt er die Rechte der Opfer nach einzelstaatlichem Recht oder nach dem Völkerrecht.“

⁶⁴ Siehe U.N. ICTY, Rules of Procedure and Evidence, Rule 106(B), UN-Dok. IT/32/Rev.45 (8. Dezember 2010), sowie U.N. ICTR, Rules of Procedure and Evidence (14. März 2008), abrufbar unter: <http://69.94.11.53/ENGLISH/rules/080314/080314.pdf>.

⁶⁵ Vgl. *Eva Dwertmann*, The Reparation System of the International Criminal Court, Its Implementation, Possibilities and Limitations, 2010, S. 32.

der Vereinten Nationen ohne Gegenstimme verabschiedet wurden und nach eigenem Bekunden eine Abbildung bereits geltenden Völkerrechts darstellen. Grundsatz 15 sieht dabei eine Pflicht der Täter vor, die Opfer der von ihnen begangenen Völkerrechtsverletzungen zu entschädigen.⁶⁶

Damit steht fest, dass eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Einzelnen für die Verletzung einer strafrechtlich sanktionierten Primärpflicht grundsätzlich möglich ist. Fraglich ist lediglich, ob auch auf der Ebene des Völkerrechts ein entsprechender Erst-recht-Schluss gezogen werden kann.

d) Völkerstrafrechtliche Verantwortlichkeit als hinreichende Bedingung für die Haftung

Da das Völkerstrafrecht nach überwiegender Auffassung seine Legitimation aus dem oben beschriebenen nationalen Strafzweckprogramm bezieht,⁶⁷ gilt auch hier das Ultima-ratio-Prinzip.⁶⁸ Welche konkreten Konsequenzen daraus für die Anwendung des Völkerstrafrechts zu ziehen sind, ist hingegen noch weitgehend ungeklärt.⁶⁹ Während das Ultima-ratio-Prinzip im nationalen Kontext seine Bedeutung vor allem in der Entkriminalisierungsdebatte hat,⁷⁰ ist die Bestrafung völkerrechtlicher Verbrechen ohne Frage eine verhältnismässige Antwort auf die gravierendsten aller

⁶⁶ Die Regelung lautet: “[...] In cases where a person, a legal person, or other entity is found liable for reparation to a victim, such party should provide reparation to the victim or compensate the State if the State has already provided reparation to the victim.”

⁶⁷ Stellvertretend *Werle* (Fn. 51), S. 40. Auch das Völkerstrafrecht bezweckt damit hauptsächlich die Verhinderung zukünftiger Völkerrechtsverletzungen.

⁶⁸ *Cherif Mohamed Bassiouni*, The Proscribing Function of International Criminal Law in the Process of International Protection of Human Rights, in: *Yale Journal of World Public Order* 9 (1982-1983), S. 193-216; *Werle* (Fn. 51), S. 56.

⁶⁹ Siehe die Diskussion bei *Tallgren* (Fn. 26), S. 585ff.

⁷⁰ Dazu *Höffner* (Fn. 27), S. 78ff.

Völkerrechtsverletzungen. Vor dem Hintergrund der Ausgangsfrage ist die Problematik des Vorrangs eines der potentiell in Betracht kommenden völkerrechtlichen Sanktionsregimes ohnehin nicht von Bedeutung. Alleine aus der Anerkennung des Ultima-ratio-Prinzips im Völkerstrafrecht lässt sich nämlich schlussfolgern, dass eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Straftäters – wenn sie, wie hier erläutert, nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist – auch auf der Ebene des Völkerrechts grundsätzlich als das mildere Mittel der Sanktionierung des Rechtsverstößes betrachtet wird und somit a maiore ad minus aus der strafrechtlichen Verantwortlichkeit gefolgert werden kann.

In diesem Sinne wird zunehmend davon ausgegangen, dass Staaten die völkerrechtliche Befugnis besitzen, ihre Zivilgerichtsbarkeit über völkerrechtliche Verbrecher auf der Grundlage des Universalitätsprinzips auszuüben, da eine solche *sogar* im Bereich der dezentralen Strafverfolgung besteht.⁷¹

Als Ergebnis der vorangegangenen Überlegungen lässt sich somit feststellen, dass ein allgemeiner Rechtsgrundsatz im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH Statut existiert, wonach ein Völkerrechtsverbrecher zivilrechtliche Verantwortlichkeit gegenüber

den Opfern seiner Taten trägt und diese ihm gegenüber einen Wiedergutmachungsanspruch besitzen.

III. Implementierung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit auf nationaler Ebene – Zum Vorbildcharakter des Alien Tort Statute⁷²

Da auf der völkerrechtlichen Ebene mit Ausnahme von Art. 75 Rom-Statut keine Möglichkeit des Einzelnen besteht, einen Wiedergutmachungsanspruch gegenüber einem anderen Individuum geltend zu machen, ist er diesbezüglich auf die nationale (Zivil-)Gerichtsbarkeit angewiesen. Die Berufung auf ein subjektives völkerrechtliches Recht in einem nationalen Gerichtsverfahren erfordert neben der Inkorporation der Rechtsnorm jedoch, dass diese unmittelbar anwendbar beziehungsweise self-executing ist.⁷³ Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn die Regel so hinreichend klar und bestimmt formuliert ist, dass sie keiner völker- oder staatsrechtlichen Zwischenakte für ihre innerstaatliche Anwendbarkeit mehr bedarf und von einem Gericht als Grundlage seiner Entscheidung herangezogen werden kann.⁷⁴

⁷¹ Vgl. vor allem das Sondervotum von Richter Breyer im *Sosa*-Fall. US Supreme Court, *Sosa* ./ *Alvarez-Machain*, Entscheidung vom 29. Juni 2004, 542 U.S. 692, 762f. sowie den *Amicus-curiae*-Schriftsatz der Europäischen Kommission in derselben Rechtssache, *Sosa* ./ *Alvarez Machain et al.*, Brief of Amicus Curiae of the European Commission, S. 21f., abrufbar unter: <http://www.earthrights.org/alvarezbriefs/EC-brief.pdf>. Aus der Literatur vgl. unter anderem *Beth van Schaack*, In Defence of Civil Redress: The Domestic Enforcement of Human Rights Norms in the Context of the Proposed Hague Judgements Convention, in: Harv. Int'l L. J. 2001, S. 141-200 (S. 195f.); *Hailer* (Fn. 50), S. 210; *Donovan/Roberts* (Fn. 12), S. 153f.; *Cedric Ryngeart*, Universal Tort Jurisdiction Over Gross Human Rights Violations, in: Neth.Yb.Int'l L. 2007, S. 3-60 (S. 25ff.); *Beth Stephens*, Translating *Filártiga*: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies For International Human Rights Violations, in: Yale J. Int'l L. 2002, S. 1-57 (S. 40 und 44ff.).

⁷² Insbesondere früher wurde das Gesetz als Alien Tort Claims Act bezeichnet. Die Bezeichnung als Alien Tort Statute wurde von den Gerichten erst nach der Entscheidung des US Supreme Court, *Sosa* ./ *Alvarez-Machain*, Entscheidung vom 29. Juni 2004, 542 U.S. 692 übernommen. Siehe zum Alien Tort Statute beispielsweise *Thomas Giegerich*, Extraterritorialer Menschenrechtsschutz durch US-Gerichte: Sachwalterschaft für die internationale Gemeinschaft oder judizieller Imperialismus?, in: Eckart Klein/Christoph Menke (Hrsg.), *Menschheit und Menschenrechte*, 2000, S. 155-166.

⁷³ Beide Begriffe werden in der Regel synonym verwendet, vgl. nur *Gaby Buchs*, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen am Beispiel der Rechtsprechung der Gerichte Deutschlands, Österreichs, der Schweiz und der Vereinigten Staaten von Amerika, 1993, S. 26f.

⁷⁴ *Rudolf Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 4. Aufl. 2009, S. 159. Dies bestimmt sich ausschließlich mit Hilfe einer objektiv-rechtlichen Auslegung der völkerrechtlichen Regel, vgl. *Bernd Grzeszick*, Rechte des Einzelnen im Völ-

Allgemeine Rechtsgrundsätze sind jedoch ihrer Natur nach als generalisierte innerstaatliche Praxis vergleichsweise unbestimmt.⁷⁵ Die grundsätzliche Haftung von Völkerrechtsverbrechern lässt sich dementsprechend auch auf unterschiedlichem Wege nationalrechtlich implementieren. Die Ableitung eines zivilrechtlichen Wiedergutmachungsanspruchs erscheint vor diesem Hintergrund eher nicht möglich. Stattdessen obliegt es den Staaten, entweder ihr nationales Deliktsrecht völkerrechtsfreundlich⁷⁶ auszulegen und zum Beispiel die Verletzung völkerstrafrechtlicher Tatbestände als Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB zu begreifen oder eigenständige Anspruchsgrundlagen zur Verfügung zu stellen.⁷⁷

Letzteren Weg verfolgt die US-amerikanische Rechtsprechung zum ATS. Die aktuellen Entscheidungen in den Rechtssachen *Khulumani*⁷⁸ und *Kiobel*⁷⁹, bei denen es um Schadenersatzklagen gegen multinationale Unternehmen wegen schweren Menschenrechtsverletzungen ging, zeigen, dass die Gerichte nahezu derselben Konzeption der individuellen völkerrechtlichen Verantwortlichkeit folgen wie der vorliegende Beitrag. 2004 hatte der Supreme Court entschieden, dass das ATS eine reine Zuständigkeitsregelung darstellt, aber das (Federal) common law Individuen einen Wiedergutmachungsanspruch wegen der Verletzung solcher Völkerrechtsnor-

men gewährt, die „specific, universal and obligatory“ sind.⁸⁰ In den genannten Entscheidungen wurde nunmehr klargestellt, dass darunter all diejenigen Verpflichtungen zu subsumieren sind, für deren Verletzung der Beklagte bereits auf der Ebene des Völkerrechts eigene Verantwortlichkeit trägt.⁸¹ Solche existierten nach der Auffassung der Richter zwar ausschließlich im Bereich des Völkerstrafrechts, doch sei die individuelle Verantwortlichkeit dabei nicht auf die Bestrafung der Täter beschränkt.⁸² Stattdessen wird angenommen, dass bereits auf völkerrechtlicher Ebene ein materieller Wiedergutmachungsanspruch im Falle schwerer Völkerrechtsverletzungen besteht und das (Federal) common law lediglich einen rein prozessualen Rechtsbehelf zur Verfügung stellt, um diesen auf nationalrechtlicher Ebene einklagen zu können.⁸³ Konsequenterweise sind alle Voraussetzungen der Haftung alleine unter Rückgriff auf das Völkerrecht zu bestimmen.⁸⁴

kerrecht. Chancen und Gefahren völkerrechtlicher Entwicklungstrends am Beispiel der Individualrechte im allgemeinen Völkerrecht, in: AVR 2005, S. 312-344 (S. 318).

⁷⁵ Vgl. nur *Weiß* (Fn. 21), S. 405.

⁷⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat aus einer Gesamtschau der Vorschriften des Grundgesetzes eine Pflicht zur völkerrechtskonformen Auslegung hergeleitet, vgl. nur BVerfGE 111, 307ff.

⁷⁷ Ähnlich *Emanuela-Chiara Gillard*, Reparation for violations of international humanitarian law, in: IRR 2003, S. 529-553 (S. 547).

⁷⁸ US Court of Appeals (2nd Cir.), *Khulumani ./. Barclay National Bank Ltd.*, Entscheidung vom 12. Oktober 2007, 504 F.3d 254, 269f.

⁷⁹ US Court of Appeals (2nd Cir.), *Kiobel ./. Royal Dutch Petroleum Co.* (Fn. 17), 621 F.3d 111.

⁸⁰ US Supreme Court (Fn. 72), 692, 725.

⁸¹ US Court of Appeals (2nd Cir.), *Khulumani ./. Barclay National Bank Ltd.* (Fn. 78), 504 F.3d 254, 269f.: „[Courts] should first determine whether the alleged tort was in fact 'committed in violation of the law of nations' [...] and whether this law would recognize the defendants' responsibility for that violation“ (504 F.3d 254, 270). Im Anschluss daran US Court of Appeals (2nd Cir.), *Kiobel ./. Royal Dutch Petroleum Co.* (Fn. 17), 621 F.3d 111, 128ff. Aus der Literatur vor allem *William R. Casto*, Regulating the New Privateers of the Twenty-First Century, in: Rutgers L. J. 2005, S. 671-702; *Chimène I. Keitner*, Conceptualizing Complicity in Alien Tort Cases, in: Hastings L. J. 2008, S. 61-105; *Charles Ainscough*, Choice of Law and Accomplice Liability Under the Alien Tort Statute, in: Berkeley J. Int'l L. 2010, S. 588-603. In diese Richtung tendierte bereits der US Supreme Court in *Sosa ./. Alvarez-Machain* (Fn. 72), 542 U.S. 692, 724.

⁸² US Court of Appeals (2nd Cir.), *Kiobel ./. Royal Dutch Petroleum Co.* (Fn. 17), 621 F.3d 111, 146.

⁸³ *William R. Casto*, The New Federal Common Law of Tort Remedies for Violations of International Law, in: Rutgers L.J. 37 (2005-2006), S. 635-670 (S. 648f.).

⁸⁴ Vgl. auch *Jaykumar A. Menon*, The Alien Tort Statute, Blackstone and Criminal/Tort Law

Dieser Ansatz der jüngeren US-amerikanischen Rechtsprechung ist zu begrüßen, da er zeigt, wie die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Völkerrechtsverbrechers auf nationaler Ebene implementiert werden kann, ohne dabei den völkerrechtlichen Charakter der Haftung zu negieren. Darüber hinaus kann so ein Gleichlauf mit der Begründung strafrechtlicher Gerichtsbarkeit über Völkerrechtsverbrecher hergestellt und ein wichtiger Beitrag im weltweiten Kampf gegen die Straflosigkeit geleistet werden.

Art. 3 im Rahmen des Individualbeschwerdeverfahrens gemäß Art. 22 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe

Teil 2 des Berichts über die Arbeitsweise des Ausschusses gegen Folter

Maral Kashgar

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Stand der Ratifikation und Erklärungen im Sinne von Art. 22
- III. Statistik zu den Individualbeschwerden
- IV. Absolute Reichweite des Art. 3 Abs. 1
- V. Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 nur bei Folter im Sinne von Art. 1 Abs. 1
- VI. Stichhaltige Gründe für die Annahme einer Foltergefahr
- VII. Fazit

I. Einleitung

Dieser Beitrag schließt an den ersten Teil des insgesamt dreiteiligen Berichts aus dem Heft 2/2010¹ an. Der vorliegende zweite Teil und der dritte Teil² behandeln den materiell-rechtlichen Inhalt der Individualbeschwerden gemäß Art. 22 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedri-

gende Behandlung oder Strafe³ (Übereinkommen),⁴ mit denen sich der Ausschuss gegen Folter⁵ seit seiner 17. Session im Jahre 1997 befasst hat.

Dieser Beitrag befasst sich dabei ausschließlich mit Beschwerden, die sich gegen die Verletzung der Pflicht aus Art. 3 richten, und versucht anhand einer Auswahl an Beschwerden die Arbeitsweise des Ausschusses und seine Spruchpraxis im Hinblick auf die Voraussetzungen des Art. 3 zu veranschaulichen. Dabei kann nicht auf alle Voraussetzungen und Problem- punkte eingegangen werden. Der Beitrag beschränkt sich daher auf die Fragen der Reichweite des Art. 3 (IV.) und seine Anwendbarkeit (V.) sowie auf einige Aspekte der Ermittlung einer Foltergefahr (VI.).⁶

¹ Vgl. Maral Kashgar, Das Individualbeschwerdeverfahren gemäß Art. 22 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, in: MRM 2010, S. 118-131. Der erste Teil des Berichts befasste sich mit den Zulässigkeitsvoraussetzungen der Individualbeschwerde nach Art. 22 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe und der Arbeitsweise des Ausschusses gegen Folter im Rahmen dieses Verfahrens.

² Der dritte Teil des Berichts wird voraussichtlich im Heft 2/2011 erscheinen und wird die Individualbeschwerden wegen der Verletzung anderer Vorschriften des Übereinkommens als Art. 3 untersuchen.

³ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman 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.

⁴ Alle folgenden Artikelangaben ohne nähere Bezeichnung sind solche des Übereinkommens.

⁵ Der Ausschuss gegen Folter (Committee against Torture) ist das Kontrollorgan des Übereinkommens und setzt sich aus 10 unabhängigen Sachverständigen zusammen, Art. 17, 18.

⁶ Bezüglich der Formulierung „in einen anderen Staat“ vgl. General Comment No. 1 on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22, UN-Dok. A/53/44, Annex IX, Nr. 2; Manfred Nowak/Elizabeth McArthur, The United Nations Convention Against Torture. A Commentary, 2008, Art. 3, Rn. 177ff.; Cornelis Wolfram Wouters, International Legal Standards for the Protection from Refoulement, 2009, S. 508ff.; bezüglich der Bedeutung von Ausweisung, Abschiebung, Auslieferung vgl.

Vor der Untersuchung der Beschwerden zu Art. 3 wird zunächst ein kurzer Überblick über den Stand der Ratifikationen sowie die für das Individualbeschwerdeverfahren erforderlichen Erklärungen (II.) und der Zahlen zu den Individualbeschwerden (IV.) gegeben. Im Fazit schließt der Beitrag mit einer Bewertung der Arbeitsweise des Ausschusses (VII.)

II. Stand der Ratifikation und Erklärungen im Sinne von Art. 22

Das Übereinkommen zählt mittlerweile 147 Vertragsstaaten,⁷ von denen bislang 64 die Erklärung nach Art. 22 Abs. 1 abgegeben haben. Am 19. Oktober 2001 erkannte auch die Bundesrepublik Deutschland die Zuständigkeit des Ausschusses an, Individualbeschwerden gegen sie anzunehmen und zu prüfen. Dies geschah bislang zwei Mal, wobei im ersten Fall, *M.A.K. ./ Deutschland*,⁸ die Beschwerde für unbegründet erklärt wurde⁹ und die zweite Beschwerde noch anhängig ist.¹⁰

III. Statistik zu den Individualbeschwerden

Laut einer Statistik des Ausschusses zu den bislang registrierten und bearbeiteten Fällen mit Stand vom 30. November 2010 gingen bei dem Ausschuss seit Aufnahme seiner Arbeit insgesamt 439 Beschwerden

gegen 29 Staaten ein.¹¹ Von den 439 Beschwerden sind 102 noch anhängig und 337 Beschwerden wurden abgeschlossen. Dabei hält sich die Zahl der zulässigen (169) und der unzulässigen Beschwerden beziehungsweise eingestellten Verfahren (168)¹² in der Waage. Von den 337 abgeschlossenen Verfahren waren lediglich 52 Beschwerden begründet (ca. 15%).

Die meisten Beschwerden wurden gegen die Schweiz (109) und Schweden (108) eingereicht, gefolgt von Kanada mit 71 Beschwerden. Dabei ist zu beachten, dass in nur wenigen dieser Beschwerden eine Verletzung des Übereinkommens festgestellt wurde.¹³ Die Beschwerden gegen diese Vertragsstaaten richten sich fast ausschließlich gegen die Verletzung des Ausweisungs-, Abschiebungs- beziehungsweise Auslieferungsverbots, das sogenannte Verbot des *Refoulement*, welches in Art. 3 Abs. 1 kodifiziert ist.¹⁴

Beschwerden wegen Verletzungen anderer Verpflichtungen aus dem Übereinkommen wurden zum Beispiel gegen Serbien und Tunesien festgestellt,¹⁵ die bislang prozentual am häufigsten gegen das Übereinkommen verstoßen haben.¹⁶

Nowak/McArthur, Art. 3, Rn. 171ff. und *Wouters*, S. 505ff.

⁷ Stand der Ratifikationen abrufbar unter: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en (zuletzt besucht am 30. März 2011).

⁸ Entscheidung vom 17. Mai 2004, UN-Dok. CAT/C/32/D/214/2002.

⁹ Vgl. hierzu *Kashgar* (Fn. 1), S. 127ff.

¹⁰ Eine Statistik über die insgesamt eingereichten Beschwerden unter Aufschlüsselung nach den Beschwerdegegnern (den Vertragsstaaten) mit Stand vom 30. November 2010 ist zu finden unter: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/pcedure.htm> (zuletzt besucht am 30. März 2011).

¹¹ Ebenda.

¹² Von den 168 Beschwerden wurden 108 eingestellt und 60 als unzulässig abgewiesen.

¹³ Von den 109 Beschwerden gegen die Schweiz sind bislang 65 abgeschlossen worden, wovon lediglich 6 Fälle (ca. 9%) begründet waren. In den Verfahren gegen Schweden kamen 90 Verfahren zum Abschluss, in denen immerhin in 15 Fällen (ca. 16%) eine Verletzung des Übereinkommens festgestellt wurde. Im Falle Kanadas waren 4 Beschwerden (ca. 7%) in 55 abgeschlossenen Verfahren begründet.

¹⁴ *Nowak/McArthur* (Fn. 6), Art. 3, Rn. 1.

¹⁵ Diese Beschwerden werden Gegenstand des dritten Teils des Berichts sein, der im Heft 2/2011 erscheinen wird.

¹⁶ Serbien hat dabei die meisten Verletzungen begangen, denn 7 von 8 eingereichten Beschwerden waren begründet (87,5%), wobei eine noch anhängig ist. Im Fall von Tunesien waren von den insgesamt 8 eingereichten Beschwerden 6 begründet (75%), eine unzulässig und in einem Fall wurde das Verfahren eingestellt.

Auffällig ist, dass gegen Vertragsstaaten, in denen Folterungen und Misshandlungen keine Seltenheit sind, kaum Beschwerden vorgelegt wurden. Zum Beispiel wurden gegen Vertragsstaaten wie Peru, Mexiko oder Brasilien noch keine Beschwerden eingereicht, obwohl der Ausschuss gegen diese drei Staaten im Rahmen des Untersuchungsverfahrens gemäß Art. 20 *systematische* Folterungen festgestellt hatte.¹⁷ Auch in der Türkei – der erste Vertragsstaat, gegen den ein Untersuchungsverfahren nach Art. 20 eingeleitet wurde – wurde 1994 das Vorliegen systematischer Folterungen festgestellt,¹⁸ und dennoch wurde bislang nur eine Individualbeschwerde eingereicht, die jedoch als unzulässig abgewiesen wurde.¹⁹

¹⁷ Gemäß Art. 20 kann der Ausschuss ein Untersuchungsverfahren gegen einen Vertragsstaat einleiten, wenn ihm wohlbegründete Hinweise vorliegen, dass auf dem Hoheitsgebiet des Vertragsstaates systematische Folterungen stattfinden. Hierzu vgl. *Roland Bank/Maral Kashgar*, Zur Arbeitsweise des Committee Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment und des Subcommittee on Prevention of Torture, in: Andreas Zimmermann (Hrsg.), *Folterprävention im völkerrechtlichen Mehrebenensystem (Studien zu Grund- und Menschenrechten, Bd. 16)*, 2011, i.E. In Peru stellte der Ausschuss 2001 das Bestehen einer systematischen Folterpraxis fest (UN-Dok. A/56/44, Nr. 144-193), in Mexiko 2003 (UN-Dok. A/58/44, Nr. 147-153; vgl. auch UN-Dok. CAT/C/75) und in Brasilien 2008 (UN-Dok. A/63/44, Nr. 64-72; vgl. auch UN-Dok. CAT/C/39/2).

¹⁸ UN-Dok. A/49/44, Nr. 172-177.

¹⁹ Natürlich muss im Hinblick auf die Vertragsstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) berücksichtigt werden, dass Opfer von Misshandlungen oder Folter eher vor den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ziehen als vor den Ausschuss des Übereinkommens. Die Urteile des EGMR sind im Gegensatz zu den Entscheidungen des Ausschusses schließlich rechtlich verbindlich für die am Streit beteiligten Vertragsstaaten (Art. 46 Abs. 1 EMRK) und der EGMR kann dem Opfer sogar eine gerechte Entschädigung zusprechen (Art. 41 EMRK). Die Entscheidungen des Ausschusses sind jedoch nicht (gänzlich) verbindlich. Sie binden die Vertragsstaaten nur, soweit sie die Normen des Übereinkommens auslegen (vgl. hierzu *Kashgar* [Fn. 1], S. 121f.).

IV. Absolute Reichweite des Art. 3 Abs. 1

Art. 3 Abs. 1 lautet:

„Ein Vertragsstaat darf eine Person nicht in einen anderen Staat ausweisen, abschieben oder an diesen ausliefern, wenn stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass sie dort Gefahr laufe, gefoltert zu werden.“

1. Die Abwägungsfestigkeit des Art. 3

Der Ausschuss hat bislang mehrfach festgestellt, dass das *Refoulement*-Verbot in Art. 3 Abs. 1 keine Ausnahmen oder Abweichungen zulässt und damit absolut ist.²⁰

In *Gorki Ernesto Tapia Paez ./. Schweden*²¹ erklärte der Ausschuss, dass sobald stichhaltige Gründe für die Annahme vorliegen, dass die betroffene Person in dem Staat, in den sie ausgewiesen, abgeschoben oder an

Gleiches gilt für Opfer von Folterungen oder Misshandlungen durch die Vertragsstaaten der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (AMRK). Denn auch hier sind die Urteile des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte (IAGMR) für die betroffenen Vertragsstaaten rechtlich bindend, Art. 68 Abs. 1 AMRK. Dieser kann ebenfalls dem Opfer eine angemessene Entschädigung zusprechen, Art. 63 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 AMRK.

Beschwerden, die in der Sache bereits vor anderen internationalen Untersuchungs- oder Streitregelungsverfahren geprüft wurden oder noch anhängig sind, sind gemäß Art. 22 Abs. 5 lit. a unzulässig. Vgl. hierzu *X ./. Kanada* (Entscheidung vom 20. November 1995, UN-Dok. CAT/C/15/D/26/1995) für Beschwerden vor der Inter-Amerikanischen Kommission für Menschenrechte und *A.G. ./. Schweden* (Entscheidung vom 2. Mai 2000, UN-Dok. CAT/C/24/D/140/1999) für Beschwerden vor dem EGMR.

²⁰ Im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens gemäß Art. 19 stellte der Ausschuss dies bislang zum Beispiel während der Behandlung des ersten Staatenberichts Albaniens (UN-Dok. CAT/C/SR.652, Nr. 59), in seinen Abschließenden Bemerkungen zum zweiten Staatenbericht Nepals (UN-Dok. CAT/C/NPL/CO/2, Nr. 17) sowie in seinen Abschließenden Bemerkungen zum vierten und fünften Staatenbericht Kanadas (CAT/C/CR/34/CAN, Nr. 5a) fest. Zum Staatenberichtsverfahren nach Art. 19 siehe *Bank/Kashgar* (Fn. 17).

²¹ Entscheidung vom 8. Mai 1997, UN-Dok. CAT/C/18/D/39/1996.

welchen sie ausgeliefert²² werden soll,²³ der Gefahr von Folter ausgesetzt werden würde, ein Vertragsstaat die betroffene Person nicht in diesen Staat zwangsweise rückführen dürfe. Die vorherigen Handlungen oder gar Straftaten, die die Person begangen hat, dürfen bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen des *Refoulement*-Verbots vorliegen, keine Rolle spielen.²⁴ In diesem Fall ging es um die drohende Abschiebung des peruanischen Beschwerdeführers. Dieser war in Peru als Gegner der dortigen Regierung politisch aktiv und gehörte einer kommunistischen Oppositionsgruppe an, auf deren Demonstrationen er selbst hergestellte Bomben verteilt hatte. Die schwedischen Behörden gaben an, dass solche Straftaten nicht zu einer Bewilligung von Asyl führen dürften.²⁵

In *Seid Mortesa Aemei ./. Schweiz* machte der Ausschuss erneut deutlich, dass der Schutz des Art. 3 absolut sei.²⁶ In dieser Beschwerde ging es um die Abschiebung eines Iransers aus der Schweiz, der im Iran als Regimegegner politisch aktiv war und nach mehreren kurzen Festnahmen und Befragungen in die Schweiz flüchtete. Dort ging er weiterhin politischen Aktivitäten nach und schloss sich einer im Iran verbotenen Oppositionsgruppe an. Während seiner Aktivitäten für diese Oppositionsgruppe geriet er mehrfach in Auseinandersetzungen mit Repräsentanten der iranischen Regierung in der Schweiz. Der Ausschuss stellte fest, dass eine Abschiebung des Beschwerdeführers in den Iran auch dann Art. 3 Abs. 1 verletzen würde, wenn dessen

politischen Aktivitäten im Iran vor seiner Flucht nicht ausreichten, um eine Verfolgung durch die iranischen Behörden zu begründen. Der Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 unterscheide insofern nicht zwischen den Foltergefahr verursachenden Handlungen, die vor der Flucht im Empfängerstaat begangen wurden, und denen, die nach der Flucht auf dem Territorium des abschiebenden Staates stattfanden.²⁷

In *Tebourski ./. Frankreich*²⁸ führte der Ausschuss die Konkretisierung des absoluten Schutzzumfangs des Art. 3 Abs. 1 weiter aus. Hier ging es um die Abschiebung eines Tunesiers. Der Beschwerdeführer war 2005 in Frankreich wegen der Verabredung zur Begehung einer Straftat in Verbindung mit der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung zu sechs Jahren Haft verurteilt worden. Nach einem Jahr in Haft erging dann eine Abschiebungsverfügung gegen ihn. Frankreich begründete diese Entscheidung damit, dass der Beschwerdeführer eine Gefahr für die Staatssicherheit darstelle, und schob den Beschwerdeführer trotz eines Gesuchs des Ausschusses, die Abschiebung nicht zu vollziehen, bevor er in der Sache entschieden hat,²⁹ nach Tunesien ab. Der Ausschuss stellte eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 fest. Er bestätigte im Einklang mit seiner bisherigen Spruchpraxis, dass der Sinn und Zweck des Art. 3 sei, Individuen davor zu schützen, durch eine zwangsweise Rückführung in einen anderen Staat der Gefahr von Folter ausgesetzt zu werden.³⁰ Dieser absolute Schutzzweck

²² Im Folgenden „zwangsweise Rückführung“.

²³ Im Folgenden „Empfängerstaat“.

²⁴ *Gorki Ernesto Tapia Paez ./. Schweden* (Fn. 21), Nr. 14.5.

²⁵ Ebd., Nr. 6.3. Der Ausschuss war zu dem Schluss gekommen, dass der Beschwerdeführer in Peru Gefahr lief, gefoltert zu werden, da er von der Polizei gesucht werde, er unbestritten ein politisch aktiver Gegner der Regierung sei und aus einer politisch aktiven Familie stamme (seiner Schwester und Mutter sei schließlich in Schweden schon Asyl gewährt worden), Nr. 14.3, 14.6.

²⁶ Entscheidung vom 9. Mai 1997, UN-Dok. CAT/C/18/D/34/1995, Nr. 9.8.

²⁷ Ebd., Nr. 9.4.

²⁸ Entscheidung vom 1. Mai 2007, UN-Dok. CAT/C/38/D/300/2006.

²⁹ Zur Pflicht der Vertragsstaaten, einstweiligen Maßnahmen des Ausschusses nachzukommen, vgl. *Kashgar* (Fn. 1), S. 122ff.

³⁰ Vgl. zu diesem sogenannten „*overarching principle*“ *Nowak/McArthur* (Fn. 6), Art. 3, Rn. 139ff., insbesondere im Hinblick auf die Beweisführung und die Beweislastverteilung, Rn. 140; *Mutombo ./. Schweiz*, Entscheidung vom 27. April 1994, UN-Dok. CAT/C/12/D/13/1993, Nr. 9.2; *Seid Mortesa Aemei ./. Schweiz* (Fn. 26), Nr. 9.6; *M.P.S. ./. Australien*, Entscheidung vom 30. April 2002, UN-Dok. CAT/C/28/D/138/1999, Nr. 7.3.

komme jeder Person zu, unabhängig von der Gefahr, die sie für die Sicherheit des rückführenden Staates darstelle.³¹ Sobald stichhaltige Gründe für die Annahme gegeben sind, dass eine Person in einem anderen Staat einer Foltergefahr ausgesetzt werden könnte, dürfe sich der abschiebende Vertragsstaat nicht mehr auf nationale Belange stützen, um ein Abweichen von seiner Verpflichtung unter Art. 3 zu rechtfertigen.³²

So entschied der Ausschuss auch in *Sogi ./ Kanada*.³³ Hier ging es um die Abschiebung eines Inders, dem vorgeworfen wurde, Mitglied einer internationalen Terrororganisation zu sein, die bereits mehrere Attentate auf hochrangige Politiker in Indien verübt haben sollte. Der Beschwerdeführer wurde abgeschoben, bevor der Ausschuss über den Fall entscheiden konnte. Die Abschiebung erfolgte trotz einer Einschätzung des kanadischen Geheimdienstes, dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner Mitgliedschaft in der Terrororganisation in Indien Gefahr liefe, gefoltert zu werden. Aber so wie Frankreich in *Tebourski* wogen die kanadischen Behörden das Risiko für den Beschwerdeführer mit dem Risiko für die nationale Sicherheit ab und räumten letzterer Priorität ein.³⁴

Damit lässt sich festhalten, dass der Schutz des Art. 3 abwägungsfest ist und dass Vertragsstaaten nationale Belange – anders als im Flüchtlingsrecht –³⁵ nicht zur Rechtfertigung von zwangsweisen Rückführungen bei stichhaltigen Gründen für die Annahme einer Foltergefahr für die betroffene Person geltend machen können.

2. Die Bedeutung der absoluten Reichweite des Art. 3 im „internationalen Kampf gegen den Terrorismus“

Wie unter anderem die Fälle *Tebourski ./ Frankreich*³⁶ und *Sogi ./ Kanada*³⁷ zeigen, ist die absolute Reichweite des Art. 3 insbesondere für die internationale Terrorismusbekämpfung von Bedeutung.

In den Abschiebungsfällen *Attia ./ Schweden*³⁸ und *Agiza ./ Schweden*³⁹ ging es um die Abschiebung eines ägyptischen Ehepaars. Frau *Attia* hatte vorgebracht, dass sie in Ägypten Gefahr laufen würde, wegen ihres Mannes, Herrn *Agiza*, inhaftiert und gefoltert zu werden. Ihr Mann wurde in Ägypten *in absentia* wegen terroristischer Aktivitäten und der Mitgliedschaft in einer islamistisch-fundamentalistischen Organi-

kommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (UNTS Bd. 189, S. 137; BGBl. 1953 II S. 560) eine Ausnahme, wenn „ein Flüchtling ... aus schwer wiegenden Gründen als eine Gefahr für die Sicherheit des Landes anzusehen ist, in dem er sich befindet, oder der eine Gefahr für die Allgemeinheit dieses Staates bedeutet, weil er wegen eines Verbrechens oder eines besonders schweren Vergehens rechtskräftig verurteilt wurde.“ Zur Reichweite des Refoulement-Verbots des Flüchtlingsrechts vgl. *Walter Kälin/Martina Caroni/Lukas Heim*, Art. 33, para. 1 (Prohibition of Expulsion or Return (‘Refoulement’)/Défense d’Expulsion et de Refoulement), in: *Andreas Zimmermann* (Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A Commentary*, 2011, S. 1327-1395; zur Reichweite der Ausnahme vgl. *Andreas Zimmermann/Philipp Wennholz*, Art. 33, para. 2 (Prohibition of Expulsion or Return (‘Refoulement’)/Défense d’Expulsion et de Refoulement), in: *ders.* (Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A Commentary*, 2011, S. 1397-1423.

³⁶ Entscheidung vom 1. Mai 2007 (Fn. 28).

³⁷ Entscheidung vom 16. November 2007 (Fn. 33).

³⁸ Entscheidung vom 17. November 2003, UN-Dok. CAT/C/31/D/199/2002.

³⁹ Entscheidung vom 20. Mai 2005, UN-Dok. CAT/C/34/D/233/2003.

³¹ *Tebourski ./ Frankreich* (Fn. 28), Nr. 8.2.

³² Ebd., Nr. 8.3.

³³ Entscheidung vom 16. November 2007, UN-Dok. CAT/C/39/D/287/2006, Nr. 10.2.

³⁴ Ebd., Nr. 2.7f. sowie 10.2. Vgl. auch *Dadar ./ Kanada*, Entscheidung vom 23. November 2005, UN-Dok. CAT/C/35/D/258/2004, wo Kanada ebenfalls versucht hatte, dem Schutz der öffentlichen Sicherheit (der Beschwerdeführer war in Kanada mehrfach straffällig geworden) Vorrang vor dem Schutz des Beschwerdeführers vor Folterungen einzuräumen, Nr. 2.11 und Nr. 4.4ff. Der Ausschuss erinnerte jedoch erneut an den absoluten Schutzzumfang des Art. 3 und wies die Argumentation Kanadas als mit dem Übereinkommen unvereinbar zurück, Nr. 8.8.

³⁵ Anders als Art. 3 Abs. 1 erlaubt das Refoulement-Verbot in Art. 33 Abs. 2 des Ab-

sation zu 25 Jahren Haft verurteilt. Herr *Agiza* wurde abgeschoben, kurz bevor Frau *Attia* Beschwerde vor dem Ausschuss einlegte. Die Entscheidung des Ausschusses fiel zwei Jahre, nachdem der Mann der Beschwerdeführerin an Ägypten ausgeliefert worden war. Da er in dieser Zeit während der Haft keine Folterungen erleiden musste,⁴⁰ könne nicht angenommen werden, dass Frau *Attia* solch einer Gefahr ausgesetzt werden würde.⁴¹

Kurz vor der Entscheidung in *Attia* ./ *Schweden* hatte auch Herr *Agiza* Beschwerde beim Ausschuss eingereicht. Im Verlauf der Prüfung der Beschwerde stellte sich heraus, dass der Beschwerdeführer schon bei der Auslieferung misshandelt wurde⁴² und dass er während der Haft in Ägypten höchst wahrscheinlich Folterungen ausgesetzt wurde.⁴³ Der Ausschuss stellte richtigerweise auf den Zeitpunkt der Rückführung ab⁴⁴ und schlussfolgerte aus den

ihm nun vorliegenden Informationen, dass Schweden unter anderem aufgrund der ständigen und weitverbreiteten Folterpraxis Ägyptens insbesondere gegenüber Gefangenen, die aus politischen oder Sicherheitsgründen inhaftiert sind, und der Kenntnis von der Verurteilung des Beschwerdeführers wegen terroristischer Aktivitäten von einer Foltergefahr für den Beschwerdeführer hätte ausgehen müssen.⁴⁵

In beiden Fällen stützte sich Schweden in seiner Argumentation für die Abschiebung auf die UN-Sicherheitsratsresolution 1373 vom 28. September 2001⁴⁶, in der alle Staaten unter anderem dazu verpflichtet werden, denjenigen, die terroristische Handlungen finanzieren, planen, unterstützen oder begehen oder solchen Personen Unterschlupf gewähren, einen sicheren Zufluchtsort zu verweigern.⁴⁷ Schweden erklärte, dass es zwar seine Pflichten unter dem Übereinkommen einhalten, gleichzeitig aber auch der Sicherheitsratsresolution nachkommen müsse. Die Abschiebung der beiden Beschwerdeführer diene der Einhaltung dieser Resolution.⁴⁸ In *Agiza* argumentierte der Beschwerdeführer hingegen, dass die Resolution nicht die Pflichten aus dem

⁴⁰ Herr *Agiza* wurde regelmäßig vom schwedischen Botschafter in Ägypten besucht, der die Haftbedingungen und seine Behandlung überwachen sollte. Dieses Monitoring war Teil der diplomatischen Zusicherungen, die Schweden vor der Auslieferung von Ägypten eingeholt hatte. Der Ausschuss stützte sich bei seiner Entscheidung auf die Berichte des Botschafters, der nie von einem Verdacht von Folterungen berichtet hatte, Nr. 6.1ff. und 12.3. Wie sich später in *Agiza* ./ *Schweden* herausstellte, hatte Schweden in *Attia* dem Ausschuss wesentliche Informationen vorenthalten und verfälschte Berichte eingereicht, vgl. *Agiza* ./ *Schweden* (Fn. 39), Nr. 12.13ff. und 13.5.

⁴¹ *Attia* ./ *Schweden* (Fn. 38) Nr. 12.3.

⁴² Vgl. *infra* Fn. 73.

⁴³ *Agiza* ./ *Schweden* (Fn. 39), Nr. 12.18ff.

⁴⁴ In Fällen, in denen die zwangsweise Rückführung noch nicht vollzogen ist, der Beschwerdeführer sich also noch auf dem Territorium des rückführenden Staates befindet, stellt der Ausschuss für die Ermittlung eines Folterrisikos auf den Zeitpunkt seiner Entscheidungsfindung ab. Er zieht also alle für die Ermittlung einer Gefahr von Folter für den Beschwerdeführer in dem Empfängerstaat relevanten Tatsachen heran, die seit Einlegen der Beschwerde eingetreten sind, vgl. *Attia* ./ *Schweden* (Fn. 38), Nr. 12.1. In Fällen, in denen der Beschwerdeführer bereits rückgeführt wurde, bevor der Ausschuss seine Entscheidung fällen konnte beziehungsweise bevor eine Beschwerde eingelegt werden konnte, stellt der Ausschuss auf den Zeitpunkt der

Rückführung ab und untersucht, ob der Vertragsstaat Kenntnis von den Umständen hatte oder hätte haben können, die die Annahme einer Gefahr von Folter für den Beschwerdeführer begründen würden. Nachträgliche Ereignisse zieht der Ausschuss lediglich als Indizien für die Ermittlung einer solchen Kenntnis heran, vgl. *Brada* ./ *Frankreich*, Entscheidung vom 17. Mai 2005, UN-Dok. CAT/C/34/D/195/2002, Nr. 13.1; *Agiza* ./ *Schweden* (Fn. 39), Nr. 13.2. Für eine kontroverse Entscheidung zur Frage nach dem Zeitpunkt der Risikoermittlung, die der Ausschuss in den beiden letztgenannten Fällen korrigierte, vgl. *T.P.S.* ./ *Kanada*, Entscheidung vom 4. September 2000, UN-Dok. CAT/C/24/D/99/1997 und insbesondere auch die abweichende Meinung des Ausschussmitglieds *Guibril Camara*. Für eine Besprechung dieser Fälle vgl. *Nowak/McArthur* (Fn. 6), Art. 3, Rn. 132ff.

⁴⁵ *Agiza* ./ *Schweden* (Fn. 39), Nr. 13.4.

⁴⁶ UN-Dok. S/RES/1373.

⁴⁷ Ebd., Nr. 2 lit. c.

⁴⁸ *Attia* ./ *Schweden* (Fn. 38), Nr. 4.4, 4.16; *Agiza* ./ *Schweden* (Fn. 39), Nr. 4.9, 4.29.

Übereinkommen verdrängen könne,⁴⁹ was mit Nr. 3 lit. f der Resolution im Einklang steht, wonach die Staaten aufgefordert werden „im Einklang mit den entsprechenden Bestimmungen ... des Völkerrechts, einschließlich der internationalen Menschenrechtsnormen“ über Asylanträge zu entscheiden.⁵⁰ Dem hielt Schweden entgegen, dass vor der Abschiebung diplomatische Zusicherungen über den Schutz der Beschwerdeführer eingeholt wurden,⁵¹ womit Schweden seinen Pflichten unter Art. 3 Abs. 1 hinreichend nachgekommen sei.⁵² Dies wurde jedoch im Fall *Agiza* vom Ausschuss anders gesehen.

Die Bedeutung des Art. 3 ist, wie sich ganz besonders im Fall *Agiza* zeigt, seit dem 11. September für den „internationalen Kampf gegen den Terrorismus“ deutlicher denn je⁵³ und die Mahnung zu seiner Einhaltung kann nicht häufig genug wiederholt werden.⁵⁴

⁴⁹ *Agiza* ./ Schweden (Fn. 39), Nr. 5.3.

⁵⁰ So auch der Ausschuss, ebd., Nr. 13.1 mit Verweis auf andere für die Terrorismusbekämpfung entscheidende Sicherheitsratsresolutionen, die entsprechende Verweise auf Menschenrechtsnormen enthalten.

⁵¹ Zur Problematik von diplomatischen Zusicherungen bei Verdacht von Folter vgl. *Nowak/McArthur* (Fn. 6), Art. 3, Rn. 205ff.; *Manfred Nowak*, ‚Extraordinary Renditions‘, *Diplomatic Assurances and the Principle of Non-Refoulement*, in: Walter Kälin/et al. (Hrsg.), *International Law, Conflict and Development. The Emergence of a Holistic Approach in International Affairs*, 2010, S. 107-134; *Wouters* (Fn. 6), S. 496ff.; *Lena Skoglund*, *Diplomatic Assurances Against Torture – An Effective Strategy? A Review of Jurisprudence and Examination of the Arguments*, in: *NJIL* 77 (2008), S. 319-364.

⁵² *Attia* ./ Schweden (Fn. 38), Nr. 4.4, 4.16; *Agiza* ./ Schweden (Fn. 39), Nr. 4.9, 4.29.

⁵³ Ähnlich auch der Ausschuss, der in *Agiza*, (Fn. 39), Nr. 13.5, auf „the scope of measures undertaken by numerous States to expose individuals suspected of involvement in terrorism to risks of torture abroad“ hinweist.

⁵⁴ Zum Problem der *extraordinary renditions* und der Anwendbarkeit des Art. 3 vgl. *Dominik Steiger*, *Die CIA, die Menschenrechte und der Fall Khaled el-Masri* (Studien zu Grund- und Menschenrechten Bd. 14), 2007, passim; *Nowak* (Fn. 51); *Joan Fitzpatrick*, *Rendition and Transfer in the War Against Terrorism: Guantanamo and*

V. Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 nur bei Folter im Sinne von Art. 1 Abs. 1

Zu beachten ist, dass das *Refoulement*-Verbot dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 zufolge lediglich auf Folter im Sinne von Art. 1 Abs. 1⁵⁵ Anwendung findet,⁵⁶ nicht aber auf grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (im Folgenden: Schlechtbehandlung) im Sinne des Art. 16 Abs. 1 S. 1.

1. Keine Anwendbarkeit des Refoulement-Verbots bei drohender Schlechtbehandlung im Sinne von Art. 16 Abs. 1 S. 1

Das Übereinkommen kodifiziert damit die Pflicht der Vertragsstaaten, Personen unter ihrer Hoheitsgewalt nicht durch eine zwangsweise Rückführung der Gefahr von Folter auszusetzen. Solch eine Pflicht besteht nicht, wenn es sich „lediglich“ um eine Gefahr von Schlechtbehandlung handelt. So entschied der Ausschuss zum Bei-

Beyond, in: *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* 25 (2003), S. 457-492; *Matteo M. Winkler*, *When "Extraordinary" Means Illegal: International Law and European Reaction to the United States Rendition Program*, in: *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* 33 (2008), S. 33-76.

⁵⁵ In Art. 1 Abs. 1 definiert das Übereinkommen Folter als „jede Handlung, durch die einer Person vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, zum Beispiel um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, um sie für eine tatsächlich oder mutmaßlich von ihr oder einem Dritten begangene Tat zu bestrafen oder um sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen, oder aus einem anderen, auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund, wenn diese Schmerzen oder Leiden von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden. Der Ausdruck umfasst nicht Schmerzen oder Leiden, die sich lediglich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen ergeben, dazu gehören oder damit verbunden sind.“

⁵⁶ So entschied der Ausschuss zum Beispiel in *G.R.B. ./ Schweden*, Entscheidung vom 15. Mai 1998, UN-Dok. CAT/C/20/D/83/1997, Nr. 6.5 und *S.V. et al. ./ Kanada*, Entscheidung vom 15. Mai 2001, UN-Dok. CAT/C/26/D/49/1996, Nr. 9.8.

spiel in *B.S. ./.* Kanada.⁵⁷ In diesem Fall stand der Beschwerdeführer iranischer Herkunft kurz vor einer Abschiebung in den Iran. Der Beschwerdeführer war 1985 im Iran wegen des Verdachts anti-revolutionärer, politischer Aktivitäten mehrfach festgenommen und während der Haft gefoltert worden. Der Beschwerdeführer rügte die Verletzung von Art. 3 sowie von Art. 16, unter anderem weil er bei einer Rückführung in den Iran wegen seiner Flucht und die dadurch verletzte Meldepflicht, die ihm zuvor von der iranischen Polizei auferlegt worden war, festgenommen und massiv bestraft werden würde.⁵⁸ Für die hier relevante Problematik hielt der Ausschuss fest:

“With regard to the alleged violation of article 16 of the Convention, the Committee notes that article 3 of the Convention does not encompass situations of ill-treatment envisaged by article 16.”⁵⁹

Ein Verbot, bei drohender Schlechtbehandlung eine Person nicht auszuweisen, abzuschicken oder auszuliefern, kann im Übrigen auch nicht aus Art. 2 Abs. 1⁶⁰ in Verbindung mit Art. 16 Abs. 1 S. 1 hergeleitet werden. So entschied der Ausschuss in

T.M. ./. Schweden.⁶¹ Hier ging es um die (vor der Entscheidung bereits erfolgte) Abschiebung eines Bangladeschis, der behauptete, dass seine Abschiebung zum einen gegen Art. 3 und zum anderen gegen Art. 2 und 16 verstoßen habe.⁶² Hinsichtlich der letzten Behauptung erklärte der Ausschuss:

“To the extent that the complainant argues that the State party would be in breach of articles 2 and 16 through exposing him to possible ill-treatment in Bangladesh, the Committee observes that the scope of the non-refoulement obligation described in article 3 does not extend to situations of ill-treatment envisaged by article 16. Accordingly, the claims under articles 2 and 16 relating to the expulsion of the complainant are inadmissible *ratione materiae* as incompatible with the provisions of the Convention.”⁶³

Dass ein *Refoulement*-Verbot nicht aus anderen Normen des Übereinkommens in Verbindung mit Art. 16 Abs. 1 S. 1 abgeleitet werden kann, lässt sich auch aus Art. 16 Abs. 1 S. 2 entnehmen, der explizit festlegt, welche Pflichten aus dem Übereinkommen neben Folter auch bei Schlechtbehandlungen gelten. Diese sind die Pflichten aus Art. 10, 11, 12, und 13.⁶⁴ Ein Ausweisungs-, Ab-

⁵⁷ Entscheidung vom 14. November 2001, UN-Dok. CAT/C/27/D/166/2000.

⁵⁸ Der Ausschuss wies die Beschwerde wegen der Verletzung von Art. 3 ab, da unter anderem aufgrund der langen Zeit, die seit den Vorfällen vergangen war, keine stichhaltigen Gründe mehr für die Annahme einer gegenwärtigen Gefahr bestünden, dass der Beschwerdeführer in Iran gefoltert werden würde. Außerdem hätten weder Anzeichen dafür bestanden, dass der Beschwerdeführer in Iran von den Behörden gesucht werde, noch habe er behauptet aktiver, politischer Gegner des Regimes zu sein. Darüber hinaus sei der Beschwerdeführer lediglich während der ersten Haft gefoltert worden, nicht aber während den späteren Inhaftierungen, die im Übrigen lediglich von kurzer Dauer waren, ebd., Nr. 7.3.

⁵⁹ Ebd., Nr. 7.4.

⁶⁰ Dieser besagt: „Jeder Vertragsstaat trifft wirksame gesetzgeberische, verwaltungsmäßige, gerichtliche oder sonstige Maßnahmen, um Folterungen in allen seiner Hoheitsgewalt unterstehenden Gebieten zu verhindern.“

⁶¹ Entscheidung vom 18. November 2003, UN-Dok. CAT/C/31/D/228/2003.

⁶² Der Beschwerdeführer war in Bangladesch aktives Mitglied einer Oppositionspartei und wurde aufgrund seiner politischen Aktivitäten inhaftiert und gefoltert und aufgrund falscher Anschuldigungen angeklagt, ebd., Nr. 3.1. Der Ausschuss verneinte eine Verletzung des Art. 3, da die vom Beschwerdeführer behaupteten Folterungen zum einen bereits sechs Jahre zurück lägen, so dass aus den damaligen Geschehnissen keine gegenwärtige Gefahr von Folter abgeleitet werden könne. Zum anderen wäre die Partei des Beschwerdeführers durch einen Regierungswechsel an die Macht gekommen, so dass dem Beschwerdeführer wegen seiner Mitgliedschaft in der Partei keine Verfolgung mehr drohen könne, ebd., Nr. 7.3.

⁶³ Ebd., Nr. 6.2. Hervorhebung der Autorin.

⁶⁴ Art. 10 betrifft die Pflicht, das mit dem Gesetzesvollzug betrauten militärischen und zivilen Personal über das Folterverbot zu unterrichten; Art. 11 regelt die Pflicht zur regelmäßigen Überprüfung der Regeln über Vernehmungen sowie zum Gewahrsam; Art. 12 beinhaltet die

schiebungs- oder Auslieferungsverbot ist nicht darunter.⁶⁵ Weiterhin regelt Art. 16 Abs. 2:

„Das Übereinkommen berührt nicht die Bestimmungen anderer internationaler Übereinkünfte oder innerstaatlicher Rechtsvorschriften, die grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe verbieten oder die sich auf die Auslieferung oder Ausweisung beziehen.“

Das Übereinkommen enthält somit kein *Refoulement*-Verbot bei grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe; es schließt ein solches aus anderen Übereinkommen oder aus dem nationalen Recht jedoch nicht aus.⁶⁶

2. Exkurs: Verletzung des Art. 16 Abs. 1 S. 1 durch die zwangsweise Rückführung als solche

Von der Frage, vor welcher Art der Gefahr das in Art. 3 Abs. 1 kodifizierte *Refoulement*-Verbot schützt, ist zu unterscheiden, dass die zwangsweise Rückführung als solche grausam, unmenschlich oder erniedrigend sein und damit einen Verstoß gegen Art. 16 Abs. 1 S. 1 darstellen kann. So entschied der Ausschuss zum Beispiel in *G.R.B. ./.* Schweden.⁶⁷ Die Beschwerdeführerin peruanischer Herkunft rügte, dass ihre Abschiebung aus Schweden zum einen gegen Art. 3 und zum anderen als solche gegen Art. 16 verstoßen würde. Hinsichtlich einer Verletzung des

Art. 16 erklärte sie, dass sie an einer schweren posttraumatischen Belastungsstörung leide, die durch ihre Verfolgung in Peru verursacht worden war.⁶⁸ Der Ausschuss wies die Beschwerde insoweit mit der Begründung ab, dass die bloße Verschlechterung des Gesundheitszustands einer Person, verursacht durch die Rückführung, nicht einer Behandlung, wie sie in Art. 16 definiert ist, gleichkomme.⁶⁹ Er erklärte jedoch nicht, dass eine Abschiebung grundsätzlich nicht Art. 16 verletzen könne.

Auch in *S.V. et al. ./.* Kanada⁷⁰ versuchte der Beschwerdeführer, ein Tamile, der mit seiner Familie nach Sri Lanka abgeschoben werden sollte, zu argumentieren, dass eine Abschiebung aufgrund der geistigen und körperlichen Behinderung seiner Tochter gegen Art. 16 verstoßen würde. Denn sie bedürfe besonderer medizinischer Behandlung und schulischer Betreuung, die sie in Sri Lanka nicht erhalten würde.⁷¹ Der Ausschuss wies die Beschwerde im Rahmen der Begründetheitsprüfung lediglich deswegen ab, weil der Beschwerdeführer diese Behauptungen nicht hinreichend belegt habe, nicht aber, weil eine Abschiebung *per se* nicht unter Art. 16 Abs. 1 fallen könne.⁷²

Bislang hat der Ausschuss keiner Beschwerde, dass eine zwangsweise Rückführung als solche gegen Art. 16 verstoßen würde, stattgegeben.⁷³ In den meisten Be-

Pflicht zur Durchführung von Untersuchungen bei Verdacht von Folter; Art. 13 regelt die Pflicht, jedem bei behaupteter Folter, das Recht auf Anrufung der Behörden sowie auf Untersuchungen einzuräumen.

⁶⁵ So argumentierte auch Kanada mit Verweis auf die *Travaux Préparatoires* in *S.V. et al. ./.* Kanada (Fn. 56), Nr. 7.14.

⁶⁶ Zu den Verwirrungen, die die Allgemeine Bemerkung des Ausschuss zur Umsetzung der Pflichten aus Art. 2 von 2008 (General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by State Parties, UN-Dok. A/63/44, Annex VI.) über ein mögliches *Refoulement*-Verbot aus Art. 16 verursacht hat, vgl. *Wouters* (Fn. 6), S. 518ff.

⁶⁷ Fn. 56, Nr. 6.7.

⁶⁸ Ebd., Nr. 3.2.

⁶⁹ Ebd., Nr. 6.7.

⁷⁰ Entscheidung vom 15. Mai 2001 (Fn. 56).

⁷¹ Ebd., Nr. 3.3f.

⁷² Ebd., Nr. 9.9.

⁷³ Lediglich im Fall *Agiza ./.* Schweden (Fn. 39), Nr. 13.4, hatte der Ausschuss die Behandlung des Beschwerdeführers bei der Auslieferung als eine von Art. 16 erfasste eingestuft, wobei dies vom Beschwerdeführer nicht einmal gerügt worden war. Der US-Geheimdienst hatte den schwedischen Behörden angeboten, die Auslieferung des Beschwerdeführers an Ägypten für diese durchzuführen. Direkt nach der Übergabe des Beschwerdeführers von schwedischen Polizisten an die US-amerikanischen Beamten am Flughafen in Stockholm wurde der Beschwerdeführer entkleidet, ihm wurde ein Zäpfchen unbekannter Natur eingeführt, eine Windel ange-

schwerden beklagten die Beschwerdeführer, dass sich durch die Abschiebung ihr Gesundheitszustand, entweder aufgrund der Verschlimmerung eines posttraumatischen Stresssyndroms oder aufgrund der Verschlechterung einer sonstigen Krankheit mangels hinreichender medizinischer Versorgung in ihrem Heimatland, verschlechtern würde. Die Verschlechterung des geistigen oder körperlichen Gesundheitszustands, ohne dass weitere Faktoren hinzutreten, genügt dem Ausschuss zufolge nicht, um die Schwelle zur Schlechtbehandlung durch den abschiebenden Staat zu überschreiten.⁷⁴ Da dies nicht von Art. 16 gedeckt sei, ist der Ausschuss dazu übergegangen, die Beschwerden insoweit als *ratione materiae* unzulässig abzuweisen.⁷⁵

3. Schützt Art. 3 Abs. 1 auch vor nicht-staatlichen Akteuren?

In einigen Beschwerden hatten Beschwerdeführer sich auf Art. 3 Abs. 1 berufen, weil sie in ihren Heimatländern Verfolgung und Folterungen durch nicht-staatliche Akteure fürchteten. Fraglich ist jedoch, ob der Schutz des Art. 3 soweit geht. Denn gemäß Art. 1 Abs. 1 S. 1 können

Handlungen nur dann Folter darstellen, wenn sie „von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden.“

a. Regel

Mit dieser Frage beschäftigte sich der Ausschuss in der oben bereits erwähnten Entscheidung *G.R.B. ./.* Schweden.⁷⁶ Die Beschwerdeführerin hatte vorgebracht, dass sie in Peru nicht nur von der Regierung, sondern auch von Angehörigen einer nicht-staatlichen terroristischen Organisation, der *Sendero Luminoso*, verfolgt werde. Angehörige dieser Gruppe hätten sie vergewaltigt und vor dem Haus ihrer Eltern einen Sprengsatz gezündet. Aus diesen Gründen würde die Gefahr bestehen, dass sie in Peru erneut Opfer dieser Organisation werden würde. Schweden hatte dem entgegengehalten, dass die Handlungen dieser nicht-staatlichen Gruppe nicht als Folter, sondern als kriminelle Handlungen einzustufen seien, die der peruanischen Regierung nicht zugerechnet werden können.⁷⁷ Entsprechend entschied der Ausschuss, dass Art. 3 in Verbindung mit Art. 1 zu betrachten sei, der Handlungen von nicht-staatlichen Akteuren, die nicht auf Veranlassung oder mit Einverständnis einer staatlichen Stelle durchgeführt werden, nicht umfasse. Damit greife das *Refoulement*-Verbot nicht, wenn lediglich die Gefahr besteht, dass eine Person Opfer nicht-staatlicher Gewalt wird.⁷⁸

b. Ausnahme

1999 befasste sich der Ausschuss erneut mit der Auslegung der Tätereigenschaft in Art. 1 Abs. 1 S. 1.

legt, und er wurde mit einem schwarzen Overall bekleidet. Bevor er an Bord der US-amerikanischen Maschine geführt wurde, kettete man ihn an einen speziell angefertigten Gurt, verband ihm die Augen und zog ihm eine Kapuze über. All dies wurde von der schwedischen Polizei geduldet, Nr. 10.2.

⁷⁴ Was eine solche Schlechtbehandlung im Sinne des Art. 16 Abs. 1 S. 1 darstellt, definiert der Ausschuss jedoch nicht.

⁷⁵ *T.M. ./.* Schweden (Fn. 61), Nr. 6.2; *B.S.S. ./.* Kanada, Entscheidung vom 12. Mai 2004, UN-Dok. CAT/C/32/D/183/2001, Nr. 10.2; *R.D. ./.* Schweden, Entscheidung vom 2. Mai 2005, UN-Dok. CAT/C/34/D/220/2002, Nr. 7.2; *M.M.K. ./.* Schweden, Entscheidung vom 3. Mai 2005, UN-Dok. CAT/C/34/D/221/2002, Nr. 7; *S.S. ./.* Kanada, Entscheidung vom 16. November 2005, UN-Dok. CAT/C/35/D/245/2004, Nr. 7.3; *A.A.C. ./.* Schweden, Entscheidung vom 16. November 2006, UN-Dok. CAT/C/37/D/227/2003, Nr. 7.3; *Njamba ./.* Schweden, Entscheidung vom 14. Mai 2010, UN-Dok. CAT/C/44/D/322/2007, Nr. 7.3.

⁷⁶ Entscheidung vom 15. Mai 1998 (Fn. 56).

⁷⁷ Ebd., Nr. 4.10.

⁷⁸ Ebd., Nr. 6.5. Vgl. ebenso *V.X.N. und H.N. ./.* Schweden, Entscheidung vom 15. Mai 2000, UN-Dok. CAT/C/24/D/130 & 131/1999, Nr. 13.8; *S.V. et al. ./.* Kanada (Fn. 56), Nr. 9.5 und 9.8.

In *Elmi ./. Australien*⁷⁹ ging es um einen Somalier, der nach Somalia abgeschoben werden sollte. Der Beschwerdeführer gehörte zu dem arabischen Stamm der *Shikal* aus Mogadischu. Dieser Stamm war Anfang der 1990er Jahre, in denen die zentrale Regierung in Somalia zusammengebrochen war und somit keine effektive staatliche Hoheitsgewalt mehr bestand, aufgrund seiner arabischen Wurzeln und seines Wohlstands immer wieder vom Stamm der *Hawiye* attackiert worden. Der Stamm der *Hawiye* kontrollierte zur damaligen Zeit weite Teile Mogadischus und konnte während des Bürgerkriegs in Somalia seine Kontrolle über die Region um Mogadischu weiter ausbauen. Die *Hawiye* hatten es anscheinend besonders auf die Familie des Beschwerdeführers abgesehen. Denn der Vater des Beschwerdeführers, ein Älterer des *Shikal*-Stammes, wurde 1991 von *Hawiye*-Milizen ermordet, als er sich weigerte, diesen finanzielle Mittel und Soldaten für den gerade ausgebrochenen Bürgerkrieg in Somalia zur Verfügung zu stellen. Am selben Tag zündeten die *Hawiye* eine Bombe am Haus des Beschwerdeführers, wodurch einer seiner Brüder ums Leben kam. Unmittelbar nach diesen Vorfällen flüchtete der Rest der Familie aus Mogadischu und zog bis 1997, als der Beschwerdeführer sich nach Australien retten konnte, von einer Stadt in die nächste auf der Flucht vor den *Hawiye*. In Australien beantragte der Beschwerdeführer Asyl, was ihm aber verwehrt wurde. Kurz vor seiner Abschiebung legte er Beschwerde beim Ausschuss ein mit der Begründung, dass eine Abschiebung nach Somalia Art. 3 Abs. 1 verletzen würde. Aufgrund seiner Stammeszugehörigkeit und der Vorgeschichte seiner Familie, werde der Beschwerdeführer namentlich von den *Hawiye* gesucht und liefe Gefahr, in Somalia von diesen festgenommen, gefoltert und ermordet zu werden.⁸⁰

⁷⁹ Entscheidung vom 14. Mai 1999, UN-Dok. CAT/C/22/D/120/1998.

⁸⁰ Ebd., Nr. 2.1ff.

Australien hingegen argumentierte, die Beschwerde sei *ratione materiae* unzulässig, da die Beschwerde nicht von den Vorschriften des Übereinkommens gedeckt sei: Der Beschwerdeführer fürchte eine Verfolgung durch *nicht*-staatliche Akteure, deren Handlungen nicht als Folter im Sinne von Art. 1 qualifiziert werden können. Anhand der *Travaux Préparatoires* zu Art. 1 leitete Australien ab, dass die Staaten sich darüber einig waren, dass Handlungen nicht-staatlicher Akteure ohne Veranlassung durch oder mit Einverständnis eines Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, nicht von der Folterdefinition erfasst sein sollten.⁸¹

Der Beschwerdeführer stimmte zu, dass der Grund für die Begrenzung der Folterdefinition in Art. 1 auf staatliche Hoheitsträger der Sinn und Zweck des Übereinkommens gewesen sei, *staatlich* sanktionierte Folterungen zu verfolgen und zu bestrafen.⁸² Er fügte noch hinzu, dass davon ausgegangen worden sei, dass der Schutz vor Folterhandlungen durch Private Aufgabe der Staaten selbst sei. Diese seien schließlich bereits gemäß dem Völkergewohnheitsrecht dazu verpflichtet, Folterhandlungen durch Private an Privaten mittels des nationalen Strafrechts zu verfolgen und zu bestrafen.⁸³

Was aber, wenn Schutz vor privater Gewalt aufgrund des Zusammenbrechens der staatlichen Hoheitsgewalt nicht mehr gewährleistet werden kann? Ein enges Verständnis des Art. 1 Abs. 1 S. 1, wonach Gewaltakte durch Private ohne jegliche Beteiligung eines staatlichen Hoheitsträ-

⁸¹ Ebd., Nr. 4.6ff.

⁸² Demnach stimme der Beschwerdeführer der Entscheidung in *G.R.B. ./. Schweden* ([Fn. 56], Nr. 9.8) zu. Allerdings sei der vorliegende Fall anders gelagert und demnach von *G.R.B.* zu unterscheiden ("*distinguishing*"), *Elmi ./. Australien* (Fn. 79), Nr. 5.2.

⁸³ Ebd., Nr. 5.2. Vgl. hierzu *Herman J. Burgers/Hans Danelius*, *The United Nations Convention against Torture: a handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 1988, S. 120; *Wouters* (Fn. 6), S. 447.

gers von der Folterdefinition ausgeschlossen sein sollen, würde die vom Übereinkommen eigentlich zu schützenden Personen in Fällen, in denen die staatliche Gewalt weggebrochen ist, in eine Schutzlücke fallen lassen.

Um dies zu verhindern, legte der Beschwerdeführer folgende Formulierung vor: Unter „eine andere in amtlicher Eigenschaft handelnden Person“ sollen auch nicht-staatliche Akteure fallen, die im Falle des Wegbrechens staatlicher Hoheitsgewalt in manchen Regionen oder unter bestimmten Umständen tatsächliche Gewalt („*authority*“) über andere innehaben und ausüben, welche mit der Hoheitsgewalt von Regierungen vergleichbar ist.⁸⁴

Der Ausschuss schien auf dieser Argumentation aufzubauen:⁸⁵ In Somalia sei zur damaligen Zeit bereits seit mehreren Jahren keine zentrale Regierung mehr vorhanden. Stattdessen gäbe es mehrere sich bekriegende Lager, mit denen die internationale Gemeinschaft in Verhandlungen getreten ist. Manche dieser Gruppen hätten zudem quasi-staatliche Institutionen eingerichtet⁸⁶ und würden über die Einrichtung einer gemeinsamen Administration verhandeln. Dies spräche dafür, dass diese *de facto* Vorrechte ausüben, die normalerweise einer legitimen Regierung zukommen.⁸⁷ Zu

diesen Gruppen gehöre auch der in Mogadischu herrschende *Hawiye*-Stamm, so dass seine Angehörigen mit „in amtlicher Eigenschaft handelnden Personen“ gleichzusetzen seien.⁸⁸ Da nun der Beschwerdeführer einem besonders bedrohten Stamm angehöre und speziell seine Familie von den *Hawiye* ins Visier genommen wurde, bestünden stichhaltige Gründe für die Annahme, dass der Beschwerdeführer durch eine Rückführung nach Somalia der Gefahr von Folter ausgesetzt werden würde. Die Beschwerde war damit begründet und Australien wurde aufgefordert, die Abschiebung zu unterlassen.⁸⁹

Es kann also festgehalten werden, dass Art. 3 Abs. 1 Anwendung findet, wenn in dem Empfängerstaat eine Regierung vorhanden ist, von der die Foltergefahr ausgeht. Geht die Gefahr aber von nicht-staatlichen Akteuren aus, so greift Art. 3 Abs. 1 nur, wenn

setzung oder der quasi-staatlichen Gewaltausübung über das *Territorium* (in das eine Person zurückgeführt werden soll) hinzu, vgl. unten V. 3. c. Dies ist insoweit konsistent, da die Ausübung quasi-hoheitlicher Aufgaben oder das Innehaben quasi-staatlicher Vorrechte ohne eine gewisse Kontrolle über das Territorium kaum möglich erscheint.

⁸⁴ *Elmi ./. Australien* (Fn. 79), Nr. 5.3. Diese Formulierung entspricht dem Vorschlag der Bundesrepublik Deutschland bei den Verhandlungen zu Art. 1, abgedruckt in: *Ahcene Boulesbaa*, The U.N. Convention on Torture and the Prospects for Enforcement, 1999, S. 27f.

⁸⁵ Der Ausschuss lehnte es insbesondere ab, die Beschwerde als *ratione materiae* unzulässig abzuweisen, da die vom beklagten Vertragsstaat aufgeworfene Problematik materiell-rechtlicher Natur sei, die im Rahmen der Begründetheit zu prüfen ist, *Elmi ./. Australien* (Fn. 79), Nr. 6.2.

⁸⁶ Laut den Angaben des Beschwerdeführers hätten sie zum Beispiel eigene Gesetze vorgeschrieben und ein eigenes Bildungs-, Gesundheits- und Steuersystem aufgestellt, ebd., Nr. 5.5.

⁸⁷ Ebd., Nr. 6.5. Der Ausschuss stellt vornehmlich auf die Ausübung quasi-hoheitlicher Aufgaben und das Innehaben quasi-staatlicher Vorrechte („*prerogatives*“) ab. In seiner späteren Spruchpraxis tritt zusätzlich die Komponente der Be-

⁸⁸ Ebd., Nr. 6.7. Bedauerlicherweise leitet der Ausschuss dieses Ergebnis nicht erkennbar anhand einer Auslegung des Vertragstextes gemäß der allgemeinen Auslegungsmethoden, wie sie in Art. 31ff. des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge von 1969 (UNTS Bd. 1155, S. 331; BGBl. 1985 II S. 927) festgelegt sind, her. Außerdem ähneln die Elemente für die Annahme staatsähnlicher Gewalt signifikant denen des Art. 9 des Artikelentwurfs für die Verantwortlichkeit von Staaten für völkerrechtswidriges Handeln der *International Law Commission* (ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, YILC 2001-II, Part Two;). Darin heißt es:

“*The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact exercising elements of the governmental authority in the absence or default of the official authorities and in circumstances such as to call for the exercise of those elements of authority.*”

Mangels jeglicher juristischer Herleitung bleibt jedoch unklar, ob der Ausschuss hierauf aufbaut.

⁸⁹ *Elmi ./. Australien* (Fn. 79), Nr. 6.8f.

die Gewalthandlungen der privaten Personen durch staatliche Stellen veranlasst werden oder mit deren Einverständnis erfolgen. Art. 3 Abs. 1 greift nur ausnahmsweise, wenn die Gefahr ohne die Beteiligung staatlicher Stellen von Privaten ausgeht, nämlich dann, wenn die an sich nicht staatliche Gruppe quasi-staatliche Aufgaben und Gewalt ausübt, die normalerweise einer legitimen Regierung zukäme.⁹⁰

c. Weiterentwicklung der Spruchpraxis?

Konsequenterweise fiel drei Jahre später die Entscheidung des Ausschusses in dem ähnlich gelagerten Fall *H.M.H.I. ./ Australien*⁹¹ anders aus. Hier ging es zwar ebenfalls um die Abschiebung eines Somaliers nach Somalia.⁹² Allerdings hatte sich – aus Sicht Australiens wie auch des Ausschusses – die Situation in Somalia entscheidend verändert. Denn 2000 wurde eine Übergangsregierung unter der Beteiligung aller Minderheiten- wie auch Hauptstämme eingesetzt, die seitdem die legitime Regierung stellte und von der internationalen Gemeinschaft anerkannt sei,⁹³ selbst wenn

einige Zweifel hinsichtlich der Reichweite ihrer Macht und ihrer Beständigkeit bestünden.⁹⁴ Daher würde sich der vorliegende Fall von den besonderen Umständen des *Elmi-Falles* unterscheiden. Nicht die Ausnahme, sondern die Regel, so wie sie in *G.R.B. ./ Schweden* entschieden wurde, greife hier: Die Gewalttaten, die von nicht-staatlichen Akteuren ohne Veranlassung durch oder mit Einverständnis eines Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person – die hier anders als im *Elmi-Fall* in Form von Mitgliedern der Übergangsregierung existierten – begangen werden, fallen nicht unter die Folterdefinition des Art. 1,⁹⁵ so dass das *Refoulement-Verbot* des Art. 3 Abs. 1 nicht greife.⁹⁶ Da

dem behauptete Australien, dass die Übergriffe durch private Gruppen lediglich wirtschaftlich motiviert seien und keine politisch motivierten Stammesfehden darstellen, ebd., Nr. 4.7.

⁹⁴ Ebd., Nr. 6.4.

⁹⁵ Der Ausschuss setzte sich jedoch nicht mit der Bedeutung von „Veranlassung“ beziehungsweise „ausdrückliches oder stillschweigendes Einverständnis“ näher auseinander. In *G.R.B.* hatte Schweden vorgebracht, dass die *Sendero Luminoso* von den peruanischen Behörden bekämpft und ihre Mitglieder verfolgt werden, Fn. 56, Nr. 4.9. Damit legte Schweden ein Argument dafür vor, dass die Handlungen solcher privaten Gruppen nicht mit Einverständnis der peruanischen Behörden erfolgten. Im vorliegenden Fall wurde jedoch nicht untersucht, ob die Handlungen der *Hawiye*, die schließlich an der Regierung beteiligt waren, tatsächlich ohne Einverständnis mindestens Teile der Übergangsregierung erfolgten. Dieses hätte zumindest eine Auseinandersetzung mit der Frage der Zurechnung und folglich mit dem Begriff des „Einverständnisses“ bedurft. Für eine Auslegung dieser Begrifflichkeit vgl. *Wouters* (Fn. 6), S. 445ff.

⁹⁶ *H.M.H.I. ./ Australien* (Fn. 91), Nr. 6.4. Aus den gleichen Gründen wurde auch die Beschwerde in *Y.H.A. ./ Australien* (Entscheidung vom 23. November 2001, UN-Dok. CAT/C/27/D/162/2000) für unbegründet erklärt. Der Beschwerdeführer in diesem Fall, ebenfalls ein Somalier, war Angehöriger des Minderheitenstammes der *Shikal*. Aus diesem Grund, und weil sein Vater Polizist unter dem ehemaligen *Barre-Regime* war sowie aufgrund seiner eigenen Tätigkeit für die UN-Mission UNOSOM, befürchtete der Beschwerdeführer bei einer Rückführung nach Somalia erneut Übergriffen der

⁹⁰ So auch *Wouters* (Fn. 6), S. 449, 454.

⁹¹ Entscheidung vom 1. Mai 2002, UN-Dok. CAT/C/28/D/177/2001.

⁹² Der Beschwerdeführer war mit einem Minister des ehemaligen *Barre-Regimes* verwandt. Sein Stamm wurde nun vom *Hawiye*-Stamm bekämpft; viele seiner Verwandten und Familienangehörige wurden aufgrund ihrer Verbindung zum ehemaligen Regime vom *Hawiye*-Stamm und anderen verfeindeten Stämmen umgebracht, so dass der Beschwerdeführer in andere Teile des Landes fliehen mussten, jedoch nirgends sicher war, ebd., Nr. 2.1ff.

⁹³ Australien erklärte in seiner Stellungnahme, dass die Übergangsregierung seit ihrer Einsetzung die für die Zwecke des Übereinkommens relevante Staatsgewalt ausübe. Da nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Regierung den Handlungen anderer Gruppen, die nicht von ihr autorisiert wurden, zustimmt oder diese duldet, fallen diese aus der Reichweite des Art. 1 heraus, ebd., Nr. 4.5. Darüber hinaus können die Handlungen dieser privaten Gruppen nicht der Regierung zugerechnet werden, da die hierzu erforderliche hinreichend enge Verbindung zwischen der Regierung und diesen Gruppen sowie die Kenntnis über oder Zustimmung zu ihren Handlungen fehle, ebd., Nr. 4.6. Außer-

der Beschwerdeführer darüber hinaus nicht zeigen konnte, dass ihm persönlich bei seiner Rückkehr nach Somalia die Gefahr droht, durch Regierungsangehörige gefoltert zu werden, wies der Ausschuss die Beschwerde als unbegründet ab.⁹⁷

aa. Verknüpfung der Regel mit der Ausnahme

In *S.S. ./ Niederlande*⁹⁸ legte der Ausschuss seine bisherige Spruchpraxis aus *G.R.B.* und *Elmi* zusammen und bestimmte für die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1:

“The Committee observes that the issue whether the State party has an obligation to refrain from expelling a person who might risk pain or suffering inflicted by a non-governmental entity, *without the consent or acquiescence of the Government*, falls outside the scope of article 3 of the Convention, *unless the non-governmental entity occupies and exercises quasi-governmental authority over the territory to which the complainant would be returned.*”⁹⁹

Im vorliegenden Fall ging es um die Abschiebung eines Tamilen nach Sri Lanka. Dieser war aus der nördlichen Region des Landes, die von der *Liberation Tigers of Tamil Elam* (LTTE) kontrolliert wurde, geflohen, um dem Zwang, den LTTE-Milizen beizutreten, zu entfliehen. Im Süden des

Landes wurde er dann von der sri-lankischen Armee wegen des Verdachts, ein LTTE-Kämpfer zu sein, festgenommen und gefoltert. Der Beschwerdeführer hatte in seiner Beschwerde vor dem Ausschuss die Verletzung des Art. 3 mit seiner Befürchtung begründet, durch die Rückführung Gefahr zu laufen, sowohl von der sri-lankischen Armee beziehungsweise Polizei als auch von den LTTE-Milizen gefoltert zu werden.¹⁰⁰

Der Entscheidung des Ausschusses ist zu entnehmen, dass die LTTE-Milizen in der Region unter ihrer Kontrolle grundsätzlich als „in amtlicher Eigenschaft handelnden Personen“ zu betrachten seien, weil sie quasi-staatliche Gewalt in der Region unter ihrer Kontrolle ausüben, so dass die durch sie verursachten Schmerzen und Leiden als Folter im Sinne von Art. 1 zu qualifizieren sind.¹⁰¹ Damit würde ein Vertragsstaat seine Pflichten unter Art. 3 Abs. 1 verletzen, sollte er eine Person, die Gefahr lief, von der LTTE gefoltert zu werden, in die von dieser kontrollierten Region abschieben. Da im vorliegenden Fall der Beschwerdeführer jedoch in den Süden des Landes abgeschoben werden sollte und keine stichhaltigen Gründe für die Annahme der Gefahr be-

Hawiye-Rebellen ausgesetzt zu werden. Aber auch hier stützte sich der Ausschuss auf die Einsetzung der neuen Übergangsregierung und der Beteiligung des *Shikal*-Stammes an dieser. Damit würden die Übergriffe der *Hawiye*-Rebellen, anders als in *Elmi ./ Australien*, nicht unter die Definition von Folter fallen, Nr. 7.4.

⁹⁷ Ebd., Nr. 6.5f. Der Ausschuss hatte es erneut abgelehnt, die Beschwerde für *ratione materiae* unzulässig zu erklären – dies hatte Australien zum wiederholten Male gefordert –, da er es bevorzuge, die Frage nach der Reichweite von Art. 1 und 3 und deren Anwendung auf die Fakten des Falles im Rahmen der Begründetheit zu prüfen, Nr. 6.3. So auch in *Y.H.A. ./ Australien* (Fn. 96), Nr. 7.1.

⁹⁸ Entscheidung vom 5. Mai 2003, UN-Dok. CAT/C/30/D/191/2001.

⁹⁹ Ebd., Nr. 6.4, Hervorhebungen der Autorin. So auch später in *R.C. ./ Schweden*, Entscheidung vom 22. November 2004, UN-Dok. CAT/C/33/D/218/2002, Nr. 5.2.

¹⁰⁰ Ebd., Nr. 3.5.

¹⁰¹ So auch *Wouters* (Fn. 6), S. 453. In *M.P.S. ./ Australien* (Fn. 30), Nr. 4.3, wo es ebenfalls um die Abschiebung eines Tamilen nach Sri Lanka ging, der sich vor Folter durch die LTTE fürchtete, hatte Australien bereits in ähnlicher Weise argumentiert. Es gab an, dass der Beschwerdeführer es versäumt habe, nachzuweisen, dass die LTTE auf Veranlassung oder mit Einverständnis der sri-lankischen Behörden handle. Außerdem wurde nicht gezeigt, dass die LTTE quasi-staatliche Gewalt über die Region ausübe, in die der Beschwerdeführer abgeschoben werden soll. Damit könne die LTTE nicht als staatlicher Akteur (*“agent”*) im Sinne des Zwecks des Art. 3 angesehen werden. Der Ausschuss war in diesem Fall scheinbar noch nicht davon ausgegangen, dass die LTTE quasi-staatliche Gewalt über ein bestimmtes Territorium ausübe. Denn er entschied entsprechend seiner Entscheidung in *G.R.B. ./ Schweden* (Fn. 56), dass Art. 3 nicht greife, solange die Gefahr von Folter lediglich von nicht-staatlichen Akteuren ausgehe, die ohne Einverständnis des Staates handeln, Nr. 7.4.

standen, dass der Beschwerdeführer von der sri-lankischen Polizei oder Armee gefoltert werden würde, wies der Ausschuss die Beschwerde als unbegründet ab.¹⁰²

In diesem Fall existierte zwar eine Regierung. Diese konnte aber nur in Teilen des Landes ihre Schutzfunktion im Sinne des Übereinkommens ausüben. In den anderen Teilen war die staatliche Hoheitsgewalt zusammengebrochen. Dieser Fall enthält daher eine Kombination aus der Problematik in *G.R.B.* und der in *Elmi*. In dem durch die sri-lankische Regierung kontrollierten Süden gilt die Regel aus *G.R.B.*: Art. 3 findet Anwendung, wenn die Gefahr von staatlichen Behörden ausgeht beziehungsweise wenn die Gewalthandlungen von Privaten auf Veranlassung oder mit Einverständnis der Regierung erfolgen. Für den Norden des Landes, in der die Regierung ihre Kontrolle an die nicht-staatliche LTTE verloren hat, findet Art. 3 Anwendung, weil die LTTE quasi-staatliche Gewalt über das Territorium ausübt.¹⁰³

¹⁰² *M.P.S. ./.* *Australien* (Fn. 30), Nr. 6.5ff.

¹⁰³ *Wouters* (Fn. 6), S. 451, argumentiert, dass der Ausschuss in dieser Entscheidung das Übereinkommen dynamisch interpretiert, indem er für die Anwendbarkeit des Art. 3 nicht mehr zwischen Staaten mit und Staaten ohne zentrale Regierung unterscheidet, sondern diesen anwendet, sobald eine Person in ein Land zurückgeführt werden soll, in dem Teile des Territoriums unter der Kontrolle einer Rebellengruppe ist, die als quasi-staatliche Gewalt betrachtet werden kann. Hiergegen spricht jedoch, dass der Ausschuss im vorliegenden Fall darauf abstellt, dass der Beschwerdeführer in den Süden abgeschoben werden sollte, wo die Regierung des Landes noch Kontrolle ausübt, und prüft, ob von der Regierung eine Gefahr von Folter ausgeht. Der Ausschuss unterscheidet damit auch in diesem Fall noch, ob in dem Territorium, in welches der Beschwerdeführer abgeschoben werden soll, eine intakte Regierung besteht oder nicht. Er hat diese Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 3 nicht aufgegeben. Möglicherweise verfolgt der Ausschuss jedoch im folgenden Fall einen neuen weitergehenden Ansatz zu dieser Problematik.

bb. Abweichung von der bisherigen Spruchpraxis?

Möglicherweise ist der Ausschuss im folgenden Fall von seiner Spruchpraxis abgewichen.

In dem vor kurzem entschiedenen Fall *Njamba ./.* *Schweden*¹⁰⁴ ging es um die Abschiebung der Beschwerdeführerin in die Demokratische Republik Kongo. Die entscheidende Frage in diesem Fall war, ob die allgemeine Menschenrechtssituation im Kongo derart prekär ist, dass allein aufgrund dessen ein reales, vorhersehbares und vor allem persönliches Risiko angenommen werden konnte, dass die Beschwerdeführerin Folterungen ausgesetzt werden würde. Der Ausschuss zog zur Beurteilung der Situation diverse UN-Berichte über die Lage im Kongo heran. Durchweg wurde festgestellt, dass insbesondere sexuelle Gewalt gegen Frauen auf dem gesamten Territorium – nicht nur in den Gebieten, in denen bewaffnete Konflikte ausgetragen wurden, und in denen, die nicht unter der Kontrolle der Regierung standen – allgegenwärtig war. Frauen werden dabei nicht nur Opfer von Regierungstruppen und der Polizei, sondern auch von Zivilisten und Rebellen.¹⁰⁵ Auf die anderen, von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Gründe, die ein persönliches Risiko nachweisen sollten,¹⁰⁶ ging der Ausschuss nicht weiter ein. Stattdessen entschied er, dass die Situation für Frauen im gesamten Gebiet Kongos derart gravierend sei, dass er keine sichere Region ausmachen könne, in die die Beschwerdeführerin abgeschoben werden könne.¹⁰⁷

Erstaunlicherweise verweist der Ausschuss zum ersten Mal auf Art. 2 und eine Passage aus seiner Allgemeinen Bemerkung zur Umsetzung des Art. 2, in der es um die

¹⁰⁴ Entscheidung vom 14. Mai 2010 (Fn. 75).

¹⁰⁵ Ebd., Nr. 9.5.

¹⁰⁶ Der Ehemann der Beschwerdeführerin hatte Rebellengruppen unterstützt und ihnen Waffen verschafft, wofür sich die Dorfbewohner an der Beschwerdeführerin und ihrer Familie rächen wollten, ebd., Nr. 2.1.

¹⁰⁷ Ebd., Nr. 9.5.

Reichweite der Staatenpflichten und ihrer Verantwortlichkeit unter Art. 2 geht. Unmittelbar nachdem der Ausschuss feststellt, dass Frauen im gesamten Gebiet Kongos – also auch in den Gebieten unter der Kontrolle der Regierung – Gewalt auch durch Private droht, erklärt er:

“In reviewing this information, the Committee is reminded of its General Comment no. 2 on article 2, in which it recalled that the failure, “to exercise due diligence to intervene to stop, sanction and provide remedies to victims of torture facilitates and enables non-State actors to commit acts impermissible under the Convention with impunity...”.¹⁰⁸

Anschließend stellt der Ausschuss fest, dass nach einer Abwägung aller Faktoren und deren rechtlichen Konsequenzen stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass die Beschwerdeführerin im Kongo der Gefahr von Folter ausgesetzt werden würde.¹⁰⁹

Höchst unbefriedigend ist, dass mangels Erklärung seitens des Ausschusses unklar bleibt, was er mit diesem Verweis bezweckt und warum er nicht den gesamten Absatz 18 seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 2¹¹⁰ zitiert. Insofern können die folgen-

den Überlegungen einer spekulativen Tendenz nicht entbehren.

Der Verweis auf diesen Abschnitt könnte zweierlei Bedeutungen haben: zum einen im Hinblick auf die Verpflichtungen des Empfängerstaates und seine Verantwortlichkeit für Gewalttaten nicht-staatlicher Akteure, zum anderen im Hinblick auf die damit verbundene Verpflichtung des abschiebenden Staates unter Art. 3.

Im vorliegenden Fall stand fest, dass die Gefahren, die der Beschwerdeführerin bei einer Rückführung nach Kongo drohen würden, auch in Teilen des Landes, die unter der Kontrolle der kongolesischen Regierung stehen, von nicht-staatlichen Akteuren ausgehen. Nach G.R.B. wäre Art. 3 hinsichtlich der privaten Gewalt jedoch nicht anwendbar, wenn diese Handlungen der Regierung nicht zugerechnet werden können. Die Heranziehung des Art. 2 und der Verweis auf den oben zitierten Abschnitt aus der Allgemeinen Bemerkung Nr. 2 könnte als Versuch des Ausschusses gedeutet werden, der kongolesischen Regierung die Gewaltakte der Privaten zuzurechnen.¹¹¹ In dem genannten Abschnitt der Allgemeinen Bemerkung hat der Ausschuss die Pflicht aus Art. 2 Abs. 1 dahingehend konkretisiert, dass Vertragsstaaten die Pflicht haben, Gewalthandlungen durch Private zu verhindern und zu bestrafen. Dabei geht der Ausschuss davon aus, dass private Gewaltakte einem Vertragsstaat zuzurechnen sind, wenn seine Beamten Handlungen Privater, die gegen das Übereinkommen verstoßen, zustimmen oder in diese einwilligen. Dies ist dann gegeben, wenn diese Kenntnis von oder Grund zur Annahme solcher Handlungen haben und es dennoch unterlassen, nach den Maßgaben des Übereinkommens einzuschreiten, um diese zu verhindern, zu

¹⁰⁸ Ebenda.

¹⁰⁹ Ebd., Nr. 9.6.

¹¹⁰ Absatz 18 der Allgemeinen Bemerkung (Fn. 66) lautet:

“The Committee has made clear that where State authorities or others acting in official capacity or under colour of law, know or have reasonable grounds to believe that acts of torture or ill-treatment are being committed by non-State officials or private actors and they fail to exercise due diligence to prevent, investigate, prosecute and punish such non-State officials or private actors consistently with the Convention, the State bears responsibility and its officials should be considered as authors, complicit or otherwise responsible under the Convention for consenting to or acquiescing in such impermissible acts. Since the failure of the State to exercise due diligence to intervene to stop, sanction and provide remedies to victims of torture facilitates and enables non-State actors to commit acts impermissible under the Convention with impunity, the State’s indifference or inaction provides a form of encouragement and/or de facto permission. The Committee has applied this principle to

States parties’ failure to prevent and protect victims from gender-based violence, such as rape, domestic violence, female genital mutilation, and trafficking.” Hervorhebungen der Autorin.

¹¹¹ Die Demokratische Republik Kongo ist seit 1996 Vertragsstaat des Übereinkommens.

unterbinden oder die Verursacher solcher Handlungen zu bestrafen.¹¹²

Im Unterschied zur Entscheidung in *H.M.H.I.*, in der eine Prüfung der Zurechnung nicht zu erkennen ist,¹¹³ wird dies im vorliegenden Fall zumindest in Ansätzen deutlich. Allerdings unterlässt es der Ausschuss auch hier, die Kriterien für die Zurechnung privater Gewalt beziehungsweise für das „Einverständnis“ explizit zu benennen, und versäumt die Gelegenheit, diese zu konkretisieren.¹¹⁴

Versteht man die Ausführungen des Ausschusses in *Njamba ./. Schweden* als Zurechnung privater Gewalt zur kongolesischen Regierung im Sinne des Einverständnisses

gemäß Art. 1, so greift gemäß der Regel in *G.R.B.* das *Refoulement*-Verbot des Art. 3.

Die Entscheidung könnte jedoch auch den Eindruck erwecken, dass der Ausschuss nicht mehr genau zwischen einer staatlich verursachten Foltergefahr und einer ohne staatliche Beteiligung, privat verursachter „Folter“-Gefahr unterscheidet. Denn der vom Ausschuss teiltitierte Abschnitt¹¹⁵ könnte so ausgelegt werden, dass der Ausschuss der kongolesischen Regierung die Handlungen Privater allein deswegen zu-rechnet, weil diese unter dem Übereinkommen die Pflicht hat, solche Handlungen zu unterbinden, unabhängig davon, ob diese Kenntnis von den Handlungen hat oder hätte haben können. Folglich könnte der Ausschuss diese weit verstandene „Verantwortlichkeit“ für die Anwendbarkeit des Art. 3 genügen lassen.

Fraglich wäre dann aber, ob solch ein weites Verständnis mit den Zurechnungsvoraussetzungen des Art. 1 vereinbar wäre. Zum anderen würde dies letztendlich einen Bruch mit der bisherigen Spruchpraxis des Ausschusses bedeuten, da bei einem weiten Verständnis der Zurechnungskriterien so gut wie immer eine Zurechnung privater Gewalt angenommen werden könnte. Somit würde die Ausnahme (Anwendbarkeit des Art. 3 auf private Gewalt) zur Regel gemacht und damit die Unterscheidung zwischen *G.R.B.* und *Elmi* verwischt werden.¹¹⁶

Nach hiesiger Auffassung ist eine solche Interpretation nicht einmal erforderlich, unterstellte man dem Ausschuss ein ergebnisorientiertes Vorgehen. Denn aufgrund der besonderen Sachlage im Kongo lässt sich auch dieser Fall unter die *G.R.B.*-Regel

¹¹² Vgl. *supra* Fn. 110. Die hier vorgenommene Definition von Einverständnis, die auf die Nichterfüllung der Pflicht zum Einschreiten trotz Kenntnis von Gewalthandlungen, die Folterungen gleichkommen, abstellt, entspricht insofern der Begriffsbedeutung in Art. 1 Abs. 1 S. 1, vgl. *Nowak/McArthur* (Fn. 6), Art. 1, Rn. 117; *Wouters* (Fn. 6), S. 445ff.; *Boulesbaa* (Fn. 84), S. 27f.; vgl. auch *Chris Ingelse*, *The UN Committee Against Torture. An Assessment*, 2001, S. 210, der von einem sehr weiten Verständnis des Begriffs ausgeht, und schon dann ein Einverständnis annimmt, sobald es einem Beamten möglich ist, die Handlungen zu unterbinden. Die Möglichkeit des Einschreitens würde aber zumindest voraussetzen, dass der Beamte Kenntnis von den Handlungen hatte oder hätte haben können.

Die vom Ausschuss vorgenommene Definition der Verantwortlichkeit eines Vertragsstaates scheint zudem auf der gewohnheitsrechtlich anerkannten und in Art. 2 des Artikelentwurfs für die Verantwortlichkeit von Staaten für völkerrechtswidriges Handeln (Fn. 88) niedergeschriebenen Definition der völkerrechtswidrigen Handlung eines Staates zu beruhen, wonach solch eine Handlung vorliegt, wenn „ein Verhalten in Form eines Tuns oder eines Unterlassens

a) dem Staat nach dem Völkerrecht zurechenbar ist und

b) eine Verletzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung des Staates darstellt.“

Mangels Verweis ist nicht ersichtlich, ob der Ausschuss tatsächlich hierauf aufbaut.

¹¹³ Vgl. *supra* Fn. 95.

¹¹⁴ Insbesondere bleibt unklar, ob er die Voraussetzungen des Einverständnisses eng oder weit auslegt.

¹¹⁵ “[T]he failure, “to exercise due diligence to intervene to stop, sanction and provide remedies to victims of torture facilitates and enables non-State actors to commit acts impermissible under the Convention with impunity (...)”, *Njamba ./. Schweden* (Fn. 75), Nr. 9.5.

¹¹⁶ Hierfür gibt es jedoch keine Anzeichen im Fall. Der Ausschuss unterscheidet die Fakten des Falles nicht von denen in *G.R.B.* im Sinne des “distinguishing“, so wie er es in *Elmi* tat, wo er eine Ausnahme zur Regel entwickelte.

subsumieren: Das Ausmaß der Gewalt gegen Frauen – nur um diese ging es im vorliegenden Fall – im Kongo ist beispiellos, so dass die Situationen von Frauen in diesem Land eine Ausnahme darstellt. Es ist daher davon auszugehen, dass der Ausschuss aufgrund des exzeptionellen Ausmaßes dieser Gewalt gegen eine bestimmte Gruppe der Gesellschaft von der Kenntnis der Regierung über diese Gewalt gegen Frauen auf dem von ihr kontrollierten Territorium ausgeht. Da die Regierung aber trotz des Ausmaßes der Gewalt und ihrer Kenntnis von der prekären Lage von Frauen untätig bleibt und damit die private Gewalt in diesem Ausmaß erst ermöglicht, sind die Voraussetzungen des Art. 1 in ihrer gewöhnlichen Bedeutung gegeben.

Njamba ./ *Schweden* würde damit keine Abweichung von der bisherigen Spruchpraxis des Ausschusses darstellen. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Ausschuss für die Anwendbarkeit des Art. 3 darauf verzichtet, dass die Gefahr von Folter von der staatlichen Hoheitsgewalt des Empfängerstaates ausgehen muss.

Es bleibt jedoch abzuwarten, in welche Richtung der Ausschuss seine Entscheidung in *Njamba* vorantreibt. Maßgeblich wird dabei seine Definition der einzelnen Zurechnungskriterien des Art. 1 sein, die er bislang nicht im Zusammenhang mit Art. 2 oder 3 festlegte.

VI. Stichhaltige Gründe für die Annahme einer Foltergefahr

Die Pflicht der Vertragsstaaten unter Art. 3 Abs. 1 greift des Weiteren nur, wenn „stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass [die auszuweisende, abzuschiebende oder auszuliefernde Person] (...) Gefahr lief“ gefoltert zu werden.

1. Foltergefahr

Art. 3 spricht zwar von einer „Gefahr“. Der Ausschuss verwendet in seinen Entscheidungen jedoch oft den Begriff des „Risiko“

und umschreibt diesen folgendermaßen:

“... [A] foreseeable, real and personal risk must exist of being tortured in the country to which a person is returned.”¹¹⁷

In seiner ersten Allgemeinen Bemerkung zur Umsetzung des Art. 3 im Zusammenhang mit Art. 22¹¹⁸ kehrt der Ausschuss jedoch zum Gefahr-Begriff zurück und erklärt im Einklang mit seiner bis dahin erfolgten Spruchpraxis, dass die Gefahr persönlich und gegenwärtig („*personal and present*“) sein muss.¹¹⁹

Es kann also davon ausgegangen werden, dass eine Gefahr im Sinne des Art. 3 vorliegt, wenn ein vorhersehbares, reales, persönliches und gegenwärtiges Risiko besteht, dass eine Person in dem Empfängerstaat Folterungen ausgesetzt werden würde. Dabei darf das Risiko nicht bloß theoretisch sein oder auf Spekulationen beruhen. Es muss jedoch auch nicht höchstwahrscheinlich sein.¹²⁰

¹¹⁷ So formulierte der Ausschuss die Definition der Gefahr in *E.A. ./ Schweiz*, Entscheidung vom 10. November 1997, UN-Dok. CAT/C/19/D/28/1995, Nr. 11.5. Zum ersten Mal befasste sich der Ausschuss mit der Bedeutung der Gefahr in *Mutombo ./ Schweiz* (Entscheidung vom 27. April 1994 (Fn. 30), Nr. 9.4), wo es heißt: “... [H]is return to Zaire would have the foreseeable and necessary consequence of exposing him to a real risk of being detained and tortured.” In späteren Entscheidungen unterzog der Ausschuss die Definition der Gefahr immer wieder sprachlichen Änderungen. In *Seid Mortesa Aemei ./ Schweiz* (Fn. 26), Nr. 9.5, hieß es zum Beispiel: “... [T]he expulsion ... would have [to have] the foreseeable consequence of exposing [the applicant] to a real and personal risk of being arrested and tortured.” Die Formulierung aus *E.A. ./ Schweiz* behielt der Ausschuss in seinen folgenden Entscheidungen bei. Hierzu vgl. *Nowak/McArthur* (Fn. 6), Art. 3, Rn. 120.

¹¹⁸ General Comment No. 1 (Fn. 6).

¹¹⁹ Ebd., Nr. 7.

¹²⁰ Ebd., Nr. 6. So auch *Wouters* (Fn. 6), S. 458f. In *E.A. ./ Schweiz* (Fn. 117), Nr. 11.3, setzte sich der Ausschuss mit den Kriterien der „Risikoabwägung“ zum ersten Mal konkret auseinander. Denn die Schweiz hatte ihrer Abwägung zugrunde gelegt, dass der Eintritt der Gefahr höchst wahrscheinlich (“highly likely“) sein müsse. Dem widersprach der Ausschuss, denn

Der Ausschuss entscheidet über das Bestehen einer Foltergefahr von Fall zu Fall. Maßgeblich ist allein, ob die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Tatsachen die Annahme einer solchen Gefahr rechtfertigen.¹²¹

2. Stichhaltige Gründe für die Annahme einer Foltergefahr

Ob eine Gefahr im Sinne des Art. 3 Abs. 1 vorliegt, ist anhand stichhaltiger Gründe zu ermitteln. Absatz 2 enthält dabei nähere Angaben zu den stichhaltigen Gründen:

„Bei der Feststellung, ob solche Gründe vorliegen, berücksichtigen die zuständigen Behörden alle maßgeblichen Erwägungen einschließlich des Umstands, dass in dem betreffenden Staat eine ständige Praxis grober, offenkundiger oder massenhafter Verletzungen der Menschenrechte herrscht.“¹²²

Was solche maßgeblichen Gründe sein können, hat der Ausschuss in einer Reihe von Entscheidungen und in seiner Allgemeinen Bemerkung zu Art. 3¹²³ festgelegt. Wichtig ist dabei, dass die in den Entscheidungen bereits anerkannten Gründe wie auch die in der Allgemeinen Bemerkung aufgelisteten nicht abschließend sind.¹²⁴

In *Aemei ./ Schweiz* setzte sich der Ausschuss mit der Frage auseinander, was der Zweck der Feststellung einer Gefahr im Sinne des Art. 3 Abs. 1 sein muss und welche Eigenschaften die stichhaltigen Gründe demnach haben müssen. Er erklärte, dass eine ständige Praxis grober, offenkundiger oder massenhafter Verletzungen der Menschenrechte im Empfängerstaat im Sinne

des Art. 3 Abs. 2 seine Einschätzung, dass stichhaltige Gründe im Sinne des Abs. 1 existieren, bestärken kann. Allerdings müsse er (vordergründig) ermitteln, ob die betroffene Person einem *persönlichen* Risiko, gefoltert zu werden, ausgesetzt werden würde.¹²⁵

Damit lassen sich die stichhaltigen Gründe in zwei Kategorien einteilen: Von primärer Bedeutung sind zunächst Gründe, die in

¹²⁵ Fn. 26, Nr. 9.3f. Aus dieser Überlegung heraus entwickelte der Ausschuss auch folgende Standardformulierung, die er in allen Art. 3-Entscheidungen standardgemäß (wenn auch manchmal in leicht variierten Form) erklärt:

“The Committee must decide, pursuant to paragraph 1 to article 3, whether there are substantial grounds for believing that the applicant would be in danger of being subjected [sic] to torture. In reaching this conclusion, the Committee must take into account all relevant considerations, pursuant to paragraph 2 of article 3, including the existence of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights. The aim of the determination, however, is to establish whether the individual concerned would be personally at risk of being subjected to torture in the country to which he would return. It follows that the existence of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights in a country does not as such constitute a sufficient ground for determining that a person would be in danger of being subjected to torture upon his return to that country; additional grounds must exist that indicate that the individual concerned would be personally at risk. Similarly, the absence of a consistent pattern of gross violations of human rights does not mean that a person cannot be considered to be in danger of being subjected to torture in his specific circumstances.“ Hervorhebungen der Autorin. So zum Beispiel in *Mutombo ./ Schweiz* (Fn. 30), Nr. 9.3; *Seid Mortesa Aemei ./ Schweiz* (Fn. 26), Nr. 9.3f.; *E.A. ./ Schweiz* (Fn. 117), Nr. 11.2; *Hayden ./ Schweden*, Entscheidung vom 20. November 1998, UN-Dok. CAT/C/21/D/101/1997, Nr. 6.3; zuletzt in *Minani ./ Kanada*, Entscheidung vom 5. November 2009, UN-Dok. CAT/C//D/331/2007, Nr. 7.2; *F.B.A. ./ Schweiz*, Entscheidung vom 17. November 2009, UN-Dok. CAT/C/43/D/348/2008, Nr. 7.2; *A.M. ./ Frankreich*, Entscheidung vom 5. Mai 2010, UN-Dok. CAT/C/44/D/302/2006, Nr. 13.2; *N.S. ./ Schweiz*, Entscheidung vom 6. Mai 2010, UN-Dok. CAT/C/44/D/356/2008, Nr. 7.2; *Njamba ./ Schweden* (Fn. 75), Nr. 9.3; *C.M. ./ Schweiz*, Entscheidung vom 14. Mai 2010, UN-Dok. CAT/C/44/D/355/2008, Nr. 10.2.

der Eintritt der Foltergefahr müsse zwar mehr als bloß möglich sein, bedürfe aber nicht einer hohen Wahrscheinlichkeit, um die Anforderungen des Art. 3 zu erfüllen.

¹²¹ So auch *Wouters* (Fn. 6), S. 460.

¹²² Zur Auslegung der Formulierung „ständige Praxis grober, offenkundiger oder massenhafter Verletzungen der Menschenrechte“ vgl. *Nowak/McArthur* (Fn. 6), Art. 3, Rn. 141ff., 228ff.

¹²³ General Comment No. 1 (Fn. 6), Nr. 8.

¹²⁴ Ebenda.

der Person des Beschwerdeführers liegen, anhand derer nachgewiesen werden kann, dass die Behörden des Empfängerstaates es gerade auf den Beschwerdeführer „abgesehen“ haben. Diese Gründe sind solche, die ein *persönliches* Folterrisiko begründen. Sekundär¹²⁶ können *allgemeine* Gründe, die von der Person des Beschwerdeführers unabhängig sind und sich auf die allgemeine Menschenrechtssituation im Empfängerstaat beziehen, die Annahme persönlicher Gründe¹²⁷ bestärken – sie haben insofern eine Indizwirkung für die Feststellung persönlicher Gründe.¹²⁸

¹²⁶ Die oben besprochene Entscheidung *Njamba ./. Schweden* (Fn. 75) könnte als erste Entscheidung aufgefasst werden, in der die allgemeine Menschenrechtssituation in dem Empfängerstaat als derart gravierend eingestuft wurde, dass sie für sich genommen ausreichte, um ein vorhersehbares, reales und persönliches Risiko zu begründen, dass eine Person, die dorthin zurückgeführt werden soll, gefoltert werden würde. Zu beachten ist hierbei jedoch, dass es speziell um die Situation von Frauen (eine abgrenzbare, besonders gefährdete Gruppe) in der Demokratischen Republik Kongo und der massiven sexuellen Gewalt (Gewalt, die ihnen aufgrund ihres Geschlechts widerfährt), die diese dort ausgesetzt sind, ging. In dieser Entscheidung waren die persönlichen Gründe eng mit den allgemeinen Gründen für die Annahme einer Foltergefahr verbunden.

¹²⁷ *Nowak* und *McArthur* unterscheiden hier zwischen einer „subjektiven“ und einer „objektiven“ Prüfung zur Ermittlung einer Foltergefahr, (Fn. 6), Art. 3, Rn. 6. Diese Begrifflichkeit ist insofern irreführend, da auch die Feststellung persönlicher Gründe anhand eines objektiven Maßstabes erfolgen muss. Daher werden hier die Begriffe „persönliche“ und „allgemeine“ Gründe bevorzugt. Eine ähnliche Begrifflichkeit ist bei *Wouters* zu finden, der zunächst zwischen materiellen und Glaubwürdigkeitsgründen (letztere sind für die Beweisführung und Beweislastverteilung relevant) unterscheidet und in einem nächsten Schritte diese jeweils in persönliche und allgemeine Elemente unterteilt, (Fn. 6), S. 463.

¹²⁸ *Wouters* stellt richtigerweise fest, dass zwischen der materiell-rechtlichen und der prozessualen Ebene zu trennen ist, (Fn. 6), S. 459. Auf der materiell-rechtlichen beziehungsweise tatbestandlichen Ebene geht es einzig darum, ob die Tatsachen des Falles die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 3 erfüllen. Auf der prozessualen Ebene geht es um den Nachweis der vorgebrachten Tatsachen, das heißt also um Fragen

Im Folgenden wird ein kurzer Überblick über einige persönliche Gründe für die Annahme einer Foltergefahr gegeben.¹²⁹

3. *Persönliche Gründe für die Annahme einer Foltergefahr (persönliches Risiko)*

Anerkannte persönliche Gründe für die Annahme einer Foltergefahr sind zum Beispiel die aktive Mitgliedschaft in einer besonders unterdrückten oder verbotenen politischen Partei¹³⁰, die Zugehörigkeit zu

der Beweisführung, Beweislastverteilung, Glaubwürdigkeit des Beschwerdeführers und der von ihm vorgebrachten Nachweise, wie zum Beispiel medizinische und psychologische Gutachten über erlittene Folterungen und deren Folgen. Für diese Ebene hat der Ausschuss wiederholt festgestellt, dass für die Zulässigkeit einer Beschwerde der Beschwerdeführer die Pflicht hat, den Sachverhalt glaubhaft zu machen (*“establish a prima facie case”*); er muss die Fakten des Falles nicht beweisen, vgl. unter anderem General Comment No. 1 (Fn. 6), Nr. 4. Der vorliegende Beitrag beschränkt sich lediglich auf die Untersuchung der materiell-rechtlichen Ebene. Für die Anforderungen auf der prozessualen Ebene, insbesondere für die Frage der Beweislastverteilung (*burden of proof*) vgl., *Ingelse* (Fn. 112), S. 294ff.; *Wouters* (Fn. 6), S. 475ff.; *Nowak/McArthur* (Fn. 6), Art. 3, Rn. 139ff. sowie *C.M. ./. Schweiz* (Fn. 125), Nr. 10.4, 10.8 samt Fn. 7.

¹²⁹ Für eine ausführliche Auflistung der in den bisherigen Beschwerden vorgebrachten Gründe, die ein persönliches Folterrisiko begründen, vgl. *Nowak/McArthur* (Fn. 6), Art. 3, Abbildung 5, S. 171ff.

¹³⁰ General Comment No. 1 (Fn. 6), Nr. 8(e). In *Falcon Ríos ./. Kanada*, Entscheidung vom 23. November 2004, UN-Dok. CAT/C/133/D/133/1999, Nr. 8.6, sollte der Beschwerdeführer nach Mexiko abgeschoben werden, wo er zuvor vom mexikanischen Militär festgenommen und beschuldigt wurde, Verbindungen zur verbotenen *Zapatista*-Bewegung zu haben. Er wurde schwersten Folterungen ausgesetzt, um von ihm zum einen Informationen über andere Familienangehörige, die Mitglieder der Bewegung waren, zu erhalten, und zum anderen, um von ihm ein Geständnis über eine Mitgliedschaft zu erzwingen. Der Ausschuss entschied, dass der Beschwerdeführer in Mexiko erneut der Gefahr von Folter ausgesetzt werden würde, da ihm Verbindungen zur *Zapatista*-Bewegung vorgeworfen wurden und der Kampf zwischen der Regierung und dieser Bewegung noch anhielt. Ähnlich waren auch die Gründe für die Entscheidung des Ausschusses

einer gefährdeten religiösen¹³¹ oder ethnischen Minderheit^{132,133} Es ist jedoch zu be-

in *Gamal El Rgeig ./. Schweiz*, Entscheidung vom 15. November 2006, UN-Dok. CAT/C/37/D/280/2005. Der Beschwerdeführer, der nach Libyen abgeschoben werden sollte, hatte nachweisen können, dass er aufgrund seiner politischen Aktivitäten in Libyen inhaftiert und Opfer von Folter geworden war. In der Schweiz blieb er weiterhin politisch aktiv. Der Ausschuss legte seiner Entscheidung NGO-Berichte zugrunde, wonach politische Aktivisten, wie der Beschwerdeführer, die nach Libyen zwangsweise rückgeführt werden, häufig inhaftiert und Opfer von Folter werden, Nr. 7.4. In *B.M. ./. Schweden*, Entscheidung vom 30. April 2002, UN-Dok. CAT/C/28/179/2001, Nr. 5.3, wurde die Beschwerde des Beschwerdeführers unter anderem deswegen abgewiesen, weil er nicht erklärt habe, einer in Tunesien unterdrückten islamistischen Oppositionsbewegung anzugehören, sondern lediglich mit dieser zu sympathisieren. Der Ausschuss stellte zwar fest, dass Mitglieder der Bewegung häufig Opfer von Inhaftierungen und Folterungen werden. Aber da der Beschwerdeführer kein Mitglied dieser Bewegung sei und er auch in sonst keiner Weise politisch aktiv sei – seine Aktivitäten waren rein humanitärer Natur –, bestünde kein Grund, ein persönliches Risiko anzunehmen, dass er von tunesischen Behörden verfolgt und gefoltert werden würde.

¹³¹ In *Z.Z. ./. Kanada*, Entscheidung vom 15. Mai 2001, UN-Dok. CAT/C/26/D/123/1998, Nr. 8.5, ging es um die Abschiebung eines Afghanen, der behauptete, dass er in Afghanistan aufgrund seiner ethnischen Zugehörigkeit zur *Tajik* verfolgt und gefoltert werden würde. Dem Ausschuss zufolge hatte er aber seine Beschwerde lediglich auf allgemeine Berichte über die Lage ethnischer Minderheiten in Afghanistan gegründet, weshalb kein persönliches Risiko angenommen werden konnte. Darüber hinaus habe der Beschwerdeführer nicht angegeben, dass er in politische oder religiöse Aktivitäten involviert war, wodurch er bei einer Rückkehr nach Afghanistan von den Taliban ins Visier genommen und gefoltert werden würde, Nr. 8.4.

¹³² In *S.S. und S.A. ./. Niederlande*, Entscheidung vom 11. Mai 2001, UN-Dok. CAT/C/26/D/142/1999, hatte die ethnische Zugehörigkeit der Beschwerdeführer zu den *Tamilen* in Sri Lanka zwar nicht allein ausgereicht, um ein persönliches Risiko zu begründen. Aber der Entscheidung ist zu entnehmen, dass die Zugehörigkeit zu einer besonders gefährdeten Ethnie einen Grund für die Annahme einer persönlichen Foltergefahr darstellen kann. Auch in *Z.Z. ./. Kanada* (Fn. 131) hatte der Ausschuss festgestellt, dass die ethnische Minder-

achten, dass die bloße Zugehörigkeit nur dann ausreichen kann, wenn die gesamte Gruppe als solche derart bedroht ist, dass alle Angehörigen das Risiko tragen, gefoltert zu werden.¹³⁴ Ist die Gruppe als solche nicht in einem hinreichenden Maße gefährdet, müssen weitere persönliche Gründe hinzutreten.¹³⁵ Solche liegen zum Beispiel vor, wenn der Beschwerdeführer in dem Land, in das er zurückgeführt werden

heit der *Tajik* besonders gefährdet sei, und durchklingen lassen, dass bei Hinzutreten weiterer Faktoren, die Ethnie die Annahme einer persönlichen Foltergefahr bestärken kann. So war es auch in *C.T. und K.M. ./. Schweden*, Entscheidung vom 17. November 2006, UN-Dok. CAT/C/36/D/279/2005. Der ethnische Hintergrund der Beschwerdeführerin stellte einen der Gründe für die Annahme dar, dass sie bei einer Rückführung nach Ruanda inhaftiert und gefoltert werden würde. Die Beschwerdeführerin war eine *Hutu*, die in Ruanda wegen ihrer politischen Aktivitäten gefangen genommen und während der Haft mehrfach vergewaltigt worden war. Der Umstand, dass in Ruanda immer noch ethnische Spannungen bestanden, würde das Risiko für die Beschwerdeführerin zusätzlich steigern, Nr. 7.7. Vgl. auch *Elmi ./. Australien* (Fn. 79), wo unter anderem auch die Zugehörigkeit zum Stamm der *Shikal*, die in Somalia als besonders gefährdet angesehen wurde, zur Annahme einer persönlichen Foltergefahr beitrug.

¹³³ In *X. ./. Schweiz*, Entscheidung vom 9. Mai 1997, UN-Dok. CAT/C/18/38/1995, Nr. 10.5, hatte der Ausschuss auf die Zugehörigkeit zu einer politischen, beruflichen oder sozialen Gruppe, die von den Behörden besonders unterdrückt und deren Mitglieder Folterungen ausgesetzt werden, abgestellt.

¹³⁴ Ein Beispiel hierfür wäre zum Beispiel der Fall *Njamba ./. Schweden* (Fn. 75), in dem die Gruppe der Frauen in der Demokratischen Republik Kongo aufgrund des enormen Ausmaßes der sexuellen Gewalt gegen sie als besonders gefährdet galten.

¹³⁵ Vgl. hierzu *S.S. und S.A. ./. Niederlande* (Fn. 132). Nachdem der Ausschuss festgestellt hatte, dass die *Tamilen* als Gruppe nicht hinreichend gefährdet waren, um allein daraus ein persönliches Risiko für die Beschwerdeführer zu begründen (Nr. 6.6), prüfte er, ob noch weitere Gründe in der Person der Beschwerdeführer bestanden, die ihre Situation von der anderer *Tamilen* unterschieden. Da dem nicht so war, konnte der Ausschuss kein persönliches Folterrisiko feststellen, Nr. 6.7. Vgl. auch *Z.Z. ./. Kanada* (Fn. 131).

soll, bereits gefoltert worden war,¹³⁶ wobei die Folterungen nicht allzu lange zurückliegen dürfen, da die Foltergefahr noch gegenwärtig sein muss¹³⁷.

VII. Fazit

Als quasi-juristischer Spruchkörper soll der Ausschuss durch seine Entscheidungen die Pflichten der Staaten konkretisieren und diese bei der Einhaltung ihrer Verpflichtungen unterstützen.¹³⁸ Bedauerlicherweise lässt die rechtliche Qualität seiner Entscheidungen oft zu wünschen übrig. Selten

lässt sich eine juristisch fundierte Argumentation erkennen und seine Auslegungsmethoden bleiben undurchsichtig.¹³⁹ Dadurch erfüllt er nicht nur seine Aufgabe in unzureichender Weise. Dies erklärt auch sein schwaches Standing bei den Vertragsstaaten sowie in der Literatur.

Bei all der (berechtigten) Kritik an der Arbeitsweise des Ausschusses darf jedoch nicht vergessen werden, dass die Bedingungen, unter denen der Ausschuss seine Aufgaben verrichten muss, seine Arbeit stark behindern. Es sind nicht zuletzt die im Verhältnis zur Fülle an Aufgaben zu kurze Sitzungszeit und die schlechte Ausstattung, die zu oft schwachen Leistungen des Ausschusses führen.¹⁴⁰ Insbesondere Kritiker aus den Reihen der Vertragsstaaten sollten sich dessen bewusst sein, da diese sowohl über die Auswahl der Ausschussmitglieder wie auch über ihre finanzielle Ausstattung bestimmen.¹⁴¹

¹³⁶ General Comment No. 1 (Fn. 6), Nr. 8(b). In *Tala ./ Schweden*, Entscheidung vom 15. November 1996, UN-Dok. CAT/C/17/43/1996, sollte der Beschwerdeführer in den Iran abgeschoben werden. Dieser war im Iran jedoch aktives Mitglied der oppositionellen und verbotenen *Mujahedin*-Partei, weswegen er über einen längeren Zeitraum inhaftiert und bei Befragungen über die Partei und seine Aktivitäten immer wieder gefoltert worden war. Aus diesen Umständen wurde entnommen, dass weiterhin ein persönliches Risiko bestand, dass der Beschwerdeführer in Iran einer Foltergefahr ausgesetzt werden würde, Nr. 10.3. Auch im oben bereits erwähnten Fall *Falcon Ríos ./ Kanada* (Fn. 130) sprach für ein persönliches Folterrisiko, dass der Beschwerdeführer erhebliche Folterungen aufgrund seiner Verbindung zur verbotenen *Zapatista*-Bewegung durch das mexikanische Militär erlitten und dadurch sichtbare Narben davongetragen hatte (Nr. 8.6), die erneut die Aufmerksamkeit der Behörden auf ihn lenken könnten.

¹³⁷ General Comment No. 1 (Fn. 6), Nr. 8(b) a.E. Zuletzt stellte die zu große Zeitspanne seit den vom Beschwerdeführer erlittenen Folterungen in *N.S. ./ Schweiz* (Fn. 125), Nr. 7.4, ein Hindernis für die Annahme einer gegenwärtigen und persönlichen Gefahr von Folter dar. Der Beschwerdeführer sollte in die Türkei abgeschoben werden, wo er angeblich 20 Jahre zuvor gefoltert worden war. Die Vorfälle und auch die Folterungen, auf die er seine Beschwerde gründete, lägen so lange zurück, dass nicht mehr davon ausgegangen werden könne, dass sie dem Beschwerdeführer ein vorhersehbares, reales, persönliches und gegenwärtiges Risiko bereiten würden, in der Türkei festgenommen und gefoltert zu werden, Nr. 7.4.

¹³⁸ Auch wenn die Entscheidungen des Ausschusses nicht gänzlich verbindlich sind, so gelten sie doch als autoritative Auslegung des Übereinkommens, *Nowak/McArthur* (Fn. 6), Art. 22, Rn. 199.

¹³⁹ So auch *Wouters* (Fn. 6), S. 434 und *Peter Burns*, *The Committee Against Torture*, in: Anne F. Bayefsky (Hrsg.), *The UN Human Rights Treaty System in the 21st Century*, 2000, S. 166-167 (S. 166f.).

¹⁴⁰ *Burns* (Fn. 139), S. 166; *Bank/Kashgar* (Fn. 17), *passim*.

¹⁴¹ Art. 17 Abs. 1 S. 3 und Abs. 7.

Rechtsschutz gegen überlange Gerichtsverfahren in Deutschland

Lutz Römer

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die Rechtsprechung des BVerfG
- III. Die Rechtsprechung des EGMR
- IV. Der Gesetzentwurf über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren
- V. Schlussbemerkung

I. Einleitung

Fälle unangemessener Dauer von Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, zu denen es immer wieder auch in Deutschland kommt, sind – ungeachtet ihrer Ursachen –¹ ein ernst zu nehmendes Problem, insbesondere für die Rechtsschutzsuchenden und Beschuldigten.² Obwohl das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) schon lange mit dieser Problematik befasst sind, hat eine vertiefte politische Diskussion über geeignete Maßnahmen zur Beseitigung der bestehenden Problemlage in Deutschland erst recht spät eingesetzt. Nach dem Scheitern eines im Jahre 2005 vom Bundesministerium der Justiz vorgelegten Referentenentwurfs über ein Untä-

tigkeitsbeschwerdegesetz³ hat die Bundesregierung im August 2010 einen Gesetzentwurf über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vorgelegt.⁴ Eine Kammer des EGMR hat kurze Zeit darauf Deutschland in der Rechtssache *Rumpf* am 2. September 2010 dazu aufgefordert, innerhalb eines Jahres nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils einen effektiven Rechtsbehelf für behauptete Verletzungen des Rechts auf eine angemessene Verfahrensdauer im nationalen Recht zu schaffen. Dies gibt Anlass dazu, die Entwicklung des Rechts auf eine angemessene Verfahrensdauer in der Rechtsprechung des BVerfG (II.) und des EGMR (III.) noch einmal nachzuzeichnen und den sich gerade im Gesetzgebungsverfahren befindenden Gesetzentwurf unter Berücksichtigung verschiedener Stellungnahmen vorzustellen (IV.). Der Beitrag endet mit einer Schlussbemerkung (V.).

II. Die Rechtsprechung des BVerfG

Noch im Jahre 1977 vertrat das BVerfG die Ansicht, dass Rechtsschutz in angemessener Zeit von Verfassungs wegen grundsätzlich nicht geboten sei.⁵ Von dieser Auffassung, die mangels ausdrücklicher Kodifikation eines Grundrechts auf angemesse-

¹ Die Ursachen, die die Verzögerung im Einzelfall bewirken, sind nicht allgemein zu bestimmen, vgl. *Eberhard Schmidt-Aßmann*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, GG-Kommentar, 56. Ergänzungslieferung, 2009, Art. 19, Nr. 262.

² Zu den Auswirkungen überlanger Gerichtsverfahren und strafrechtlicher Ermittlungsverfahren auf den rechtsschutzsuchenden Bürger und den Beschuldigten vgl. *Volker Schlette*, Der Anspruch auf gerichtliche Entscheidung in angemessener Zeit, 1999, S. 14f.

³ Dazu *Steffen Roller*, Der Gesetzentwurf eines Untätigkeitsbeschwerdegesetzes, in: DRiZ 2007, S. 82-87.

⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vom 12. August 2010, abrufbar unter: <http://www.bmj.bund.de>.

⁵ BVerfGE 46, 17 (28f.).

ne Verfahrensdauer im Grundgesetz (GG)⁶ gut vertretbar war,⁷ verabschiedeten sich die Karlsruher Richter jedoch alsbald.⁸ Seitdem ist ständige verfassungsgerichtliche Rechtsprechung, dass das GG zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes auch in zeitlicher Hinsicht verpflichtet.⁹ Dogmatischer Ausgangspunkt dieser Überlegung ist das Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 3 GG.¹⁰ Während sich das Grundrecht auf eine angemessene Verfahrensdauer vor Gericht in Streitigkeiten zwischen Privatrechtssubjekten aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch gemäß Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG ergibt, unterfallen Sachverhalte, in denen der Bürger Adressat einer Maßnahme der Verwaltung wird, dem Anwendungsbereich von Art. 19 Abs. 4 GG, der dann als *Lex specialis* ein subjektives Recht auf zeitnahen Rechtsschutz mit Verfassungsrang gewährt.¹¹ Der allgemeine Justizgewährungsanspruch und das Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisten demnach ein Recht auf eine angemessene Verfahrensdauer in allen fünf Gerichtsbarkeiten der deutschen Rechtsordnung.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG lässt sich nicht abstrakt anhand einer bestimm-

ten Dauer sagen, ob sich ein Verfahren rechtsstaatswidrig verzögert hat. Vielmehr sind die Besonderheiten des konkreten Einzelfalls zu beachten.¹² Dies sind insbesondere die Natur des Verfahrens und die Bedeutung der Sache, die Auswirkungen der langen Verfahrensdauer für die Beteiligten, die Schwierigkeit der Sachmaterie, das den Beteiligten zuzurechnende Verhalten und die gerichtlich nicht zu beeinflussende Tätigkeit Dritter (vor allem von Sachverständigen).¹³ Allerdings kann sich der Staat nicht auf solche Umstände berufen, die in seinem Verantwortungsbereich liegen. Er muss alle notwendigen Maßnahmen treffen, damit Gerichtsverfahren zügig beendet werden können.¹⁴ In der Vergangenheit hat das BVerfG unter Zugrundelegung der genannten Kriterien im Rahmen der Prüfung von Individualverfassungsbeschwerden regelmäßig Verletzung des Grundrechts auf eine angemessene Verfahrensdauer festgestellt und die zuständigen Fachgerichte dazu aufgefordert, das jeweils betroffene Verfahren zu beschleunigen und zügig abzuschließen.¹⁵ Indes hat das BVerfG es bisher unterlassen, dem parlamentarischen Gesetzgeber konkrete gesetzgeberische Abhilfemaßnahmen aufzugeben.¹⁶

⁶ Innerhalb der deutschen Rechtsordnung gewähren lediglich die brandenburgische und die sächsische Landesverfassung ausdrücklich ein Grundrecht auf Rechtsschutz in angemessener Zeit, vgl. Art. 52 Abs. 4 S. 1 BbgVerf und Art. 78 Abs. 3 S. 1 SächsVerf. Dazu *Markus Scheffer*, Der Anspruch auf ein zügiges Verfahren. Gedanken zur Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte Brandenburg und Sachsen, in: NJ 2010, S. 265-271. Im Anwendungsbereich des Europarechts garantiert Art. 47 der Grundrechtecharta ein entsprechendes Recht.

⁷ Ausdrückliche zeitliche Vorgaben für den Zeitpunkt des Erlasses einer gerichtlichen Entscheidung macht das GG nur in Art. 104 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 2.

⁸ Vgl. BVerfGE 53, 111 (127ff.)

⁹ Vgl. BVerfGE 54, 39 (41); 60, 253 (269); 78, 88 (99); 88, 118 (124); 93, 1 (13); 96, 27 (39).

¹⁰ *Michael Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 20, Nr. 164.

¹¹ *Hans D. Jarass*, in: ders./Bodo Pieroth, GG-Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 19, Nr. 34.

¹² Vgl. BVerfGE 55, 349 (369).

¹³ BVerfG, Beschluss vom 5. Oktober 2010, 1 BvR 772/10, Nr. 12.

¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 14. Oktober 2003, 1 BvR 901/03, Nr. 10.

¹⁵ Vgl. beispielhaft die Kammerbeschlüsse vom 14. Dezember 2010, 1 BvR 404/10; vom 4. November 2010, 1 BvR 3389/08; vom 5. Oktober 2010 (Fn. 13); vom 24. August 2010, 1 BvR 331/10; vom 23. Juni 2010, 1 BvR 324/10; vom 24. September 2009, 1 BvR 1304/09; vom 2. September 2009, 1 BvR 3171/08 und vom 30. Juli 2009, 1 BvR 2662/06.

¹⁶ Bei Verletzungen des grundrechtsgleichen Rechts auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG hat das BVerfG im seinem Plenarbeschluss vom 30. April 2003 hingegen den Gesetzgeber dazu aufgefordert, innerhalb einer gesetzten Frist eine Lösung zu finden, die verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, vgl. BVerfGE 107, 395 (418). Dem ist der Gesetzgeber mit Schaffung des Gesetzes über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf recht-

III. Die Rechtsprechung des EGMR

Nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 der von der Bundesrepublik Deutschland am 5. Dezember 1952 ratifizierten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) hat jede Person ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre „zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.“ Art. 13 EMRK sieht zudem vor, dass jede Person, die in ihren in der EMRK anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, das Recht hat, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben.

Im Jahre 1978 stellte der EGMR erstmals eine Verletzung des sich aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK ergebenden Menschenrechts auf eine angemessene Verfahrensdauer durch die Bundesrepublik Deutschland fest.¹⁷ In diesem Verfahren entschied der EGMR, dass trotz der amtlichen deutschen Übersetzung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK („zivilrechtliche Ansprüche“) auch bestimmte verwaltungsgerichtliche Streitigkeiten in dessen Schutzbereich fallen.¹⁸ Dies begründet der EGMR damit, dass die einzig und allein verbindliche authentische englische und französische Textfassung¹⁹ von Art. 6

Abs. 1 S. 1 EMRK deutlich weiter gehen als der deutsche Wortlaut („contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil“/„the determination of (...) civil rights and obligations“).²⁰ Nach Auffassung des EGMR kommt es deshalb allein auf den Rechtscharakter des vor den nationalen Gerichten in Streit befindlichen Anspruches an. Der EGMR hat in seiner Rechtsprechung insbesondere Verfahren mit Auswirkungen auf vermögenswerte Rechte und Fälle, die die vertraglichen Rechtsbeziehungen eines Beschwerdeführers im Schutzbereich der Berufs- und Eigentumsfreiheit betreffen, als „zivilrechtliche“ Streitigkeiten klassifiziert.²¹ Verfahren, die in den Kernbereich des öffentlichen Rechts fallen, sind hingegen keine zivilrechtlichen Verfahren im Sinne von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK. Dies hat der EGMR unter anderem für versammlungs-, finanz-, wahl-, ausländer- und asylrechtliche Streitigkeiten entschieden.²²

Ob die Dauer eines Verfahrens unangemessen ist, entscheidet der EGMR im jeweiligen Einzelfall, wobei er drei Gesichtspunkte besonders hervorhebt: die Komplexität des Rechtsstreits, das Verhalten des Beschwerdeführers und die Verfahrensführung durch die beteiligten staatlichen Instanzen. In seiner neueren Rechtsprechung berücksichtigt der EGMR zusätzlich auch die Bedeutung des Rechtsstreits für die Parteien.²³ Eine beklagte Vertragspartei kann dem Vorwurf einer Verletzung des Rechts auf angemessene Verfahrensdauer gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht entgegenhalten, dass diese auf einer dauerhaften Überlastung der staatlichen Stellen beruhe.

liches Gehör (Anhörungsrügensgesetz) vom 9. Dezember 2004, BGBl. 2004 I S. 3220 nachgekommen.

¹⁷ EGMR, *König ./ Deutschland*, Urteil vom 28. Juni 1978, 6232/73 = EuGRZ 1978, S. 406-421, Nr. 111.

¹⁸ Vgl. EGMR, *König ./ Deutschland* (Fn. 17), Nr. 86-95. Kritisch dazu *Hans-Jürgen Papier*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VIII, 3. Aufl. 2010, § 176 (Justizgewährungsanspruch), Nr. 10: „im deutschen Rechtsraum zweifelhaft Rechtsauffassung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte“.

¹⁹ Die Schlussklausel der EMRK legt fest, dass nur die englische und französische Fassung der EMRK für Zwecke der Auslegung verbindlich sind. Dies gilt nicht nur für den völkerrechtli-

chen Bereich, sondern auch für die innerstaatliche Rechtsanwendung, vgl. *Christoph Grabenwarter*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4. Aufl. 2009, S. 29.

²⁰ EGMR, *König ./ Deutschland* (Fn. 17), Nr. 90.

²¹ Vgl. dazu und zu weiteren Fallgruppen ausführlich *Grabenwarter* (Fn. 19), S. 332ff.

²² Ebd., S. 335.

²³ Vgl. *Jörg Gundel*, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. VI/1, 2010, § 146 Nr. 118f.

Die Konventionsparteien sind nämlich aus Sicht der EMRK zu angemessener Organisation und Ausstattung des Justizwesens verpflichtet.²⁴

Von 1959-2009 stellte der EGMR in etwa 53% der erfolgreichen Verfahren gegen Deutschland Verletzungen des Rechts auf angemessene Verfahrensdauer fest.²⁵ Allein 13 Fälle davon wurden im Jahre 2009 entschieden.²⁶ Dies betrifft nicht nur Verfahren vor den nationalen Fachgerichten, sondern auch Verfahren vor dem BVerfG.²⁷

Im Kontext des Rechts auf eine angemessene Verfahrensdauer führte Art. 13 EMRK hingegen „lange Zeit ein Schattendasein“.²⁸ Der EGMR begnügte sich in begründeten *Length-of-proceeding-cases* damit, eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK festzustellen, ohne näher auf Art. 13 EMRK

einzugehen. Dies begründete der EGMR meistens damit, dass Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK im Falle seiner Verletzung Art. 13 EMRK als *Lex specialis* verdränge.²⁹

Diese Rechtsprechung hat der EGMR jedoch ausdrücklich im Jahre 2000 in dem Verfahren *Kudla ./. Polen* aufgegeben.³⁰

Hier hebt der EGMR den subsidiären Charakter der Individualbeschwerde nach Art. 34, 35 EMRK hervor und betont, dass in erster Linie die staatlichen Stellen für die Anwendung und Durchsetzung der EMRK-Rechte verantwortlich seien. Der subsidiäre Charakter des Beschwerdemechanismus der EMRK komme vor allem in Art. 35 Abs. 1 und in Art. 13 EMRK zum Ausdruck. Das Erfordernis der Rechtswegerschöpfung nach Art. 35 Abs. 1 EMRK als Zulässigkeitsvoraussetzung einer Individualbeschwerde beruhe nämlich auf der Annahme, dass die Vertragsparteien effektive Rechtsbehelfe im Sinne von Art. 13 EMRK vorsehen.³¹ Deshalb verpflichte Art. 13 EMRK die Konventionsstaaten dazu, einen wirksamen nationalen Rechtsbehelf wegen einer behaupteten Verletzung der Verpflichtung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK zu schaffen.³² Hintergrund dieser Änderung der Rechtsprechung ist die hohe Zahl der beim EGMR anhängigen Verfahren, die das Recht auf eine angemessene Verfahrensdauer betreffen.³³

Um der Verpflichtung aus Art. 13 EMRK im Kontext des Rechts auf eine angemessene Verfahrensdauer gerecht zu werden, haben die Vertragsparteien nach der Recht-

²⁴ Gundel (Fn. 23), Nr. 120 mit weiteren Nachweisen. Vgl. zu den Kriterien, wann ein Verfahren in Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK unangemessen lange dauert, auch *Françoise Calvez*, *Length of Court Proceedings in the Member States of the Council of Europe based on the Case Law of the European Court of Human Rights*, 2007, S. 24ff.

²⁵ Vgl. die Statistik des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte* (Hrsg.), *Violation by Article and by Country 1959-2009*, wonach 54 der insgesamt gegenüber Deutschland bis zum 31. Dezember 2009 ergangenen 99 Urteile, in denen mindestens eine Konventionsverletzung festgestellt wurde, Fälle unangemessener Verfahrensdauer betreffen. Abrufbar unter: http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN.

²⁶ Vgl. *Bundesministerium der Justiz* (Hrsg.), *Bericht über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und die Umsetzung seiner Urteile in Verfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland im Jahr 2009*, abrufbar unter: <http://www.bmj.bund.de>.

²⁷ Zum Beispiel EGMR, *Kirsten ./. Deutschland*, Urteil vom 15. Februar 2007, 19124/02, Nr. 46, 49. Vgl. zu mit der Verfahrensdauer von Verfahren vor dem BVerfG in Hinblick auf die EMRK verbundenen Fragen *Angela Brett*, *Verfahrensdauer bei Verfassungsbeschwerdeverfahren im Horizont der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte* zu Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK, 2009.

²⁸ *Grabenwarter*, *Das Recht auf effektive Beschwerde gegen überlange Verfahrensdauer*, in: Daniel Ennöckl/et al. (Hrsg.), *Festgabe für Bernhard Paschauer*, 2008, S. 19-29 (S. 20).

²⁹ Vgl. EGMR, *Silver et al. ./. Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 25. März 1983, 5947/72, Ser. A Nr. 61, Nr. 110, EGMR, *Håkansson und Stureson ./. Schweden*, Urteil vom 21. Februar 1990, 11855/85, Ser. A Nr. 171-A, Nr. 69.

³⁰ Vgl. EGMR, *Kudla ./. Polen*, Urteil der Großen Kammer vom 26. Oktober 2000, 30210/96, NJW 2001, S. 2694-2701, Nr. 146-160.

³¹ EGMR, *Kudla ./. Polen* (Fn. 30), Nr. 152.

³² Ebd., Nr. 156.

³³ *Gundel*, *Anforderungen des EGMR an die Ausgestaltung des nationalen Rechtsschutzsystems*, in: DVBl. 2004, S. 17-27 (S. 20) mit weiteren Nachweisen.

sprechung des EGMR ein Wahlrecht: Sie können entweder einen Primärrechtsbehelf in Form einer Untätigkeitsbeschwerde schaffen oder auf Sekundärrechtsebene einen Staatshaftungsanspruch vorsehen.³⁴

Im Jahr 2006 hatte die Große Kammer des EGMR in der Rechtssache *Sürmeli ./ Deutschland* schließlich darüber zu urteilen, ob die deutsche Rechtsordnung einen effektiven Rechtsbehelf bei behaupteten Verstößen gegen das Recht auf Entscheidung in angemessener Zeit vorsieht.³⁵ Die im deutschen Recht in Betracht kommenden Rechtsbehelfe, namentlich die Verfassungsbeschwerde, die Dienstaufsichtsbeschwerde nach § 26 Abs. 2 DRiG, die (hauptsächlich von den Zivilgerichten) richterrechtlich anerkannte Untätigkeitsbeschwerde und der Staatshaftungsanspruch gemäß § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG genügen nach den Ausführungen der Großen Kammer den Anforderungen von Art. 13 EMRK nicht.³⁶ Der EGMR nahm in der Entscheidung jedoch Bezug auf den eingangs bereits erwähnten Entwurf über ein Untätigkeitsbeschwerdegesetz aus dem Jahr 2005 und begrüßte ausdrücklich das Vorhaben, einen Beschleunigungsrechtsbehelf schaffen zu wollen.³⁷

Am 2. September 2010 machte eine Kammer des EGMR – weil der Gesetzentwurf über eine Untätigkeitsbeschwerde nicht weiter verfolgt worden war³⁸ und wegen anhaltender Untätigkeit des deutschen Gesetzgebers – in der Rechtssache *Rumpf gegen Deutschland*³⁹ von der wenige Jahre

zuvor entwickelten Piloturteilstechnik Gebrauch.⁴⁰ Er forderte Deutschland, dessen Rechtsordnung in Hinblick auf den Rechtsschutz gegen überlange Verfahrensdauer seiner Ansicht nach ein strukturelles Defizit aufweist,⁴¹ dazu auf, spätestens innerhalb eines Jahres nach Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung einen effektiven Rechtsbehelf im Sinne von Art. 13 EMRK im nationalen Recht zu schaffen.⁴² Weil

³⁴ Vgl. EGMR, *Mifsud ./ Frankreich*, Entscheidung der Großen Kammer vom 11. September 2002, 57220/00, Slg. 2002-VIII, Nr. 17.

³⁵ EGMR, *Sürmeli ./ Deutschland*, Urteil der Großen Kammer vom 8. Juni 2006, 75529/01, NJW 2006, 2389-2394, Nr. 102-114.

³⁶ EGMR, *Sürmeli ./ Deutschland* (Fn. 35), Nr. 115.

³⁷ Ebd., Nr. 138f.

³⁸ Vgl. Steffen Roller, Möglichkeiten des Gesetzgebers zu einer Beschleunigung gerichtlicher Verfahren, in: ZRP 2008, S. 122-123 (S. 122).

³⁹ EGMR, *Rumpf ./ Deutschland*, Urteil vom 2. September 2010, NJW 2010, 46344/06, S. 3355-3359.

⁴⁰ Piloturteile zielen darauf ab, die Ursachen eines konventionswidrigen Zustands in einer Vertragspartei durch die Vorgabe von konkret zu ergreifenden Maßnahmen zu beseitigen. Diese Technik wendete der EGMR erstmals in dem Verfahren *Broniowski ./ Polen*, Urteil der Großen Kammer vom 22. Juni 2004, 31443/96, EuGRZ 2004, S. 472-484 an. Dazu Marten Breuer, Urteilsfolgen bei strukturellen Problemen - Das erste "Piloturteil" des EGMR, in: EuGRZ 2004, S. 445-451. Zu vorangegangenen und weiteren Entwicklungen Stefanie Schmahl, Piloturteile des EGMR als Mittel der Verfahrensbeschleunigung, in: EuGRZ 2008, S. 369-380. Siehe auch Philip Leach/Helen Hardman/Svetlana Stephenson/Brad K. Blitz, Responding to Systemic Human Rights Violations. An Analysis of 'Pilot Judgments' of the European Court of Human Rights and their Impact on National Level, 2010.

⁴¹ EGMR, *Rumpf ./ Deutschland* (Fn. 39), Nr. 64-70.

⁴² Ebd., Nr. 73. Problematisch ist, ob der EGMR völkerrechtlich überhaupt dazu befugt ist, das Vorliegen struktureller Defizite in einer Vertragspartei zu prüfen und dieser über den Einzelfall hinaus gehende Abhilfemaßnahmen, wie die Schaffung eines wirksamen Rechtsbehelfs, aufzugeben. Gemäß Art. 46 EMRK kann der EGMR in seinem Urteil, dem keine kassatorische Wirkung zukommt und das dem Wortlaut nach nur eine *Inter-partes*-Wirkung entfaltet, lediglich feststellen, dass eine Vertragspartei eine oder mehrere Konventionsbestimmungen in Bezug auf die konkrete Beschwerde verletzt hat. Welche Abhilfemaßnahmen daraufhin zu ergreifen sind, liegt grundsätzlich im Ermessen der betroffenen Vertragspartei. Die Anwendung des Piloturteilverfahrens ist jedoch dann zulässig, wenn – wie vorliegend – gegenüber ein und derselben Vertragspartei in einer Vielzahl sachlich parallel liegender Fälle Verletzungen eines EMRK-Rechts festgestellt worden sind, die Kumulation einzelner Rechtsverletzungen letztlich also einen konventionswidrigen Dauerzustand konstituiert. Der EGMR rechtfertigt die Anwendung des Piloturteilverfahrens im Fall *Rumpf* dogmatisch mit einem Rückgriff auf Art. 46 in Verbindung mit Art. 1 EMRK, vgl. EGMR, *Rumpf ./ Deutschland* (Fn. 39), Nr. 59. Eingehend zu den Schwierigkeiten der dogma-

Deutschland keine Verweisung an die Große Kammer beantrag hat, ist das Urteil der Kleinen Kammer am 2. Dezember 2010 gemäß Art. 44 Abs. 2 lit. b EMRK rechtskräftig geworden.

Zwar stellt der EGMR in dem Urteil „mit Genugtuung“ fest, dass Deutschland mit dem Gesetzentwurf der Bundesregierung über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren von August 2010 (erneut) Maßnahmen zur Lösung des Problems in Angriff genommen hat.⁴³ Er behält es sich jedoch ausdrücklich vor, bis zur Befolgung des Urteils weitere anhängige *Length-of-proceeding-cases* zu prüfen, um Deutschland „regelmäßig an seine Verpflichtungen nach der Konvention (...) zu erinnern“.⁴⁴

Der EGMR hat seiner Ankündigung entsprochen und seit der Entscheidung *Rumpf* in weiteren aus Deutschland stammenden Fällen Verletzungen von Art. 6 Abs. 1 S. 1 und Art. 13 EMRK festgestellt sowie den Beschwerdeführern Entschädigung nach Art. 41 EMRK zugesprochen.⁴⁵

IV. Der Gesetzentwurf über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren

Im Folgenden werden die Kernbestimmungen des Referentenentwurfs und verschiedene zu ihm ergangene Stellungnahmen vorgestellt.

1. Kernbestimmungen des Entwurfs

Der von der Bundesregierung vorgelegte Gesetzentwurf⁴⁶ sieht die Schaffung eines Staatshaftungsanspruchs *sui generis* vor.⁴⁷ Nach dem Scheitern des Versuchs, eine präventiv wirkende Untätigkeitsbeschwerde als förmlichen Rechtsbehelf im nationalen Prozessrecht zu verankern, soll dem Problem unangemessener Verfahrensdauer jetzt hauptsächlich auf sekundärrechtlicher Ebene begegnet werden. Sämtliche nationale Prozessordnungen sollen geändert werden.⁴⁸

Zentrale Anspruchsvoraussetzung des Staatshaftungsanspruchs ist gemäß § 198 Abs. 1 S. 1 GVG-Entwurf, dass jemand „infolge unangemessener Dauer eines Gerichtsverfahrens als Verfahrensbeteiligter einen Nachteil erleidet.“ Nach § 198 Abs. 1 S. 2 GVG-Entwurf richtet sich die Angemessenheit der Verfahrensdauer „nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Schwierigkeit und Bedeutung des Verfahrens und nach dem Verhalten der Verfahrensbeteiligten und Dritter.“ Der Gesetzentwurf enthält jedoch auch insofern

tischen Absicherung der Piloturteilstechnik *Schmahl* (Fn. 40), S. 377f. Aus verfassungsrechtlicher Sicht besteht hingegen bezüglich Urteilen des EGMR lediglich eine Berücksichtigungspflicht, vgl. dazu nur BVerfGE 111, 307ff.

⁴³ Ebd., Nr. 72.

⁴⁴ EGMR, *Rumpf* ./ *Deutschland* (Fn. 39), Nr. 75. Dass sich der EGMR die Prüfung weiterer Fälle vorbehält, unterscheidet den Fall *Rumpf* von anderen Piloturteilen, in denen er die Prüfung weiterer anhängiger Beschwerdeverfahren aussetzte.

⁴⁵ EGMR, *Träxler* ./ *Deutschland*, Urteil vom 21. Oktober 2010, 32936/09, Nr. 26ff. und *Kuppinger* ./ *Deutschland*, Urteil vom 21. April 2011, 41599/09, Nr. 42ff.

⁴⁶ Vgl. dazu und zu einzelnen Diskussionspunkten eingehend *Christine Steinbeiß-Winkelmann*, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren. Zum neuen Gesetzentwurf der Bundesregierung, in: ZRP 2010, S. 205-209.

⁴⁷ Vgl. GVG-Entwurf (Fn. 4), S. 28. Der Wortlaut des als § 198 im siebzehnten Teil der GVG neu zu schaffenden Staatshaftungsanspruchs ist abgedruckt in: GVG-Entwurf (Fn. 4), S. 5f.

⁴⁸ Nach dem Gesetzentwurf verweisen die fachgerichtlichen Prozessordnungen auf die Vorschriften über den Staatshaftungsanspruch gemäß §§ 198ff. GVG-Entwurf. Für Verfahren vor dem BVerfG soll das BVerfGG entsprechend geändert werden, vgl. GVG-Entwurf (Fn. 4), S. 7ff.

ein präventives Element als er die Erhebung einer sogenannten Verzögerungsrüge beim *Iudex a quo* obligatorisch voraussetzt, vgl. § 198 Abs. 3 GVG-Entwurf. Die Verzögerungsrüge soll gemäß § 198 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 GVG-Entwurf erst dann erhoben werden können, „wenn Anlass für die Besorgnis besteht, dass das Verfahren nicht in angemessener Zeit abgeschlossen werden kann“. Eine erneute Rüge ist zudem grundsätzlich erst sechs Monate nach der ersten Rüge zulässig, vgl. § 198 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 GVG-Entwurf.

Ersatzfähig sollen nach dem Gesetzentwurf sowohl materielle (insbesondere die durch Verzögerung entstandenen Anwaltskosten) als auch immaterielle Schäden (wie zum Beispiel die erlittene seelische Unbill, körperliche Beeinträchtigungen und Rufschädigungen) sein,⁴⁹ letztere jedoch gemäß § 198 Abs. 2 S. 2 GVG-Entwurf nur unter der Einschränkung, dass Wiedergutmachung nicht auf andere Weise möglich ist. Nach § 198 Abs. 4 S. 1 GVG-Entwurf ist Wiedergutmachung auf andere Weise insbesondere durch die Feststellung der Unangemessenheit der Verfahrensdauer möglich. Ist Wiedergutmachung auf andere Weise im konkreten Fall nicht ausreichend, so beträgt der Ersatz für immaterielle Schäden gemäß § 198 Abs. 2 S. 3 GVG-Entwurf grundsätzlich 1.200 Euro für jedes Jahr der Verzögerung. Das für die Entscheidung über den Anspruch zuständige Gericht⁵⁰ kann jedoch nach § 198 Abs. 3 S. 4 GVG-Entwurf bei Unbilligkeit im Einzelfall einen höheren oder niedrigeren Betrag festsetzen.

§ 198 Abs. 5 GVG-Entwurf sieht schließlich vor, dass die Staatshaftungsklage frühestens sechs Monate nach Erhebung der Verzögerungsrüge erhoben werden kann.

§ 199 Abs. 1 GVG-Entwurf erklärt den Staatshaftungsanspruch auch auf straf-

rechtliche Ermittlungsverfahren und das gerichtliche Strafverfahren anwendbar.

§ 199 Abs. 3 S. 1 GVG-Entwurf bestimmt jedoch, dass die Berücksichtigung der unangemessenen Dauer des Verfahrens durch ein Strafgericht oder die Staatsanwaltschaft eine ausreichende Wiedergutmachung auf andere Weise gem. § 198 Abs. 2 S. 2 GVG-Entwurf ist.⁵¹ In diesen Fällen soll eine Entschädigung für immaterielle Nachteile ausgeschlossen werden.

2. Stellungnahmen zu dem Gesetzentwurf

Von Seiten der Anwaltschaft ist die Schaffung eines Staatshaftungsanspruches ohne gleichzeitige Kreation einer formellen Untätigkeitsbeschwerde als Mittel zur Lösung des Problems unangemessen lang dauernder Gerichtsverfahren als unzureichend kritisiert worden.⁵² Der Umstand, dass das im konkreten Fall dem Vorwurf der Verzögerung ausgesetzte Gericht nicht zu einer förmlichen Bescheidung verpflichtet werden kann, laufe im Ergebnis auf ein unbefriedigendes „Dulde und Liquidiere“ für den betroffenen Bürger hinaus.⁵³ Von primärem Interesse der Parteien eines Rechtsstreits seien jedoch Förderung und Beschleunigung des Verfahrens.⁵⁴ Deshalb wird die Schaffung eines echten formellen

⁴⁹ Vgl. GVG-Entwurf (Fn. 4), S. 28f.

⁵⁰ Das sind nach dem Gesetzentwurf bei Klagen gegen ein Land die Oberlandesgerichte und bei Klagen gegen den Bund der BGH. Beim BVerfG soll eine Kammer mit einer Spezialzuständigkeit geschaffen werden, vgl. GVG-Entwurf (Fn. 4), Art. 1, § 201 Abs. 1 und Art. 2, § 97c Abs. 1.

⁵¹ Nach der Begründung des Gesetzentwurfs stellen die in der Strafrechtspraxis entwickelten Möglichkeiten, wie rechtsstaats- und menschenwidrig verzögerte Strafverfahren ausreichend Rechnung getragen werden kann (Anwendung von §§ 59, 60 StGB [Verwarnung unter Strafvorbehalt/Absehen von Strafe], §§ 153, 153a, 154, 154a StPO [Einstellung des Verfahrens] oder Vollstreckungsabschlag bei der Strafvollstreckung; siehe dazu nur BGHSt 52, 124), eine „Berücksichtigung“ im Sinne von § 199 Abs. 2 S. 2 dar, vgl. GVG-Entwurf (Fn. 4), S. 37.

⁵² Vgl. Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer (BRÄK) zum Referentenentwurf eines Gesetzes über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren von Juni 2010, aus dem der Regierungsentwurf entwickelt wurde, abrufbar unter: <http://www.brak.de/seiten/11.php>.

⁵³ Ebd., S. 4.

⁵⁴ Ebd., S. 9.

Rechtbehelfs in Kombination mit einem Entschädigungsanspruch gefordert, der sich an dem Entwurf über ein Untätigkeitsbeschwerdegesetz von 2005 orientiert.⁵⁵

Der Deutsche Richterbund (DRB) hingegen lehnt in seiner Stellungnahme zu dem Regierungsentwurf ausdrücklich eine Lösung auf Primärrechtsebene ab und begrüßt den eingeschlagenen Weg.⁵⁶ Dennoch nimmt der DRB Anstoß an einigen Einzelregelungen.⁵⁷

Der Bundesrat hat den Gesetzentwurf im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zwar begrüßt.⁵⁸ In ihrer Stellungnahme fordert die Länderkammer jedoch, dass der Entwurf in Hinblick auf die Rechtsprechung von BVerfG und EGMR auf das „zwingend Erforderliche begrenzt werden sollte“.⁵⁹ Hintergrund dieser Forderung ist die Verhinderung einer unnötigen finanziellen Mehrbelastung der Länderhaushalte.⁶⁰ Insbesondere regt der Bundesrat an, die geplante Einbeziehung von strafrechtlichen Ermittlungsverfahren in den Anwendungsbereich des neu zu schaffenden § 198

GVG kritisch zu überprüfen.⁶¹ Zudem fordert er, dass eine Klage zur Durchsetzung des Entschädigungsanspruchs – abweichend von § 198 Abs. 5 GVG-Entwurf – erst nach rechtskräftigem Abschluss des Ausgangsverfahrens geltend gemacht werden kann.⁶²

Ob der Bundestag, in dessen Zuständigkeit das Gesetzesvorhaben gemäß Art. 75 Abs. 1 Nr. 25 GG fällt, diese und weitere im Gesetzgebungsverfahren thematisierte Gesichtspunkte berücksichtigt, bleibt abzuwarten. Nach Durchführung der ersten Lesung im Bundestag (Januar 2011) und einer öffentlichen Sachverständigenanhörung (März 2011) wird der Gesetzentwurf zurzeit im Rechtsausschuss des Bundestages beraten.⁶³

V. Schlussbemerkung

Obwohl die deutsche Justiz im Allgemeinen hocheffizient arbeitet,⁶⁴ muss eine

⁵⁵ Ebd., S. 6f. Im Grundsatz für die Schaffung einer Untätigkeitsbeschwerde plädieren auch *Annette Brockmöller/Alexander Weichbrodt*, Rechtsschutz bei überlanger Dauer gerichtlicher Verfahren – Besteht gesetzlicher Handlungsbedarf?, in: Nds.VBl. 2010, S. 225-231 (S. 231).

⁵⁶ Vgl. Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Regierungsentwurf eines Gesetzes über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vom 18. August 2010, abrufbar unter: <http://www.drbr.de/cms/index.php?id=663>, Nr. 2.

⁵⁷ Vgl. Stellungnahme DRB (Fn. 56), Nr. 3-5. Dabei geht es unter anderem um Kritik an dem Ausdruck Verzögerungsrüge in § 198 Abs. 3 GVG-Entwurf. Diese Formulierung impliziert begrifflich ein tatsächliches oder vermeintliches Fehlverhalten des Gerichts.

⁵⁸ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vom 15. Oktober 2010, BR-Drs. 540/10, S. 1.

⁵⁹ Ebd., S. 16.

⁶⁰ Ebd., S. 16.

⁶¹ Ebd., S. 1f.

⁶² Ebd., S. 6f.

⁶³ Die Stellungnahmen der Sachverständigen sind online abrufbar unter: http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoeungen/archiv/07_ueberlange_Gerichtsverfahren/04_Stellungnahmen/index.html.

⁶⁴ Nach Angaben des Statistischen Bundesamtes betrug die durchschnittliche Verfahrensdauer der im Jahre 2009 von den deutschen Amtsgerichten erledigten zivilrechtlichen Streitigkeiten 4,6 Monate (vgl. Statistisches Bundesamt, Justizstatistik der Zivilgerichte – Fachserie 10 Reihe 2.1 – 2009, 2010, S. 26). Die durchschnittliche Dauer familienrechtlicher Streitigkeiten in erster Instanz betrug 7,9 Monate (vgl. Statistisches Bundesamt, Justizstatistik der Familiengerichte – Fachserie 10 Reihe 2.2 – 2009, 2010, S. 34). Die Durchschnittsdauer der im selben Jahr insgesamt erledigten erstinstanzlichen Verfahren vor den Verwaltungsgerichten betrug 11,3 Monate (vgl. Statistisches Bundesamt, Justizstatistik der Verwaltungsgerichte – Fachserie 10 Reihe 2.4 – 2009, 2010, S. 24), die Durchschnittsdauer von Klageverfahren in der Sozialgerichtsbarkeit 14 Monate (vgl. Statistisches Bundesamt, Justizstatistik der Sozialgerichte – Fachserie 10 Reihe 2.7 – 2009, 2010, S. 24) und von Klageverfahren in der Finanzgerichtsbarkeit 18,1 Monate (vgl. Statistisches Bundesamt, Justizstatistik der Finanzgerichte – Fachserie 10 Reihe 2.5 – 2009, 2010, S.

sachgerechte Lösung für Einzelfälle, in denen sich Gerichtsverfahren verzögern, gefunden werden. *Justice delayed is justice denied* - dies scheint jetzt auch dem deutschen Gesetzgeber klar zu sein.

Zwar hat der EGMR in seiner Rechtsprechung betont, dass die beste Lösung die Vorbeugung (in Kombination mit einem Staatshaftungsanspruch) sei.⁶⁵ Jedoch genügt eine Vertragspartei den Anforderungen der EMRK in rechtlicher Hinsicht auch dann, wenn sie lediglich einen Entschädigungsanspruch im nationalen Recht vorsieht.⁶⁶

Positiv hervorzuheben ist, dass der hier behandelte Gesetzentwurf im Rahmen des haftungsbegründenden Tatbestandes die einschlägige Rechtsprechung von BVerfG und EGMR zu der Frage, wann ein Verfahren unangemessen lange dauert, umsetzt. Zudem erfasst der Gesetzentwurf – wie es das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes gebietet – alle Zweige der deutschen Gerichtsbarkeit, mithin auch die Fälle, die (wie finanzgerichtliche Streitigkeiten) vom Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1. S. 1 EMRK ausgenommen sind. Überdies ist zu begrüßen, dass der in § 198 GVG-Entwurf vorgesehene Entschädigungsanspruch auf das Erfordernis eines Verschuldens verzichtet und somit klarstellt, dass die Verfahrensverzögerungen in aller Regel nicht auf einem Fehlverhalten der zur Entscheidung berufenen Spruchkörper beruhen, sondern andere Ursachen haben. Mit der Festlegung einer Entschädigung für einen Monat der Verzögerung auf 100 Euro liegt der Entwurf auch auf der Rechtsprechungslinie des EGMR. Mit der EMRK nicht vereinbar hingegen ist der Vorschlag des Bundesra-

tes, der Staatshaftungsanspruch soll erst nach rechtskräftigem Abschluss des Ausgangsverfahrens geltend gemacht werden können.⁶⁷

Für weitere, sich noch in der Diskussion befindende Fragestellungen bezüglich der konkreten Ausgestaltung des Entschädigungsanspruches hat der deutsche Gesetzgeber aus Sicht der EMRK einen weiten Spielraum. Dies betrifft unter anderem die strittige Frage der Gerichtszuständigkeit für die Entscheidung über den Entschädigungsanspruch.

Seit dem mittlerweile in Rechtskraft erwachsenen Urteil in der Sache *Rumpf* steht jedenfalls fest, dass der deutsche Gesetzgeber völkerrechtlich verpflichtet ist, bis zum 2. Dezember 2011 einen effektiven Rechtsbehelf schaffen. Aufgabe der dann zuständigen Fachgerichte wird es sein, diesem Rechtsbehelf zu praktischer Wirksamkeit zu verhelfen – nur dann ist aus Straßburg nichts mehr zu erwarten.⁶⁸

16). Die deutschen Arbeitsgerichte erledigten die bei ihnen erstinstanzlich anhängigen Verfahren im Durchschnitt am schnellsten (3 Monate in Urteilsverfahren/3,4 Monate in Beschlussverfahren, vgl. Statistisches Bundesamt, Justizstatistik der Arbeitsgerichte – Fachserie 10 Reihe 2.8 – 2009, 2010, S. 44 und 52).

⁶⁵ EGMR, *Scordino ./. Italien*, Urteil der Großen Kammer vom 29. März 2006, 36813/97, Slg. 2006 Nr. 183, 186.

⁶⁶ Vgl. EGMR, *Mifsud ./. Frankreich* (Fn. 34), Nr. 17.

⁶⁷ Vgl. *Gundel* (Fn. 23), Nr. 126.

⁶⁸ Der EGMR verlangt in ständiger Rechtsprechung, dass die Wirksamkeit eines Rechtsbehelfs im Sinne von Art. 13 EMRK "in law and in practice" (Hervorhebung des Autors) gegeben sein muss, vgl. z.B. *Kudla ./. Polen* (Fn. 30), Nr. 159.

Das G.I.F.-Drittmittelprojekt über die Arbeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen

Birte Kaspers/Manuela Ludewig

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Der Drittmittelgeber G.I.F.
- III. Die Projektleiter und ihre Mitarbeiter
- IV. Der Menschenrechtsausschuss
- V. Projektaktivitäten
- VI. Ausblick

I. Einführung

Seit Januar 2009 wird im MenschenRechts-Zentrum der Universität Potsdam (MRZ) ein auf drei Jahre angelegtes internationales Forschungsprojekt mit dem Titel „The UN Human Rights Committee. Its Role in the German and Israeli Legal Systems and in International Protection of Human Rights“ bearbeitet. Bei diesem Projekt handelt es sich um ein Drittmittelprojekt. Drittmittelprojekte sind Forschungs- und Entwicklungsvorhaben, die von Mitgliedern der Hochschule im Rahmen ihrer dienstlichen Aufgaben durchgeführt und nicht aus Haushaltsmitteln, sondern mit Beiträgen Dritter finanziert werden. Vorliegend handelt es sich um ein deutsch-israelisches Kooperationsprojekt zwischen dem MRZ und dem Minerva-Zentrum für Menschenrechte der Hebräischen Universität Jerusalem.

II. Der Drittmittelgeber G.I.F.

Das Forschungsprojekt wird von der German-Israeli Foundation for Scientific Research and Development (G.I.F.) finanziert. Die Stiftung wurde 1986 vom Bundesministerium für Bildung und Forschung und dem israelischen Wissenschafts- und Technikministerium ins Leben gerufen, um die

technologische und wissenschaftliche Zusammenarbeit zwischen Israel und Deutschland zu stärken. Von der gegenseitigen Kooperation im wissenschaftlichen Bereich sollen sowohl das freundschaftliche Verständnis zwischen dem deutschen und israelischen Volk als auch Wissenschaft und Forschung in beiden Staaten profitieren. Die Besonderheit der G.I.F.-Idee besteht darin, dass beide Ministerien in Bezug auf Finanzen, Management und Entscheidungsprozesse gemeinsam beteiligt und gleichberechtigt verantwortlich sind. Die Forschungsvorhaben müssen den wissenschaftlichen und administrativen Vorgaben der Stiftung entsprechen. Insbesondere ist es das Ziel der G.I.F., Forschungsprojekte zu fördern, die einen friedlichen Zweck in beiden Ländern verfolgen.¹

III. Die Projektleiter und ihre Mitarbeiter

Das Projekt beschäftigt sich mit der Arbeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen (Ausschuss, MRA). Die beiden Leiter des Projekts, Prof. *Eckart Klein* und Prof. *David Kretzmer*, waren langjährige Mitglieder dieses bedeutenden Gremiums des universellen Menschenrechtsschutzes. Ihre gemeinsame Ausschusszeit war in der Zeit von 1995 bis 2002. Überdies war Prof. *Kretzmer* von 2001 bis 2002 stellvertretender Vorsitzender und Prof. *Klein* Rapporteur des Ausschusses.

Die akademischen Biographien der beiden Projektleiter sind geprägt von gemeinsamen Arbeitsbereichen und Interessengebiete-

¹ http://www.gifres.org.il/index_files/pae0001.htm.

ten. So gehören die Perspektiven des internationalen Menschenrechtsschutzes genauso wie Frieden und Sicherheit durch internationale Zusammenarbeit zu den gemeinsamen Forschungsschwerpunkten der Professoren.

Prof. *Eckart Klein* war von 1981 bis 1994 an der Universität Mainz und von 1994 bis 2008 an der Universität Potsdam Inhaber des Lehrstuhls für Staatsrecht, Völkerrecht und Europarecht. Er ist Gründungsdirektor des seit 1994 bestehenden MRZ. Außerdem liest Prof. *Klein* regelmäßig an der St. Thomas University School of Law in Miami, Florida im Rahmen des LL.M. Programms "Intercultural Human Rights." Darüber hinaus ist Prof. *Klein* vielfältig im internationalen Bereich tätig. Von 1995 bis 2002 war er Mitglied des VN-politischen Beirats des Auswärtigen Amtes und seit 1997 ist er Mitglied des Rats der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht (DGVR). Zudem ist Prof. *Klein* seit 1998 mehrmals als Ad-hoc-Richter am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte tätig gewesen.²

Prof. *David Kretzmer* ist emeritierter Professor für internationales Recht an der Hebräischen Universität Jerusalem und war Professor für Rechtswissenschaften am Transitional Justice Institute der Universität von Ulster. 1993 gründete er das Minerva-Zentrum für Menschenrechte der Hebräischen Universität Jerusalem und war in der Zeit von 1997 bis 2000 der erste akademische Direktor dieses Gemeinschaftszentrums der Hebräischen Universität von Jerusalem und der Universität von Tel Aviv. Neben seinen akademischen Tätigkeiten ist Prof. *Kretzmer* aktiv in mehreren Nichtregierungsorganisationen (NGOs). Er war Gründungsmitglied der Gesellschaft für Bürgerrechte in Israel und deren Vorstandsvorsitzender in der Zeit von 1985 bis 1996 und 1988 bis 1989. Er war im Gründungsrat der B'Tselem – dem israelischen Informationszentrum für Menschenrechte in den besetzten Gebieten. Außerdem stand Prof. *Kretzmer* im Dienste des ersten

Exekutivausschusses der HaMoked – dem Zentrum für die Verteidigung des Individuums.³

Unterstützt wird das Projekt auf deutscher Seite von Frau Ass. iur. *Birte Kaspers* und Frau *Manuela Ludewig*. Den beiden Mitarbeiterinnen obliegen die Recherchearbeiten für die einzelnen Buchkapitel, und sie helfen bei der Organisation der übrigen Projektaktivitäten. *Birte Kaspers* ist Volljuristin. Sie hat an der Universität Potsdam und an der Universität von Nijmegen in den Niederlanden Rechtswissenschaften studiert und ist seit Projektbeginn dabei. Darüber hinaus promoviert sie zum Thema „Die Auslegungsmethoden des Menschenrechtsausschusses im Vergleich mit denen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte“. Ihr Dissertationsvorhaben wird von Prof. *Klein* betreut.⁴ *Manuela Ludewig* unterstützt seit Oktober 2010 als wissenschaftliche Hilfskraft das G.I.F.-Projekt. Sie hat an der Universität Potsdam und an der Universität von Newcastle in Australien Rechtswissenschaften studiert und 2010 ihre Erste Juristische Prüfung abgelegt. Auch ihre Dissertation wird von Prof. *Klein* betreut.⁵

Auf israelischer Seite wird das Projekt von Frau *Michal Netanyahu* unterstützt. Frau *Netanyahu* kommt aus Haifa und studiert seit drei Jahren Rechtswissenschaften an der Hebräischen Universität in Jerusalem. Ein Semester studierte sie am Center for Transnational Legal Studies in London. Außerdem schreibt Frau *Netanyahu* für das *Hukim Law Journal*, welches von der juristischen Fakultät der Hebräischen Universität herausgegeben wird und ist teaching assistant für Jüdisches Recht.

² <http://www.uni-potsdam.de/lzimmermann/klein/cv.html>.

³ [http://www.icj.org/getStaffDetails.asp?usersID=61;](http://www.icj.org/getStaffDetails.asp?usersID=61)
http://transitionaljustice.ulster.ac.uk/staff_profiles/david_kretzmer.html.

⁴ <http://www.uni-potsdam.de/mrz/mitarbeiterinnen/ass-iur-birte-kaspers.html>.

⁵ <http://www.uni-potsdam.de/mrz/mitarbeiterinnen/manuela-ludewig.html>.

IV. Der Menschenrechtsausschuss

Der Menschenrechtsausschuss (Ausschuss, MRA) der Vereinten Nationen ist eines der acht Vertragsüberwachungsorgane der Vereinten Nationen.⁶ Er ist ein aus 18 unabhängigen Experten mit hohen moralischen Standards und anerkannten Kompetenzen auf dem Gebiet der Menschenrechte bestehendes Quasi-Justizorgan, welches die Überwachung der Einhaltung des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR, Zivilpakt) wahrnimmt. Er trifft sich dreimal pro Jahr für je drei Wochen in Genf oder New York. Eine seiner Aufgaben besteht in der Prüfung der Staatenberichte der Vertragsstaaten, welche diese dem Ausschuss periodisch vorzulegen haben. In Bezug auf Staaten, die das Zusatzprotokoll vom 16. Dezember 1966 unterzeichnet haben, ist der Ausschuss auch befugt, Individualbeschwerden von Bürgern des jeweiligen Staates zu verhandeln, die sich in ihren bürgerlichen oder politischen Rechten verletzt sehen. Bis heute sind weit über 1000 Beschwerden registriert worden. Der Ausschuss veröffentlicht ebenfalls General Comments. In diesen Allgemeinen Bemerkungen setzt er sich mit konkreten Themen wie den Inhalten von Menschenrechtsgarantien oder seinen eigenen Arbeitsmethoden auseinander.⁷

Aufgrund der Anfangsbuchstaben ihrer Nachnamen saßen die beiden Projektleiter im Rahmen ihrer Tätigkeit für den Ausschuss nebeneinander. Über die Jahre entwickelte sich eine Freundschaft geprägt von persönlichen und fachlichen Überein-

stimmungen, so dass es auch nach ihrer Ausschusszeit im Jahre 2005 zu einem gemeinsamen Treffen im Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg kam. Die beiden Projektleiter arbeiteten während ihres Treffens an einem Aufsatz über das Staatenberichtsverfahren gem. Art. 40 IPbpR und stellten fest, dass sie sich ausführlicher mit der Arbeit des Ausschusses befassen wollen. Zunächst fehlte jedoch die Zeit dafür. Die Idee, die Arbeit des Ausschusses, seine Rolle im deutschen und israelischen Rechtssystem sowie im internationalen Menschenrechtsschutz im Rahmen eines Buchprojektes zu untersuchen und zu beleuchten, sollte jedoch einige Jahre später umgesetzt werden können.

V. Projektstätigkeiten

Zu den Hauptkapiteln über die General Comments, die Individual Communications und das Staatenberichtsverfahren liegen bereits ausführliche Ausarbeitungen vor. Der folgende Abschnitt erläutert nun einzelne Teile der Projektarbeit. Hierbei sollen beispielhaft positive Aspekte, aber auch im Laufe der bisherigen Arbeit aufgetretene Schwierigkeiten dargestellt werden.

1. *Workshop 2009 in Jerusalem*

In dem G.I.F.-Projekt soll kritisch untersucht werden, welche Rolle der MRA im internationalen Menschenrechtsschutzsystem spielt oder spielen sollte.

Damit die Projektmitarbeiter in dieser Frage einen Eindruck von unterschiedlichen Standpunkten zu Grundlage und Grenzen der Ausschussarbeit aus wissenschaftlicher und praktischer Perspektive erhalten, entschlossen sie sich, mit unterschiedlichen Menschenrechtsexperten über verschiedene Aspekte der Ausschussarbeit zu diskutieren. Das Minerva-Zentrum für Menschenrechte der Hebräischen Universität Jerusalem sowie die dortige Juristische Fakultät führten in Kooperation mit dem MRZ am 13. und 14. Dezember 2009 in Jerusalem einen Expertenworkshop durch.

⁶ Die anderen Vertragsorgane sind der Ausschuss zur Überwachung des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (ICESCR), der Ausschuss zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (CERD), der Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau (CEDAW), der Ausschuss gegen Folter (CAT), der Ausschuss für die Rechte des Kindes (CRC), der Ausschuss zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen (CMW), der Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderung (CRPD).

⁷ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/index.htm>.

Beteiligte Fachkräfte waren unter anderem Dr. *Almut Wittling-Vogel*⁸ und Prof. *Christian Tomuschat*⁹ auf deutscher Seite, Prof. *Frances Raday*,¹⁰ Prof. *Ruth Halperin-Kaddari*¹¹ und Prof. *Ruth Gavison*¹² auf israelischer Seite und Dr. *Markus Schmidt*¹³ aus Genf. Die Fachkräfte berichteten unter anderem von ihren persönlichen Erfahrungen mit dem MRA sowie weiteren Fachausschüssen und debattierten rege die weit gefächerten Workshopthemen. Es wurden grundsätzliche Fragen zu Hauptaufgaben des MRA (Concluding Observations, General Comments, Views) diskutiert, aber auch speziellere Themen wie das Verhältnis des MRA zu anderen UN-Organen, insbesondere dem Menschenrechtsrat untersucht. So stellte *Markus Schmidt* unter anderem fest, dass seit Etablierung des UPR-Verfahrens¹⁴ vor dem Menschenrechtsrat die Anzahl der Berichtseingänge im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens vor dem MRA gestiegen sei. Auch die Rolle der NGOs im Berichtsverfahren war Thema wie verschiedene Ideen für Veränderungen, zum Beispiel Änderungen bezüglich des Formats und Umfangs der Staatenberichte. Hierbei wurde stets im Blick behalten, dass das Projekt zwar bezweckt, Ver-

besserungsvorschläge für die Erfüllung sämtlicher Ziele und Aufgaben des MRA zu machen, wo dies sinnvoll und notwendig erscheint. Allerdings sollen sich diese Vorschläge im realisierbaren Rahmen halten, also zum Beispiel verfahrenstechnische Veränderungen anregen, aber weniger Überlegungen zur Veränderung des Zivilpaktes selbst beinhalten, die schwer umsetzbar wären.

Durch den Gedankenaustausch zwischen Wissenschaft und Praxis konnte das gegenseitige Verständnis für die jeweiligen Verhaltensweisen verbessert werden, was sich zum Beispiel bei der Debatte über Sinn und Zweck des 'constructive dialogue'¹⁵ zeigte. So erhielten nicht nur die Mitarbeiter des Projektes zahlreiche Anregungen für ihre Arbeit.

2. Questionnaires

Die Ziele des Zivilpaktes können nur erreicht werden, wenn der Ausschuss juristische und politische Entscheidungen auf nationaler Ebene beeinflussen kann. Um seinen Einfluss bewerten zu können, ist es notwendig zu untersuchen, wie Concluding Observations, Views und General Comments von den verschiedenen Organen und Institutionen der Vertragsparteien wahrgenommen und behandelt werden.

Wir entwickelten entsprechende Fragebögen, die über den Einfluss der Ausschussarbeit auf die nationale Menschenrechtspraxis der einzelnen Vertragsstaaten Aufschluss geben sollten. Aufgrund mangelnder Kapazitäten stand eine umfangreiche persönliche/telefonische Befragung außer Frage. Diese Questionnaires – je einer für Staatenvertreter, NGOs und nationale Menschenrechtsinstitute (NHRI/s) – muss-

⁸ *Almut Wittling-Vogel* ist Beauftragte der Bundesregierung für Menschenrechtsfragen im Bundesministerium der Justiz.

⁹ *Christian Tomuschat* ist emeritierter Professor für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Humboldt-Universität zu Berlin, zudem u. a. ehemaliges Mitglied des MRA.

¹⁰ *Frances Raday* ist emeritierte Professorin der Hebräischen Universität Jerusalem und ehemaliges Mitglied des Frauenrechtsausschusses.

¹¹ *Ruth Halperin-Kaddari* ist derzeitiges Mitglied des Frauenrechtsausschusses.

¹² *Ruth Gavison* ist Professorin für Menschenrechte an der Hebräischen Universität Jerusalem.

¹³ *Markus Schmidt*, damals Leiter des Petition Teams im Büro des Hochkommissariats für Menschenrechte, seit 1. Januar 2010 im Büro der Vereinten Nationen in Genf tätig. Zu seinen Veröffentlichungen zählt *Individual Human Rights Complaints Procedures Based On United Nations Treaties And The Need For Reform*, in: *The International And Comparative Law Quarterly*, 1992, S. 645-659.

¹⁴ UPR steht für Universal Periodic Review.

¹⁵ Als 'constructive dialogue' bezeichnet man den mehrstündigen Austausch der Ausschussmitglieder mit den einzelnen Staatendelegationen, in dem über einzelne Aspekte des aktuellen Staatenberichts gesprochen und zum Beispiel Fragen gestellt, Unklarheiten beseitigt und die jeweiligen Standpunkte deutlich gemacht werden.

ten individuell zugeschnitten werden, weil wir den genannten Organen und Institutionen mit ihren unterschiedlichen Funktionen im System gerecht werden und ein umfassendes Bild erhalten wollten. So wurden beispielsweise die Kenntnisse über die Ausschussarbeit, das interne Prozedere zur Erstellung des Staatenberichts oder auch der Umgang mit den Entscheidungen des Ausschusses abgefragt.

Anstatt die Unterlagen an sämtliche Vertragsstaaten¹⁶ zu schicken, entschieden wir uns, eine repräsentative Anzahl von 34 Staaten auszuwählen, in der Aspekte wie die geographische Lage, Größe, Religion etc. berücksichtigt wurden und gleichmäßig verteilt waren. Deutschland und Israel waren ebenso Teil der Liste wie die ständigen Mitglieder des UN-Sicherheitsrates (ausgenommen China, das keine Vertragspartei des Zivilpaktes ist). Weitere Beispiele sind Chile, Kroatien, Senegal und Ungarn. Anschließend wurden die Questionnaires in jedem ausgewählten Staat an das zuständige Ministerium,¹⁷ eine Handvoll NGOs, die ihren Arbeitsschwerpunkt im Bereich der bürgerlichen und politischen Rechte haben, sowie an das jeweilige NHRI geschickt, falls dieses die Pariser Prinzipien erfüllt.¹⁸

In der Hoffnung, möglichst viele Adressaten zu erreichen, wurden die Fragebögen vom englischen Original zudem ins Französische und Spanische übersetzt.

Leider mussten wir die Erfahrung machen, dass von den 270 verschickten Fragebögen

lediglich 15 ausgefüllt und an uns zurückgeschickt wurden. Hierbei erfolgte eine gleichmäßige Verteilung zwischen Antworten von Ministerien, NGOs und NHRIs. Eine Handvoll weiterer Adressaten, insbesondere NGOs, hat zumindest reagiert und mangelnde Zeit oder Kapazitäten sowie fehlende (spezifische) Befassung mit der Ausschussarbeit als Gründe angegeben, nicht weiterhelfen zu können. So hat zum Beispiel eine internationale NGO, die Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children, lediglich einen allgemein gehaltenen Kommentar abgegeben. Auch die Antworten der Internationalen Gesellschaft für Menschenrechte (IGFM) - Deutsche Sektion e.V. waren bedingt hilfreich, da sie nicht auf deutsche Fragen fokussiert sind und daher keine spezifischeren Informationen liefern konnten.

Gleichwohl war die Aktion insofern erfolgreich als einige Antworten sehr ausführlich waren und die jeweilige Sichtweise zu Fragestellungen hinsichtlich der Ausschussarbeit deutlich machten. Hervorzuheben sind an dieser Stelle besonders die Ausführungen der deutschen und israelischen Staatenvertreter sowie die mexikanische NGO, Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez' (Centro Prodh).

Doch soll nicht unerwähnt bleiben, dass der Lernprozess ein gegenseitiger war. So schrieb zum Beispiel der Vertreter einer nigerianischen NGO, dass er nun Kenntnis von den General Comments habe, welche er sich im Rahmen der Beantwortung unserer Fragen verschafft hatte. Eventuell wird diese NGO in Zukunft die General Comments als Argumentationshilfe für ihre Ansichten verwenden. Auch ist es möglich, dass diejenigen NGOs, die sich mit dem Fragebogen befasst haben, versuchen werden, zukünftig mehr Einfluss auf den Prozess bei der Erstellung des Staatenberichts oder der anschließenden Umsetzung der Ausschussempfehlungen zu nehmen und den Staatenvertretern und/oder dem Ausschuss ihre Perspektive der nationalen Menschenrechtslage darzulegen.

¹⁶ Derzeit gehören dem Zivilpakt 167 Staaten an (Stand: 31. Januar 2011).

¹⁷ Ob das Justiz- oder Außenministerium primär zuständig ist, ist in den einzelnen Vertragsstaaten unterschiedlich geregelt.

¹⁸ Die 1993 von der UN-Generalversammlung verabschiedeten Pariser Prinzipien enthalten eine Reihe von Grundsätzen für die Ausgestaltung von NHRIs. Diese sollen über eine juristische Grundlage, einen klaren Auftrag sowie eine ausreichende Infrastruktur und Finanzierung verfügen, gegenüber der Regierung unabhängig sowie pluralistisch zusammengesetzt und für besonders schwache Gruppen zugänglich sein. Nähere Informationen unter www.nhri.net.

VI. Ausblick

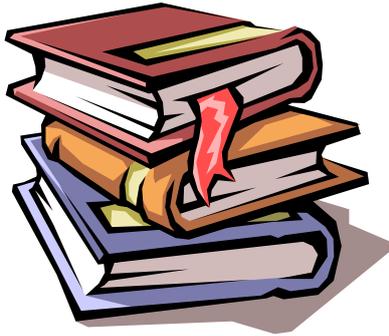
In den vergangenen Projektjahren 2009 und 2010 wurden bereits wesentliche Aspekte der Arbeit des MRA untersucht, erläutert und kommentiert. Es erfolgte ein historischer Blick auf die Ausschusstätigkeiten. Hierbei wurden sowohl Aufbau als auch Struktur und Arbeitsweisen des Ausschusses unter die Lupe genommen. So wurde beispielsweise untersucht, wie sich die Funktion der General Comments oder das Consensus-Prinzip entwickelt haben und welchen beruflichen Hintergrund die bisherigen und derzeitigen Ausschussmitglieder hatten beziehungsweise haben. Jedoch blieb es nicht dabei. Vielmehr wurden auch die aktuellen Entwicklungen aufgegriffen und diskutiert, beispielsweise der Entstehungsprozess der Allgemeinen Bemerkung Nr. 34¹⁹ zur Meinungsäußerungsfreiheit und die neue Form des Staatenberichtsverfahrens.²⁰

Worauf wird nun im letzten Projektjahr der Schwerpunkt gelegt? Auch wenn die Projektleiter in ihrer Untersuchung eine universelle Sicht auf die Grundlagen und Grenzen der Ausschussarbeit haben und diese stets im Blick behalten werden, konzentrieren sie sich im abschließenden Projektjahr vor allem auf die Frage, welche Rolle der MRA in den nationalen Rechtssystemen der einzelnen Vertragsstaaten spielt. Hierbei wird unter anderem in Augenschein genommen, in welchen Verfahren auf Entscheidungen des MRA Bezug genommen wird, ob also zum Beispiel in

Gerichtsverfahren die General Comments als Auslegungshilfe herangezogen werden. Aufgrund der besonderen Fachkenntnisse als Staatsrechtler des jeweiligen Vertragsstaates, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, fokussieren sich die Projektleiter hierbei auf die Vertragsstaaten Deutschland und Israel. Dies ändert nichts daran, dass der Erkenntnisgewinn aus den Ergebnissen des vorgestellten Projektes nicht ausschließlich bei den Vertragsstaaten Deutschland und Israel liegen dürfte. Das im Rahmen des Projektes entstehende Buch wird hoffentlich zahlreiche Leser aus Wissenschaft und Praxis finden.

¹⁹ Siehe Draft General Comment No. 34 (upon completion of the first reading by the Human Rights Committee), UN-Dok. CCPR/C/GC/34/CRP.5 vom 25. November 2010.

²⁰ Der einzelne Vertragsstaat hat die Möglichkeit, sich durch eine Zusatzerklärung für das neue Berichtsverfahren zu entscheiden, nachdem der Bericht im Wesentlichen auf den Antworten auf die in der „List of issues“ gestellten Fragen basiert und sich somit auf aktuelle Kernprobleme des jeweiligen Vertragsstaates fokussiert. Siehe dazu Focused reports based on replies to lists of issues prior to reporting (LOIPR): Implementation of the new optional reporting procedure (LOIPR procedure), UN-Dok. CCPR/C/99/4 vom 29. September 2010.



Buchbesprechungen und Literaturhinweise

Jelena Bäumlner/Cindy Daase/Christian Schliemann/Dominik Steiger (Hrsg.), Akteure in Krieg und Frieden, Mohr Siebeck, 2010, 240 Seiten, ISBN 978-3-16-150307-8, 54,- €.

Über die Frage, welche völkerrechtliche Bedeutung verschiedenen nichtstaatlichen Akteuren in Zeiten von Krieg und Frieden zukommt, referierten Nachwuchswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler aus dem Arbeitskreis junger Völkerrechtler (AjV) auf einem Workshop, der vom 30. Oktober bis 1. November 2009 in Berlin stattfand (vgl. dazu *Christian Djeffal*, Networkshopping in Berlin. Tagungsbericht zur dritten Tagung des Arbeitskreises junger Völkerrechtler "Akteure in Krieg und Frieden", in: *ZaöRV* 2010, S. 381-384). Bei dem Tagungsband, der die schriftlichen Fassungen der Vorträge wiedergibt, handelt es sich um die zweite Veröffentlichung des AjV. Ebenfalls im Jahre 2010 erschien der von *Christina Binder, Claudia Fuchs, Matthias Goldman, Thomas Kleinlein* und *Konrad Lachmann* herausgegebene Band „Völkerrecht im innerstaatlichen Recht“, der die Ergebnisse eines Workshops festhält, der sich 2008 in Wien ereignete.

Ein erster Schwerpunkt des hier vorzustellenden Tagungsbandes befasst sich mit nichtstaatlichen Akteuren in Zeiten des Krieges.

Ralph Nikol untersucht zunächst, welche Stellung Terroristen im humanitären Völkerrecht haben. Ein weiterer, von *Ralf Evertz* verfasster Beitrag beleuchtet in rechtsvergleichender Hinsicht, wie die Aktivitäten privater Sicherheitsanbieter in den nationalen Rechtsordnungen von Deutschland, Großbritannien, den Vereinigten

Staaten von Amerika und Südafrika geregelt sind.

Jonas Finke befasst sich mit der Kohärenz von bestimmten nichtstaatlichen Gewaltakteuren (Piraten, Terroristen und privaten Sicherheitsunternehmen) im humanitären Völkerrecht und dem Recht der Friedenssicherung. In dem sich daran anschließenden Text geht *Sigrid Mehring* der Frage nach, welche Rechte das humanitäre Völkerrecht Ärzten gewährt beziehungsweise welche Pflichten es ihnen auferlegt.

Der erste Schwerpunkt schließt mit einer Abhandlung von *Jeannine Drohla*, die sich vertieft damit auseinandersetzt, ob die Vereinten Nationen als (nur) gekorenes Völkerrechtssubjekt an die Regelungen des humanitären Völkerrechts gebunden sind.

Den zweiten Schwerpunkt des Tagungsbandes bilden hauptsächlich Untersuchungen zu nichtstaatlichen Akteuren in Friedenszeiten, namentlich im Bereich des Menschenrechtsschutzes, des Minderheiten- und des Flüchtlingsrecht. Auch hier steht die Frage im Mittelpunkt, ob und wenn ja wie die verschiedenen Akteure in den Regelungsbereich des Völkerrechts einbezogen werden.

Eingeleitet wird dieser zweite Schwerpunkt mit einem Text von *Lisa Moos*, die sich vertieft damit auseinandersetzt, ob die geltende völkerrechtliche Rechtsquellenlehre eine Bindung internationaler Organisationen an menschenrechtliches Gewohnheitsrecht ermöglicht.

In dem darauffolgenden Text untersucht *Cindy Daase* die Rechtsqualität von Friedensabkommen zwischen staatlichen und nicht-staatlichen Parteien. *Katja Glöcke* behandelt ausführlich das Thema „Völkerrechtssubjektivität indigener Völker. Historische Grundlagen und neue Tendenzen in der völkerrechtlichen Praxis“.

Christian Schliemann untersucht in seinem Beitrag, ob sich aus dem Europäischen Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten eine völkerrechtliche Verpflichtung der Vertragsparteien zur Gewährung von Autonomie für nationale Minderheiten ergibt. *Hartmut Kahl* befasst sich mit einer noch recht jungen Problematik des internationalen Flüchtlingsrechts, nämlich der, wie Klimaflüchtlinge – die nicht dem Flüchtlingsbegriff der Genfer Flüchtlingskonvention unterfallen – dem Schutz durch das Völkerrecht unterstellt werden können.

In dem letzten Beitrag des Tagungsbandes macht *Stefan Kirchner* deutlich, dass transnationale Unternehmen faktisch großen Einfluss auf das internationale Geschehen nehmen. Er befasst sich insbesondere mit der Frage, ob transnationalen Unternehmen deshalb das Recht zugestanden werden muss, an völkerrechtlichen Rechtsetzungsprozessen beteiligt zu werden.

Der Tagungsband in seiner Gesamtschau verdeutlicht, dass einerseits noch immer der Staat im Zentrum des gegenwärtigen, postwestfälischen Völkerrechts steht und andererseits in bestimmten Sachverhalten, in denen nichtstaatlichen Akteuren eine herausragende Bedeutung zukommt, gewisse Regelungslücken bestehen. Zu denken ist hier beispielsweise an die Frage der Bindung internationaler Organisationen an gewohnheitsrechtlich geltende Menschenrechte, die Frage des völkerrechtlichen Schutzes von Klimaflüchtlingen oder die Frage der Völkerrechtssubjektivität transnationaler Unternehmen. Klar wird aber auch, dass das Völkerrecht sich diesen Entwicklungen nicht versperrt, sondern dass sich angemessene Ansätze zur Lösung von einigen Problemlagen finden lassen.

Im Falle der gewohnheitsrechtlichen Bindung internationaler Organisationen an Menschenrechte beispielsweise liegt ein solcher Ansatz in einer von klassischen Vorstellungen abweichenden Dogmatik im Hinblick auf die einen Rechtssatz konstituierenden Elemente.

Lutz Römer

Autorinnen und Autoren in diesem Heft:**Jelena Bäumler**

Ass. iur., wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Europa- und Völkerrecht sowie Europäisches Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsvölkerrecht, Universität Potsdam.

David Diehl

Wissenschaftlicher Mitarbeiter im Rahmen des vom Auswärtigen Amt und der Fritz Thyssen Stiftung geförderten Projekts zur Erstellung einer Neuauflage des Kommentars zum Statut des Internationalen Gerichtshofs.

Viktor von Essen

Rechtsreferendar.

Bernd Finke

Leiter des Referats „Internationaler Menschenrechtsschutz“ im Auswärtigen Amt.

Maral Kashgar

LL.M. (Ottawa), wissenschaftliche Mitarbeiterin im Rahmen des vom Auswärtigen Amt und der Fritz Thyssen Stiftung geförderten Projekts zur Erstellung einer Neuauflage des Kommentars zum Statut des Internationalen Gerichtshofs.

Birte Kaspers

Ass. iur., wissenschaftliche Mitarbeiterin im Rahmen des G.I.F.-Drittmittelprojekts über die Arbeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen.

Alexander Lorz

Prof. Dr. iur., LL.M. (Harvard), Staatssekretär a.D., Attorney-at-Law (New York), Professur für Deutsches und Ausländisches Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

Manuela Ludewig

Wissenschaftliche Mitarbeiterin im Rahmen des G.I.F.-Drittmittelprojekts über die Arbeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen.

Lutz Römer

Wissenschaftlicher Mitarbeiter am MenschenRechtsZentrum der Universität Potsdam.

Heiko Sauer

Dr. iur., Akademischer Rat am Lehrstuhl für Deutsches und Ausländisches Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht, Heinrich-Heine Universität Düsseldorf.

Andreas Zimmermann

Prof. Dr. iur., LL.M. (Harvard), Professur für Öffentliches Recht, insbesondere Europa- und Völkerrecht sowie Europäisches Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsvölkerrecht, geschäftsführender Direktor des MenschenRechtsZentrums, Universität Potsdam.



ISSN 1434-2820