

## 1. Teil: Universeller Menschenrechtsschutz

### § 1. Überblick über Entwicklung und Stand des universellen Menschenrechtsschutzes

Die Grundstruktur des klassischen Völkerrechts ließ - wegen der Betonung der staatlichen Souveränität - die Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze eines internationalen Schutzes der Menschenrechte nicht zu. Die Entwicklung der Idee der Menschenrechte drang nicht in das Völkerrecht vor; der Einzelmensch blieb in jeder Hinsicht *mediatisiert*. Allein für den Bereich des Fremdenrechts gab es völkerrechtliche Mindeststandards, deren Durchsetzung - im Wege der Ausübung diplomatischen Schutzes - aber allein Sache des jeweiligen Heimatstaates war.

Auch die Satzung der Vereinten Nationen (SVN) betont in Art. 2 Ziff. 1 die „souveräne Gleichheit“ aller Staaten und verbietet selbst den UN in Art. 2 Ziff. 7 SVN die Einmischung in „innere Angelegenheiten“. Andererseits gehört der Schutz der Menschenrechte zu den Hauptzielen der Vereinten Nationen, wie sich aus der Präambel, Art. 1 Ziff. 3, Art. 13 (1) lit. b) und Art. 55 lit. c) SVN ergibt. Auf diesem rechtlichen Hintergrund kam es seit 1945 zu einer höchst bedeutsamen Entwicklung der Stärkung des Schutzes der Rechte des Individuums, die nicht nur zu einer Vielzahl völkerrechtlicher Menschenrechtsinstrumente auf universeller (und regionaler) Ebene führte, sondern auch dazu, dass dem Menschen zunehmend - zu Recht - partielle Völkerrechtssubjektivität zugemessen wird: Der Mensch ist nicht mehr nur (mediatisiertes) Objekt des Völkerrechts, sondern Subjekt des Völkerrechts!

Erster Schritt dieser Entwicklung war die auf Art. 68 SVN gestützte Gründung der Menschenrechtskommission (MRK) durch Resolution des ECOSOC vom 16.02.1946. Der Erfolg ihrer Tätigkeit ist sicher nicht allzu hoch einzuschätzen; immerhin konnte sie sich seit Verabschiedung der Resolution 1503 (XLVIII) vom 27.05.1970 in gewissem Umfang mit schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen beschäftigen: Wurde dies nämlich aufgrund einer Petition festgestellt, konnte eine Arbeitsgruppe die Aufmerksamkeit der UN-Unterkommission zur Verhütung von Diskriminierung und Minderheitenschutz auf die entsprechende Situation lenken, um eine weitere Prüfung zu veranlassen. In der Praxis diente dieses Verfahren vor allem dazu, Staaten, die keines der eigentlich verbindlichen Menschenrechtsinstrumente ratifiziert hatten, wenigstens einer gewissen internationalen Kontrolle zu unterwerfen oder erhebliche menschenrechtliche Missstände aufzudecken.

Am 15. März 2006 beschloss die Generalversammlung der Vereinten Nationen mit großer Mehrheit die Ablösung der MRK durch einen neuen Menschenrechtsrat (MRR) / (Resolution 60/251). Die MRK war wegen ihrer Zusammensetzung und ihres Abstimmungsmodus stark kritisiert worden und hatte sich als wenig arbeitsfähig erwiesen. Die Ablösung war einer der wesentlichen Reformvorschläge von UNO-Generalsekretär Annan für die Stärkung des Menschenrechtsschutzes der Vereinten Nationen. Im Unterschied zur MRK mit 53 Mitgliedern setzt sich der neue Rat aus 47 Mitgliedstaaten zusammen. Die Verteilung der Sitze beruht auf dem Grundsatz der ausgewogenen geografischen Verteilung. Die Mitgliedschaft dauert drei Jahre und steht allen Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen offen. Die Ratsmitglieder werden einzeln in direkter Wahl von der Generalversammlung mit absoluter Mehrheit (96 Stimmen) gewählt. Die Zugangsschwelle zum MRR für Staaten, die Menschenrechte verletzen, erhöht sich, da Kandidaten ihr menschenrechtliches Engagement im Rahmen einer Kandidatur zum MRR darstellen müssen. Die in den Rat gewählten Mitglieder verpflichten sich, mit dem Rat zusammenzuarbeiten und den höchsten Ansprüchen auf dem Gebiet der Förderung und des Schutzes der Menschenrechte gerecht zu werden. An die MRK wurden diese Erwartungen nicht gestellt. Die Ratsmitglieder werden während ihrer Mitgliedschaft einem neuen universellen Überprüfungsmechanismus („Universal Periodic Review“, UPR) unterzogen. Ausgangspunkte für die Überprüfung der Situation in den Staaten bilden die UNO-Charta, die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948, sowie alle internationalen Menschenrechtsverträge, die ein Staat ratifiziert hat. Es besteht zudem die Möglichkeit der „Abwahl“ von Staaten, wenn während der Mitgliedschaft, anhaltende schwere und syste-

matische, Menschenrechtsverletzungen begangen werden.

Der erste Überprüfungszyklus wurde von 2008 bis 2011 durchgeführt. Zwischen 2008 und 2009 haben sich bereits 80 Staaten einer Überprüfung gestellt. Die Überprüfung Deutschlands fand im Jahre 2009 statt. Der zweite UPR-Zyklus ab 2012 wird mit einigen Verfahrensänderungen durchgeführt. Es werden in den Jahren 2012 bis 2016 14 Überprüfungseinheiten durchgeführt, in denen jeweils 14 Staaten dem Verfahren unterzogen werden. Die nächste Überprüfung Deutschlands steht im Jahre 2013 an. Die Beurteilung eines Landes stützt sich auf Berichte, die die Staaten selbst verfassen, auf Unterlagen von UN-Organen vor Ort, Sonderberichterstatern u.a. sowie auf Informationen von Menschenrechtsorganisationen und zivilgesellschaftlichen Einrichtungen des betreffenden Landes.

Die von der MRK entwickelten Spezialverfahren zur Erfassung der Menschenrechtssituationen in einem bestimmten Staat oder die Befassung mit einem drängenden Menschenrechtsthema, wie z.B. die Ernennung unabhängiger Experten/innen zu sog. Sonderberichterstatern oder die Einrichtung unabhängiger Arbeitsgruppen, wurde beibehalten. Neu durch den Rat ins Leben gerufen wurde allerdings der „Beratende Ausschuss“. Dieser setzt sich aus 18 unabhängigen Experten/innen zusammen und hat die Aufgabe, den Rat durch wissenschaftliche Studien in seiner Arbeit zu unterstützen.

Darüber hinaus wurde das Beschwerdeverfahren der MRK überarbeitet. Im Falle einer schweren Menschenrechtsverletzung kann die Beschwerde von einer Einzelperson oder einer Nichtregierungsorganisation eingereicht werden. Die Zulässigkeit der Beschwerde wird dann von einer Arbeitsgruppe mit insgesamt fünf Mitgliedern, überprüft. Bestätigt sich der Verdacht muss der jeweilige Staat zu den Vorwürfen Stellung nehmen. Bei regelmäßigen schweren Menschenrechtsverletzungen wird dem Menschenrechtsrat dann ein Bericht vorgelegt.

Der MRR mit Sitz in Genf hält mindestens drei Tagungen pro Jahr (einschließlich einer Haupttagung) mit einer Gesamtdauer von mindestens zehn Wochen ab. Im Gegensatz dazu trat die Kommission einmal pro Jahr zu einer sechswöchigen Tagung zusammen. Der Rat kann auch zusammentreten, um sich mit dringenden Situationen zu befassen, und bei Bedarf Sondertagungen abhalten, sofern dies von einem Mitglied des Rates mit Unterstützung eines Drittels der Ratsmitglieder beantragt wird.

Der Rat dient als Hauptforum der Vereinten Nationen für den Dialog und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Menschenrechte. Sein Hauptaugenmerk liegt darauf, Mitgliedstaaten dabei zu unterstützen, ihre Menschenrechtsverpflichtungen mittels Dialog, technischer Hilfe und dem Aufbau von Kapazitäten einzuhalten. Der Rat gibt auch Empfehlungen zur Weiterentwicklung des Völkerrechts auf dem Gebiet der Menschenrechte an die Generalversammlung ab.

Deutschland ist am 9. Mai 2006, im Rahmen der ersten Wahlen, in das neue Menschenrechtsgremium gewählt worden. In der westlichen Regionalgruppe hat Deutschland mit 154 Stimmen das beste Wahlergebnis aller Mitbewerber erzielt. Die deutsche Mitgliedschaft im MRR begann am 19. Juni 2006, dem Tag der formellen Aufnahme der Arbeit des MRR. Die Mitgliedschaft Deutschlands endete am 18. Juni 2009. Deutschland nimmt derzeit bis zu einer neuen Kandidatur im Jahr 2012 einen Beobachterposten ein. Nach den letzten Wahlen am 12.05.2009 setzt sich der Rat seit dem 19.06.2009 wie folgt zusammen: Afrika und Asien haben jeweils 13 Sitze, Lateinamerika und Karibik (GRULAC) 8 Sitze, Osteuropa (EEG) 6 Sitze und die Westliche Gruppe (WEOG) 7 Sitze inne. Die derzeitige Wahlperiode dauert noch bis zum 31.12.2012.

Mittlerweile mehren sich jedoch die kritischen Stimmen, welche dem Rat mehr politische Motivation als effektives Einsetzen für die Menschenrechte vorwerfen. Als Bestätigung dieser These wird unter anderem auf den Umgang des Rates mit Ländern wie dem Sudan und Sri Lanka verwiesen. So verhinderten die afrikanischen und asiatischen Staaten, die im Menschenrechtsrat eine Mehrheit bilden, eine scharfe Verurteilung der schweren Menschenrechtsverletzungen im Darfur-Konflikt und während des Bürgerkrieges in Sri Lanka. Eine von Sri Lanka selbst eingebrachte Resolution, die den Zugang zu den Kampfgebieten für Hilfsorganisationen erst dann erlauben soll, "wenn es angebracht sei" wurde (u.a. von Kuba, China, Ägypten) gegen die Stimmen u.a. von Deutschland (und 11 weiteren Staaten) ange-

nommen. Wenigsten hinsichtlich des Sudans konnte sich der Rat mittlerweile auf die Einrichtung eines 1-jährigen Sonderberichterstatmandats einigen. Darüber hinaus beschäftigte sich der Rat auf Bestreben der islamischen Staaten rund 120 mal mit dem Nahost-Konflikt, Die diesbezüglich verabschiedeten Resolutionen gelten durchgängig als anti-israelisch, wo hingegen die Einbeziehung und Verurteilung palästinensischer Menschenrechtsverletzungen von den islamischen Staaten überwiegend abgelehnt wurde. Diese Tendenz spiegelt sich auch in der neuesten Resolution gegen Israel, welche Anfang 2009 erging, wider. Die Resolution wurde mit 33 Stimmen, einer Gegenstimme (Kanada) und 13 Enthaltungen (vor allem europäische Staaten und die USA) angenommen. Der Mitte 2009 zum Gaza-Konflikt vorgelegte sog. Goldstone-Bericht wurde von den USA ebenfalls als israelfeindlich kritisiert.

Wesentlich wichtiger für die Entwicklung des universellen (wie regionalen) Schutzes der Menschenrechte war die Verkündung der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte am 10.12.1948. Als Resolution der Generalversammlung fehlt ihr rechtliche Bindungswirkung, doch wird sie zunehmend als Indiz für - inzwischen entstandenes - Völkergewohnheitsrecht gesehen. Von wahrscheinlich größerer Bedeutung ist daher ihre politisch-moralische Wirkung.

Da die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte - wie erwähnt - keine Rechtsbindungen erzeugen konnte, bemühten sich die VN von Anfang an, solche Rechtsbindungen durch vertragliche Vereinbarungen zu schaffen. Nach fast zwanzigjährigen, von den Gegensätzen zwischen „Ost und West“ überschatteten Verhandlungen gelang es am 16.12.1966 endlich, die beiden Grundsteine des universellen Menschenrechtsschutzes, den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte sowie den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, von der Generalversammlung durch Beschluss annehmen und zur Ratifikation auflegen zu lassen. Es dauerte dann noch über neun Jahre, bis die beiden Pakte im Jahre 1976 in Kraft traten. Bis heute haben 167 Staaten den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte und 160 Staaten den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ratifiziert (Stand: März 2012). Die Existenz der beiden Pakte spiegelt auch den Konflikt zwischen den sog. Menschenrechten der ersten und zweiten Generation (zu denen inzwischen noch die Rechte der dritten Generation - wie das Recht auf Entwicklung, auf lebenswerte Umwelt, auf Frieden, Solidarität und Abrüstung, Teilhabe am gemeinsamen Erbe der Menschheit und der Verfügung über natürliche Ressourcen - getreten sind) wider. Ein Manko beider Pakte - das für alle universellen Menschenrechtsinstrumente gilt - liegt in ihrem unvollständigen Durchsetzungsmechanismus: Es gibt - anders als im regionalen Völkerrecht - keine gerichtlichen Überwachungsorgane, sondern nur ein Staatenberichtssystem. Selbst die Möglichkeit Einzelner, sich wegen behaupteter Menschenrechtsverletzungen an die zuständigen Überwachungsorgane zu wenden, ist von einer entsprechenden staatlichen Zustimmung (Fakultativprotokoll) abhängig.

Zur Koordination ihrer einschlägigen Aktivitäten und als Reaktion auf einen Beschluss der Wiener Weltmensenrechtskonferenz schufen die Vereinten Nationen am 20.12.1993 das Amt des Hochkommissars für Menschenrechte, das seit 1. September 2008 die Südafrikanerin Navanethem Pillay innehat. Das Mandat umfasst neben der genannten Koordinationsfunktion die Bereiche programmatische Aktivitäten sowie Initiativrechte zur Verwirklichung der Menschenrechte.

Den vorerst letzten Schritt in der Entwicklung des universellen Menschenrechtsschutzes und den zugleich bislang weitreichendsten Schritt auf dem Gebiet der internationalen strafrechtlichen Verfolgung von Menschenrechtsverletzungen stellt die Verabschiedung des Statuts für den Internationalen Strafgerichtshof (sog. Rom-Statut, abgedruckt in: 37 ILM (1998), 999) am 17.7.1998 in Rom dar. Die Zuständigkeit des *International Criminal Court* (ICC) erstreckt sich *ratione materiae* auf die sog. Kernverbrechen des Völkermordes, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, der Kriegsverbrechen sowie des tatbestandlich noch zu definierenden Verbrechens der Aggression und umfasst damit einen Großteil schwerster Menschenrechtsverletzungen. Da es sich beim Rom-Statut allerdings (im Gegensatz zu den Satzungen der *ad-hoc*-Tribunale für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda) um einen völker-

rechtlichen Vertrag handelt, hängt sein praktischer Erfolg vom Willen der Staaten (v.a. der betroffenen, d.h. der Tatortstaaten und der Heimatstaaten der Täter!) ab, den Text zu ratifizieren. Der Vertragstext konnte erst nach zähem Ringen verabschiedet werden; 21 Staaten enthielten sich, andere wie z.B. die USA, China, Israel, Irak und Libyen, lehnten den Text gänzlich ab. Dennoch konnte das Statut am 01.07.2002 nach Erreichen der erforderlichen 110 Ratifikationen in Kraft treten. Inzwischen haben 120 Staaten das Statut ratifiziert (Stand: März 2012), allerdings weder die USA noch die Russische Föderation noch China. Viel wird daher davon abhängen, ob sich der Gerichtshof durch seine Tätigkeit den notwendigen Respekt verschafft; erste Anklagen sind, betreffend Kriegsverbrechen im Kongo und in Uganda, der Elfenbeinküste, Lybien sowie in Darfur/Sudan und in der Zentralafrikanischen Republik, erhoben worden, zu denen der IStGH nun ermittelt. Am 14.03.2012 fällte der IStGH sein erstes Urteil gegen den kongolesischen Kriegsverbrecher Thomas Lubanga Dyilo, er wurde der Zwangsverpflichtung oder Eingliederung von Kindern unter fünfzehn Jahren in die nationalen Streitkräfte und ihrer Verwendung zur aktiven Teilnahme an Feindseligkeiten zwischen 2002 und 2003 nach Art. 8 Nr. 2 b) xxvi) des Rom-Statuts schuldig gesprochen. Lubanga hatte zwischen 1998 und 2003 die Patriotischen Kräfte für die Befreiung des Kongo (FPLC) zunächst gegründet und anschließend deren politische Führung übernommen. Lubanga hatte in diesem Rahmen Kindersoldaten zur Übernahme und Aufrechterhaltung der militärischen und politischen Führung über die kongolesische Provinz Ituri rekrutiert und eingesetzt. Das Gericht wird das Strafmaß in einem späteren Termin festsetzen. Aktuell sind 14 Verfahren vor dem IStGH anhängig, vier befinden sich bereits im Prozesstadium. Fünf Personen befinden sich in Gewahrsam des ICC in Den Haag.

Hinzuweisen ist schließlich noch auf die recht zahlreichen, speziellen Konventionen zum Schutz der Menschenrechte. Diese betreffen insbesondere das Verbot von Folter, Sklaverei und Zwangsarbeit; die Verhütung und Bestrafung von Völkermord; den Frauen- und Kinderhandel; das Verbot von Rassendiskriminierung und Apartheid sowie die Diskriminierung von Frauen. Die jüngste Menschenrechtskonvention ist das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen. Sie ist am 03.05.2008 in Kraft getreten. Bisher wurde sie von 110 Staaten, zuletzt von Mozambique am 30.1.2012, ratifiziert (Stand: März 2012). Jedenfalls hinsichtlich seiner Akzeptanz in der Staatenwelt ist das Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 das „erfolgreichste“ aller speziellen Menschenrechtsverträge (193 Vertragsparteien/Stand: März 2012)

Vor dem Hintergrund des militärischen Eingreifens der NATO im Kosovo sei abschließend noch kurz auf den Problembereich um das Institut der *humanitären Intervention* eingegangen. Zu verstehen ist darunter - obgleich schon dieser Ausgangspunkt umstritten ist - das gewaltsame Vorgehen gegen einen Staat zum Schutz von Menschenrechten und zur Erzwingung ihrer Durchsetzung. Problematisch ist das Spannungsverhältnis zwischen Gewalt- und Interventionsverbot einerseits und Menschenrechtsschutz andererseits. Auf der einen Seite besitzt das in Art. 2 Ziff. 4 SVN niedergelegte Gewaltverbot - von den Ausnahmen des Kapitels VII sowie des Rechts auf Selbstverteidigung nach Art. 51 SVN abgesehen - absoluten Charakter. Auch sind Eingriffe in innere Angelegenheiten eines Staates nur durch Maßnahmen aufgrund von Kapitel VII SVN zulässig, d.h. wenn der Sicherheitsrat eine Bedrohung oder einen Bruch des Friedens oder eine Angriffshandlung feststellt und zu entsprechenden Maßnahmen ermächtigt. Auf der anderen Seite zählt auch der Menschenrechtsschutz zu den Zielen der VN (Art. 1 Ziff. 3, Art. 13 (1) lit. b), Art. 55 lit. c) SVN), der in der aufgezeigten Entwicklung nach 1945 immer mehr an Bedeutung gewonnen hat und nicht mehr als ausschließlich innere Angelegenheit eines Staates zu betrachten ist. Nach (noch) h.M. berechtigt die Verletzung von Menschenrechten als solche dritte Staaten dennoch nicht zum Eingreifen. Angesichts der Ereignisse um das Kosovo mehrten sich allerdings die Stimmen, die für eine Zulässigkeit einer humanitären Intervention unter bestimmten - einen Missbrauch ausschließenden - Voraussetzungen plädieren. Diese sind jedoch ebenfalls in Umfang und Inhalt umstritten: Untätigkeit des UN-Sicherheitsrates; Ausmaß der humanitären Katastrophe; Bestimmbarkeit der verantwortlichen Kräfte; Interventionsberechtigte; Ausmaß und Mittel der Intervention. Um dieses Dilemma zu lösen wurde vom UN-Generalsekretär Kofi Annan im Jahr 1998 eine International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS) eingerichtet, welche ein neues Konzept „Responsibility to Protect“ (R2P) entwickelte, das es der Staatengemeinschaft er-

möglichen soll, bei schwersten Menschenrechtsverletzungen in einem anderen Staat militärisch einzugreifen um diese zu unterbinden. Hintergrund dieser Überlegung ist, dass grundsätzlich jeder Staat selbst verpflichtet ist, seine Bürger vor schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen zu schützen. Darüber hinaus kommt der internationalen Gemeinschaft ebenfalls Verantwortung zu, denn sie soll die Staaten bei der Wahrnehmung ihrer Schutzfunktion unterstützen und gegebenenfalls kollektive Maßnahmen ergreifen, um Völkermord und vergleichbar schwere Verbrechen zu verhindern. Jedoch steht das R2P Konzept in einem Spannungsverhältnis zu dem völkerrechtlich verankerten Souveränitätsprinzip (Art. 2,4 i. V. mit 2,1 und 2,7 UN-Charta), dem Interventionsverbot (Art. 2 Ziff. 1, 7UN-Charta) und dem Gewaltverbot (Art.2 Ziff. 4 UN-Charta), denn die Souveränität eines Staates schützt diesen vor dem Eingreifen eines anderen Staates in seine innere Angelegenheiten. Die UN Generalversammlung hat aus diesen Gründen im Jahr 2005 dem R2P-Schutzkonzept nur unter Vorbehalten zugestimmt. So wurde ausdrücklich betont, dass sich aus dem R2P kein Recht für eine Militärintervention herleiten lässt. Auch werden das Souveränitätsprinzip und das Prinzip der territorialen Integrität durch R2P nicht ausgehebelt. Vielmehr sind kollektive Maßnahmen nur durch den Sicherheitsrat und im Einklang mit Kapitel VII der UN-Charta möglich. Dabei unterstrich die UN- Generalversammlung aber die Notwendigkeit, dass sie die Verantwortung für den Schutz der Bevölkerung vor Völkermord, Kriegsverbrechen, ethnischer Säuberung und Verbrechen gegen die Menschlichkeit und die sich daraus ergebenden Auswirkungen eingedenk der Grundsätze der Charta der Vereinten Nationen und des Völkerrechts weiter prüft. Damit ist die Diskussion, ob R2P ein tragbares Konzept für die Staatengemeinschaft werden könne, nach wie vor offen.

Das zeigt sich deutlich an der Frage, wie der Sicherheitsrat auf die gravierenden Menschenrechtsverletzungen in Syrien reagieren soll. Dabei spielt eine entscheidende Rolle, dass einige Staaten, darunter auch die ständigen Sicherheitsratsmitglieder China und Russland, der Auffassung sind, die NATO habe die Sicherheitsrats-Resolution 1973 vom 17.03.2011 (in der viele ein Beispiel für eine R2P-Aktion sehen), mit der die Verhängung eines Flugverbots über Libyen und das Ergreifen aller notwendigen Maßnahmen zum Schutz der Zivilbevölkerung autorisiert wurde, zum Regimewechsel missbraucht.

## **§ 2. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948**

Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der UN-Generalversammlung vom 10.12.1948 enthält einen Katalog von grundlegenden bürgerlichen und politischen Rechten wie das Recht auf Leben, die Freiheit von Sklaverei und Folter, das Recht auf gleichen Schutz durch das Gesetz, einen Anspruch auf Rechtsschutz und ein ordentliches Verfahren, Religions-, Gewissens-, Meinungs- und Versammlungsfreiheit, aber auch das Recht auf Eigentum sowie einige wirtschaftliche und kulturelle Rechte. Es gibt nur eine allgemeine Schrankenregelung (Art. 29), wonach jeder Mensch in Ausübung seiner Rechte und Freiheiten nur den Beschränkungen unterworfen ist, die das Gesetz ausschließlich zu dem Zweck vorsieht, die Anerkennung der Rechte und Freiheiten anderer zu gewährleisten und den gerechten Anforderungen der Moral, der öffentlichen Ordnung und der allgemeinen Wohlfahrt in einer demokratischen Gesellschaft zu genügen.

Die große politisch-moralische Bedeutung dieser Erklärung steht außer Frage. Umstritten ist hingegen ihre rechtliche Bindungswirkung. Richtigerweise kann ihr keine völkerrechtliche Bindung zukommen, da sie in Form einer Resolution der Generalversammlung und nicht eines völkerrechtlichen Vertrages erging. Andererseits wird auf sie in der Präambel einiger Verträge (z.B. EMRK) Bezug genommen und ihre Bestimmungen finden sich - ausdrücklich oder mittelbar - in nationalen Verfassungen. Zutreffend scheint die Auffassung, dass sie als Maßstab zur Beurteilung geltenden Völkergewohnheitsrechts im Gebiet der Menschenrechte herangezogen werden kann.

### § 3. Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966

Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte aus dem Jahre 1966 (IPBPR) ist fraglos das wichtigste Menschenrechtsinstrument auf universeller Ebene und derzeit in Kraft für 167 Staaten (Stand: März 2012). Er trat 1976 in Kraft. Deutschland hat den Pakt im Jahre 1968 unterzeichnet, die Ratifizierung erfolgte am 17.12.1973. In seinem Art. 1 enthält er das hinsichtlich seines Inhalts höchst umstrittene Recht der Völker auf Selbstbestimmung. Umstritten deshalb, weil es zum einen im Völkerrecht bislang keine allseits akzeptierte Definition des Begriffes *Volk* gibt, und zum anderen nicht geklärt ist, unter welchen Umständen das Selbstbestimmungsrecht einen Anspruch eines Volkes auf (gewaltsame) Sezession, d.h. Gründung eines eigenen Staates oder Anschluss an einen anderen Staat gibt. Ungeachtet jüngerer Entwicklungen (Zerfall Jugoslawiens) zeigt sich an vielen neuen Beispielen (Tschetschenien, Kosovo, Südsudan), dass die Staatengemeinschaft ein solches gewaltsames Sezessionsrecht nur unter sehr engen Voraussetzungen (z. B. Genozid) - wenn überhaupt - annimmt. Durch die in der Staatengemeinschaft sehr widersprüchlich aufgenommene einseitige Unabhängigkeitserklärung des Kosovo vom Februar 2008 wird deutlich, wie unterschiedlich das Verständnis hinsichtlich der Abwägung zwischen dem staatlichen Anspruch auf territoriale Integrität und dem Selbstbestimmungsrecht der Völker ist.

Grundlegende Rechte und Freiheiten finden sich in Teil III des Paktes. Die im IPBPR vereinbarten Rechte werden als „Menschenrechte der ersten Generation“ bezeichnet. Hier werden u.a. das Recht auf Leben, die Freiheit von Folter und Sklaverei, das Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit, das Recht auf ein faires Gerichtsverfahren und das Verbot rückwirkender Gesetze und Strafen genannt. Ferner werden u.a. das Recht auf Heirat und Familie, die Rechte des Kindes und das Recht auf Beteiligung an der politischen Willensbildung garantiert, nicht jedoch das Recht auf Eigentum.

Erweitert wurde der Pakt durch das im Jahre 1991 in Kraft getretene Protokoll zur Abschaffung der Todesstrafe vom 15.12.1989. Ratifiziert wurde dieses zweite Fakultativprotokoll bisher nur von 73 Staaten (Stand März 2012). Die im Pakt garantierten Rechte unterliegen teilweise Gesetzesvorbehalten sowie sonstigen Einschränkungsmöglichkeiten und können, soweit sie nicht notstandsfest sind, unter den Voraussetzungen des Art. 4 (2) suspendiert werden.

Der Durchsetzung der im Pakt garantierten Rechte stehen verschiedene Verfahrensmöglichkeiten zur Verfügung, die von dem nach Art. 28 I aus unabhängigen Staatsangehörigen gebildeten Ausschuss für Menschenrechte (Human Rights Committee) mit Sitz in Genf koordiniert werden. Zunächst existiert hierzu ein *periodisches und obligatorisches Berichtssystem nach Art. 40 (1)*; wonach von den Mitgliedstaaten verfasste nationale Berichte vom Menschenrechtsausschuss geprüft werden, der befugt ist, sog. *general comments* zu den einzelnen Bestimmungen abzugeben, um eine möglichst einheitliche Anwendung des Paktes zu erreichen. Auch nach Ende des Ost-West-Konfliktes sind diese *comments* aber häufig sehr generell gehalten.

Daneben sieht Art. 41 die *Staatenbeschwerde* für diejenigen Staaten vor, die eine Erklärung betreffend die Anerkennung der entsprechenden Zuständigkeit des Ausschusses abgegeben haben. Nach einer nicht-öffentlichen Beratung erstellt dieser innerhalb einer Frist von 12 Monaten einen den Beteiligten zu übermittelnden Bericht mit einer Darstellung des Sachverhalts, einer schriftlichen Stellungnahme sowie einem Protokoll über die mündlichen Äußerungen der Parteien. Eine eigentliche Entscheidung, ob eine Vertragsverletzung vorliegt, enthält der Bericht jedoch nicht. Bislang hat das Staatenbeschwerdeverfahren, anders als im regionalen Völkerrecht, keinerlei praktische Bedeutung gehabt.

Die Möglichkeit einer *Individualbeschwerde* - wobei anzumerken ist, dass der Text nur von einer Mitteilung (*communication*) spricht - wird nicht im Pakt selbst, sondern im ersten Zusatz- bzw. Fakultativprotokoll, das einer gesonderten Unterzeichnung und Ratifikation (z.Zt. 114 Staaten/Stand März

2012) bedarf, eröffnet. Jeder Bürger eines Mitgliedstaates kann, unter bestimmten prozessualen Voraussetzungen, Beschwerde vor dem Menschenrechtsausschuss der UN in Genf erheben und eine Verletzung eines der im Pakt garantierten Rechte rügen. Der Einzelne muss selbst und gegenwärtig betroffen sein, den Rechtsweg im nationalen Kontext ausgeschöpft haben und die belastende Maßnahme oder das Ereignis muss nach Inkrafttreten des Paktes für den betroffenen Mitgliedstaat stattgefunden haben. Weiter darf das Verfahren nicht vor einer anderen internationalen Gerichtsbarkeit oder Streitregelungsinstanz anhängig sein. Wie bei der Staatenbeschwerde berät auch hier der Menschenrechtsausschuss in nicht-öffentlicher Sitzung ohne Hinzuziehung einer Partei. Das Ergebnis der Beratungen ist kein verbindliches Urteil, sondern eine Stellungnahme (*view*), die den betroffenen Vertragsstaat und dem Einzelnen mitgeteilt sowie - im Regelfall - veröffentlicht wird. Im Gegensatz zur Staatenbeschwerde kommt diesem Verfahren ganz erhebliche praktische Bedeutung zu: Zum einen, weil es zur inhaltlichen Präzisierung der materiellen und prozeduralen Bestimmungen beiträgt, zum anderen, weil trotz der mangelnden Rechtsverbindlichkeit der *views* von diesen doch ein gewisser politischer Druck ausgeht, der vielen Regierungen „unangenehm“ ist (z.B. zog 1997 Jamaica seine Ratifizierung des Fakultativprotokolls zurück, nachdem es mehrfach zu negativen *views* bezüglich der dortigen Praxis, Verurteilte sehr lange in Todeszellen zu halten, kam, am 27.3.2000 zog Trinidad und Tobago seine Ratifikation zurück, da der Ausschuss Vorbehalte zum Fakultativprotokoll für ungültig erklärt hatte). Dennoch lässt sich die Effektivität dieses Menschenrechtsschutzsystems keineswegs mit derjenigen regionaler Systeme (vor allem der EMRK) vergleichen, was allerdings mit der wesentlich größeren Heterogenität der universellen Staatengemeinschaft zusammenhängt.

#### § 4. Weitere universell geltende Menschenrechtsinstrumente (Überblick)

Neben dem IPBPR gibt es auf universeller Ebene eine Vielzahl weiterer, spezielle Menschenrechtsfragen regelnde, vertraglicher Völkerrechtsinstrumente.

An erster Stelle zu nennen ist der **Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte** von 1966 (IPwirtR), der die sog. „Rechte der zweiten Generation“ zum Inhalt hat und zur Zeit für rund 160 Staaten in Kraft ist (Stand: März 2012). Im Gegensatz zum IPBPR bewirkt er keine unmittelbar anwendbaren Rechte, sondern begründet Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, bestimmte „Rechte“ in ihren Rechtsordnungen zu verwirklichen. Wie sich insbesondere aus Art. 2 (1) ergibt, soll dies vor allem durch entsprechende gesetzgeberische Maßnahmen erfolgen; weiter ist zu berücksichtigen, dass die Umsetzung dieser staatlichen Pflichten an die Verfügbarkeit der notwendigen Ressourcen anknüpft. Gemäß seinem Art. 16 (1) dient der Überwachung der genannten staatlichen Pflichten ein periodisches und obligatorisches Berichtssystem; zuständig hierfür ist ein 1985 durch den Sicherheitsrat als Hilfsorgan des ECOSOC i.S.d. Art. 68 SVN eingerichteter, aus 18 unabhängigen Experten bestehender Ausschuss. Im Gegensatz zum Fakultativprotokoll zum IPBPR kennt der IPwirtR keine Staaten- oder Individualbeschwerde. Jedoch ist am 10. Dezember 2008 das Fakultativprotokoll zum IPwirtR verabschiedet worden, welches ein Individualbeschwerdeverfahren zur Durchsetzung der im Pakt verankerten Rechte vorsieht. Ab dem 24. September 2009 liegt es für die Staaten zur Unterzeichnung aus. Bis heute (Stand: Dezember 2010) wurde es von 8 Staaten (Ecuador, Mongolei, Spanien, El Salvador, Argentinien, Bolivien, Bosnien-Herzegowina und Slowakei ratifiziert.

Unter den zahlreichen speziellen Menschenrechtsinstrumenten sei auf folgende eingegangen:

- **Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermords** von 1948, zurzeit in Kraft für 142 Staaten (Stand: März 2012). Sie bestimmt, dass Völkermord (definiert in Art. 2) ein internationales Verbrechen ist, zu dessen Bestrafung (nach nationalem Recht) sich die Mitgliedstaaten verpflichten. Bislang war die praktische Bedeutung der Anti-Genozid-Konvention eher gering. Dies änderte sich durch die Rechtsprechung von Jugoslawien- und Rwanda-Tribunal (das Anfang September 1998 die ersten Urteile fällte, in denen Angeklagte wegen Völkermord zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe verurteilt wurden); „problematisch“ erwies sich bisher vor allem der subjektive Tatbestand, dass nämlich die den objektiven Tatbestand ausmachenden Handlungen „in der Absicht begangen“ sein müssen, eine „nationale, ethnische, rassische oder religiöse Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören“. Dem Genozid-Verbot wird meist *ius cogens* - Charakter zugewiesen.
- **Übereinkommen über die Nichtanwendbarkeit gesetzlicher Verjährungsfristen auf Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit** von 1968, derzeit in Kraft für 54 Staaten (keine 49 „westlichen“, auch nicht Deutschland - Grund waren zumeist Bedenken wegen der Retroaktivität der Nichtverjährbarkeit; Stand: März 2012)
- **Übereinkommen betreffend die Sklaverei** von 1926/1953 (zurzeit in Kraft für 99 Staaten / Stand März 2012) und das Zusatzübereinkommen über die Abschaffung der Sklaverei, des Sklavenhandels und sklavereiähnlicher Einrichtungen und Praktiken von 1956 (zurzeit in Kraft für rund 123 Staaten/Stand März 2012). Diese Verträge, die letztlich auf Dokumente der 80er Jahre des 19. Jahrhunderts zurückreichen (und somit die ältesten, noch geltenden Menschenrechtsverträge sind), definieren Sklaverei (deren Verbot *ius cogens* - Charakter hat) und verpflichten die Staaten zu deren Abschaffung und Bekämpfung. Einen eigentlichen Überwachungsmechanismus kennen sie nicht. In vergleichbare Richtungen zielen die Übereinkommen über Zwangs- und Pflichtarbeit von 1930 (zur Zeit in Kraft für 175 Staaten/Stand: März 2012) und das Übereinkommen über die Abschaffung der Zwangsarbeit von 1957 (zur Zeit in Kraft für 169 Staaten/Stand März 2012) sowie die - frühere Verträge gegen den „weißen Menschenhandel“ fortführende - Konvention zur Unterdrückung des Menschenhandels und der Ausbeutung von Prostituierten von 1950 (zur Zeit in Kraft für 82 Staaten –

nicht Deutschland/März 2012). Die jüngste Entwicklung in dieser Richtung stellen die Zusatzprotokolle zu dem Übereinkommen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität dar. Das Übereinkommen ist seit dem 29.09.2003 für 166 Staaten in Kraft (Stand: März 2012). Das erste Zusatzprotokoll gegen die Schleusung von Migranten auf dem Land-, See-, und Luftweg, ist seit dem 28.01.2004 für 129 Staaten (Stand: März 2012) in Kraft und das zweite Zusatzprotokolls zur Verhinderung-, Bekämpfung und Strafverfolgung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels ist seit dem 25.12.2003 für 147 Staaten in Kraft (Stand: März 2012). Die Verträge schaffen ein hochkomplexes Regelwerk für die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in einem klassischen Kernbereich staatlicher Souveränität, in dem bisher kaum bilaterale und noch viel weniger multilaterale bindende Vereinbarungen bestehen. Deutschland hat das Übereinkommen sowie die Zusatzprotokolle unterzeichnet, der Ratifizierungsprozess wurde am 14.06.2006 abgeschlossen. (Am 03.07.2005 trat ein weiteres Zusatzprotokoll zum Übereinkommen der grenzüberschreitenden organisierten Kriminalität bzgl. der Feuerwaffenproblematik für bisher 90 Staaten (Stand: März 2012) in Kraft. Deutschland hat das Protokoll 2002 unterzeichnet und befindet sich noch im Verfahren der Ratifikation. Durch die Änderungen des Waffenrechts zum 1. April 2008 hat Deutschland die Vorgaben des Zusatzprotokolls in nationales Recht umgesetzt.

- **Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung** aus dem Jahre 1966 (zur Zeit in Kraft für 175 Staaten/März 2012). Kern des Abkommens ist Art. 2, demzufolge sich die Staaten verpflichten, bestimmte gesetzliche und andere Maßnahmen zur Bekämpfung der Rassendiskriminierung zu ergreifen. Daneben enthält Art. 5 einen umfassenden Katalog von Rechten, die ohne Diskriminierung zu gewähren sind, was eine wichtige Ergänzung des IP-bürgR darstellt, zumal der zuständige Überwachungsausschuss diese Bestimmung zunehmend als Anlass nimmt, die Menschenrechtslage in einem Staat überhaupt zum Gegenstand seiner Prüfung der periodisch zu erstattenden Berichte (vgl. Art. 8 ff.) zu machen. Dieser Ausschuss ist auch zuständig zur Behandlung (Art. 11-13) von Staatenbeschwerden und der nach Art. 14 bei entsprechender Erklärung zulässigen Individualbeschwerden (bislang 52 Erklärungen/Stand: März 2012 - am 30.08.2001 hat sich auch Deutschland dem Individualbeschwerdeverfahren unterworfen).
- **Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau** von 1979, derzeit in Kraft für 187 Staaten (Stand: März 2012). Auch dieses Übereinkommen bewirkt überwiegend nur Verpflichtungen der Staaten, bestimmte, Frauen diskriminierende Normen und Praktiken durch entsprechende - nicht zuletzt auch bildungspolitische - Maßnahmen und Politiken zu bekämpfen und auf die Gleichberechtigung der Frau hinzuwirken. Das Übereinkommen enthält aber auch *self-executing* Bestimmungen (politische Rechte, Gleichheit vor dem Gesetz, Familien- und Erbrecht). Die Überwachung des Übereinkommens ist einem Sachverständigenausschuss anvertraut, der insbesondere die periodischen Berichte zu prüfen hat. Am 22.12.2000 trat ein Fakultativprotokoll für z.Zt. 104 Mitgliedsstaaten (Stand: März 2012) in Kraft. Das Berichtprüfungsverfahren und das Verfahren der Staatenbeschwerde als Kontrollinstrumente des Übereinkommens werden nunmehr durch ein Individualbeschwerdeverfahren sowie ein Untersuchungsverfahren ergänzt. Die Bundesrepublik hat dieses Zusatzprotokoll im Januar 2002 ratifiziert.
- **Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe** von 1984, zurzeit in Kraft für 150 Staaten (Stand: März 2012). Art. 1 enthält eine Definition der Folter (deren Verbot *ius cogens* - Charakter hat) und verpflichtet in Art. 2 die Vertragsstaaten, wirksame Maßnahmen jeder Art zu treffen, um Folter zu verhindern und mutmaßliche Folterer strafrechtlich zu verfolgen. Wichtig ist, dass auch besondere Umstände (Krieg, Notsstand) Folter nicht rechtfertigen. Ferner finden sich ein Verbot der Abschiebung bei drohender Folter und Regelungen über die internationale Rechtshilfe. Der Durchsetzung dienen ein obligatorisches Berichtsverfahren, eine fakultative Staaten- (Art. 21) und eine fakultative Individualbeschwerde (Art. 22) (bislang 67 Erklärungen nach Art. 22/Stand: März 2012). Die Bundesrepublik lässt seit Oktober 2001 sowohl die Individualbeschwerde als auch die Staatenbeschwerde zu. Allerdings kann der Ausschuss Folter keine rechtlich verbindlichen Feststellungsentscheidungen treffen, sondern nur seine Auffassung dem betroffenen Staat mitteilen. Am 18.12.2002 hat die UNO Generalversammlung

einem Zusatzprotokoll zur Antifolterkonvention zugestimmt, welches ein präventives Besuchssystem in den Gefängnissen, Polizeiwachen, Abschiebezentren und psychiatrische Anstalten, aber auch Alten- und Pflegeheimen sowie geschlossenen Heime für Kinder und Jugendliche - der ratifizierenden Staaten - vorsieht. Neben dem Besuchsrecht sind die Gremien befugt, gegenüber den zuständigen Behörden Empfehlungen auszusprechen und Vorschläge für die Gesetzgebung zu machen. Das Zusatzprotokoll ist am 22. Juni 2006 für 62 Staaten in Kraft getreten, Deutschland hat das Zusatzprotokoll am 04. Dezember 2008 ratifiziert (Stand März 2012)

- **Übereinkommen über die Rechte des Kindes** von 1989, zurzeit in Kraft für 193 (!) Staaten (Stand: März 2012). Es gilt für nicht-volljährige Personen unter 18 Jahren und enthält Verpflichtungen der Staaten, die Konventionsrechte zu gewährleisten. Interessen der Kinder sind bei allen staatlichen Handlungen vorrangig zu berücksichtigen, Rechte der Eltern zu respektieren. Ferner finden sich spezifische Rechte (Leben, Namen, Schutz vor körperlicher oder geistiger Schädigung, sexueller Ausbeutung, etc.). Nach einer Änderung des deutschen Sorgerechts (gemeinsames Sorgerecht als Regelfall) steht dieses in Einklang mit Art. 18 (I) des Übereinkommens. Darüber hinaus hat Deutschland nunmehr auch seinen Vorbehalt, welcher die Geltung des Übereinkommens für ausländische Kinder in Teilen beschränkte, zurückgenommen, wodurch u.a. nun auch Flüchtlingskinder gleichgestellt sind. Der Durchsetzung dient ein Berichtsverfahren; die Prüfung der Berichte obliegt einem Gremium von Sachverständigen. Die beiden Zusatzprotokolle zu dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornographie bzw. betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten sind für 154 bzw. für 146 Staaten seit Anfang 2002 in Kraft (Stand: März 2012). Deutschland hat die beiden Protokolle unterzeichnet und schließlich in den Jahren 2009 und 2004 ratifiziert. Am 19. Dezember 2011 hat die Generalversammlung der UN ein 3. Fakultativprotokoll zur Kinderrechtskonvention verabschiedet. Das Protokoll betrifft ein Mitteilungsverfahren, welches es ermöglicht, missachtete Kinderrechte im Einzelfall durch den UN-Kinderrechtsausschuss prüfen zu lassen. Die Bundesrepublik Deutschland hat das Protokoll am 28. Februar 2012 mit 19 weiteren Staaten (Stand: März 2012) unterzeichnet.
- **Internationale Konvention über die Bekämpfung und Bestrafung des Verbrechens der Apartheid**. Apartheid gilt als Verbrechen gegen die Menschlichkeit; erfasst werden alle unmenschlichen Handlungen, darunter auch Gesetzgebung, durch die eine andere rassische Gruppe systematisch unterdrückt werden soll. Staatenberichte über die Umsetzung der Konvention werden durch eine Dreiergruppe aus Mitgliedern der Menschenrechtskommission (jetzt MRR) geprüft. In Kraft ist die Konvention seit 1976 für z.Zt. 107 Staaten (Stand: März 2012). Die Internationale Konvention gegen Apartheid im Sport ist seit 1988 in Kraft für zurzeit 60 Staaten (Stand: März 2012), verpflichtet die Vertragsparteien, jegliche Sportkontakte auf nationaler oder internationaler Ebene mit einem Land, das Apartheid praktiziert, zu verbieten und zu verhindern. Die Kommission gegen Apartheid im Sport (CAAS) prüft die Befolgung des Abkommens anhand der vorgelegten Staatenberichte.
- Die sogenannte **Wanderarbeitnehmerkonvention** (Übereinkommen zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen) vom 18. Dezember 1990, welche am 1. Juli 2003 in Kraft getreten ist, konkretisiert die Internationalen Pakte und formuliert die Rechte der Arbeitsmigranten und ihrer Familien. Neben Spezialvorschriften wird insbesondere der Anspruch auf Gleichbehandlung wie die Staatsangehörigen z.B. bezüglich des Zuganges zu Bildungsinstitutionen, Wohnungsmarkt, Sozialversicherung und Gesundheitseinrichtungen postuliert. Weiterhin fordert das Übereinkommen von den Mitgliedstaaten Anstrengungen, um sicherzustellen, dass die Arbeits- und Lebensbedingungen illegaler Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien nicht schlechter sind als diejenigen der legal anwesenden ausländischen Bevölkerung, insbesondere im Hinblick auf die rechtlichen Vorgaben betreffend Sicherheit, Gesundheit und Anerkennung der menschlichen Würde. Bis heute haben 45 Staaten die Konvention unterzeichnet (Stand: März 2012), darunter jedoch keine westliche Industrienation.
- Am 13. Dezember 2006 wurde von der Generalversammlung der VN das **Konvention zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen** (Convention on the Rights of Persons with Disabi-

lities) und sein Zusatzprotokoll angenommen und am 30. März 2007 zur Unterschrift vorgelegt. An diesem Tag haben 99 Mitgliedstaaten (darunter die Europäische Union) die Konvention unterzeichnet. Dies war die höchste Zahl von Unterzeichnungen, die es jemals bei einer Konvention am Eröffnungstag gab. 60 Mitgliedstaaten haben zudem das Zusatzprotokoll unterzeichnet. Ziel der Konvention ist es, sicher zu stellen, dass Personen mit Behinderungen Menschenrechte auf gleicher Grundlage wie anderen Menschen zuteil werden. Das Übereinkommen verpflichtet die Vertragsstaaten, jegliche Form der Diskriminierung auf Grund einer körperlichen oder geistigen Behinderung zu unterbinden. Bisher haben 153 Staaten das Übereinkommen unterzeichnet. 111 Staaten haben es ratifiziert (Stand: März 2012). Das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen ist am 03.05.2008 in Kraft getreten.

- *Andere Verträge* (Flüchtlinge, Humanitäres Völkerrecht, usw.) werden in Teil IV. behandelt.
- *Übersichtliche internationale Homepage zu den verschiedenen Übereinkommen:*  
[www.humanrights.ch](http://www.humanrights.ch)

## 2. Teil: Regionaler Menschenrechtsschutz

Gegenstand dieses Teils der Vorlesung ist der Schutz der Menschenrechte durch nur regional, also nicht universell geltende völkerrechtliche Instrumente. Zu beachten ist dabei, dass wegen des - im Vergleich zur universellen Staatengemeinschaft - zumeist homogenen Charakters regionaler Staatengemeinschaften auf regionaler Ebene häufig effektivere Schutzmechanismen möglich sind; dies gilt vor allem für Europa und - mit Abstrichen - auch für (Latein-) Amerika. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der Menschenrechtsschutz in Afrika jedenfalls institutionell eher schwach ausgestaltet ist, und in Asien (und Australien und Ozeanien) überhaupt keine regionalen Menschenrechtsinstrumente gelten. Schließlich ist zu betonen, dass regionale, vor allem europäische Entwicklungen des Menschenrechtsschutzes häufig eine „Vorreiter-Rolle“ für den Ausbau des universellen Menschenrechtsschutzes bildeten.

### § 5. Überblick über Entwicklung und Stand des regionalen Menschenrechtsschutzes

Ausgangspunkt und zumeist auch Vorreiter für die Entwicklung regionalen völkervertraglichen Menschenrechtsschutzes war (und ist) Europa. Zentrale Bedeutung kam und kommt hierbei dem am 05.05.1949 von zehn westeuropäischen Staaten gegründeten Europarat zu. Gemäß seiner Satzung zählen Förderung und Sicherung von Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Geltung der Menschenrechte zu seinen Hauptaufgaben. Ursprünglich gegründet als „Kind des beginnenden Kalten Krieges“ und hinsichtlich seiner Mitgliederstruktur (anders als NATO, EGKS und später auch EWG) auch neutrale Staaten (Österreich, Schweden, Schweiz) umfassend, erlebte der Europarat nach 1989 einen grundsätzlichen Wandel und zugleich eine erhebliche Aufwertung. Innerhalb kurzer Zeit wurde er zur - trotz KSZE/OSZE - wichtigsten gesamteuropäischen Internationalen Organisation: zurzeit zählt er 47 Mitgliedstaaten (Stand: März 2012 /Montenegro trat am 11.05.2007 bei). Häufig wird die Mitgliedschaft im Europarat als notwendige Voraussetzung und „Durchgangsstation“ zu einer angestrebten Aufnahme in die EU angesehen („über Straßburg nach Brüssel“).

Das fraglos wichtigste völkerrechtliche Menschenrechtsinstrument des Europarats (und bezüglich der Effektivität der Umsetzung auch weltweit) ist die **Europäische Menschenrechtskonvention** vom 04.11.1950 (EMRK) mit ihren (insgesamt vierzehn) Zusatzprotokollen, die teils prozeduralen, teils materiellen Inhalt haben. Von besonderer Bedeutung ist, dass unter der EMRK erstmals ein speziell für Menschenrechte zuständiges Gericht (EGMR) geschaffen wurde, das die Kompetenz hat, verbindliche Urteile zu sprechen. Seit dem Inkrafttreten des 11. Zusatzprotokolls am 01.11.1998 ist seine Bedeutung noch gestiegen, da er nunmehr - nach dem Wegfall der Kommission für Menschenrechte und der faktischen Ausschaltung des Ministerrats - das allein zuständige Organ ist (vgl. näher § 6).

An weiteren wichtigen europäischen Menschenrechtsinstrumenten seien genannt die **Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961**, die zur Zeit für 27 Staaten in Kraft ist (Stand: März 2012) (mit einer erheblichen Zunahme der Vertragsstaaten in naher Zukunft ist zu rechnen, da die ehemals sozialistischen Staaten beginnen, ihre Vorbehalte gegen eine Mitgliedschaft in ESC abzubauen).

Im Unterschied zur EMRK enthält die ESC keine innerstaatlich unmittelbar anwendbaren Bestimmungen, gewährt also dem Einzelnen keine „Rechte“, sondern enthält in ihrem Teil I eine Bekundung der Vertragsstaaten, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, damit die in Teil II formulierten Rechte und Ziele tatsächlich gewährleistet werden (vergleichbar dem IPwirtR). Nicht alle der genannten Rechte sind jedoch verbindlich (nur Art. 1, 5, 6, 12, 13, 16 und 19); daneben muss jeder Staat gemäß Art. 20 eine bestimmte weitere Zahl von Bestimmungen als verbindlich anerkennen. Der Kontrolle dient ein periodisches Berichtsverfahren; Staaten- oder Individualbeschwerden gibt es nicht (wohl aber seit jüngstem Kollektivbeschwerden). Alle zwei Jahre sind Berichte über die Anwendung der verbindlichen und der gemäß Teil II angenommenen Bestimmungen und in bestimmten Abständen

auch über die anderen Bestimmungen vorzulegen. Nachdem nationale Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände Gelegenheit zur Stellungnahme hatten, werden die Materialien einem (nur) siebenköpfigen Sachverständigenausschuss vorgelegt, dessen Beratungsergebnisse letztlich dem Ministerrat vorgelegt werden (können), der ggf. mit 2/3-Mehrheit Empfehlungen an die betroffenen Mitgliedstaaten richten kann.

Ein Zusatzprotokoll von 1988, ratifiziert von 13 und unterzeichnet von 10 weiteren Staaten (Stand: März 2012), enthält weitere materielle Rechte wirtschaftlicher und sozialer Art, etwa das Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, das Recht der Arbeitnehmer/-innen auf Unterrichtung und Anhörung sowie das Recht älterer Menschen auf sozialen Schutz. Das Zusatzprotokoll über Kollektivbeschwerden von 1995, das 1998 in Kraft trat und derzeit von 12 Staaten ratifiziert und 10 weiteren unterzeichnet (Stand: März 2012) worden ist, hat mit dem kollektiven Beschwerdeverfahren ein zusätzliches und einzigartiges Durchsetzungsverfahren geschaffen. Die Bundesrepublik Deutschland hat das Zusatzprotokoll bislang nicht unterzeichnet. Im Rahmen des kollektiven Beschwerdeverfahrens können z.B. internationale/nationale Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen, sowie speziell registrierte internationale/nationale NGOs aus denjenigen Staaten, die das Verfahren anerkennen, Beschwerde wegen unzureichender Anwendung der Charta erheben. Die Beschwerden werden vom Ausschuss unabhängiger Sachverständiger auf die Zulässigkeit sowie materiell überprüft. Stellt der Ausschuss eine Verletzung der Sozialcharta fest, wird der Staat vom Ministerkomitee mittels einer Resolution aufgefordert, für einen rechtmäßigen Zustand zu sorgen.

Ein weiteres Protokoll von 1991 dient der weiteren Verbesserung der Kontrollmechanismen. In Kraft tritt das Protokoll, sobald es von allen Vertragsstaaten der Sozialcharta ratifiziert worden ist. Bisher wurde es jedoch nur von 23 Staaten ratifiziert - darunter nicht Deutschland (Stand:März 2012)

1996 wurde die **Revidierte Sozialcharta** verabschiedet, die den Entwicklungen seit 1961 Rechnung trägt. Sie fasst in einem einzigen Text alle bisherigen Änderungen zusammen und gewährt weitere Garantien, wie etwa ein Recht auf unentgeltlichen Primär- und Sekundarschulunterricht, ein Recht auf Wohnung etc. Die Revidierte Sozialcharta trat 1999 in Kraft und wurde bisher von 32 Staaten ratifiziert (Stand: März 2012). Deutschland hat die Revidierte Sozialcharta im Jahre 2007 unterzeichnet, bisher aber nicht ratifiziert.

Von ganz erheblicher praktischer Bedeutung ist auch das **Europäische Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher Behandlung oder Strafe vom 26.11.1987** (derzeit ratifiziert von 47 Staaten/Stand: März 2012). Dieser Vertrag ist insofern ungewöhnlich, als er keine eigentlich materiell-rechtlichen Bestimmungen enthält, sondern „nur“ der Gründung eines besonderen Ausschusses (je Vertragsstaat ein Mitglied, darunter vor allem Ärzte und Juristen) und dessen Befugnissen gewidmet ist. Diese sind deswegen im internationalen Vergleich sehr ungewöhnlich, weil die Ausschussmitglieder gemäß Art. 2 Gefängnisse u.ä. besuchen können und dabei gemäß Art. 8 dem betroffenen Staat nur den Umstand des bevorstehenden Besuches anzeigen muss, nicht aber, welche Gefängnisse er zu besuchen beabsichtigt. Ferner ist gesichert, dass Ausschussmitglieder ungehindert und ohne Zeugen mit Gefangenen und anderen Personen sprechen können. Zwar sind die Berichte des Ausschusses nach Art. 11 grundsätzlich nicht öffentlich, doch haben bislang fast alle Staaten deren Veröffentlichung (mit ihrem häufig sehr kritischen Inhalt) zugestimmt. Letztlich liegt die Bedeutung dieses Ausschusses nicht nur in seiner repressiven, sondern vor allem auch in seiner präventiven Funktion. Die Bundesrepublik Deutschland hat das Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher Behandlung oder Strafe 1987 unterzeichnet, im Jahre 1990 ist es für Deutschland in Kraft getreten.

Das Übereinkommen wird durch zwei Zusatzprotokolle aus dem Jahr 1993 ergänzt, die am 01.03.2002, nach Ratifikation durch alle Vertragsstaaten, in Kraft getreten sind. Das erste Zusatzprotokoll erweitert das Abkommen, so dass das Ministerkomitee auch Nichtmitgliedsstaaten einladen kann, das Übereinkommen zu ratifizieren. Das zweite Zusatzprotokoll enthält lediglich gewisse technische Änderungen.

Von leider nur geringer Bedeutung ist die **Europäische Konvention über die Ausübung der Rechte des Kindes von 1996**. Diese trat im Juli 2000 in Kraft, ist aber bisher nur von 17 Staaten (darunter Deutschland im Jahre 2002/Stand: März 2012) ratifiziert worden. Die Konvention legt verschiedene verfahrensrechtliche Maßnahmen fest, welche dem Kind die Ausübung seiner Rechte ermöglichen bzw. erleichtern. Obwohl die Konvention explizit auf die UN-Konvention über die Rechte des Kindes von 1989 Bezug nimmt und das Ziel formuliert, zu deren Umsetzung beizutragen, fällt sie hinter den UN-Standard zurück.

Interessant ist weiter das **Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin von 1997** das im Dezember 1999 in Kraft trat und bisher von 29 Staaten (darunter nicht Deutschland/Stand: März 2012) ratifiziert wurde. Die Konvention regelt erstmals auf internationaler Ebene Fragen, die die Biomedizin im Hinblick auf menschenrechtliche Grundpositionen aufwirft. Das Übereinkommen behandelt insbesondere die Einwilligung in medizinische Interventionen, den Schutz der Privatsphäre und das Recht auf Auskunft, die Voraussetzungen für Untersuchungen und Veränderungen am menschlichen Genom, den Schutz von Personen bei wissenschaftlicher Forschung, die Entnahme von Organen und Geweben von lebenden Spendern zu Transplantationszwecken, das Verbot, den menschlichen Körper oder Teile davon zu kommerzialisieren, sowie die Sanktionen bei Verletzung der im Übereinkommen enthaltenen Grundsätze.

Die Konvention stellt ein Kernübereinkommen dar, das nur die wichtigsten Grundsätze enthält, während die nähere Regelung einer Materie in Zusatzprotokollen erfolgt. Ein erstes Zusatzprotokoll verbietet das Klonen menschlicher Lebewesen. Dieses trat am 1. März 2001 in Kraft und wurde bisher von 21 Staaten (Stand: März 2012) ratifiziert. Ein zweites Zusatzprotokoll, welches die Transplantation von menschlichen Organen und Geweben zum Gegenstand hat, trat am 1. Mai 2006 in Kraft. 12 Staaten haben es bislang ratifiziert (Stand: März 2012).

Erwähnt sei schließlich noch die **Rahmenkonvention zum Schutz nationaler Minderheiten vom 01.02.1998** (zur Zeit in Kraft für 39 Vertragsparteien - darunter Deutschland/März 2012). Sie wird - zu Recht - wegen folgender Schwächen kritisiert: Mangel an einer Definition des Minderheitenbegriffs; Beschränkung auf programmatische Bestimmungen, d.h. Verpflichtungen der Staaten, bestimmte Ziele im nationalen Recht zu verwirklichen; häufig sehr vage Formulierungen, die in ungewöhnlichem Maße von *escape clauses* geprägt sind; Konzeption eines eher schwachen Überwachungsmechanismus (periodische Staatenberichte an einen 18 köpfigen Sachverständigenausschuss, der Berichte erstellt und diese dem Ministerrat vorlegt, der dann ggf. auch Empfehlungen an die Vertragsparteien formulieren kann). Ungeachtet dieser an sich unzureichenden vertraglichen Vorgaben hat die bisherige Praxis gezeigt, dass der Konvention im Rahmen des Europarates erhebliche Bedeutung zukommt, was sich insbesondere darin zeigt, dass sich Staaten bei ihrer Aufnahme in den Europarat verpflichten müssen, neben der EMRK auch diese Konvention zu ratifizieren (vgl. näher § 20).

Außer in Europa gibt es wichtige Entwicklungen regionalen Menschenrechtsschutzes vor allem in (Latein-)Amerika, daneben zu einem geringeren Umfang auch in Afrika.

Das - neben der EMRK - sicherlich wichtigste umfassende regionale Menschenrechtsinstrument ist die **Amerikanische Menschenrechtskonvention (AMRK)** vom 22.11.1969, die 1978 in Kraft getreten ist. Zur Zeit ist die AMRK von 25 Staaten ratifiziert worden, allerdings nicht von den USA (Stand: März 2012). Ein Zusatzprotokoll betreffend wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 17.11.1988 (in Kraft getreten am 16.11.1999, ratifiziert von 16 Staaten/Stand: März 2012) und ein Zusatzprotokoll zur Abschaffung der Todesstrafe vom 08.06.1990 (zur Zeit in Kraft für 13 Staaten. Mexiko hat das Protokoll im Juni 2007 ratifiziert, die Dominikanische Republik und Honduras im Jahre 2011 /Stand: März 2012) sind hinzugetreten. Die AMRK (näher hierzu § 7.) enthält - entsprechend dem Vorbild der EMRK - eine Vielzahl „echter“ Menschenrechtsverbürgungen und sieht daneben ein aus Interamerikanischer Menschenrechtskommission (IAMRK) und Interamerikanischem Menschenrechtsgerichtshof (IAGMR) bestehendes zweistufiges Überwachungssystem vor. Neben einem Berichtssystem (vgl. Art. 42 AMRK) ist bemerkenswert, dass jeder Staat mit der Ratifikation

der AMRK die Zuständigkeit der IAMRK zur Behandlung von Individualbeschwerden anerkennt (vgl. Art. 44 AMRK), während es hinsichtlich Staatenbeschwerden einer besonderen Unterwerfungserklärung nach Art. 45 AMRK bedarf (von 10 Staaten abgegeben/Stand: März 2012). Die Zuständigkeit des IAGMR besteht nur (für beide Arten von Beschwerden) aufgrund einer entsprechenden Erklärung gemäß Art. 62 AMRK (derzeit von 24 Staaten abgegeben/Stand: März 2012). Zunächst befasst sich die IAMRK mit den Beschwerden, in einem zweiten Schritt kann sie den Fall an den IAGMR weiterleiten, der für die Staaten verbindlich urteilt.

Eine Besonderheit der IAMRK besteht darin, dass sich ihre Zuständigkeit nicht nur auf die Mitgliedstaaten der AMRK beschränkt, sondern nach der revidierten Charta der OAS vom 27.02.1967 und nach dem von der Generalversammlung beschlossenen Kommissionsstatut Förderung-, Berichts- und Empfehlungsaufgaben für den Menschenrechtskomplex in Bezug auf alle 35 Mitgliedsstaaten der OAS hat. Diese Zusatzaufgaben schließen jedoch nicht die beiden Beschwerdeverfahren ein.

Daneben sind zu erwähnen die **Interamerikanische Konvention zur Verhütung und Bestrafung von Folter vom 09.12.1985** (derzeit in Kraft für 18 Staaten/Stand: März 2012), die **Interamerikanische Konvention betreffend das gewaltsame Verschwindenlassen von Personen vom 09.06.1994** (derzeit in Kraft für 14 Staaten/Stand: März 2012), mehrere Konventionen der OAS zum Asyl sowie gleichfalls mehrere Konventionen der OAS zur Rechtsstellung von Frauen. Weiter trat die **Konvention zur Verhinderung aller Formen der Diskriminierung von Menschen mit Behinderung am 14.09.2001** in Kraft und ist derzeit von 19 Staaten ratifiziert worden (Stand: März 2012).

Am 11. September 2001 verabschiedeten die Mitgliedstaaten der OAS die **Amerikanische Demokratie-Charta**. Darin verpflichten sich die Staaten umfassend zu Demokratie und zur Einhaltung der Menschenrechte.

Auf dem afrikanischen Kontinent ist von herausragender Bedeutung die **African Charter on Human and Peoples' Rights vom 26.06.1981** (auch Banjul-Charta genannt; alle Mitgliedstaaten der Afrikanischen Union haben die Charta ratifiziert, sie ist damit das weltweit größte Menschenrechtsinstrument auf regionaler Ebene)). Die Charta garantiert nicht nur die klassischen politischen Rechte, sondern auch Rechte der zweiten und dritten Generation. Als weiterer Unterschied zu den bisher genannten Menschenrechtsinstrumenten enthält die Banjul-Charta auch Individualpflichten (Grundsatz der Pflichten gegenüber der Familie, Gesellschaft und Staat; Pflicht zur Achtung der Mitmenschen). Zur Überwachung der Einhaltung der in dieser Charta garantierten Rechte, ist die Afrikanische Menschenrechtskommission zuständig (Berichtsverfahren, Mitteilungen von Staaten und Individuen). Erst im Juni 1998 fassten die Staats- und Regierungschefs der OAU (jetzt AU) den Beschluss zur Errichtung eines Afrikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte (näher hierzu § 8.). Am 25. Januar 2004 trat das Zusatzprotokoll, das die Schaffung des Gerichtshofes vorsieht, in Kraft getreten. Ratifiziert wurde das Protokoll bisher von 26 Staaten (Stand: März 2012). Der neu geschaffene Afrikanische Gerichtshof für Menschen- und Bürgerrechte besteht neben der Afrikanischen Menschenrechtskommission und ergänzt diese. Die Entscheidungen des Gerichtshofes sind rechtlich bindend und daher auch vor nationalen Gerichtshöfen durchsetzbar. Der Gerichtshof kann durch die Kommission, durch Vertragsstaaten, die bei der Kommission eine Klage eingereicht haben bzw. vor der Kommission gegen die Mitteilungen eingereicht wurden, durch Vertragsstaaten, deren Bürgerinnen und Bürger Opfer von Menschenrechtsverletzungen geworden sind, sowie afrikanische internationale Organisationen angerufen werden. Einzelpersonen und NGOs können nur dann an den Gerichtshof gelangen, wenn ein Vertragsstaat, der das Zusatzprotokoll ratifiziert hat, erklärt, die Kompetenz des Gerichtshofes zur Annahme solcher Beschwerden anzuerkennen. Der Gerichtshof hatte sich im Sommer 2006 konstituiert, nachdem im Januar 2006 die Richter von der Versammlung der Afrikanischen Union gewählt wurden. Bislang hat er allerdings erst ein Urteil gefällt (Yogogombaye vs. Senegal, 15.12.2009; abrufbar unter: [www.african-court.org](http://www.african-court.org) > Cases > Latest Judgments), in dem er die Beschwerde aufgrund fehlender Anerkennungserklärung des Senegal hinsichtlich der Möglichkeit der Individualklage für unzulässig erklärte. Zur Zeit sind aber einige Verfahren anhängig, so dass zu erwarten ist, dass der Gerichtshof an Bedeutung gewinnen wird.

Letztlich wurde, mit dem auf dem Gipfeltreffen der Mitgliedstaaten der Afrikanischen Union (AU) 2008 verabschiedeten „Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights“, der Errichtungsprozess vervollständigt und ein neuer Gerichtshof geschaffen, welcher den Gerichtshof für Menschenrechte und den Gerichtshof der AU zusammenführen soll. Das neue Protokoll ersetzt damit zwei vorhergehende Protokolle, namentlich das „Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court“ und das „Protocol of the Court of Justice of the African Union“. Da das neue Protokoll festlegt, dass der „alte“ Gerichtshof für Menschenrechte noch 1 Jahr nach In-Kraft treten des Protokolls bestehen bleibt, mehren sich die Bedenken dass es zu einer Überschneidung bei der Reichweite der Zuständigkeiten (*ratio materiae*) beider Gerichtshöfe kommt, da der neue „African Court of Justice and Human Rights“ in zwei Sektionen unterteilt ist, zum einen in die Sektion für allgemeine Angelegenheiten und zum anderen in die Sektion für Menschenrechte. Darüber hinaus gibt es auch Hinsichtlich der *ratio personae* einige Änderungen. So können nun nicht nur Fälle auf Grundlage der einschlägigen Menschenrechtsinstrumente (Afrikanische Menschenrechtscharta, Protokoll zur Stärkung der Rechte der Frauen und Afrikanische Kinderrechtscharta) vor Gericht gebracht werden, sondern es genügt jedes Instrument, welches von einem Vertragsstaats des neuen Protokolls ratifiziert wurde (Art. 30). Des Weiteren hält das neue Protokoll an der Bedingung fest, dass die Mitgliedstaaten die Zulässigkeit von Individualbeschwerden und Beschwerden von NGOs ausdrücklich anerkennen müssen um die Zuständigkeit des Gerichtshofs zu eröffnen. Das Protokoll tritt in Kraft, wenn es von mindestens 15 Mitgliedstaaten der AU ratifiziert wurde. Bisher haben nur Libyen, Mali und Burkina Faso das Protokoll ratifiziert, 27 Staaten haben bisher unterzeichnet. (Stand: März 2012).

Ferner zu erwähnen sind die **AU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa vom 10.09.1969** (derzeit in Kraft für 45 Staaten/Stand: September 2010), die in vieler Hinsicht über die Bestimmungen der Genfer Flüchtlingskonvention vom 28.06.1951 hinausgeht (vgl. näher hierzu § 19.) sowie die African Charter on the Rights and Welfare of the Child vom Juli 1990 (derzeit ratifiziert von 45 Staaten/Stand: März 2012).

Die **Arab Charter on Human Rights vom 15.09.1994** ist bis heute noch von keinem Mitgliedstaat der Arabischen Liga ratifiziert und folglich auch nicht in Kraft getreten. Im Juni 2004 wurde eine revidierte Version der Charter von der arabischen Liga angenommen. Die Charter sollte mit den Änderungen in Einklang mit internationalen Menschenrechtspakten und internationalen Menschenrechtsstandards gebracht werden. Auch wenn die jetzige Version eine Verbesserung darstellt, so garantiert sie jedoch immer noch keinen effektiven Mechanismus zur Überwachung und Wahrung der Menschenrechte und sichert auch nicht das Recht auf politische Partizipation durch objektive, freie Wahlen oder das Recht auf die Gründung von politischen Parteien, Berufsverbänden und Gewerkschaften. Sie engt das Streikrecht ein, erlaubt die Einschränkung von Frauenrechten und ignoriert die Existenz und die Rolle von Menschenrechtsorganisationen. Bisher wurde die Charter von zehn Staaten ratifiziert (Stand: März 2012). Sie trat am 15.03.2008 in Kraft.

Asien ist die einzige Weltregion, die bisher kein verbindliches regionales Menschenrechtsinstrument und dazugehöriges Überwachungssystem installiert hat. Diesem Manko haben Nichtregierungsorganisationen, Wissenschaftler und Öffentlichkeit mit der Erarbeitung einer Asiatischen Menschenrechtscharta versucht abzuwehren. Nach über dreijährigen Beratungen, wurde die Charta am 17. Mai 1998 in Südkorea *ohne die Beteiligung von Regierungen* angenommen. Es handelt sich um ein an die Bevölkerung gerichtetes Instrument, das beabsichtigt, über die Menschenrechte zu informieren.

## § 6. Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)

Mit Inkrafttreten des 11. Zusatzprotokolls zur EMRK vom 11.05.1994 zum 01.11.1998 ist deren Überwachungssystem grundlegend umstrukturiert worden. An die Stelle der bislang existierenden zwei Überwachungsorgane – der Europäischen Kommission für Menschenrechte (EKMR) zum einen und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zum anderen – ist der zwar namensgleiche aber als Single Court völlig neugestaltete und nunmehr ständig tagende EGMR getreten. Die EKMR blieb lediglich bis zum Ablauf der einjährigen Übergangsfrist am 31.10.1999 bestehen. Die – bereits zuvor reduzierten – Befugnisse des Ministerkomitees des Europarats im Rahmen der EMRK beschränken sich künftig allein auf die Überwachung der Durchführung der für die betroffenen Staaten bindenden Urteile des Gerichtshofes (Art. 45). Zum Zwecke dieser Änderungen wurden die bisherigen Art. 19 – 56 EMRK durch die neugefassten Art. 19 – 51 ersetzt. Weitere wichtige Neuerungen ergeben sich durch das am 01. Juni 2010 in Kraft getretene 14. Zusatzprotokoll. Dieses dient dazu, die Arbeit des EGMR effektiver zu gestalten, denn der EGMR wird derzeit jährlich mit rund 15.000 Individualbeschwerden befasst. Ob sich die daraus ergebende Überlastung des EGMR nach Inkrafttreten des 14. Zusatzprotokolls mit seinen – aus rechtsstaatlicher Sicht – teils problematischen (Zurückweisung einer Beschwerde als unzulässig durch nur einen Richter), teils sicher sinnvollen Reformen (in eindeutigen, durch frühere Rechtsprechung geklärten Fällen Erklärung der Begründetheit durch einen Ausschuss), vermindert wird, bleibt abzuwarten. Mit dem Inkrafttreten des 14. Zusatzprotokolls ist das zur Entlastung des Gerichts 2009 eingeführte Zusatzprotokoll 14bis, welches am 01. Juli 2009 in Kraft getreten ist, gegenstandslos geworden. Das Zusatzprotokoll 14bis galt bis dahin für alle Staaten, welche das 14. Protokoll bereits ratifiziert hatten. Aktuell nutzt die Regierung Großbritanniens ihren Vorsitz im Europarat zur Durchsetzung umfangreicher Reformen zur Steigerung der Effektivität und zur Verminderung der Überbelastung des EGMR. Im Vorfeld der für Ende April 2012 geplanten Konferenz in Brighton, werden zahlreiche Reformvorschläge diskutiert, die dann in Brighton in einer durch den Europarat zu verabschiedenden Erklärung münden sollen. Die Entwürfe sind in der sogenannten „Draft Brighton Declaration“ zu finden. Unter den Vorschlägen befindet sich die Forderung nach der Einführung eines Subsidiaritätsprinzips hinsichtlich der Zuständigkeit des EGMR gegenüber nationalen Gerichten und einer der Überprüfung durch den EGMR stärker als bisher entzogenen sogenannten „margin of appreciation“, welche einen Interpretationsspielraum der Mitgliedstaaten meint, die Konvention nach eigenen Maßstäben auszulegen. Weiter wurde in britischen Entwürfen der Vorschlag eines Verfahrens eingebracht, in welchem dem EGMR eine beratende Aufgabe bei Entscheidungen der nationalen Gerichte eingeräumt wird mit der Konsequenz aber, dass dann die Möglichkeit für den Bürger entfiel, individuell gegen dieses Urteil in Straßbourg zu klagen, mit nur einer Ausnahme bei einem „schwerwiegenden Irrtum“. Diese Entwürfe zur Brighton Declaration werden von Seiten verschiedener Menschenrechtsorganisationen heftig kritisiert, der Einfluss des EGMR werde zu stark gemindert, der Menschenrechtsschutz über die EMRK dadurch erheblich geschwächt. In gemeinsamen Erklärungen zu den verschiedenen Entwürfen tragen Menschenrechtsorganisationen wie etwa amnesty international und EHRAC (European Human Rights Advocacy Centre) ihre Bedenken gegen eine Schwächung des EGMR vor, es wird unterstellt, Großbritannien wolle den Einfluss des EGMR auf die eigene Staatenpraxis mindern und agiere gegen ein regionales Menschenrechtssystem, welches die Kompetenz besitzt, erheblich in nationale Sachverhalte einzugreifen und Staaten zu verurteilen. Es bleibt abzuwarten, wie die Brighton Declaration letztlich ausfallen wird.

Zu Struktur und Verfahrensablauf im Anschluss an die Neuerungen im Einzelnen:

In den Art. 20-25 EMRK finden sich die Bestimmungen über die Richter (grds. ein Richter pro Mitgliedstaat der EMRK). Gemäß Art. 23 des 14. Protokolls beträgt die Amtsdauer für Richter 9 Jahre, schließt jedoch gleichzeitig die Wiederwahl aus. Der EGMR tagt gemäß Art. 25 EMRK im Plenum, üblicherweise jedoch in Ausschüssen (*committees*) von drei Richtern, Kammern (*chambers*) von sieben Richtern und der Großen Kammer (*Grand Chamber*) von 17 Richtern (vgl. Art. 27). Änderungen

hinsichtlich der Zulässigkeitsentscheidungen ergeben sich durch Art. 26 Abs. 1. Dieser besagt, dass der EGMR nicht nur als Kammer oder Ausschuss tagen und entscheiden kann, sondern dass nunmehr auch Verfahren vor dem Einzelrichter möglich sind. Dabei beschränkt sich die Kompetenz der Einzelrichter nach Art. 26 Abs. 2 EMRK auf die Entscheidungen über die Unzulässigkeit oder Streichung offensichtlich unzulässiger Beschwerden; dabei ist zu beachten, dass auch „offensichtlich unbegründete Individualbeschwerden als „unzulässig“ zurückgewiesen werden können. Handelt es sich um nicht eindeutige Fälle, so leitet der Einzelrichter die Beschwerden gemäß Art. 17 Abs. 3 EMRK an die Kammer oder den Ausschuss zur Entscheidung weiter.

Die Zuständigkeit des EGMR erstreckt sich gemäß Art. 32 auf Staatenbeschwerden iSd Art. 33, Individualbeschwerden iSd Art. 34 und Gutachten iSd Art. 47. Zu betonen ist, dass es keiner besonderen Unterwerfungserklärung der Vertragsparteien zur Anerkennung der Zuständigkeit des EGMR mehr bedarf; dessen Zuständigkeit entsteht automatisch mit der Ratifikation der EMRK.

Individualbeschwerden können nach Art. 34 von Individuen, NGOs und Gruppen von Individuen mit der Begründung erhoben werden, in ihren Konventionsrechten verletzt zu sein.

Über solche Beschwerden entscheidet zunächst ein Einzelrichter, der diese dann ggf. an einen Ausschuss weiterleitet, der nach Art. 28 Abs. 1 lit. a EMRK durch einstimmigen Beschluss Beschwerden für zulässig erklären und materiell urteilen kann, wenn die den betreffenden Beschwerden zu Grunde liegenden Fragen zur Anwendung oder Auslegung der Konvention durch eine ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes gedeckt sind. Kann keine Einstimmigkeit erzielt werden, entscheidet die Kammer. Weiter können nach Art. 35 Abs. 3 lit. 1 EMRK nun auch noch Beschwerden nach der Zulässigkeitsentscheidung für unzulässig erklärt werden, wenn der Beschwerdeführer keinen erheblichen Nachteil erleidet. Hierbei sind die zusätzlich eingeführten Schutzklauseln zu beachten, die eine automatische Unzulässigkeit der Beschwerde in einem solchen Fall verhindern sollen. Zu einem gelten Ausnahmen dann, wenn der Respekt vor den Konventionsrechten eine Prüfung der Begründetheit der Beschwerde erfordert und zu anderen, wenn dem Beschwerdeführer der effektive Rechtsschutz vor nationalen Gerichten verweigert wurde. Darüber hinaus wird dem Menschenrechtskommissar des Europarates im neuen Art. 36 Abs. 3 EMRK das Recht eingeräumt, in sämtlichen vor einer Kammer oder der Großen Kammer anhängigen Beschwerdefällen schriftliche Stellungnahmen abzugeben und an den mündlichen Verhandlungen teilzunehmen.

Falls die Beschwerde von der (Großen) Kammer für zulässig erklärt wird und das in Art. 38, 39 vorgesehene Verfahren zum Erreichen einer gütlichen Einigung erfolglos bleibt, entscheidet die (Große) Kammer über die Begründetheit. Urteile der Großen Kammer sind immer endgültig. Urteile einer Kammer sind nach Art. 44 (2) endgültig, wenn – insbesondere – binnen drei Monaten kein Rechtsmittel zur Großen Kammer eingelegt wird oder von einem Überprüfungsausschuss (*panel*) von fünf Richtern der Großen Kammer nicht zur Entscheidung angenommen wird. Als Rechtsmittel haben die Parteien die Möglichkeit, in Ausnahmefällen (bei schwerwiegenden allgemeinen bzw. Auslegungs- und Anwendungsfragen) gemäß Art. 43 (1) die Sache nach dem Urteil einer Kammer an die Große Kammer zu verweisen („Quasi-Instanzenzug“). Dies ist Folge eines Kompromisses zwischen den Befürwortern eines einstufigen Gerichtshofes und denjenigen eines zwei-instanzlichen Verfahrens mit Berufungsmöglichkeit, die sich während des Reformprozesses gegenüberstanden.

Zudem stärkt das Protokoll auch die Rolle des Ministerkomitees bei der Überwachung des Vollzuges der Urteile des Gerichtshofes. Durch den geänderten Art. 46 Abs. 3 EMRK wird dem Ministerkomitee zum einen die Möglichkeit eingeräumt, den Gerichtshof um eine Entscheidung über die Auslegung eines Urteiles zu ersuchen, falls der Vollzug eines Urteiles durch ein Auslegungsproblem behindert wird. Zum anderen legt Art. 46 Abs. 4 und 5 EMRK ein Versäumnisverfahren fest, in dem das Ministerkomitee ermächtigt wird, ein Verfahren gegen Staaten anzustrengen, die ihrer Verpflichtung aus, die Urteile des Gerichtshofes zu befolgen, nicht nachkommen. Kommt die Große Kammer zum Schluss, dass ein Staat seine Verpflichtungen missachtet hat, entscheidet das Ministerkomitee über die

zu ergreifenden Sanktionen.

Letztlich fügt das Zusatzprotokoll die Möglichkeit eines Beitritts der Europäischen Union zur EMRK (siehe Art. 59 Abs. 2 EMRK) ein.

# PRÜFUNGSSCHEMA INDIVIDUALBESCHWERDE EMRK/EGMR

## A. ZULÄSSIGKEIT

### 1. Partei- und Prozeßfähigkeit des Bf.

- a) Natürliche Personen immer (Problemfälle: Ungeborene, ggf. Erben und Verwandte)
- b) Nichtstaatliche Organisationen (juristische Personen, müssen selbst Träger eines EMRK-Rechts sein können; bei nicht-rechtsfähigen Personengruppen müssen alle Mitglieder beschwerdefähig sein)
- c) Prozessfähigkeit (in der Praxis unproblematisch; gesetzliche Vertreter usw.)

### 2. Beschwerdebefugnis (Opfereigenschaft)

- a) schlüssiger Vortrag der Möglichkeit einer Rechtsverletzung (immer gegeben, wenn Adressat eines Hoheitsakts)
- b) ggf. auch mittelbare Opfereigenschaft (Familienangehörige)

### 3. Rechtswegerschöpfung

- a) Vertikale Erschöpfung (alle Rechtsbehelfe, auch Verfassungsbeschwerde); ausnahmsweise nicht nötig bei ineffektiven, offensichtlich aussichtslosen oder unzugänglichen Rechtsbehelfen (*denial of justice*)
- b) Horizontale Erschöpfung (ausreichend wenn das dem jeweiligen EMRK-Recht entsprechende nationale Grundrecht gerügt wurde)

### 4. Beschwerdefrist

Sechs Monate

### 5. Form

### 6. Keine Anonymität

### 7. Keine rechtskräftige Entscheidung oder anderweitige Anhängigkeit *derselben* Sache

### 8. Kein Mißbrauch

### 9. Keine Unvereinbarkeit mit der EMRK

- a) *ratione personae*: Bf. fehlt Parteifähigkeit oder Opfereigenschaft; betroffener Staat nicht verantwortlich für Handlung oder nicht Mitglied des entsprechenden ZP
- b) *ratione loci*: Hoheitsakte außerhalb des Territoriums (Problem: Streitkräfte)
- c) *ratione temporis*: Verletzung vor Inkraft-Treten der EMRK für betroffenen Staat, kein Andauern der Verletzung
- d) *ratione materiae*: Recht, dessen Verletzung gerügt wird, nicht von EMRK geschützt (z.B. Asyl)

10. Keine offensichtliche Unbegründetheit

11. Rechtsschutzbedürfnis  
(nicht relevant)

## BEGRÜNDETHEIT

1. Freiheitsrechte

a) Schutzbereich (persönlich und sachlich)

b) Eingriff

c) Rechtfertigung

    rechtliche Grundlage (*provided by law*)

    Verhältnismäßigkeitsprinzip (*necessary in a democratic society*)

2. Besonderheiten bei Justizgrundrechten und Gleichheitsrechten

# EGMR-VERFAHREN

## EINGANG

### AUSSCHUSS (3 RICHTER)

(Einstimmige Ablehnung als unzulässig [auch offensichtlich unbegründet], sonst Befassung einer Kammer)

### KAMMER (7 RICHTER)

(grds. zunächst Entscheidung über Zulässigkeit, Versuch gütlicher Streitbeilegung, Entscheidung über Begründetheit)  
(ausnahmsweise *Abgabe* an Grosse Kammer)  
(Urteile der Kammer werden rechtskräftig, falls nicht *Verweisung* an Grosse Kammer; *Verweisung* muß von Ausschuss der Grossen Kammer, bestehend aus 5 Richtern, angenommen werden)

### GROSSE KAMMER (17 RICHTER)

(endgültiges Urteil)

## ÄNDERUNGEN DURCH 14. ZUSATZPROTOKOLL

- Einführung der Institution des Einzelrichters, der Individualbeschwerde *without further examination* für unzulässig erklären kann
- 
- Ausschuss kann Individualbeschwerden einstimmig für unzulässig, unbegründet und bei Vorliegen gefestigter Rechtsprechung auch für begründet erklären
- Ggf. kann Größe der Kammern durch Plenarbeschluß auf 5 Richter gesenkt werden

## § 7. Die Amerikanische Menschenrechtskonvention (AMRK)

Das Implementierungssystem der AMRK entspricht weitgehend dem der EMRK vor dem Inkrafttreten ihres 11. Zusatzprotokolls und besteht aus der Interamerikanischen Kommission für Menschenrechte (IAMRK) und dem Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte (IAGMR) (vgl. Art. 33). Beide Organe bestehen jeweils nur aus sieben Mitgliedern (also Abweichen vom häufigen Prinzip, dass jeder Mitgliedstaat ein Organmitglied stellt). Ein grundlegender, auf den „schlechten“ Erfahrungen der EMRK beruhender Unterschied bestand allerdings darin, dass gemäß Art. 44 Staaten mit der Ratifizierung der AMRK die Zuständigkeit der IAMRK zur Prüfung von Individualbeschwerden anerkennen, während es für Staatenbeschwerden nach Art. 45 einer besonderen Unterwerfungserklärung bedarf (hatten 10 von 25 Vertragsstaaten eine solche Erklärung abgegeben). Die Zuständigkeit des IAGMR schließlich bedarf gemäß Art. 62 in jedem Fall einer entsprechenden Erklärung des jeweiligen Staates (zur Zeit liegen 24 solcher Erklärungen vor/Stand: März 2012).

Zuständig für die Prüfung der Zulässigkeit von Individualbeschwerden (Staatenbeschwerden waren bislang ohne praktische Bedeutung) ist zunächst die IAMRK. Wie im Völkerrecht üblich, setzt die Zulässigkeit einer Individualbeschwerde u.a. voraus: vorherige Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs, Einhaltung der Beschwerdefrist von sechs Monaten, keine gleichzeitige Anhängigkeit in einem anderen internationalen Verfahren, keine Anonymität. Anders als unter der EMRK war es unter der AMRK von Anfang an zulässig, dass Personen und Personengruppen zugunsten anderer Individualbeschwerden einreichen konnten, wenn diese selbst objektiv an einem solchen Schritt gehindert waren; damit sollte dem betrüblichen und bekannten Phänomen des *Verschwindenlassens* Rechnung getragen werden. Bemerkenswert ist auch, dass in Art. 46 (2) die - etwa für die EMRK - nur auf gefestigter Judikatur beruhenden Ausnahmen von diesen Zulässigkeitsvoraussetzungen (Fehlen eines rechtsstaatlichen innerstaatlichen Verfahrens, *déni de justice*, übermäßig lange Verfahrensdauer) ausdrücklich verankert sind. Ferner kann die IAMRK nach Art. 47 Beschwerden u.a. wegen offensichtlicher Unbegründetheit als unzulässig zurückweisen. Scheitern anschließend Versuche zur gütlichen Beilegung können IAMRK wie der betroffene Staat die Sache dem IAGMR zur Entscheidung vorlegen; dies setzt (wie früher unter der EMRK) nicht notwendig voraus, dass die IAMRK die Beschwerde mehrheitlich für begründet hält.

Weitestgehend entsprechend den Vorschriften der EMRK bestimmt die AMRK, dass die Urteile des IAGMR endgültig und unanfechtbar sowie von den betroffenen Staaten zu befolgen sind (vgl. Art. 62, 63); dies bedeutet, dass ggf. auch Schadensersatz gezahlt oder sonstige Anordnungen umgesetzt werden müssen (Art. 63).

## § 8. Die Afrikanische Menschenrechtskonvention (AfrMRK)

Das - bislang nur schwach ausgeprägte - Implementierungssystem der AfrMRK kannte lange nur die aus 11 Mitgliedern bestehende Afrikanische Kommission für Menschenrechte (AfrKMR) (vgl. Art. 30 ff.). Ihre Aufgabe besteht gemäß Art. 45 vor allem in der Förderung und Sicherung der in der AfrMRK verankerten Rechte. Zu diesem Zweck kann sie *Staaten-* (Art. 47) und andere *Mitteilungen* (nicht Beschwerden!) entgegennehmen. Während Staatenmitteilungen bislang noch keine praktische Bedeutung hatten, stieg die Relevanz der „anderen“ (faktisch: Individual-) Mitteilungen in den letzten Jahren an. Allerdings ist zu betonen, dass die Befugnisse der AfrKMR in mehrfacher Hinsicht hinter denen der EKMR und der IAKMR zurückbleiben: Nachdem die AfrKMR auf die Zulässigkeit der Mitteilung (die Unzulässigkeitsgründe des Art. 56 entsprechen dem üblichen völkerrechtlichen Muster) erkannt hat, hat sie den betroffenen Staat hierüber in Kenntnis zu setzen. Gewinnt sie aufgrund ihrer weiteren Untersuchungen den Eindruck, dass die Mitteilungen auf Fälle massiver und schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen hinweisen, informiert sie hierüber die Versammlung der Staats- und Regierungschefs der AU. Diese *kann* dann die AfrKMR um eine eingehende Untersuchung und einen ausführlichen Bericht, ggf. mit Empfehlungen, bitten. Dieser Bericht wird nur auf Beschluss der Versammlung der Staats- und Regierungschefs veröffentlicht.

Diese in jeder Hinsicht unbefriedigende Situation eines politischen Überlegungen unterworfenen Menschenrechtsschutzsystems änderte sich mit Inkrafttreten des auf der Tagung der Staats- und Regierungschefs der OAU vom 08.-10.06.1998 angenommenen Zusatzprotokolls - am 25.01.2004 nach 15 Ratifikationen - zur Errichtung eines Afrikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte (AfrGMR) (abgedruckt in: ZaöRV 1998, 727 ff.; abrufbar unter: <http://au.int/en/treaties>) erheblich.

Ungewöhnlich ist die Regelung des Verhältnisses des aus 11 Richtern bestehenden AfrGMR zur AfrKMR: Gemäß Art. 5 (3) ZP-AfrMRK kann er nämlich grundsätzlich auch von jeder Person oder Gruppe von Personen angerufen werden, ohne dass zuvor eine Befassung der AfrKMR geschehen ist (diese kann den AfrGMR allerdings nach Art. 5 (1) ZP-AfrMRK auch - ebenso wie betroffene Staaten - mit einer Sache befassen). In solchen Fällen direkter Anrufung des AfrGMR, für die aber gemäß Art. 34 (6) ZP-AfrMRK eine entsprechende Unterwerfungserklärung eines Staates erforderlich ist, verfährt der AfrGMR hinsichtlich der Zulässigkeit der Beschwerde nach Art. 6 ZP-AfrMRK, d.h. er holt entweder ein entsprechendes Gutachten der AfrKMR ein, kann selbst unter Berücksichtigung der in Art. 56 enthaltenen Grundsätze entscheiden oder überhaupt die Beschwerde an die AfrKMR verweisen. Die - gemäß Art. 28 ZP-AfrMRK innerhalb von 90 Tagen nach Abschluss der Beratungen zu erlassenden - Urteile des AfrGMR sind endgültig und unanfechtbar und können bestimmte Anordnungen sowie die Verpflichtung zur Zahlung von Schadensersatz enthalten. Die Mitgliedstaaten sind nach Art. 30 ZP-AfrMRK zur Umsetzung der Urteile verpflichtet, worüber der Ministerrat der AU wacht. Schließlich bestimmt Art. 31 ZP-AfrMRK ausdrücklich, dass im jährlichen Bericht des AfrGMR Fälle, in denen ein Staat Urteile nicht befolgt hat, besonders zu erwähnen sind.

Sicherlich bleibt abzuwarten, mit welcher Entschiedenheit der AfrGMR seine Aufgabe angehen wird (die Bestimmung des Art. 5(3) ZP-AfrMRK kann in gewisser Weise auch als Kritik an der bisherigen Rolle der AfrKMR verstanden werden, auch wenn zu berücksichtigen ist, dass deren weitgehende Ineffizienz nicht zuletzt auf der fehlenden Bereitschaft der Staaten beruhte, sie mit den notwendigen finanziellen Mitteln auszustatten und ihren Bemühungen um eine „offensivere Politik“ zu entsprechen); in jedem Fall ist der Umstand der Verabschiedung des Zusatzprotokolls als ein notwendiger Schritt in die richtige Richtung zu begrüßen. Im Jahre 2006 hat sich der AfrGMR konstituiert und am 15. Dezember 2009 auch sein erstes Urteil gefällt, in dem er die anhängig gemachte Beschwerde allerdings für unzulässig erklärte (*Yogogambaya v Senegal*). Zur Zeit sind einige Verfahren anhängig und es bleibt abzuwarten, ob und in welchem Umfang der AfrGMR an Bedeutung gewinnt.

Eine mögliche Schwächung des AfrGMR ist in dem, im Juli 2004, von der AU Generalversammlung

gefassten Beschluss zu sehen, den AfrGMR und den Afrikanischen Gerichtshof (African Court of Justice) in einem Gerichtshof zu verbinden.

Der African Court of Justice entsteht im Rahmen des Gründungsakts der AU und wird Jurisdiktion über Streitigkeiten zwischen den – das Statut unterzeichnenden – Mitgliedstaaten haben. Das Protokoll aus 2008 wird nach dem Beitritt des 15. Staates in Kraft treten wird, es ersetzt die Dokumente zur Errichtung des Afrikanischen Menschenrechtsgerichtshofs (1998) und des Gerichtshofs der Afrikanischen Union (2003), inhaltlich führt es die beiden vorbestehenden Instanzen aber ohne große inhaltliche Änderungen lediglich zusammen.

Weitestgehend kann auf die Ausführungen zum Afrikanischen Gerichtshof für Menschenrechte verwiesen werden hinsichtlich Tätigkeit und Zusammensetzung. Einschneidend ist jedoch die Reduzierung der Anzahl der Richter auf 16, wobei jeweils acht entsprechend ihrer Erfahrung einer «General Affairs Section» und einer «Human Rights Section» zugewiesen werden.

Auch die Zuständigkeit deckt sich mit dem Gerichtshof der Afrikanischen Union. Beschwerdeberechtigt sind im Bereich der Menschenrechte neben den Staaten aber auch die Afrikanische Menschenrechtskommission, das Expertenkomitee über die Rechte und das Wohlergehen der Kinder, bei der AU akkreditierte intergouvernementale Organisationen sowie nationale Menschenrechtsinstitutionen. Individuen und NGOs sind nur dann beschwerdeberechtigt, wenn der betreffende Staat bei seinem Beitritt eine entsprechende Erklärung abgegeben hat.

Die Aufnahme der Gerichtsbarkeit des neuen Gerichtshofs ist derzeit noch unklar.

Prof. Dr. Dr. Rainer Hofmann

## **§ 9. Weitere regional geltende Menschenrechtsinstrumente**

Insofern wird auf die Darstellung der wichtigsten regional geltenden Menschenrechtsverträge unter § 5 (Überblick über die Entwicklung des regionalen Menschenrechtsschutzes) verwiesen.

### 3. Teil: Der Inhalt ausgewählter Menschenrechte

Der folgende Überblick über den Inhalt ausgewählter Menschenrechte gründet sich auf eine Analyse der einschlägigen Rechtsprechung der jeweiligen Überwachungsorgane. Wegen der im Vergleich viel umfangreicheren Praxis und der für Deutschland ungleich größeren Bedeutung stehen dabei die Straßburger Konventionsorgane im Vordergrund; doch werden auch die Judikatur der Amerikanischen Institutionen sowie des UN-Committee einbezogen.

#### § 10. Das Recht auf Leben

Art. 2 EMRK enthält die Vorschrift zum Schutz des menschlichen Lebens. Der Schutz des Lebens ist eine der fundamentalen Garantien der EMRK, welche der EGMR als „Voraussetzung aller anderen Grundrechte“ bezeichnet (EGMR, *McCann ./ United Kingdom*, E 324, Ziff. 147). Der Fundamentalcharakter der Norm wird dadurch unterstrichen, dass Art. 2 ein sog. „notstandsfestes Recht“ im System der EMRK bildet, welches nicht unter den Voraussetzungen des Art. 15 EMRK außer Kraft gesetzt werden kann. Art. 2 I 1 enthält eine Verpflichtung des Staates zum Schutz des menschlichen Lebens, normiert wird hier die positive Schutzpflicht („obligation positive“) des Staates zum Schutz des Lebens. Zur Erfüllung seiner staatlichen Schutzpflicht werden dem Staat Gesetzgebungspflichten zum Schutz vor Eingriffen des Staates selbst, aber auch zur Verhütung von Eingriffen Privater auferlegt. Die Staaten verfügen über einen gewissen Entscheidungsspielraum zur Ausgestaltung der Schutzpflicht. Begrenzt wird dieser Gestaltungsspielraum allerdings durch das Effektivitätsprinzip und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Es erwachsen aus der Schutzpflicht sowohl legislative als auch administrative Verpflichtungen. Strafrechtliche Sanktionen sind nicht überall zwingend, es können auch zivilrechtliche Mechanismen ausreichen; in Anwendung des ultima-ratio Gedankens ist das Strafrecht als Mittel zum Schutz des Lebens verhältnismäßig, aber dennoch effektiv, einzusetzen. Jedenfalls ergibt sich aus Art. 2 I 1 neben der legislativen Pflicht und der Pflicht zur Schaffung eines ausreichenden Verwaltungsrahmens für die Tätigkeit der Behörden eine Pflicht zu effektiven Ermittlungen zur Aufklärung von Todesfällen. (EGMR, *McCann./ United Kingdom*, E 324, Ziff. 161). Die Ermittlungen müssen unabhängig, unparteiisch und gründlich sein, der EGMR formuliert hier in ständiger Rechtsprechung konkrete Standards (zuletzt etwa in, EGMR, *Dimitrova u.a./ Bulgarien*, Ur. v. 27.1.2011). Diese Ermittlungspflicht gilt auch bei Todesfällen unter schwierigen Sicherheitsverhältnissen nach einem bewaffneten Konflikt, es ist dabei nicht ausreichend Ermittlungen und Befragungen lediglich innerhalb der militärischen Hierarchie vorzunehmen, das Erfordernis der Unabhängigkeit wird dadurch nicht gewahrt (EGMR, *Al-Skeini u.a./Vereinigtes Königreich*, Ur. v. 7.7.2011 – 55721/07; in dem Verfahren ging es um die Tötung von irakischen Zivilisten durch britische Streitkräfte im Irak). Die Mitgliedstaaten haben etwa die Voraussetzungen, unter denen Polizisten Gewalt anwenden und von Schusswaffen Gebrauch machen dürfen, gesetzlich festzuschreiben und zu begrenzen (EGMR, *Giuliani u. Gaggio./Italien*, Ur. v. 24.3.2011). Art. 2 I 1 verpflichtet den Staat auch zum Schutz vor Selbsttötungen, wenn eine Person die Entscheidung nicht frei und in Kenntnis aller Umstände getroffen hat, hierbei kommt den Staaten allerdings wegen fehlendem Konsens über das Recht zur Selbsttötung und Fragen der Sterbehilfe ein weiter Entscheidungsspielraum zu. (EGMR, *Haas./ Schweiz*, Ur. v. 20.1.2011 – 31322/07). Art. 2 I 2, II statuiert die abwehrrechtliche Dimension des Lebensschutzes. Es erwächst daraus ein umfassendes Verbot der absichtlichen Tötung außer im Fall der Todesstrafe; Art. 2 II fügt dann abschließende Rechtfertigungsgründe für absichtliche wie unabsichtliche Tötungen hinzu.

Das von Art. 2 geschützte Leben beginnt jedenfalls mit der Geburt und endet mit dem Tod. Vom EGMR bisher offen gelassen ist die Frage, ob und inwieweit das werdende menschliche Leben vor der Geburt in den Schutzbereich des Art. 2 fällt; immerhin hat die EKMR die Fristenlösung der norwegischen Abtreibungsregelung nicht als Verstoß angesehen. Allerdings hat der EGMR in seinen neueren Entscheidungen den Ermessensspielraum für die Festlegung des Zeitraums, ab dem das Recht auf Leben beginnt, den Mitgliedstaaten zugewiesen und die jeweiligen mitgliedstaatlichen Regelungen zum

Schwangerschaftsabbruch für vereinbar mit der EMRK erklärt.

Damit trägt er den unterschiedlichen Ansichten auf Grund kultureller Unterschiede in den einzelnen Mitgliedstaaten Rechnung (EGMR, *Evans./. Großbritannien*, UrT. v. 10.04.2007 – 6339/05). Ginge man von einem vollständigen Einbezug des ungeborenen Lebens in den Schutzbereich des Art. 2 I EMRK aus, wäre jeder Schwangerschaftsabbruch durch die EMRK ausgeschlossen, es könnten die Rechte der Mutter zur Disposition über den eigenen Körper und das eigene Leben nur noch schwer in Abwägung gebracht werden. Die Regelung des Konfliktes zwischen den Rechten der Mutter und denen des Kindes überlässt der EGMR aufgrund ganz unterschiedlicher Bewertungen daher ganz weitgehend den Mitgliedstaaten. Eine andere Beurteilung ist möglicherweise dann anzunehmen, wenn die Interessen von werdender Mutter und ungeborenem Leben nicht im Widerspruch, sondern im Gleichlauf stehen, weil die Tötung des Fötus auf den Einfluss Dritter zurückzuführen ist; auch hier traf der EGMR allerdings keine Entscheidung über den Einbezug des ungeborenen Lebens in den Schutzbereich des Art. 2 I EMRK (EGMR, *Vo ./.* *Frankreich*, UrT. v. 8.7.2004 – EuGRZ 2005, 568). Nach dem Urteil *Pretty ./.* *United Kingdom* vom 30.04.2002 (eine Todkranke wollte sich von ihrem Ehemann aktive Sterbehilfe geben lassen, die im UK unter Strafe steht, daher beantragte sie - erfolglos - Strafbefreiung für ihren Ehemann) kann ein Staat jedenfalls die aktive Sterbehilfe unter Strafe stellen. Welche Strafe verhängt werden kann, bleibt jedoch offen. Art. 2 umfasst daher nicht die negative Freiheit, d.h. das Recht auf Selbsttötung wie oben im Rahmen der Darstellung der Schutzpflicht bereits angedeutet. Die Regelung zu Fragen der Sterbehilfe bleibt mangels gemeineuropäischen Standards und starker Umstrittenheit des Themas im Ermessens- und Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten.

In Art. 2 Abs.1 S. 2 wird die Todesstrafe als zulässige Einschränkung des Rechts auf Leben anerkannt, während sie das 6. ZP für Friedenszeiten ausschließt; aus diesem Umstand hat der EGMR abgeleitet, dass die Mitgliedstaaten - trotz des Umstands, dass das 6. ZP für fast alle gilt - nicht von einer hierauf zu begründenden, stillschweigenden Änderung des Art. 2 ausgingen und auch die Todesstrafe nicht als durch Art. 3 verboten ansähen (EGMR, *Soering ./.* *United Kingdom*, E 161, Ziff. 41); andererseits wurde betont, dass das zur Verurteilung führende Verfahren gegen Art. 5 und 6 und die Art der Vollstreckung gegen Art. 3 verstoßen können (EGMR, *Öcalan ./.* *Türkei*, 12.03.2003). Inzwischen verbietet das 13. Zusatzprotokoll vom 03. Mai 2002, das am 01.07.03 in Kraft getreten ist und derzeit für 43 Staaten (Stand: April 2012) gilt, jegliche Abweichung vom Verbot der Todesstrafe. Die Bundesrepublik Deutschland hat das Zusatzprotokoll zur Abschaffung der Todesstrafe im Jahre 2004 ratifiziert.

Bei den Ausnahmen des Abs. 2 handelt es sich um Situationen, in denen die Tötungshandlung nicht notwendig absichtlich ist. Betroffen sind im Wesentlichen solche Fälle, bei denen der Tod als unabdingbare Nebenfolge gerechtfertigter staatlicher Gewaltanwendung auftritt, Anwendung findet die Vorschrift jedoch auch auf absichtliche Tötungen. Besondere Probleme werfen „gezielte Todesschüsse“ auf: Im Fall *McCann* (drei IRA-Terroristen waren in Gibraltar absichtlich erschossen worden, weil die handelnden Soldaten glaubten, die Terroristen wollten eine Bombe zünden), hat der EGMR zum einen die Notwendigkeit unterstrichen, einen sehr scharfen Maßstab der Erforderlichkeit (Verhältnismäßigkeit) anzulegen; ferner kam er zum Ergebnis, dass Art. 2 zwar nicht wegen der fehlerhaften Einschätzung der Situation durch die Soldaten, wohl aber wegen der mangelhaften Organisation der Aktion verletzt sei (*ibid.*, Ziff. 200 ff., vgl. dazu auch *Ogur ./.* *Turkey* v. 20.05. 1999, Ziff. 83, unkorrekte Warnschüsse und mangelhafte Sicherheitsvorkehrungen beim Einsatz von Sicherheitskräften). So ist erforderlich, dass bei staatlichen Handlungen eine angemessene Vorsorge getroffen wird, um sicherzustellen, dass jedes Risiko für das Leben minimiert wird (Luftangriff auf zivilen Flüchtlingskonvoi in einem als sicher angekündigten humanitären Korridor aus Grosny, *Medka Isayeva u.a. ./.* *Russland*). Nach wohl h.M. lässt Art. 2 Abs. 2 a) auch den *finalen Rettungsschuss* zur Befreiung einer Geisel zu. Auch für ein Eingreifen von Art. 2 Abs. 2 a) wurde von der EKMR wiederholt auf das Erfordernis einer *absolute necessity* hingewiesen; ferner muss stets ohne Tötungsabsicht geschossen werden. Der EGMR verlangt, dass der Schütze im ernsthaften Glauben handelt, sein Leben und seine physische Integrität sowie Leben und physische Integrität seiner Kollegen seien in Gefahr, wenn es um die

Rechtfertigung eines gezielten Todesschusses geht (EGMR, 24.3.2011 (GK), *Giuliani u Gaggio ./. Italien*, Nr. 23458/02, Ziff. 189ff.) Ungeklärt ist die Zulässigkeit von Maßnahmen, bei denen die Tötung Unschuldiger in Kauf genommen werden muss (wie z.B. durch den Abschuss eines von Terroristen entführten Flugzeugs, damit dieses nicht z.B. in ein Hochhaus gelenkt werden kann). Das BVerfG hat bekanntlich entschieden, dass die Abschussermächtigung im Luftsicherheitsgesetz nichtig ist. (BVerfGE 115, 118-166). In allen Fällen der Annahme einer gerechtfertigten staatlichen Tötung ist ein strenger Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit anzulegen, wobei die Beurteilung aus einer ex-ante Sicht des Handelnden vorzunehmen ist. Art. 2 II lit. a EMRK entfaltet nach allgemeiner Auffassung über den konkreten Wortlaut hinaus auch eine Drittwirkung dahingehend, dass die mitgliedstaatlichen Regelungen zu Notwehr und Notstand Privater an Art. 2 II lit. a EMRK zu messen sind. Es kann an dieser Stelle gefragt werden, ob die deutsche Regelung des § 32 StGB mit der dort vertretenen Bagatellgrenze zur Rechtfertigung von Tötungen in Notwehr vereinbar ist bzw. welche Einschränkungen für die Gebotenheit der Notwehr aus Art. 2 EMRK erwachsen.

In einer Reihe von Entscheidungen zu Tötungen in den von Kurden besiedelten Gebieten der Türkei hat der EGMR Verletzungen von Art. 2 festgestellt, die nicht durch Art. 2 Abs. 2 c) gerechtfertigt seien: „Verschwinden“ eines Festgenommenen im staatlichen Gewahrsam (vgl. z.B. *Orhan*, 18.06.2002); Fehlen effektiver, staatlicher Untersuchungen bei gewaltsamen Todesfällen (Art. 2 iVm Art. 1; z.B. *Orak* 14.02.2002); unverhältnismäßiger Schusswaffengebrauch durch Sicherheitskräfte während einer Demonstration (z.B. *Gülec*, 27.07.1998).

Zudem bejahte der Gerichtshof eine Verletzung von Art. 2 in einem Fall, in dem die Türkei einem Journalisten den beantragten Schutz gegen mögliche Anschläge, auch durch Übergriffe von Sicherheitskräften, nicht gewährte und dieser kurz darauf von Unbekannten erschossen wurde (*Kilic ./. Turkey*, 28.03.2000; vgl. auch *Mahmut Kaya ./. Turkey*, 28.03.2000). Eine Verletzung von Art. 2 sah der EGMR darin, dass die türkischen staatlichen Behörden nicht verhindert hätten, dass durch auf Mülldeponien bestehende Explosionsgefahr das Leben zahlreicher Anlieger bedroht wurde (*Oneyrildiz*, 18.06.2002). In der vorzeitigen Entlassung von Straftätern, die dann Dritte töten, ist keine Verletzung der Schutzpflichten aus Art. 2 EMRK zu sehen. Der Staat trägt zumindest dann keine völkerrechtliche Verantwortung für diese Verletzung, soweit eine eingehende Einzelfallprüfung keine Indizien auf die Gefährlichkeit des Täters ergab (*Mastromatteo ./. Italien*, 24.10.2002). Jedenfalls muss der Staat nur solche Maßnahmen ergreifen, die von der Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse angemessen erwartet werden können (*Osmanoglu ./. TUR*, 24.1.2008). Eine Verletzung von Art. 2 EMRK stellt auch eine Ausweisung dar, soweit eine begründete Gefahr besteht, dass im Heimatland die Todesstrafe vollzogen wird (*Bader ./. Schweden*, Urteil vom 8.11.2006 – ebenso eine Verletzung von Art. 3 EMRK, s.u.).

In jüngerer Zeit häufen sich die Verfahren wegen Verletzungen der Garantie aus Art. 2 EMRK gegen Russland. Die Verurteilungen Russlands betreffen dabei überwiegend Verletzungen des Rechts auf Leben in Tschetschenien (etwa EGMR, 17.9.2009, *Magomadova u.a. ./. Russland*, Nr. 33933/05; EGMR, 15.7.2010, *Gelayevy ./. Russland*, Nr 20216/07). Überwiegend werden dabei Verletzungen Russlands im Hinblick auf die nicht hinreichende Untersuchung von Todesfällen in staatlichem Gewahrsam festgestellt.

b) Die Grundrechte-Charta der Europäischen Union (GRC) enthält ebenfalls in Art. 2 die Garantie des Rechtes auf Leben. Über die Transferklausel des Art. 52 III GRC gelten die Ausnahmen vom Verbot der absichtlichen Tötung aus Art. 2 II EMRK auch für die entsprechende Garantie der GRC.

c) Die einschlägige Tätigkeit des MR-Ausschusses unter dem IPbürgR betraf insbesondere Fälle willkürlicher Tötung in Lateinamerika. Zum einen ist zu bemerken, dass auch hier für Polizeieinsätze zur Festnahme von Verbrechern das Verhältnismäßigkeitsprinzip strikt zu achten ist; zum anderen sind die (vor allem Uruguay betreffenden) Fälle hervorzuheben, in denen auf eine Verletzung von Art. 6 erkannt wurde, weil die staatlichen Organe keine ernsthaften Untersuchungen angestellt hatten, um die Umstände der Tötung der in staatlichen Händen „verschwundenen“ und später tot aufgefundenen Op-

fer aufzuklären.

Im Vergleich zu Art. 2 EMRK enthält Art. 6 IPbürgR wesentlich detailliertere Regelungen zur Zulässigkeit der Verhängung der Todesstrafe (nur für „schwerste Verbrechen“, Geltung des Gebots *nulla poena sine lege*, rechtskräftiges Urteil eines zuständigen Gerichts, keine Verhängung gegenüber zur Tatzeit noch nicht 18jährigen Jugendlichen und keine Vollstreckung an Schwangeren). Der CCPR stellte zudem fest, dass die automatische und zwingende Verhängung der Todesstrafe für ein bestimmtes strafrechtliches Delikt eine Verletzung des Rechts auf Leben gemäß Art. 6 darstellt (*Larranaga /Philippinen, 14.09.2006, Communication No. 1421/2005*).

.Von Bedeutung ist insbesondere auch der Ansatz, dass die Verfahrensrechte des Art. 14 Anwendung finden; auf dieser Grundlage erkannte der MR-Ausschuss in einer Vielzahl von Fällen betreffend - vor allem - Zaire, Jamaica und Trinidad nicht nur auf einen Verstoß von Art. 14, sondern auch von Art. 6.

d) Für den lateinamerikanischen Bereich ist vor allem auf die Rspr. des IAGMR in Fällen „verschwendener“ Personen hinzuweisen, in denen auf eine Verletzung des Rechts auf Leben nach Art. 4 AMRK erkannt wurde (vgl. z.B. *Caballeros Delgado ./ Colombia, in HRLJ 1996, 33*).

## § 11. Das Verbot von Folter und unmenschlicher Behandlung

a) Art. 3 EMRK verbietet Folter, unmenschliche Behandlung oder erniedrigende Behandlung bzw. Strafe. Art. 3 ist die einzige Bestimmung der EMRK, die keinerlei Einschränkungen unterliegt Selbst im Fall von Ausnahmesituationen wie dem Kampf gegen Terrorismus und im Falle von Entführungen, verbietet die EMRK Folter und unmenschliche Behandlung, eine Abweichung nach Art. 15 EMRK ist im Falle von Art. 3 nicht möglich. Das Folterverbot gilt damit absolut, jeder Eingriff stellt damit eine Verletzung dar. Aus einer Analyse der Judikatur des EGMR ergibt sich zum einen, dass für ein Eingreifen des Art. 3 ein gewisses Maß an Schwere des Eingriffs vorliegen muss (EGMR, *Ireland ./. United Kingdom*, E 25, Ziff. 65), und zum anderen zeigt sich eine fließende Abgrenzung zwischen dem Tatbestand der unmenschlichen Behandlung und demjenigen der Folter.

So hat der EGMR die sog. *fünf Techniken*, die bei Verhören in Nordirland eingesetzt wurden (mit verbundenen Augen lange bei großem Lärm an einer Wand stehen, minimales Essen und Trinken, Schlafentzug) „nur“ als unmenschliche Behandlung, die EMRK hatte diese hingegen unter den Tatbestand der Folter subsummiert. Als Folter wurde jedoch die häufige Vergewaltigung „unter besonders erniedrigenden Umständen“ einer 17jährigen Frau in türkischem Polizeigewahrsam bezeichnet (EGMR, *Aydin ./. Turkey*, E 1997, 1866; vgl. auch *Aksoy ./. Turkey*, E 1996, 2261). Im Fall *Selmouni ./. France* vom 28.07.1999 hat sich der EGMR erstmals der Folterdefinition aus Art. 1 der UN-Anti-Folterkonvention bedient (Ziff. 96 ff.). Relativ häufig sind auch Fälle unmenschlicher Behandlung (Schläge) durch Polizeiorgane (vgl. EGMR *Tomasi ./. France*, E 241-A, Ziff. 42, einerseits und *Klaas ./. Germany*, E 269, Ziff. 17, andererseits); unter Umständen kann auch die Behandlung von Geisteskranken unmenschliche Behandlung darstellen (vgl. aber EGMR, *Herczegfalvi ./. Austria*, E 244, Ziff. 25, wo eine Fesselung an ein Bett als therapeutisch veranlasst und deshalb Art. 3 nicht verletzend angesehen wurde). Im Einzelfall kann auch das Niederbrennen der Häuser der Beschwerdeführer als erniedrigende Behandlung zu werten sein (bejaht im Fall *Selcuk and Asker ./. Turkey*, 25.09.1997: mit Rücksicht auf Art und Weise der Zerstörung sowie das hohe Alter der Bf., die ihr ganzes Leben in dem betreffenden Dorf verbracht hatten; abgelehnt dagegen in *Mentes ./. Turkey*, 28.11.1997). Zudem wurde auch die Vergewaltigung eines weiblichen Häftlings als Folter klassifiziert (*Maslova u. Nalbandov ./. RUS*, 24.1.2008). Als erniedrigende Behandlung wurde in mehreren Fällen die Prügelstrafe angesehen (vgl. etwa EGMR, *Tyrer ./. United Kingdom*, E 26: Prügelstrafe auf der Isle of Man; *Campbell and Cosans ./. United Kingdom*, E 48 einerseits und *Costello-Roberts ./. United Kingdom*, E 247 andererseits: Prügelstrafe an britischen Schulen). Besonders häufig, aber kaum erfolgreich, werden Verletzungen von Art. 3 durch Haft- und Verhörbedingungen gerügt. In diesem Zusammenhang hat die Große Kammer des Gerichtshof in ihrem Urteil *Gäfgen ./. Deutschland*, 01.06.2010 endgültig entschieden, dass die Drohungen gegen den Beschwerdeführer mit der Absicht, Informationen zu erpressen, schwerwiegend genug waren, um als unmenschliche Behandlung im Sinne von Artikel 3 zu gelten. Im Fall *Gäfgen* wurde einem Straftäter durch einen hohen Polizeibeamten Folter angedroht, um den Ort zu erfahren, an dem der Täter einen entführten Jungen versteckt zu halten behauptete. Unter Berücksichtigung seiner eigenen Rechtsprechung und den Einschätzungen anderer internationaler Institutionen des Menschenrechtsschutzes gelangte der Gerichtshof allerdings zu der Auffassung, dass die Verhörmethode, der der Beschwerdeführer unterzogen worden war, nicht einen solchen Schweregrad erlangt hatte, dass sie als Folter gelten könnte. Im Ergebnis nahm der Gerichtshof dennoch eine Verletzung des Art. 3 EMRK durch den Mitgliedstaat Deutschland an, die mit einer nicht hinreichenden Aufklärung einer Misshandlung begründet wurde, der EGMR erachtete die gegen die Polizeibeamten ausgesprochenen Geldstrafen als nicht hinreichende Ahndung staatlicher Misshandlung.

Auch stellte das Zusprechen von strafrechtlicher Schuldfähigkeit an zehnjährige Kinder und die anschließende Verurteilung durch eine Strafkammer für Erwachsene zu einer unbestimmten Haftstrafe keine unmenschliche Behandlung dar (*V. ./. UK*, 16.12.1999). Das Verhängen der Todesstrafe, nach einem unfairen Verfahren, ist hingegen als eine unmenschliche Behandlung anzusehen (*Öcalan ./. Türkei*, 12.03.2003). Demgegenüber stellt die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe mit

beschränkter Möglichkeit des Straferlasses wegen guter Führung oder Fleißes keine unmenschliche Behandlung dar, da zwar auf lebenslange Haft lautende Urteile ohne zeitliche Beschränkung notwendigerweise zu Angst und Unsicherheit führen müssen, diese Erscheinungen jedoch auf den Charakter einer derartigen Strafe (*Kafaris./CYP* (GK), 12.2.2008). Verstöße gegen Art. 3 sind auch dann anzunehmen, wenn verbotene Handlungen nicht adäquat strafrechtlich verfolgt werden können bzw. nicht effektiv untersucht werden (*A. ./ UK*, 23.09.1998; *Assenov ./ Bulgaria*, 28.10.1998; vgl. aber *Jehan ./ Turkey*, 11.07.2000, solche Handlungen können auch eine Verletzung von Art. 13 darstellen).

Eine unmenschliche Behandlung durch Unbekannte wurde in dem Fall *Mahmut Kaya ./ Turkey* vom 28.03.2000 als eine Verletzung von Art. 3 gewertet, da der Staat, obwohl er wusste, dass dem Opfer rechtswidrige Angriffe durch Übergriffe von Sicherheitsorganen drohten, keinen Schutz gewährte. Auch das erste gegen Russland ergangene Urteil stellte eine Verletzung von Art. 3 aufgrund der Haftbedingungen in russischen Gefängnissen fest (*Kalashnikov ./ Russian Federation*, 15.07.2002); inzwischen gibt es eine Vielzahl entsprechender Urteile. In mehreren Entscheidungen gegen Russland stellte der Gerichtshof eine unmenschliche Behandlung von Angehörigen einer in staatlichem Gewahrsam „verschwundenen“ Person fest, da sie in Folge des Verschwindens Leid und Angst erfahren hatten und durch das Verhalten der staatlichen Behörden nicht in der Lage waren herauszufinden, was mit den Angehörigen passiert war (vgl. etwa *Lyanova u. Aliyeva ./ Russland*, Nr. 12713/02 u. 28440/03, Ziff. 116). Ebenso entschieden wurde auch in einem Verfahren gegen die Türkei, in dem der Verschleppte den Beschwerdeführern besonders nahe stand, sie psychischer Belastung ausgesetzt waren und zusätzlich keinerlei Informationen von staatlicher Seite erhielten (*Orhan ./ Turkey*, 18.06.2002).

Auch im Falle von Art. 3 EMRK müssen die verschiedenen Dimensionen der Garantie beachtet werden. Art. 3 EMRK statuiert nicht nur Unterlassungspflichten des Staates, sondern auch aus Art. 3 erwachsen positive Schutzpflichten für die Mitgliedstaaten. Die Staaten sind verpflichtet, Individuen vor Folter und unmenschlicher Behandlung zu schützen, im Falle einer hinreichend konkreten Gefahr der Verletzung des Folterverbotes muss der jeweilige Staat aufgrund seiner Gewährleistungspflicht aus der EMRK entsprechende Maßnahmen zur Verhinderung von Folter ergreifen. Staatliches Eingreifen ist sowohl bei einer Gefährdung durch staatliche als auch durch nichtstaatliche Akteure gefordert. Die Schutzpflicht wird immer dann relevant, wenn das physische Wohlbefinden und die körperliche Integrität einer Person von staatlichen Maßnahmen abhängen, unabhängig davon, ob die Gefährdung staatlich verursacht ist oder durch Private erfolgt. Neben der reinen Schutzpflicht erwächst auch aus Art. 3 EMRK eine Untersuchungs- und Ermittlungspflicht des Staates. Bei Bestehen eines konkreten Verdachtes der Folter oder unmenschlicher Behandlung von Seiten des Staates oder durch Private ist der Mitgliedstaat verpflichtet, hinreichend effektive Ermittlungen einzuleiten und einen entsprechenden organisatorischen Rahmen zu schaffen, der unabhängige und schnelle Untersuchungen der Vorfälle ermöglicht.

Zusammengefasst kann die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK in verschiedene Fallgruppen eingeteilt werden. Es handelt sich bei den Verpflichtungen aus Art. 3 um Regelungen für Polizeieinsätze, die medizinische und sonstige Behandlung in Haft befindlicher Personen, Schutzpflichten vor Misshandlungen durch Privatpersonen und aus Art. 3 ableitbare Abschiebungs- und Auslieferungshindernisse. Letztere sollen hier genauer betrachtet werden.

Art. 3 EMRK hat in neuerer Zeit erhebliche Bedeutung im Bezug auf aufenthaltsbeendende Maßnahmen der Auslieferung und Ausweisung der Mitgliedstaaten erlangt. Die aus Art. 3 resultierenden positiven Schutzpflichten der Mitgliedstaaten werden in diesem Zusammenhang durch den EGMR fortwährend präzisiert und mit konkreten Anforderungen ausgestaltet. Die EMRK enthält keinen Anspruch auf Aufenthalt oder Asyl und auch kein Recht auf Unterkunft oder finanzielle Unterstützung für Flüchtlinge, (vgl. zuletzt EGMR, Urt. v. 21.2.2011 – 20696/09, M.S.S./Belgien und Griechenland),

Ausweisungen und Auslieferungen werden konventionsrechtlich aber dann relevant, wenn der Person im Zielland, in welches ein Mitgliedstaat die Abschiebung vornehmen möchte, Folter und unmenschliche Behandlung drohen. Danach kann die Ausweisung oder Auslieferung in einen Staat, in welchem dem Betroffenen eine unmenschliche Behandlung droht, zu einer Verletzung von Art. 3 führen, weil der ausweisende oder ausliefernde Staat die unmenschliche Behandlung erst ermöglicht.

Diese Rechtsprechung ist vom EGMR erstmals im Fall *Soering ./. United Kingdom* (E 161, Ziff. 42) entwickelt worden: Er sah in der drohenden Auslieferung des eines Mords in Virginia verdächtigten *Soering* einen Verstoß gegen Art. 3, weil diesem in Virginia das *death row phenomenon* (langer Aufenthalt in der Todeszelle) drohe. Diese Rechtsprechung ist später auf Fälle der Ausweisung ausgedehnt worden; dabei ist aber Voraussetzung, dass eine begründete Gefahr besteht, dass die unmenschliche Behandlung dem Betroffenen selbst droht (vgl. u.a. *Cruz Varas ./. Sweden*, E 201, Ziff. 28; *Vilvarajah et al. ./. United Kingdom*, E 215, Ziff. 34; *Vijavanathan ./. France*, E 241-B). Während geklärt ist, dass die allgemein schlechte menschenrechtliche Lage in einem Staat einer Ausweisung nicht entgegensteht, war lange Zeit offen, ob die Gefahren, die dem Betroffenen im Zielland drohen, immer von *staatlichen* Organen ausgehen müssen. Im Zusammenhang mit dieser Frage ist der Schutzbereich des Art. 3 unter Verweis auf den „absoluten Charakter“ dieser Norm in jüngeren Urteilen des EGMR beträchtlich ausgeweitet worden. Im Fall des kolumbianischen Drogenhändlers *H.L.R. ./. France* (29.04.1997, Ziff. 33ff.) stellte der EGMR klar, dass ein Abschiebeverbot auch dann bestehen könne, wenn die dem Betroffenen drohende Gefahr von Privaten ausgehe; dies setze voraus, dass das Risiko tatsächlich bestehe und der Zielstaat nicht in der Lage sei, angemessenen Schutz zu gewährleisten. Selbst in Fällen, in denen es völlig an einem Verfolger fehle, d.h. die Gefahr einer verbotenen Behandlung von Faktoren herrühre, die weder unmittelbar noch mittelbar in die Verantwortung des Ziellandes fallen und *per se* Art. 3 nicht verletzen, kann eine Abschiebung einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK darstellen (*D ./. UK*, 02.05.1997, Ziff. 49 ff.); dies gelte z.B. auch im Falle der Abschiebung eines im Endstadium an AIDS erkrankten Drogenkuriers nach Haftverbüßung ohne jegliche Aussicht auf angemessene moralische, finanzielle und medizinische Unterstützung in seinem Heimatstaat (*Bon-said ./. UK*, 06.02.2001). Die Absolutheit des Schutzes genießt auch der von Abschiebung bedrohte Terrorist, der eine schwere Gefahr für die Sicherheit des Aufenthaltsstaates und seiner Bevölkerung darstellt (*Chalal ./. UK*, Reports 1996-V; erneut bestätigt durch *Saadi ./. Italy*, 28.02.2008,). Ferner wurde eine Verletzung von Art. 3 bejaht, weil der Bf. in ihrem Heimatland wahrscheinlich eine Steinigung als Bestrafung für Ehebruch drohte (*Jabari ./. Turkey*, 11.07.2000). Zudem wies der EGMR in diesem Urteil darauf hin, dass eine kurze Frist (hier 5 Tage) für die Asylantragstellung nach Einreise möglicherweise gegen Art. 3 EMRK verstoßen könne. Auch die Abschiebung oder Ausweisung in einen Staat, der Mitgliedstaat der EMRK ist, kann eine Verletzung von Art. 3 EMRK bedeuten, die Rechtsprechung beschränkt die Garantie in dieser Hinsicht nicht auf die Auslieferung in Drittstaaten. So entschied der EGMR, dass selbst die Überstellung eines Asylbewerbers im Rahmen der „Dublin II Verordnung“ der Europäischen Union von einem Mitgliedstaat in einen anderen die Garantie des Art. 3 EMRK verletzen kann (EGMR, 21.1.2011 (GK), *M.S.S. ./. Belgien und Griechenland*, Nr. 20696/09). Der EGMR stellte in dem Verfahren gegen Belgien fest, die belgischen Behörden hätten den Beschwerdeführer durch die Abschiebung nach Griechenland in Kenntnis der dortigen schlechten Haft- und Lebensbedingungen der hohen Gefahr einer erniedrigenden Behandlung ausgesetzt und damit Art. 3 EMRK verletzt. Die belgischen Behörden hätten wissen und berücksichtigen müssen, dass einem Asylbewerber in Griechenland keine Gewähr dafür geboten wird, dass sein Antrag einer ernsthaften Prüfung durch die griechischen Behörden erfährt.

Im Jahre 2011 entschied der EGMR über eine Verletzung des Verbotes unmenschlicher Behandlung durch Großbritannien, das zwei somalische Staatsbürger nach Mogadischu ausweisen wollte. Großbritannien verletze seine Schutzpflichten aus Art. 3 EMRK, da die Beschwerdeführer im Zielland der Gefahr unmenschlicher Behandlung ausgesetzt würden (EGMR, Urt. v. 28.6.2011, *Sufi u. Elmi ./. Großbritannien*, Nr. 8319/07 u. 11449/07). Zuletzt verurteilte der EGMR den Mitgliedstaat Italien wegen einer festgestellten Verletzung von Art. 3 EMRK durch das Abfangen afrikanischer Bootsflüchtlinge im Mittelmeer und die Rückführung nach Tripolis in Libyen. Der EGMR rügt das Verhalten Italiens, welches die Flüchtlinge einem Risiko der unmenschlichen Behandlung aussetzte. Der EGMR erkennt die erheblichen Schwierigkeiten der Staaten am Mittelmeer bezüglich der Flüchtlings-

ströme aus Nordafrika an, stellt aber gleichzeitig fest, diese schwierige Lage entbinde die Mitgliedstaaten nicht ihrer Pflichten aus der EMRK. Zum Zeitpunkt der Abschiebung wussten die italienischen Behörden um die Gefahren für die Menschen in Libyen und kannten die Situation des Ziellandes. Die Rückführung der Flüchtlinge nach Libyen ohne weitere Prüfung wird als Konventionsverletzung festgestellt (EGMR, Urt. v. 23.3.2012, *Hirsi u. Jamaa u.a. ./ Italien*, Nr. 27765/09).

Mit Recht wird für eine Ausdehnung des Schutzes aus Art. 3 darauf verwiesen, dass nicht der fremde Staat in seinem Verhalten an Art. 3 gebunden ist, sondern der ausliefernde oder ausweisende Mitgliedstaat der EMRK durch sein Verhalten die konkrete Gefahr unmenschlicher Behandlung erhöht. Wenn auch die meisten der auf diese Rechtsprechung gestützten Beschwerden keinen Erfolg hatten, so hat diese vor allem durch ihre „präventive“ Wirkung auf das nationale Recht große Bedeutung. So wurde sie durch § 60 I AufenthG (sog. *kleines Asyl*) in die deutsche Rechtsordnung eingefügt.

Für Europa ist noch besonders auf die Tätigkeit der Anti-Folter-Kommission hinzuweisen, vor allem auf ihren ersten Bericht betreffend die Türkei (EuGRZ 1998, 301 ff.). Verbesserungen der Lage in der Türkei sind seitdem offensichtlich. Das Bemühen der jeweiligen türkischen Regierungen zeigt sich auch darin, dass immer mehr Verfahren vor dem EGMR aufgrund einer gütlichen Einigung zwischen Beschwerdeführern und Türkei eingestellt werden.

b) Die Grundrechte-Charta der EU (GRC) hat das Folterverbot in Art. 4 GRC übernommen.

c) Im Gegensatz zu Art. 3 EMRK verbietet Art. 7 IPbürgR (und auch Art. 5 (2) AMRK) nicht nur Folter sowie unmenschliche und erniedrigende, sondern auch grausame Behandlung und Strafe. Hinsichtlich des Begriffs der Folter lehnt sich das UN-Komitee an die Definition in Art. 1 UN-Anti-Folterkonvention an, hat aber in ihrem *General Comment* unterstrichen, dass der Staat einer Pflicht unterliegt, die Begehung von unter Art. 7 fallende Handlungen durch Personen, die nicht als oder im Auftrag von Staatsorganen handeln, gesetzlich zu ahnden. In einer Reihe von Fällen, vor allem gegen Uruguay (vgl. etwa *Massera* 5/1977; *Grille Motta*, 11/1977; *López Burgos* 52/1979), aber auch gegen Zaire (vgl. etwa *Muteba* 124/1982 und *Miango Muiyo* 194/1985) erkannte das Komitee schon früh - angesichts der teils kaum glaublichen Behandlung der Opfer nicht verwunderlich - auf Folter; wie unter der EMRK ist die Abgrenzung zu unmenschlicher (oder grausamer) Behandlung im Einzelfall fließend (und nicht immer völlig überzeugend: So sei der Zwang, mehrere Tage mit verbundenen Augen ohne Bewegung auf einer Matratze sitzen zu müssen, „nur“ unmenschliche Behandlung, erst wenn sich daraus bleibende Gesundheitsschäden ergeben, sei es Folter - besondere Bedeutung kommt dabei „einer Gesamtschau der Umstände“ zu. Als Verletzung des Folterverbots hat der CCPR so dann in dem Fall *Llantoy Huamán/Peru* vom 22.11.2005 auch die erzwungene Fortführung der Schwangerschaft und die Erfahrung der Geburt eines schwer deformierten Kindes, mit dem Wissen, dass dieses sehr bald sterben würde, angesehen, da dies bei der Beschwerdeführerin ein schweres psychisches Leiden bewirkte. Da Peru trotz Wissen um diese Tatsachen eine Abtreibung untersagte, sei vorliegend das Verbot der Folter und unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung gemäß Art. 7 verletzt. Als erniedrigende Behandlung wurden vor allem sexuell motivierte Demütigungen von Frauen bezeichnet (vgl. *Arzuaga Gilboa ./ Uruguay*, 147/1983). Die lange Verweildauer in einer Todeszelle stellt *per se* keinen Verstoß gegen Art. 7 dar (*Bickaroo ./ Trinidad and Tobago*, 555/1993). Auch hinsichtlich der Strafen sind die Grenzen zwischen den einzelnen Kriterien fließend: So dürften vor allem einige Arten von Hinrichtungen (Steinigung) als Folter, andere - vor allem im *Sharia* Recht vorgesehene - Strafen (Amputationen, Blendung, Kastration) unzweifelhaft als grausam anzusehen sein. Öffentliche Hinrichtungen und Körperstrafen sind als erniedrigende Strafen zu werten. Es ist offenkundig, dass dieses eines der Gebiete ist, in dem der Streit um die „kulturelle Abhängigkeit“ der Menschenrechte am stärksten ist. Hinsichtlich der Ausweisung von unter Terrorismusverdacht stehenden Personen hielt der Ausschuss fest, dass dem Non-Refoulement Verbot des Artikels 7 bei einem bestehenden Miss-

handlungsrisiko nicht durch die bloße Einholung diplomatischer Zusicherungen genüge getan wird. Ferner ist das Recht auf eine wirksame Beschwerde gegen Paktverletzungen gemäß Art. 2 in Verbindung mit Art. 7 dann verletzt, wenn dem Beschwerdeführer vor seiner Abschiebung kein Rechtsmittel zur Verfügung stand (*Alzery/Schweden*, 1416/2005). Zudem muss im Falle einer Ausweisung dem Beschwerdeführer durch ein Verfahren die Möglichkeit gegeben werden, darzustellen inwieweit im Falle einer Ausweisung die Gefahr besteht, Opfer von Folter oder unmenschlicher Behandlung zu werden. Sieht ein Verfahren diese Möglichkeit nicht vor, dann verstößt die Ausweisung gegen Art. 7 IPbpR (*Ahin/ Kanada*, 1051/2002).

## § 12. Das Diskriminierungsverbot

a) Die EMRK enthält keinen allgemeinen Gleichheitssatz, sondern nur das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK. In Bezug auf die Rechte und Freiheiten der EMRK ist durch Art. 14 EMRK jede Diskriminierung untersagt, die Garantien der EMRK werden so nach ständiger Rechtsprechung des EGMR um das Gebot der Nichtdiskriminierung ergänzt (etwa EGMR, 16.9.1996, *Gaygusuz*./ *AUT*, Nr. 17371/90, Z. 36). Das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK aus dem Jahre 2005 hingegen enthält in Art. 1 einen nicht-akzessorischen allgemeinen Gleichheitssatz.

Mit der Entscheidung im *Belgischen Sprachenfall* (EGMR, 23.7.1968, Nr. 1474/62 u.a.) statuiert der EGMR Art. 14 EMRK habe zwar keine selbständige, von den übrigen normativen Vorschriften losgelöste Bedeutung, seine Anwendbarkeit sei aber nicht von der Verletzung einer anderen Norm abhängig. Folglich kann eine Maßnahme, die an sich keine Verletzung der EMRK darstellt, gegen eine Garantie der EMRK *in Verbindung mit* Art. 14 verstoßen, weil sie im Gesamten als Diskriminierung einzuordnen ist. Voraussetzung für die Anwendung des Art. 14 EMRK ist allerdings, dass der Sachverhalt in den Regelungsbereich einer Konventionsgarantie fällt, Art. 14 ist nur in Verbindung mit einem anderen Recht aus der EMRK anwendbar und wird deshalb als akzessorisches Diskriminierungsverbot bezeichnet. Es muss aber kein Eingriff in die verbundene Garantie der EMRK vorliegen, lediglich der Gewährleistungsbereich muss betroffen sein. An dieser Stelle nimmt der EGMR allerdings faktisch eine sehr weite Auslegung der Gewährleistungsbereiche der Rechte aus der EMRK vor. Im Gegensatz zur formell bestehenden Akzessorietät des Art. 14 EMRK kann insbesondere im Bezug auf die Eigentumsfreiheit aus Art. 1 1. Zusatzprotokoll der EMRK, die der EGMR im Zusammenhang mit Art. 14 EMRK sehr großzügig behandelt, wenn es um die Feststellung der Eröffnung des sachlichen Regelungsbereiches geht, von einer Autonomie des Art. 14 EMRK gesprochen werden (EGMR, 28.5.1985, *Abdulaziz u.a.* ./ *GBR*, Nr. 9214/80 u.a., Z. 71).

Art. 14 EMRK tritt vor allem im Zusammenhang mit Art. 8 EMRK bezüglich sexueller Orientierung oder familienrechtlicher Fragen auf. Eine weitere bedeutende Fallgruppe bildet die Diskriminierung im Bereich der Religionsfreiheit und der Religionsausübungsfreiheit nach Art. 9 EMRK. Weiter treten häufig Fälle der Diskriminierung im Bezug auf die Eigentumsgarantie aus Art. 1 1. Zusatzprotokoll auf und solche, die eine Ungleichbehandlung in der Gewährung von Verfahrensrecht betreffen (Art. 6 EMRK).

In der Entscheidung *Belgischer Sprachenfall* wurde erstmals auch ausgeführt, dass eine Regelung/Maßnahme dann diskriminierend wirkt, wenn sie hinsichtlich der Gewährleistung der Ausübung eines Rechts zwischen Personen, die sich in einer vergleichbaren (nicht notwendig identischen) Lage befinden, unterscheidet, ohne dass es hierfür einen objektiven und angemessenen Rechtfertigungsgrund gibt und/oder zwischen den eingesetzten Mitteln und dem angestrebten Zweck kein angemessenes Verhältnis besteht (vgl. auch EGMR E 31, *Marckx* ./ *Belgium* -Rechtstellung nichtehelicher Kinder - sowie *Abdulaziz et al.* ./ *UK*, E 94 - Benachteiligung ausländischer Ehegatten; sowie die Ungleichbehandlung von unverheirateten und verheirateten Strafgefangenen -*Petrov* ./ *BUL*, 22.05.2008; dagegen nahm der EGMR im Fall *Burden* ./ *GBR*, 29.04.2008 keinen vergleichbaren Sachverhalt zwischen verheirateten Paaren und sonstigen Familienangehörigen wie Geschwistern bezüglich der Zahlung von Erbschaftsteuer an).

Eine Diskriminierung nach Art. 14 EMRK setzt mithin zunächst voraus, dass eine Ungleichbehandlung von vergleichbaren Sachverhalten oder Personen vorliegt. Ungleichbehandlung

kann aus einem Gesetz, aber auch aus einer ständigen Verwaltungspraxis stammen. Neben dieser unmittelbaren Ungleichbehandlung von Gleichem, kann auch eine sogenannte mittelbare Diskriminierung vorliegen. Mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn aus einer neutral formulierten Regelung faktisch diskriminierende Konsequenzen erwachsen (EGMR, 13.11.2007 (GK) D.H. u.a. ./ CZE, Nr. 57325/00).

Auch die Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem fällt unter das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK.

Nach Feststellung einer Ungleichbehandlung bzw. Gleichbehandlung muss die etwaige Rechtfertigung der Ungleichbehandlung betrachtet werden. Art. 14 EMRK nennt dabei nicht abschließend Gründe, an die bei einer Ungleichbehandlung nicht ohne Rechtfertigung angeknüpft werden darf, sogenannte Diskriminierungsverbote. Nicht jede nach den unzulässigen Merkmalen differenzierende Maßnahme ist aber Verletzung von Art. 14 EMRK, lediglich eine unterschiedliche Behandlung ohne sachliche Rechtfertigung bedeutet einen Verstoß. Es muss ein legitimes Ziel mit der Ungleichbehandlung verfolgt werden und zwischen angestrebtem Ziel und eingesetztem Mittel muss eine Verhältnismäßigkeit festgestellt werden können. Letztlich geht es auch hier um die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Bei der Beurteilung der Angemessenheit der in Rede stehenden Maßnahme kommt allerdings den Mitgliedstaaten ein Beurteilungsspielraum zu.

Dabei gehört zu den Voraussetzungen von Art. 14 weder eine Diskriminierungsabsicht noch ein Schaden auf Seiten des Betroffenen. Zu betonen ist ferner, dass die in Art. 14 genannten Diskriminierungsmerkmale nur beispielhaft („sonstiger Status“) aufgezählt sind.

Aus Art. 14 EMRK können als akzessorischem Diskriminierungsverbot seiner Struktur nach keine Gewährleistungspflichten abgeleitet werden, wie dies bei Abwehrrechten der Fall ist. Das Handeln der Mitgliedstaaten ist vielmehr durch das Gebot der Gleichbehandlung im Gesamten determiniert. Folgt allerdings aus einer Garantie der EMRK eine Gewährleistungspflicht, so ist diese unter Beachtung des Art. 14 EMRK zu erfüllen. Aus Art. 14 EMRK können grundsätzlich allerdings keine Schutzpflichten („obligations positives“) abgeleitet werden, wie dies bei den Abwehrrechten der Fall ist. Eine Verpflichtung zu positiven Maßnahmen kann dem Diskriminierungsverbot nicht entnommen werden. Der EGMR tendiert allerdings zu Ansätzen, die die Staaten verpflichten, etwa im Zusammenhang mit Art. 11 EMRK, Maßnahmen zu ergreifen, um Diskriminierungen zu verhindern (EGMR, 30.7.2009, *Danilenkov u.a. ./ RUS*, Nr. 67336/01, Z. 123, 136). Auch im Bezug auf Art. 8 untersuchte der EGMR, ob dem Beschwerdeführer gegen ein möglicherweise die Volksgruppe der Roma diskriminierendes Buch hinreichender gerichtlicher Rechtsschutz zur Verfügung stand (EGMR, 27.7.2010, *Aksu ./ TUR*, Nr. 4149/04 u.a., Z. 52ff.). Das Verfahren ist derzeit weiter anhängig bei der Großen Kammer des EGMR.

Inhaltlich häufen sich vor dem EGMR in neuerer Zeit Fälle, in denen eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung (Diskriminierung) von Männern gegenüber Frauen festgestellt wird (EGMR, 11.06.2002, *Willis ./ UK*; EGMR, 04.06.2002 *Wessels-Bergervoet ./ Netherlands*). Ein Verbot der Adoption von Kindern durch Homosexuelle könne jedoch unter dem Aspekt des Schutzes des Kindeswohls gerechtfertigt sein (EGMR, 26.02.2002, *Fretté ./ France*). Demgegenüber hat der Gerichtshof in einem neueren Fall entschieden, dass die Versagung einer Adoption dann rechtswidrig ist und gegen Art. 14 verstößt, wenn der entscheidende Gesichtspunkt für die Versagung die sexuelle Orientierung des Adoptionsantragstellers darstellt (EGMR, 22.01.2008(GK), *E.B. ./ FRA*, Nr. 43546/02). Eine restriktive Beurteilung findet auf der Rechtfertigungsebene dann statt, wenn die ungleiche Behandlung überwiegend auf der ethnischen Herkunft einer Person, deren Rasse oder deren Hautfarbe beruht. So hat der Ge-

gerichtshof hinsichtlich der Unterbringung unverhältnismäßig vieler Roma-Kinder auf Sonderschulen entschieden, dass dies eine Diskriminierung gemäß Art. 14 EMRK i.V. mit Art. 2 1. ZP EMRK darstellt (*D.H. u.a. ./ CZE*, 13.11.2007). Anders dagegen wurde die Unterbringung von Roma-Kindern in gesonderte Klassen beurteilt, da dies aufgrund der mangelnden Sprachkenntnisse der Kinder gerechtfertigt und ein Wechsel in eine reguläre Klasse Ziel dieser Maßnahme war (*Orsus u.a. ./ CRO*, 17.07.2008). Eine positive Schutzverpflichtung des Staates nimmt der EGMR hinsichtlich rassistischer Diskriminierungen an, da damit die Verurteilung des Rassismus in der Gesellschaft zum Ausdruck gebracht wird und das Vertrauen von Minderheiten gestärkt wird (*Angelova u. Iliev ./ BUL*, 26.07.2007). Besonders streng beurteilt der EGMR wegen der Neutralitätspflicht der Staaten darüber hinaus auch eine Differenzierung nach religiösen Gründen. So stellt die Voraussetzung eines zeitlichen Mindestzeitraums bezüglich des Bestehens einer bekannten Glaubensgemeinschaft für die Anerkennung als Kirche oder Religionsgemeinschaft, eine nicht zu rechtfertigende Diskriminierung dar (*Zeugen Jehovas ./ AUT*, 31.07.2008).

Eine Tendenz zu hoher Kontrolldichte und der Einengung des nationalen Beurteilungsspielraumes zeigt der EGMR im Bezug auf Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts. Hier werden schwerwiegende Gründe zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung verlangt (EGMR, 21.2.1997, *van Raalte ./ NED*, Nr. 20060/92, Z. 42). Die Staaten können hier zur Rechtfertigung nicht auf nationale Besonderheiten verweisen, nur im Falle erheblicher Unterschiede können Ungleichbehandlungen gerechtfertigt sein. Es wird an dieser Stelle auch ein eventuell bestehender europäischer Standard berücksichtigt, der EGMR berücksichtigt auch gesellschaftliche Entwicklungen in Europa, die im Laufe der Zeit zu einer höheren Kontrolldichte und einer Einengung der Beurteilungsspielräume der Mitgliedstaaten führen können (EGMR, 10.6.2010, *Schwizgebel ./ SUI*, Nr. 25762/07, Z. 80f.). Auch die Ungleichbehandlung von nichtehelichen und ehelichen Kindern erfordert schwerwiegende Gründe zu einer Rechtfertigung. In diesen Zusammenhang gehört auch die in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere in Verfahren gegen Deutschland viel diskutierte und entschiedene Frage der Rechtsstellung biologischer Väter nichtehelicher Kinder im Bezug auf das Kind. Eine Sorgerechtsentscheidung zulasten des Vaters oder die Verweigerung von Umgangsrechten stellen eine Diskriminierung nach Art. 14 iVm Art. 8 EMRK dar (EGMR, 11.10.2001, *Hoffmann ./ GER*, Nr. 34045/96, Z. 59f.; EGMR, 8.7.2003 (GK), *Sommerfeld ./ GER*, Nr. 31871/96, Z. 91ff.).

Der EGMR ging allerdings in jüngeren Entscheidungen dann von einer Rechtfertigung der Abweisung von Klagen mutmaßlicher leiblicher Väter zur Anfechtung der Vaterschaft aus, wenn die Ungleichbehandlung der leiblichen Väter im Vergleich zur Mutter, zum rechtlichen Vater und zum Kind hinsichtlich der Möglichkeit die Vaterschaft anzufechten oder einen Gentest zu verlangen in der Absicht getätigt wurde, das Kind und seine soziale Familie vor äußerer Beeinträchtigung zu schützen. Der Gerichtshof stellte fest, dass die Entscheidung, einem bestehenden Familienverband zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind den Vorrang einzuräumen gegenüber dem biologischen Vater, nicht gegen Art. 8 iVm Art. 14 EMRK verstößt (EGMR, 22.03.2012, *Ahrens gegen Deutschland*, Nr. 45071/09 und EGMR, 22.03.2012 *Kautzer ./ Deutschland*, Nr. 23338/09). Eine Verletzung von Art. 14 iVm Art. 8 stellte der Gerichtshof allerdings in einem weiteren Fall fest, in dem ein leiblicher Vater in einem Sorgerechtsstreit gegenüber der Mutter des Kindes diskriminiert wurde, indem die nationalen Gerichte ohne Einzelfallprüfung davon ausgegangen waren, dass die Ausübung der elterlichen Sorge durch die Mutter dem Kindeswohl generell eher entspreche als die Ausübung durch den leiblichen Vater. Der Gerichtshof verwirft die These, dass die Ausübung eines gemeinsamen elterlichen Sorgerechts gegen den Willen der Mutter a priori gegen das Kindeswohl verstoße; nationales Recht, welches keine Prüfung im Einzelfall vorsehe, ob das gemeinsame Sorgerecht dem Kindeswohl entspreche, verstößt nach Auffassung der Gerichtshofes gegen Art. 8 iVm Art. 14 EMRK (EGMR, Urt.v. 03.02.2011, *Sporer ./*

Österreich, Nr. 35637/03).

Einen immer geringeren Entscheidungsspielraum der Mitgliedstaaten aufgrund der Bildung einer europäischen Kontextes nimmt der EGMR etwa auch im Bereich der Benachteiligung Homosexueller an. Eine Verletzung von Art. 14 EMRK iVm Art. 8 EMRK stellte der Gerichtshof auch im Bezug auf ein russisches Gesetz fest, welches die Behörden zwingt, ohne Berücksichtigung individueller Umstände Aufenthaltsgenehmigungen aufgrund von HIV-Infizierungen zu verweigern. Art. 14 iVm Art. 8 verbiete eine Diskriminierung auch wegen einer Behinderung und allgemein wegen des Gesundheitszustandes einer Person einschließlich einer HIV-Infektion (EGMR, Urt. v. 10.3.2011, *Kiyutin ./. Russland*, Nr. 2700/10).

b) Die Grundrechtecharta der EU garantiert in Art. 20 die Gleichheit vor dem Gesetz und verbietet in Art. 21 die Diskriminierung. Zusätzlich zu den in Art. 14 EMRK genannten Gründen, aus denen eine Ungleichbehandlung verboten ist, finden in der GRC Behinderung, Alter und sexuelle Orientierung Erwähnung.

c) Im Gegensatz zu Art. 14 EMRK sind Art. 26 IPbürgR und Art. 24 AMRK keine akzessorischen Rechte, sondern geben einen Anspruch auf *equality before and equal protection of the law* (eine Art. 14 EMRK vergleichbare Regelung ist Art. 2 IPbürgR). Diese im UN-Komitee selbst anfangs heftig umstrittene Frage wurde erst in den Fällen *Broeks* und *Zwaande Vries* (beide gegen die Niederlande) (172/1984 und 182/1984) gelöst: Es ging um nicht im IPbürgR, sondern in Art. 9 IPwskR geregelte Rechte (Arbeitslosigkeit); das Komitee bestätigte zwar, dass Art. 26 Staaten nicht zur Rechtsetzung im Bereich der sozialen Sicherheit verpflichte - wenn diese dies aber täten, müßten sie das Diskriminierungsverbot in Art. 26 beachten. Auch in verschiedenen Verfahren gegen Tschechien, welche die Entschädigungspraxis für unter kommunistischer Herrschaft durchgeführte Enteignungen betrafen (*Simunek*, 516/1992, und *Adam*, 586/1994) stellte das Komitee einen Verstoß gegen Art. 26 im Zusammenhang mit einem ebenfalls nicht im IPbürgR selbst gewährleisteten Recht (Eigentum) fest. Das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz ist bei willkürlich unterschiedlichen Anwendungen des Gesetzes verletzt, während die *equal protection* - Klausel bedeutet, dass der Gesetzgeber nur gerechtfertigte (*objective and reasonable*) Unterscheidungen treffen darf. Die meisten Fälle der Praxis betrafen geschlechtsbezogene Unterscheidungen.

Zu betonen ist schließlich, dass Art. 26 Staaten eindeutig verpflichtet, die notwendigen Maßnahmen zur Sicherung der Gleichheit zu ergreifen, wozu in Fällen struktureller Diskriminierung auch Maßnahmen *positiver Diskriminierung* zählen können.

### § 13. Religions- und Gewissensfreiheit

Die Problematik der Glaubens-, Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit zählt seit einigen Jahren zu den auf universeller Ebene problematischsten Menschenrechten, da sich in ihm - wie sonst wohl nur bei der Frage der Gleichstellung von Mann und Frau - die im weitesten Sinne kulturelle Heterogenität der internationalen Staatengemeinschaft konkretisiert. Zu erwähnen sind hier insbesondere die bekannten Folgen der Renaissance - vor allem - des islamischen Fundamentalismus, der eben nicht nur Auswirkungen auf das genannte Gleichberechtigungsgebot oder Menschenrechte wie das Verbot unmenschlicher Strafen hat. Beispielhaft seien erwähnt die Verfolgung islamischer Glaubensgemeinschaften wie etwa der Ahmadi in Pakistan als Häretiker, der Baha'i im Iran oder von Christen im Sudan. Aber auch in Europa ergeben sich Probleme etwa im Hinblick auf staatliche Verbote des Tragens des Tschador in Schulen, die Vereinbarkeit staatlicher Erziehungsaufträge mit religiösen Überzeugungen von Eltern und Schüler, die Verweigerung ärztlicher Behandlung aus religiösen Gründen oder die Beschneidung von Mädchen und Frauen. Beachtet werden muss in diesem Zusammenhang allerdings, dass es sich bei Art. 9 EMRK um eine eigenständige internationale Garantie handelt, die in ihrer Auslegung nicht an nationale Vorgaben gebunden ist, sondern autonom ausgelegt wird.

Art. 9 EMRK garantiert Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit. Er unterscheidet zwischen diesen Freiheiten und sichert auch die Freiheit, die Religion oder Überzeugung zu wechseln; neben dem reinen Recht, eine Religion oder einen Glauben oder sonstige Überzeugung zu haben, schützt Art. 9 EMRK auch die Ausübung dieser Überzeugung. Damit schützt Art. 9 EMRK einen Bereich, der in einem besonderen Maße die personelle Identität einer Person ausmacht und einen engen Menschenwürdebezug aufweist.

Im Gewährleistungsbereich des Art. 9 EMRK treten allerdings nicht bloß Individuen auf, sondern typischerweise handeln im Bereich der Religionsausübung meist Gruppen. Vor diesem Hintergrund ist es notwendig anzumerken, dass es neben natürlichen Personen nach Art. 34 EMRK auch rechtlichen Vereinigungen möglich ist, sich auf die Garantien der EMRK zu berufen. Im Rahmen von Art. 9 EMRK erlangt dies enorme praktische Bedeutung. Ausgeschlossen sind nur juristische Personen, bei denen die Gewinnerzielungsabsicht im Vordergrund steht. Kirchen und Glaubensgemeinschaften sind daher grundsätzlich Träger der Religionsfreiheit (EGMR, 13.12.2001, *Metropolitankirche von Bessarabien u.a. ./ Moldawien*; EGMR 27.6.2000, *Jüdische liturgische Vereinigung Cha'are Shalom Ve Tsedek, ./ Frankreich*;; anders dagegen die frühere Rechtsprechung, wonach nur die Mitglieder der Glaubensgemeinschaft klagebefugt waren).

Die Gedankenfreiheit schützt sachlich insbesondere vor Indoktrinierung (vgl. EGMR, *Kjeldsen et al./ Denmark*, E 23, 26; *Sexualkundefall*), d.h. der Staat darf seinen Bürgern keine Weltanschauung oder Religion aufdrängen; zwar umfasst die EMRK kein Verbot einer Staatskirche (EGMR, *Darby ./ Sweden*, E 187, 17), doch darf der Staat nicht die Zugehörigkeit zu einer Kirche vorschreiben. Die Gewissensfreiheit bedeutet zunächst, dass der Staat keinen Gewissenszwang ausüben darf, vor allem auch nicht, indem er an Gewissensentscheidungen Vor- oder Nachteile knüpft. Die EKMR hat unter Hinweis auf Art. 4 (3b) entschieden, dass Strafen für Totalverweigerer unter bestimmten Umständen konventionsgemäß sein können. Die in Art. 9 (1) geschützte Religionsfreiheit bezieht sich auf das Recht, eine Religion zu haben und sich nach außen zu ihr zu bekennen sowie sie auszuüben. Der Staat darf keine Religion vorschreiben oder verbieten. Im genannten Fall *Darby* wurde die negative Religionsfreiheit unterstrichen; auch dürfen grds. von der Zugehörigkeit zu einer Religion keine Vor- oder Nachteile abhängig gemacht werden (EGMR, *Hoffmann ./ Austria*, E 255-C; Ablehnung der Personensorge über Kinder an Zeugin Jehovas konventionswidrig). Auch verstößt die Ablegung eines Eides als Voraussetzung für die Zulassung als Anwalt gegen die negative Religionsfreiheit aus Art. 9, da der Beschwerdeführer offenlegen musste, dass er kein orthodoxer Christ sei (*Alexandridis./GRE*,

21.2.2008).

Geschützt ist auch das Recht auf Ausübung der Religion bzw. Weltanschauung allein oder in Gemeinschaft mit anderen, privat oder öffentlich. Im einzelnen handelt es sich um Gottesdienst, Unterricht oder Lehre (einschließlich Missionierung, vgl. EGMR, *Kokkinakis ./. Greece*, E 260-A), Gewährleistung der Beachtung religiöser Riten und Gebräuche (Prozessionen, Feste) und Andachten. Umstritten ist, ob ein bestimmtes, religiös gefordertes Verhalten als Ausübung der Religion zu sehen ist (Tragen von Turban, Tschador oder Kopftuch; Schächten). Der EGMR sieht das Schächten, im Gegensatz zum BVerfG (Az: 1 BvR 1783/99, Urteil vom 15.01.2002), als einen Akt der Religionsausübung an (*Cha'are Shalom Ve Tsedek*). Auch in dem Verbot, mit einem islamischen Kopftuch zu unterrichten, sieht der EGMR einen Eingriff in die Religionsfreiheit (*Dahlab./.Schweiz*, 15.02.2001; *Sahin ./. Türkei*, Urteil der Grossen Kammer vom 10.11.2005), der aber in diesem Fall als gerechtfertigt angesehen wurde. Auch stellt die Aufforderung an eine Muslimin, bei der Eingangskontrolle einer Botschaft den Schleier abzulegen, einen verhältnismäßigen Eingriff dar, auch wenn keine weibliche Sicherheitsbeamtin zur Verfügung steht (*El Morsli./.FRA*, 4.3.2008); ebenfalls ist ein Schulausschluss wegen Tragen des Kopftuches im Turnunterricht nicht unverhältnismäßig, da die Beschwerdeführerinnen ihre schulische Ausbildung durch Fernunterricht fortsetzen konnten (*Dogru./.FRA und Kervanci./.FRA*, 4.12.2008).

Art. 9 ist im Zusammenhang mit Art. 2 des 1. ZP zu sehen, wonach in öffentlichen Schulen das Recht der Eltern beachtet werden muss, ihre Kinder entsprechend ihren religiösen Überzeugungen zu erziehen. Für Bildung und Unterricht ist Art. 2 des 1.ZP zur EMRK lex specialis gegenüber Art. 9 EMRK, muss aber unter Berücksichtigung dieser Vorschrift ausgelegt werden, die auch die negative Religionsfreiheit garantiert, das Recht, frei von Religion zu leben. Die Staaten haben nach Ansicht des EGMR gerade im schulischen Bereich die Pflicht zu gewährleisten, dass Informationen und Kenntnisse auf objektive, kritische und pluralistische Weise vermittelt werden und eine Bekehrung oder gar Indoktrination der jungen Menschen ausbleibt. Art. 2 S. 2 ZP erfasst dabei auch die Gestaltung des schulischen Umfelds in staatlichen Schulen und damit die Anbringung religiöser Symbole, wie das Kruzifix. An dieser Stelle nimmt der EGMR aber einen weiten Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten an, die die Gestaltung in Fortsetzung religiöser Traditionen wählen können, wenn und soweit keine Indoktrination stattfindet. Das Anbringen von Kruzifixen in Klassenzimmern stellt eine solche Indoktrination nach Auffassung des EGMR nicht dar, da es sich um ein passives Symbol handelt. Das Recht der Schüler auf negative Religionsfreiheit sei durch die Kruzifixe nicht verletzt (EGMR, 18.03.2011, *Lautsi u.a. ./. Italien*, Nr. 30814/06) (anders noch das vorherige Urteil der Kammer).

Ein Eingriff liegt vor, wenn Handlungen, die im Zusammenhang mit der Religionsausübung stehen, verboten oder mit Strafe oder anderen Konsequenzen bedroht werden. Eingriffe in die ebenfalls geschützte negative Religionsfreiheit liegen dann vor, wenn der Staat Handlungspflichten statuiert, die die Religionsfreiheit betreffen. Der EGMR nahm einen Eingriff in die negative Religionsfreiheit etwa auch an, weil der Beschwerdeführer durch den Staat in eine Situation gebracht wurde, in der er unmittelbar oder mittelbar offenlegen musste, dass er nicht gläubig ist (EGMR, 15.6.2010, *Grzelak ./. POL*, Nr. 7710/02, Z. 87). Die nach deutschem Recht erforderlichen Angaben zur Religionszugehörigkeit auf Lohnsteuerkarte und solche in der Türkei auf dem Personalausweis sind damit auch Eingriffe in Art. 9 EMRK (EGMR, 17.2.2011, *Wasmuth ./. GER*, Nr. 12884/03; EGMR, 2.2.2010, *Sinan Isik ./. TUR*, Nr. 21924/05, Z. 41).

Die Einschränkungsmöglichkeiten des Art. 9 EMRK sind (wie in Art. 8, 10 und 11) in Abs. 2 niedergelegt, beziehen sich aber nur auf die Ausübungsfreiheit (zur Zulässigkeit von Einschränkungen der Religionsfreiheit von Militärs *Kalac ./. Turkey*, Reports 1997-IV, 1209, Ziff. 27ff.).

Die Bestimmung des Art. 9 gilt als ein Grundstein einer „demokratischen Gesellschaft“, die vom Pluralismus bestimmt ist, was wiederum bedeutet, dass sie auch den negativen Aspekt dieser Freiheiten umfasst. So ist es Aufgabe des Staates, die gegenseitige Respektierung und Tolerierung der verschiedenen Überzeugungen zu sichern und die Pluralität nicht als Ursache von Konflikten zu beseitigen. (Agga ./Griechenland, 17.10.2002).

Nach dem Wortlaut des Art. 9 II EMRK steht nur das Recht der Religionsausübung unter einem Gesetzesvorbehalt, systematische Gründe sprechen allerdings dafür, die äußere Gewissensfreiheit ebenfalls dem Vorbehalt zu unterwerfen. Die innere Religions- und Gewissensfreiheit allerdings sind schrankenlos gewährleistet, um jedermann in einer pluralistischen Gesellschaft die Religionsfreiheit als solche und auch den Wechsel der Religion ohne Einschränkungen zu gewährleisten.

Die Eingriffe bedürfen einer gesetzlichen Grundlage und müssen einen der in Art. 9 Abs. 2 enumerativ aufgezählten, legitimen Zwecke verfolgen. Der Eingriff muss zudem in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein, die Maßnahme muss verhältnismäßig sein. Bei der Beurteilung der Angemessenheit einer Maßnahme steht dem Mitgliedstaat ein Beurteilungsspielraum zu. Die vom Mitgliedstaat getroffene Wertung berücksichtigt der EGMR zwar, überprüft diese aber auf ihre Plausibilität im Einzelfall (EGMR, 13.12.2001, *Metropolitankirche von Bessarabien ua ./ Moldawien*; Moldawien hatte einer orthodoxen Teilkirche, die die Vereinigung Moldawiens mit Rumänien anstrebt, die Anerkennung als Religionsgemeinschaft versagt. In einer detaillierten Prüfung untersuchte der Gerichtshof die Argumentation Moldawiens und wertete - obwohl hochpolitische, die staatliche Souveränität berührende, Fragen betroffen waren - die Umstände anders als der beklagte Staat. Das Versagen der Anerkennung stellt einen schweren Grundrechtseingriff und somit eine Konventionsverletzung dar). Ebenso ist die Warnung staatlicher Stellen vor einer Religionsgemeinschaft als Eingriff in Art. 9 EMRK zu beurteilen und einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterwerfen. Der EGMR stellt dabei zum einen auf die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen, die Auslöser der Warnung geworden sind, und zum anderen auf die faktische Grundlage der Warnung ab. Die bloße Bezeichnung als Sekte reicht nach Ansicht des EGMR für eine Verletzung des Art. 9 EMRK nicht aus, wenn eine sorgfältige Prüfung stattgefunden habe und die Aussage nicht über das hinausgehe, was in einer demokratischen Gesellschaft im öffentlichen Interesse geäußert werden darf (EGMR, 6.11.2008, *Leela Förderkreis e.V.u.a. ./ Deutschland*, Nr. 58911/00).

Konflikte im Bereich der Religionsausübung treten insbesondere dann auf, wenn mehrere Religionsgemeinschaften in einem Mitgliedstaat koexistieren und es die vom EGMR formulierte Aufgabe der Mitgliedstaaten ist, den Pluralismus der Religionen und Weltanschauungsgemeinschaften in der Gesellschaft zu sichern. Die Aufgabe des Staates darf nicht dahingehend missverstanden werden, die Pluralität als Ursache von Konflikten zu beseitigen.

Art. 9 EMRK kann in bestimmten Fällen auch Schutzpflichten des Staates auslösen. Der Staat muss etwa die Möglichkeit des Glaubenswechsels der Gläubigen gegenüber den Religionsgemeinschaften sichern und Sorge dafür tragen, dass in der jeweiligen Gesellschaft der religiöse Friede soweit hergestellt ist, dass dem einzelnen in einem Umfeld gesellschaftlicher Toleranz die ungestörte individuelle Religionsausübung möglich ist (EGMR, 20.9.1994, *Otto Preminger Institut ./ Österreich*, Nr. 13470/87, Z. 47). Auch trifft den Staat die Verpflichtung, aggressive Glaubenswerbungen zu unterbinden, der Staat soll als neutraler und areligiöser Faktor das Nebeneinander der Religionen gewährleisten und das gesellschaftliche Leben verschiedener Religionen organisieren (EGMR, 13.2.2003 (GK), *Refah Partisi u.a. ./ Türkei*, Nr. 41340/98). Die sich aus Art. 9 EMRK ergebende Schutzpflicht kann Maßnahmen zum Schutz der Religionsfreiheit auch in Beziehungen zwischen Privatpersonen erforderlich machen. Die Schutzpflicht ist aber dann nicht verletzt, wenn etwa eine Erzieherin durch die evangelische Kirche wegen Sektenangehörigkeit aus einer evangelischen Kindertagesstätte entlassen wird, weil hier der Ermessensspielraum der nationalen Gerichte geachtet werden muss. Innerhalb dieses Ermessensspielraums ist es nach Auffassung des EGMR gestattet, dass die Grundsätze der Glaubens- und Sittenlehre kirchlicher Arbeitgeber geachtet werden, sofern sie den Grundsätzen der

Verfassung nicht widersprechen und keine unangemessenen Loyalitätspflichten verlangen. Gerade im Bereich der Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK ist der Ermessensspielraum der Staaten aufgrund mangelnden europäischen Konsens weitgehend zu achten, wenn er nicht offensichtlich konventionswidrig ausgefüllt wird (EGMR, Urt. 3.2.2011, *Siebenhaar ./ Deutschland*, Nr. 18136/02).

b) Art. 10 I der Grundrechtecharta der Europäischen Union garantiert die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit im Rahmen der EU.

c) Auch Art. 18 IPbürgR gilt als *cornerstone* dieses Menschenrechtsschutzsystems. Dogmatisch gesehen gibt es kaum Unterschiede zu Art. 9 EMRK. Aus der nicht sehr umfangreichen Praxis sei hingewiesen auf *Bhinder Singh ./ Canada*, 208/1986 (Verbot des Tragens eines Turbans während der Arbeit gerechtfertigt) und *L.T.K. ./ Finland*, 185/1984 (Art. 19 schützt nicht vor strafrechtlichen Sanktionen gegen Totalverweigerer; später geändert in *J.P. ./ Canada*, 446/1991). Die Einschränkungsgründe ähneln denen in Art. 9 EMRK; auffällig, und in seiner Bedeutung nicht völlig geklärt, ist das Fehlen des „*in a democratic society*“. Auch ist zu beachten, dass aus der unterschiedlichen Formulierung vor allem von islamischen Juristen gefolgert wird, dass ein Wechsel der Religionszugehörigkeit nicht zulässig sei und als Apostasie verfolgt werden dürfe.

## § 14. Meinungsfreiheit

a) In Art. 10 EMRK werden die Kommunikationsfreiheiten gewährleistet. Auch für die EMRK gilt, dass die Meinungsfreiheit für den freiheitlich-demokratischen Staat eine zentrale Rolle einnimmt (std. Rspr. seit *Handyside* ./ UK, E 24, 23).

Der Schutzbereich umfasst eine Vielfalt an Kommunikationsformen. Neben der allgemeinen Freiheit der Meinungsäußerung wird die Pressefreiheit, die Informationsfreiheit, die Rundfunkfreiheit sowie die Freiheit der Kunst und der Wissenschaft gewährleistet. Die unterschiedlichen Ausprägungen des Schutzbereiches haben sowohl für die Eingriffsqualifizierung als auch für die Rechtfertigungsebene Bedeutung. Persönlich schützt Art. 10 EMRK alle Personen, die in irgendeiner Weise die genannten Kommunikationsformen nutzen und sich derer bedienen.

Zunächst gewährleistet Art. 10 EMRK die Freiheit der Meinungsäußerung. Sie umfasst jede Form der Kommunikation im zwischenmenschlichen Bereich. Die Frage nach der Unterscheidung zwischen Meinungen und bloßen Tatsachen stellt sich im Rahmen der EMRK nicht auf der Ebene des Schutzbereiches, sondern wird erst auf Ebene der Rechtfertigung getätigter Eingriffe relevant. Der Schutzbereich umfasst zunächst jede Weitergabe von Meinungen sowie die Mitteilung von Informationen und Ideen. Geschützt ist neben der Äußerung auch die Meinungsbildung und das bloße „Haben“ einer Meinung. („freedom to hold opinions“). Die EMRK geht von einem offenen Begriff der Kommunikation aus, Einschränkungen finden weder nach der Art der Äußerung noch nach dem Inhalt der Äußerung statt. Auch Werbung ist vom Schutzbereich umfasst (EGMR, 8.07.2008, *Vajnai* ./ HUN). Art. 10 EMRK schützt auch verletzende oder schockierende Meinungen (*Wingerter* ./ Germany, 21.03.2002; *Özgür Gündem* ./ Turkey, 16.3.2000; EGMR, 10.5.2011, *Ulla Annikki Karttunen* ./ FIN, Nr. 1685/10; auch gegenüber ausländischen Staatsoberhäuptern, *Colombani et al.* ./ France, 25.06.2002). Im Gegensatz dazu hat der EGMR aber den Schutz rassistischer Äußerungen verneint. (*Jersild* ./ Dänemark, 23.09. 1994). Besondere Bedeutung hatte die Rspr. des EGMR zur Abgrenzung von Beleidigung und Meinungsäußerung in der politischen Auseinandersetzung (*Lingens* ./ Austria, E 103, 14), zur Bekämpfung der Zensur aus Gründen nationaler Sicherheit (*Spycatcher* - Fall gegen das UK, E 216) sowie zur Freiheit der Berichterstattung (*Castells* ./ Spain, E 236, und *Thorgeirsson* ./ Iceland, E 239).. Art. 10 wirkt auch im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und -nehmer, wenn es privatrechtlich ausgestaltet ist (*Fuentes Bobo* ./ Spain, 29.02.2000). Von der Meinungsfreiheit umfasst sind trotz des unklaren Wortlauts alle Medien.

Geschützt sind die Freiheit der Meinungsbildung (hierauf Anspruch der Öffentlichkeit auf pluralistische Information mit der Folge, dass staatliches Rundfunkmonopol gegen Art. 10 verstößt, *Lentia* ./ Austria, E 276), der Mitteilung und des Empfangs von Meinungen (d.h. ohne Behinderung durch Behörden usw., auch grenzüberschreitend: *Groppera* ./ Switzerland, E 173, einerseits und *Autronic* ./ Switzerland, E 178, andererseits zu Radiosendungen per Kabel); vgl. auch die erwähnten Urteile in den Fällen *Handyside* und *Spycatcher* sowie in *Dublin Well Woman* ./ Ireland , E 246-A, zu Informationen über Abtreibungsmöglichkeiten in England. Ebenfalls wurden Disziplinarmaßnahmen gegen einen türkischen Richter, dem vorgeworfen wurde eine später verbotene Zeitung der PKK zu lesen und einen von dieser Organisation beherrschten Fernsehsender zu konsumieren, als Eingriff in die Informationsfreiheit angesehen (*Albayrak* ./TUR, 31.1.2008); Untersagung eines Schiffes, auf dem Veranstaltungen zur Information über Familienplanung und die Entkriminalisierung von Abtreibung stattfinden sollten, in die portugiesischen Gewässer einzufahren (*Women on Waves* ./POR, 3.2.2009) Dabei wird der Begriff *Meinung* weit verstanden, er umfasst auch wirtschaftliche Informationen (*Markt intern* ./ Germany, E 165, sowie *Groppera*) und Werbung (*Casado Coca* ./ Spanien, 24.02.1994). Der Schutz ist aber geringer als für die übrigen Tätigkeiten im Bereich des Art.10.

Auch die Veröffentlichung von Bildern unterfällt der Meinungsfreiheit. Es kommt hier entscheidend auf eine Abwägung zwischen Art. 10 EMRK und Art. 8 EMRK an. In diesem Bereich kommt dem Schutz des guten Rufes und den Rechten anderer eine besondere Bedeutung zu. Bilder dienen nicht der Verbreitung von „Ideen“, aber sie enthalten sehr persönliche oder sogar intime Informationen über

einen Menschen. Als entscheidendes Kriterium für die Abwägung zwischen dem Schutz des Privatlebens einerseits und Meinungsäußerungsfreiheit andererseits ist – nach Ansicht des EGMR – auf den Beitrag abzustellen, den die Bilder zu einer Debatte von allgemeinem Interesse beitragen (*Hannover ./. Deutschland*, 26.04.2004). Es ist hier nicht nur der Beitrag des Bildes zur öffentlichen Diskussion, sondern auch der Inhalt des Bildes zu berücksichtigen (EGMR, 10.5.2011, *Mosley ./. GBR*, Nr. 48009/08). Für Sensationsberichterstattungen gelten weniger strenge Verhältnismäßigkeitsanforderungen, weil es hier nur darum geht, Aufsehen zu erregen und zu unterhalten sowie die Neugier einer bestimmten Leserschaft zu bedienen (EGMR, 10.5.2011, *Mosley ./. GBR*, Nr. 48009/08; EGMR, 18.1.2011, *MGN Limited ./. GBR*, Nr. 39401/04). Auch der Bekanntheitsgrad des Betroffenen kann sich in der Abwägung auswirken. Die Öffentlichkeit hat unter bestimmten Umständen ein Recht auf Informationen über Einzelheiten des Privatlebens von Personen des öffentlichen Lebens, besonders, wenn es um Politiker geht. Die Meinungsfreiheit geht aber weniger weit, wenn darüber nur berichtet wird, um der öffentlichen Neugier zu entsprechen. Auch das vorherige Verhalten des Betroffenen ist von Bedeutung. Bei der Abwägung sind auch Inhalt, Form und Auswirkungen der Äußerungen und Veröffentlichungen maßgebend. (EGMR, 7.2.2012, v. *Hannover ./. GER*, Nr. 40660/08).

Die Pressefreiheit wird von Art. 10 nur als Teil der Meinungsfreiheit geschützt (wie auch in Art. 20 IPbürgR), ihre zentrale Rolle für die Demokratie wird jedoch stets betont (std. Rspr. seit *Sunday Times ./. UK*, E 30 zur Problematik des *contempt of court* bei Auskunftsverweigerung durch Journalisten). Sie bildet trotz mangelnder eigenständiger Erwähnung Wortlaut dennoch einen selbständigen Teil der Kommunikationsfreiheit des Art. 10 EMRK. Die Pressefreiheit ist auf verschiedenste Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Herstellung und Verbreitung von Printmedien ausgerichtet, sie umfasst den organisatorischen Rahmen der Erzeugung der Medien wie die Arbeit der Journalisten und Redakteure. Auch die Veröffentlichung rechtswidrig erlangter Information fällt in den Schutzbereich der Pressefreiheit, wie auch der Informantenschutz. So muss ein Journalist nicht erst die Wahrheit von kritischen Äußerungen beweisen, bevor er sie veröffentlichen darf (*Dalban ./. Romania*, 28.09.1999 und *Dichand ./. Austria*, 26.02.2002). Wie erwähnt, hat der EGMR im Fall *Lentia* das österreichische TV-Monopol gebrochen. Dies war das Ende einer langen, anfangs ablehnenden Rechtsprechung.

Die aktive Informationsfreiheit gewährt das selbständige Recht, andere zu informieren, deckt sich in der Systematik der EMRK aber im Wesentlichen mit der Meinungsäußerungsfreiheit. Das Recht auf Zugang und Empfang von Information gewährleistet die passive Informationsfreiheit. Geschützt wird hiervon auch das Bemühen um Informationserlangung.

Die Rundfunkfreiheit umfasst sowohl den Hörfunk als auch das Fernsehen. Das Internet fällt allerdings nicht unter den Begriff der Rundfunkfreiheit, hier ist nur die allgemeine Meinungsfreiheit anwendbar mit der Konsequenz, dass die Schranke des Art. 10 I 3 nicht auf Äußerungen im Internet anwendbar ist. Vom Schutzbereich umfasst sind sowohl öffentlich-rechtliche Anstalten als auch private Rundfunkveranstalter (EGMR, 29.3.2009, *RTBF ./. BEL*, Nr. 50084/06, Z. 5, 94).

Die Kunstfreiheit wird in Art. 10 EMRK nicht ausdrücklich genannt, dennoch besteht Einigkeit, dass eine Gewährleistung auch im Bereich der Kunst aus dem offenen Kunstbegriff entnommen werden kann.

Art. 10 schützt ebenfalls die wissenschaftliche Äußerung durch Publikation und Lehre (EGMR, 28.10.1999, *Wille ./. LIE*, Nr. 28396/95, Z. 8, 36ff). Umfasst ist in diesem Zusammenhang nicht nur die Publikation des wissenschaftlichen Ergebnisses, sondern auch alle Tätigkeiten zur Vorbereitung der Publikation und jede Tätigkeit zur Erzielung wissenschaftlicher Ergebnisse.

Nach Art. 10 II EMRK sind Eingriffe der Mitgliedstaaten in die Kommunikationsfreiheiten möglich. Einen speziellen Eingriff beschreibt Art. 10 I 3 mit dem möglichen Genehmigungsvorbehalt für Rundfunk und Kino. Sowohl präventive Maßnahmen, als auch repressive Verbote und Sanktionen stellen einen Eingriff dar. Auch die tatsächliche Hinderung an der Ausübung der Freiheiten aus Art. 10

EMRK durch Festnahme o.ä. kann einen Eingriff bedeuten. Eingriffe können auch in Einreise- oder Ausreiseverboten liegen, die aufgrund vergangener oder beabsichtigter Äußerungen verhängt werden, wie im Falle einer ausländischen Universitätslehrerin geschehen, die zur Kurdenfrage in der Türkei kritisch Stellung bezogen hatte (EGMR, 20.5.2010, *Cox ./. TUR*, Nr. 2933/03, Z. 29ff). Eingriffe in die Pressefreiheit sind etwa Vertriebsbeschränkungen, Hausdurchsuchungen oder Verbote, die die Gestaltung von Beiträgen betreffen. Eingriffe in die Informationsfreiheit betreffen Beschränkungen bezüglich der allgemeinen Zugänglichkeit von Informationsquellen. Im Bereich der Kunstfreiheit bildet die Beschlagnahme eines Kunstwerkes oder die Verweigerung eines Vertriebszertifikates für ein Bild einen Eingriff.

Eingriffe sind zulässig, wenn sie sich innerhalb der formellen und materiellen Schranken des Art. 10 bewegen. Eingriffe müssen sich innerhalb des Gesetzesvorbehalts nach Art. 10 II EMRK halten und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein. Eine solche demokratische Notwendigkeit des Eingriffs verneinte der EGMR etwa zuletzt bezüglich eines durch den deutschen Staat sanktionierten Presseberichtes über Drogendelikte eines bekannten Schauspielers; trotz des Ermessensspielraums der Staaten an dieser Stelle, müsse ein angemessenes Verhältnis zwischen der Einschränkung der Meinungsfreiheit und dem verfolgten berechtigten Ziel des Staates hergestellt werden (EGMR, 7.2.2012, *Axel Springer AG ./. GER*, nr. 39954/08).

Für alle Teilfreiheiten besteht diese Schranke als einheitliche Schranke, nur die Rundfunkfreiheit erfährt eine andere Einschränkungsmöglichkeit nach Art. 10 I 3 EMRK. Im Übrigen folgt die Schrankenregelung dem System, wie es auch Art. 8, 9 und 11 EMRK kennen. Der Eingriff muss folglich gesetzlich vorgesehen sein, einem legitimen Zweck dienen und verhältnismäßig sein. Besonderheiten ergeben sich nur aus dem Wortlaut des Art. 10 II EMRK, der den Staaten aber keine weitergehenden Beschränkungsbefugnisse einräumt, sondern die möglichen legitimen Ziele und Mittel lediglich konkretisierend in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einführt. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsabwägung wird das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung stets in engem Zusammenhang mit dem Leitbild der demokratischen Gesellschaft gesehen. Nach Auffassung des EGMR schützt Art. 10 EMRK einen „Grundpfeiler der demokratischen Gesellschaften“. Nach Auffassung des EGMR ist es nicht generell verboten, im Vorfeld wirkende Einschränkungen für eine Veröffentlichung vorzusehen, doch ist dabei eine sehr sorgfältige Prüfung erforderlich (EGMR, 10.5.2011, *Mosley ./. GBR*, Nr. 48009/08). Präventive Maßnahmen sind deshalb besonders gefährlich, weil sie die Presse davon abhalten können, sich an demokratisch notwendigen öffentlichen Diskussionen zu beteiligen, die Erhaltung dieser Möglichkeit muss aber als einer Demokratie immanent und essentiell für diese beurteilt werden (EGMR, 5.7.2011, *Witekaniuk ./. POL*, Nr. 18990/05).

Zu den verschiedenen Einschränkungsgründen des Art. 10 gibt es umfangreiche, nicht immer konsistente Rechtsprechung, da in unterschiedlichem Maße die Lehre vom *margin of appreciation* herangezogen wird. Immerhin ist klar, dass eine Vorzensur grds. nicht zulässig ist (*Spycatcher*). Die Kontrolle der Notwendigkeit einer Beschränkung obliegt letztlich dem EGMR (vgl. u.a. *Jersild ./. Denmark*, E 298). Instruktive Beispiele sind: Zum Grund „Schutz der nationalen Sicherheit“ der *Spycatcher*-Fall; für „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung“ der Fall *Engel ./. Netherlands*, E 22; zu den beiden genannten Punkten sowie zur „öffentlichen Sicherheit“ *Rekvényi ./. Hungary*, 20.05.1999 (Beschränkung politischer Aktivitäten für Sicherheitskräfte in post-kommunistischer Demokratie); für „Schutz der Moral“ die Fälle *Handyside* und *Müller ./. Switzerland*, E 133; für „Schutz der Rechte anderer“ der Fall *Otto-Preminger-Institut ./. Austria*, E 295-A; und der Fall *Sunday Times ./. UK*. Interessant ist der Wandel der Rechtsprechung in Fällen des deutschen „Radikalenerlasses“ (indirekte Sanktionen für Äußerungen von Meinungen, da EMRK die Berufsfreiheit an sich nicht schützt): zunächst die Fälle *Glaserapp* und *Kosiek* (E 104 und 105, keine Verletzung von Art. 10), dann aber *Vogt* (E 323, Verletzung bejaht, dort auch eine komprimierte Zusammenfassung der Prinzipien zu Art. 10).

Der EGMR nimmt im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zur Rechtfertigung von Eingriffen eine Differenzierung nach den verschiedenen Teilfreiheiten vor. Dabei variieren Kontrolldichte und

Anforderungen an staatliches Handeln, je nachdem, welcher Bereich der Gewährleistung betroffen ist. Entscheidend wirkt sich auch aus, ob die Meinungsäußerung im Rahmen einer „Debatte von allgemeinem Interesse“ erfolgt, denn in diesem Fall ist der Beurteilungsspielraum, der den einzelnen Staaten zukommt, geringer. Solche Diskussionen von öffentlichem Interesse hat der EGMR zuletzt für die Diskussion um die Holocaust-Leugnung (EGMR, 22.4.2010, *Haguenuer ./. FRA*, Nr. 34050/05, Z. 49) und die Berichterstattung über den Islamismus im Gefolge der Anschläge vom 11. September 2001 (EGMR, 6.5.2010, *Brunet Lecomte u. Lyon Mag ./. FRA*, Nr. 34050/05, Z. 49) angenommen. Eine entscheidende Rolle spielt bezüglich Art. 10 EMRK der abschreckende Effekt („chilling effect“), den Sanktionen auf andere Personen und damit auf spätere Meinungsäußerungen haben können. Diese Erwägung ist in Form einer gesamtgesellschaftlichen Bedeutung des Eingriffes bei der Abwägung einzubeziehen. Besondere Bedeutung hat der chilling effect dort, wo eine gesellschaftliche Gruppe ihre Rechte nicht selbst geltend zu machen in der Lage ist und daher darauf angewiesen ist, dass eine andere Gruppe, die aufgrund ihrer Sachkenntnis Missstände erkennen kann, diese in der öffentlichen Diskussion zum Ausdruck bringt (EGMR, 21.7.2011, *Heinisch ./. GER*, Nr. 28274/08, Ziff. 91 für Angehörige von Pflegeberufen). Mit der abschreckenden Wirkung begründete der EGMR auch die Unzulässigkeit des Eingriffes Deutschlands in die Veröffentlichung durch den Axel Springer Verlag, welcher über ein Drogendelikt eines bekannten Schauspielers auf dem Oktoberfest berichtet hatte (EGMR, 7.2.2012, *Axel Springer AG ./. GER*, Nr. 39954/08). Verhältnismäßigkeit stellte der EGMR zuletzt im Falle einer Sanktionierung von Medienanstalten wegen rassistischer und diskriminierender Ausstrahlungen fest (EGMR, 21.7.2011, *Sigma Radio Television Ltd. ./. CYP*, Nr. 32181/04 u. 35122/05). Auch die Verurteilung wegen Werbung für die PKK (Arbeiterpartei Kurdistans) entgegen einem durch die deutsche Bundesregierung erlassenen Betätigungsverbots sieht der EGMR als verhältnismäßig aufgrund demokratischer Notwendigkeit an (EGMR, *Aydin ./. GER*, Nr. 16637/07).

Zuletzt erklärte der EGMR § 185 des deutschen Strafgesetzbuches für ausreichend bestimmt gefasst und damit hinreichende Grundlage für einen Eingriff in Art. 10 EMRK. Das Vorgehen gegen die Äußerung „damals Holocaust/heute: Babycaust“, welche im Rahmen eines Protestes gegen einen Arzt in einer Klinik für Schwangerschaftsabbrüche getätigt wurde, wird vom EGMR in Übereinstimmung mit den deutschen Gerichten als notwendig in einer demokratischen Gesellschaft und damit verhältnismäßig, mithin gerechtfertigt, angesehen. Die Auswirkungen einer Meinungsäußerung auf die Persönlichkeitsrechte müssten im historischen und sozialen Zusammenhang der Äußerung gesehen und beurteilt werden, der Hinweis auf den Holocaust gerade auch im speziellen Zusammenhang der deutschen Vergangenheit. Der Gerichtshof stimmt daher den deutschen Gerichten zu, es liege hier eine besonders schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung vor, die einen Eingriff in die Meinungsfreiheit rechtfertige (EGMR, 13.1.2011, *Hoffer und Annen ./. GER*, Nr. 397/07, 2322/07).

Auch aus Art. 10 EMRK erwachsen für den Staat neben der Pflicht, bestimmte Eingriffe zu unterlassen, positive Schutzpflichten. Die Mitgliedstaaten sind insbesondere mit Blick auf die Pressefreiheit verpflichtet, ein effektives System des Schutzes von Autoren und Journalisten zu gewährleisten und eine Umgebung zu schaffen, welche die Mitwirkung aller Betroffenen an öffentlichen Diskussionen ermöglicht und in der der Einzelne keine Konsequenzen befürchten muss, falls er sich öffentlich mit seiner Auffassung entgegen behördlicher oder staatlicher Meinung äußert (EGMR, 14.10.2010, *Dink u.a. ./. TUR*, Nr. 2668/07 u.a.). Auch Ermittlungspflichten zur Verfolgung der Täter und Aufklärung von Sachverhalten lassen sich aus Art. 10 EMRK entnehmen. Allerdings ist auch der EGMR in Übereinstimmung mit dem BVerfG (Entscheidung BVerfG, 22.2.2011, 1 BvR 699/06 zur Ausübung der Versammlungsfreiheit auf dem privaten Gelände des Frankfurter Flughafens) der Auffassung, Art. 10 EMRK begründe keine Pflicht des Staates, die Meinungsäußerung Einzelner auf fremdem Privatgrund zu ermöglichen. Eine solche Pflicht wird nur ausnahmsweise dann angenommen, wenn die Verweigerung des Zugangs zu dem Privatgrundstück das Recht auf freie Meinungsäußerung in seinem wesensbildenden Kern zerstören würde (EGMR, 6.5.2003, *Appleby u.a. ./. GBR*, Nr. 44306/98, Z. 47). Schutzpflichten aus Art. 10 EMRK bestehen auch im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeit-

nehmer. Schließlich folgen aus Art. 10 EMRK auch Gewährleistungspflichten bei Organisation und Verfahrensgestaltung sowie Informationspflichten hinsichtlich der passiven Informationsfreiheit und des Rechts auf Zugang zu Information.

Das Recht auf Meinungsfreiheit steht auch Ausländern zu. Nach Art. 16 EMRK kann die Meinungsfreiheit allerdings hinsichtlich der politischen Tätigkeit ausländischer Personen eingeschränkt werden. Dieser Vorbehalt greift aber nicht für EU-Ausländer.

b) Die Grundrechte-Charta der EU enthält in Art. 11 eine identische Garantie zu Art. 10 I S. 1 EMRK. In der GRC findet sich keine explizite Norm zur Rundfunkfreiheit, es wird vielmehr der Freiheit und Pluralität der Medien in Art. 11 II GRC ein eigener Gewährleistungsbereich eingeräumt.

c) Die Garantie der Meinungs- und Pressefreiheit in Art. 19 IPbürgR und Art. 13 AMRK ist deutlich von der Formulierung in Art. 10 EMRK geprägt. Betont sei, dass die Formulierung der Schranken in Art. 19 (3) weniger umfangreich ist als in Art. 10 (2) EMRK, sich in Art. 20 des Paktes aber eine spezifische Schranke (Verbot von Kriegspropaganda und Verhetzung) findet. Der Unterschied zwischen der ausschließlich im privaten Bereich und durch keinerlei Schranken begrenzten Freiheit aus Abs. 1, eine Meinung zu haben und sich eine solche zu bilden, sowie der in Abs. 2 gewährten und in Abs. 3 begrenzten Meinungsäußerungs- und Informationsbeschaffungsfreiheit ist deutlicher als in den regionalen Instrumenten. Ein weiterer wesentlicher Unterschied zu Art. 10 EMRK besteht darin, dass im Pakt die Meinungsfreiheit seit jeher Drittwirkung hat. Schließlich garantieren Art. 19 IPbürgR und Art. 13 AMRK eine weitergehende Freiheit zur aktiven Beschaffung von Informationen als Art. 10 EMRK.

## § 15. Das Recht auf Eigentum

a) Die EMRK an sich enthält - wie der IPbürgR und anders als die AMRK (vgl. Art. 21) - keine Bestimmung zum Schutz des Eigentums. Dies muss überraschen, zählt doch das Recht auf Achtung des Eigentums zu den „klassischen“ Grundrechten, das schon für das Bürgertum des 19. Jahrhunderts von ganz zentraler Bedeutung war. Grund für die Nichtaufnahme war aber nicht die Frage des prinzipiellen Schutzes des Eigentums, sondern ein Streit, ob auch eine Pflicht zur Entschädigung bei Enteignungen des Privateigentums im öffentlichen Interesse aufgenommen werden sollte (wogegen sich vor allem die britische Delegation aussprach). Daher findet sich die Verankerung des Rechts auf Eigentum in Art. 1 des 1. ZP, das bereits 1951 angenommen wurde (ratifiziert von 45 Staaten/Stand: Mai 2012). Die Bundesrepublik Deutschland ratifizierte das 1. Zusatzprotokoll bereits im Jahre 1957. Diese Bestimmung wird allgemein als redaktionell verunglückt angesehen; der EGMR hat in den früher erwähnten Urteilen *Marckx* und *Handyside* aber klargestellt, dass das Privateigentum geschützt ist.

Gegenstand des Schutzbereiches ist das Recht auf Achtung des Eigentums („peaceful enjoyment of his possessions“ bzw. „droit au respect des biens“). Der Eigentumsbegriff ist im weiten völkerrechtlichen Sinne zu verstehen, er umfasst alle „erworbenen Rechte“ mit Vermögenswert. Geschützt sind daher nicht nur bewegliche und unbewegliche Güter, sondern erstreckt sich auf alle „wohlerworbenen“ vermögenswerten Rechte (z.B. *Holy Monasteries ./. Greece*, E 301-A), auch geistiges Eigentum (z.B. *Lithgow ./. United Kingdom*, E 102), pensionsrechtliche Ansprüche (*Azinas ./. Cyprus*, 20.06.2002) und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (*van Marle ./. Netherlands*, E 101). Unter Umständen können auch eine Lizenz/ Konzession Eigentum (*Tre Traktörer AB ./. Sweden*, E 159 sowie *Fredin ./. Sweden*, E 192) und der durch langjähriges Betreiben eines Kinos aufgebaute Kundenstamm einen geschützten Vermögenswert darstellen (*latridis ./. Greece*, 25.03.1999). Auch kann die durch Antragstellung auf Eintragung einer Marke erworbene Rechtsposition unter den Schutz des Art. 1 des 1. ZP fallen (*Pfaeffgen GmbH ./. GER*, 18.09.2007) Die EKMR hält auch öffentlich-rechtliche Vermögenspositionen (Ansprüche auf Rente usw.) als von Art. 1 des 1. ZP umfasst, soweit sie durch eigene Leistungen begründet wurden (*Bellet, Huertas et Vialatte ./. France*, 27.04.1999; vgl. auch *National & Provincial Building Society et al. ./. UK*, Reports 1997-VII, Ziff. 67ff., unbedingte Steuerrückzahlungsansprüche). Keinen Schutz genießt hingegen der Kellner bezüglich der durch ihn erworbenen Trinkgelder, wenn ihm dieser durch die nationale Rechtsordnung nicht anerkannt wird (*Nerva ./. United Kingdom*, 24.09.2002). Ebenfalls nicht vom Schutzbereich umfasst, ist die Hoffnung auf Anerkennung des Fortbestehens eines alten Eigentumsrechts, welches über längeren Zeitraum nicht ausgeübt werden konnte (*Fürst Hans Adam II. von und zu Liechtenstein.:/ Germany*, 12.07.2001). Nicht geschützt ist der Verlust erwarteter Einnahmen, weil diese auf wirtschaftlichen Eigenleistungen beruhen (EGMR, 25.1.2000, *Ian Edgar (Liverpool) Limited ./. GBR*, Nr. 37683/97).

Der persönliche Schutzbereich erstreckt sich ausdrücklich auf juristische Personen als Grundrechtsträger. Allerdings sind vermögensrechtliche Ansprüche von juristischen Personen des öffentlichen Rechts – in Anlehnung an die Abgrenzung der Beschwerdebefugnis nach Art. 34 EMRK- nur geschützt, wenn die die juristische Person des öffentlichen Rechts einen gewissen Grad an Staatsnähe nicht überschreitet.

Zeitlich erstreckt sich die Eigentumsgarantienur auf Beeinträchtigungen, die nach Inkrafttreten des 1. ZP und der Abgabe der Erklärung nach Art. 25 eintraten (std. Rspr. EGMR, *Malhous ./. Czech Republic*, 13.12.2000).

Es werden drei Arten von eigentumsrelevanten Maßnahmen unterschieden, die in die Kategorien Enteignungen, Nutzungsregelungen und sonstige Eingriffe eingeordnet werden können.

Im Falle von Eigentumsentziehungen muss zwischen formellen Enteignungen und de facto Enteignungen unterschieden werden. Eine Entziehung liegt bei Enteignungen durch ein formelles Enteignungsverfahren stets vor, umfasst sind hiervon auch Nationalisierungen und Verstaatlichungen (std. Rspr. seit *Lithgow*). Auch bei der Enteignung zugunsten von Privaten liegt eine formelle Enteignung dann vor, wenn die unmittelbare Ursache für den Eigentumsverlust in einem Gesetz bzw. in einem dem Staat zurechenbaren Vorgehen liegt. (*James ./. United Kingdom*, E 98).

Aber auch bei Fehlen einer formellen Enteignung kann sich eine Maßnahme faktisch wie eine Eigentumsentziehung auswirken (seit *Sporrong & Lönnroth ./. Sweden*, E 52). Als de-facto Enteignung wurde z.B. die Widmung eines Privatgrundstücks als öffentlicher Wald angesehen (*Kötepe ./. TUR*, 22.7.2008). Darüber hinaus reicht schon die bloße Ungewissheit über den Zeitpunkt einer Enteignung wegen der dadurch entstandenen Rechtsunsicherheit aus, um einen Eingriff in Art. 1 1. ZP zu bejahen (*Skrzynski ./. Polen*, 06.09.2007)

Nutzungsregelungen sind hoheitliche Maßnahmen, die einen bestimmten Gebrauch einer vorhandenen Eigentumsposition gebieten oder untersagen (z.B. Einzug eines Buches, *Handyside*; Entzug einer Lizenz, *Tre Traktörer*; Untersagung der Nutzung von registrierten Internetdomains (*Pfaeffgen GmbH ./. GER*, 18.09.2007). Einen Sonderfall bilden temporäre oder endgültige Konfiskationen wegen des rechtswidrigen Gebrauchs von Sachen (Beschlagnahmen, Einziehungen). Es tritt hier zwar ein Eigentumsverlust wenigstens vorübergehend ein, der EGMR ordnet diese Maßnahmen dennoch den Nutzungsregelungen zu (zuletzt: EGMR, 8.10.2009, *Adzgovich ./. RUS*, Nr. 23202/05, Z: 27). Begründet wird diese Einordnung damit, dass die Grundrechtseingriffe ihrerseits die Einhaltung von Regelungen bezüglich der Nutzung des Eigentums bezwecken wollen und es zudem den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Mitgliedstaaten entspricht, dass als gemeinschädlich oder gemeingefährlich eingestuftes Eigentum entzogen wird (EGMR, 7.12.1976, *Handyside ./. GBR*, Nr. 5493/72, Z. 63).

Für die Rechtfertigung von Eingriffen in die Eigentumsfreiheit gelten je nach Eingriffsart unterschiedliche Anforderungen.

Eigentumsentziehungen sind zulässig, wenn sie durch Gesetz erfolgen oder aufgrund eines Gesetzes ergehen, im öffentlichen Interesse liegen und die Entziehung des Eigentums zur Zielerreichung geeignet und verhältnismäßig ist. Aufgrund der unterschiedlichen Regelungssysteme in den Mitgliedstaaten ist nicht immer ein formelles Gesetz nach deutschem Verständnis notwendig. Ausreichend ist jede Regelung, die in irgendeiner Weise auf eine parlamentarische Ermächtigung zurückzuführen ist (EGMR, 23.06.2009, *Minasyan and Semerjyan ./. ARM*, Nr. 27651/05, Z. 69f.). Bei der Festlegung des öffentlichen Interesses kommt der bereits erwähnt weite Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten zum Tragen, insbesondere sofern es um die Umsetzung der Sozial- und Wirtschaftspolitik eines Staates geht. Nur Enteignungen, die offensichtlich keiner vernünftigen Begründung zugänglich sind, genügen dem nicht. Zwischen den eingesetzten Mitteln und dem angestrebten Ziel muss Verhältnismäßigkeit bestehen. Die Enteignungsmaßnahme muss einen legitimen Zweck verfolgen und einen gerechten Ausgleich zwischen den Anforderungen des Grundrechtsschutzes des Einzelnen und den Erfordernissen des öffentlichen Interesses schaffen. Nach Auffassung des EGMR obliegt diese Abwägung zunächst den Mitgliedstaaten. Ein Verstoß liegt dann vor, wenn die Interessenabwägung als offensichtlich unvernünftig eingestuft werden muss. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich an dieser Stelle, wenn in einem Mitgliedstaat von einer sozialistischen zu einer freiheitlich-demokratischen und marktwirtschaftlichen Eigentumsordnung übergeleitet wird. Die Frage der Eigentumsentschädigung ist nach der EMRK ein Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung. In der Regel wird ein angemessener Ausgleich durch die Gewährung einer Entschädigung erreicht. In besonders gelagerten Fällen kann das Angebot vergleichbarer Grundstücke der Entschädigung in Geld vorrangig sein. (*Lallement ./. France*, 11.04.2002). Die Höhe der Enteignungsentschädigung bemisst sich nach einem eigenen konventionsrechtlichen Standard. Eine Entschädigung, die deutlich unter dem Verkehrswert

bleibt, ist eine Verletzung der Eigentumsgarantie.

Seit den Urteilen in den Fällen *James* und *Lithgow* ist anerkannt, dass eine Enteignung ohne Entschädigung ein unverhältnismäßiges Sonderopfer darstellt und konventionswidrig ist. Nur in ganz außergewöhnlichen Umständen kann eine Enteignung ohne Entschädigung gerechtfertigt sein. Dies war bei den Fällen betreffend die Wiedervereinigung Deutschlands umstritten (siehe unten zur Bodenreform), lag aber bei der Enteignung von Privatvermögen der königlichen Familie anlässlich der Abschaffung der Monarchie in Griechenland (*Früherer König von Griechenland* ./ *Griechenland*, 23.11.2000) vor. Ausnahmen hiervon gelten naturgemäß für die Einziehung von *instrumenta et producta sceleris* (vgl. *AGOSI*). Ebenso verletzt die Nichtberücksichtigung des historischen Wertes eines als Kulturgut klassifizierten Gebäudes bei der Höhe der Entschädigung Art. 1 1.ZP (*Kozacioglu*./ *TUR*, 19.2.2009 (GK)). Hinsichtlich der Höhe der Entschädigung folgen die Konventionsorgane grds. dem im Fremdenrecht entwickelten Prinzip, dass eine Entschädigung *prompt, adequate and effective* sein müsse. Folglich ist grds. der volle Wert des enteigneten Objekts zu erstatten (*Hentrich* ./ *France*, E 296-A); ausnahmsweise kann aber bei umfangreichen sozialpolitisch motivierten Enteignungen (z.B. Nationalisierungen/ Verstaatlichungen) ein minderer Wert angemessen sein (*James*; *Lithgow*).

Nutzungsregelungen müssen auf einem Gesetz beruhen und aus Gründen des allgemeinen Interesses erforderlich und damit verhältnismäßig sein. So hat der EGMR entschieden, die Weigerung, Liegenschaften von einem bestimmten Jagdgebiet abzutrennen und die Abtretung von Jagdrechten zu verweigern sei aufgrund der geringen Vorteile und Möglichkeiten der Jagd nicht unverhältnismäßig (*Nilsson* ./ *SWE*, 26.02.2008). Eine Nutzungsregelung gilt dann als konventionswidrig, wenn der Unterschied zwischen dem Gebrauch, den ein Eigentümer von seinem Eigentum machen will, und dem, den er nach angegriffenen Regelung machen darf, als unverhältnismäßig erscheint (vgl. etwa *Gillow* ./ *United Kingdom*, E 109 - Verweigerung einer Wohngenehmigung; *Tre Traktörer*; *Fredin*; und *AGOSI* ./ *United Kingdom*, E 108 - Konfiskation von Schmuggelgut, obwohl der Eigentümer am Schmuggeldelikt nicht beteiligt war).

Für sonstige Eingriffe bestehen keine geschriebenen Schranken. Auch hier bedarf es aber der Rechtfertigung durch eine gesetzliche Grundlage und der Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Es muss ein fairer Ausgleich zwischen den Anforderungen der Allgemeinheit und den Grundrechtsschutzinteressen andererseits gefunden werden. Dieser ist nicht gegeben, wenn dem Betroffenen eine übermäßige Last auferlegt wird („individual and excessive burden“). Von besonderer Bedeutung ist auch das Prinzip der „good governance“, welches die Behörden zwingt, mit äußerster Gewissenhaftigkeit vorzugehen. Dies gelte insbesondere dann, wenn Angelegenheiten von existenzieller Bedeutung für die Betroffenen bis hin zu einer Bedrohung der Existenz gegeben sind (EGMR, 15.2.2009, *Moskal* ./ *POL*, Nr. 10373/05, Z. 72.).

In einer Reihe weiterer Fälle (*Sporrong & Lönnroth*; *Poiss* ./ *Austria*, E 117; *Jacobsson* ./ *Sweden*, E 163; *Immobiliare Saffi* ./ *Italy*, 28.07.1999; *G.L.* ./ *Italy*, 3.08.2000) wurden sonstige, das Recht auf Eigentum beeinträchtigende Maßnahmen (Enteignungsbewilligungen, vorbereitende Maßnahmen zur Flurbereinigung, Nichtvollstreckung von Wohnungsräumungsbeschlüssen) wegen ihrer Dauer als unverhältnismäßig angesehen. Auch die Bevorzugung öffentlich-rechtlicher Krankenhäuser bei der Berechnung der Verzugszinsen von geschuldetem Lohn zu Lasten der Arbeitnehmer stellt einen sonstigen Eingriff iSd Art.

1. ZP dar (*Meidanis* ./ *GRE*, 22.05.2008). Ebenso hat der Gerichtshof einen sonstigen Eingriff durch die gerichtliche Abweisung einer Klage eines Arbeitnehmers auf Abfindung angenommen (*Cazacu*./ *MDA*, 23.10.2007). Zuletzt stellte der Gerichtshof eine Verletzung der Eigentumsgarantie wegen unverhältnismäßiger Versagung staatlicher Pensionsansprüche eines österreichischen Anwalts fest (EGMR, 03.03.2011, *Klein* ./ *AUT*, Nr. 57028/00).

Die „allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts“, aus dem Fremdenrecht entwickelt, geben *Ausländern* einen Anspruch auf Entschädigung, nicht aber *Inländern*, bezüglich derer sich der Anspruch wie dargelegt

aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ergibt (*James, Lithgow*).

Auch im Bereich der Eigentumsfreiheit treffen die Mitgliedsstaaten Gewährleistungspflichten. Den jeweiligen Staat treffen positive Schutzpflichten bezüglich der Eigentumswerte seiner Einwohner. So kann ein Vermieter den Schutz des Staates bei der Räumung seiner Mietsache beanspruchen (*Ghidotti ./. Italy*, 25.02.2002). Der Ermessensspielraum der Nationalstaaten ist allerdings im Hinblick auf die Eigentums-garantie von erheblicher Weite. Der Gerichtshof prüft hier regelmäßig mit sehr geringer Kontrolldichte, er betont in diesem Zusammenhang, dass es nicht die Aufgabe des Gerichtshofes sei, zu bestimmen, welche Politik im Bereich sozialer, wirtschaftlicher und städtebaulicher Gestaltung die Staaten zu wählen hätten (EGMR, 30.11.2004 (GK), *Öneryildiz ./. TUR*, Nr. 48939/99, Z. 107). Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls verpflichtet die Staaten etwa nicht, die Kaufkraft von Sparguthaben zu erhalten oder Inflationsverluste auszugleichen (EGMR, 8.10.2009, *Merzhoyev ./. RUS*, Nr. 68444/01, Z. 50). Zudem fordert der EGMR die Erfüllung von Gewährleistungspflichten bei Organisation und Verfahrensgestaltung im Hinblick auf Verfahren zur Geltendmachung der Eigentumspositionen Einzelner.

In den letzten Jahren beschäftigte sie der EGMR mehrmals mit Enteignungen die im Rahmen der Bodenreform 1945 – 1949 in der ehemaligen DDR durchgeführt wurden.

Die Beschwerdeführer im Verfahren Jahn u.a. gegen Deutschland (Beschwerden Nr. 46720/99, 72203/01) sind Erben von sogenannten „Neubauern“. Letztere hatten durch die Bodenreform nach 1949 in der ehemaligen DDR Eigentum an landwirtschaftlichen Grundstücken erworben. Diese Grundstücke erbten die Beschwerdeführer noch zu „DDR-Zeiten“. Nach dem Recht der DDR war das Eigentum an den Grundstücken aber derart beschränkt, dass die Grundstücke dann wieder in die staatlichen Bodenfonds zurückgeführt werden sollten, wenn die Begünstigten nicht in der Landwirtschaft tätig waren. Es kam jedoch vor, dass die Behörden versäumten die Rückführung zu betreiben. Derartige Versäumnisse lagen bei den Beschwerdeführern vor. Im Jahre 1990 hob das „Modrow-Gesetz“ die Eigentumsbeschränkungen auf, ließ aber offen, wem das Eigentum an den Grundstücken zustand, wenn das Grundstück im Besitz von Neusiedlern oder Erben war, die nicht mehr in der Landwirtschaft tätig waren. Diese Unklarheiten sollte das 2. Vermögensrechtsänderungsgesetz vom 14. Juli 1992 korrigieren. Den Beschwerdeführern wurde das ererbte Eigentum entzogen, soweit diese nicht am Tag vor dem Inkrafttreten des „Modrow-Gesetzes“ weder das Land selbst bewirtschaftet hatten, noch Mitglied einer landwirtschaftlichen Genossenschaft waren. Das Eigentum fiel in diesen Fällen den neuen Bundesländern zu.

In ihrem Urteil vom 22. Januar 2004 (NJW 2004, 923) hat die Kammer zwar die Umstände im Zusammenhang mit der deutschen Wiedervereinigung als außergewöhnlich angesehen, in dem Fehler jeglicher Entschädigung für die staatliche Aneignung des Eigentums der Beschwerdeführer zu deren Lasten aber einen Verstoß gegen das Gebot gesehen, eine gerechte Abwägung zwischen dem Schutz des Eigentums und den Erfordernissen des Allgemeininteresses vorzunehmen. Die Kammer stellt daher einstimmig eine Verletzung von Art. 1 des Protokolls Nr. 1 fest und hielt es nicht für erforderlich zu prüfen, ob auch Art. 14 der Konvention in Verbindung mit Art. 1 des Protokolls Nr. 1 verletzt worden war.

Aufgrund des Antrags der Bundesregierung entschied die Große Kammer am 30.6.2005 (NJW 2005, 2907), dass weder Art.1 Abs. 1 des Protokolls Nr. 1 noch Art. 14 in Verbindung mit Art. 1 des Protokolls Nr. 1 verletzt sind. Der Gerichtshof kommt zu dem Ergebnis, dass vor dem einmaligen Hintergrund der deutschen Wiedervereinigung trotz des Fehlens jeglicher Entschädigung dem Gebot entsprochen worden ist, eine gerechte Abwägung zwischen dem Schutz des Eigentums und den Erfordernissen des Allgemeininteresses vorzunehmen. Der Gerichtshof bemerkt, dass das Zweite Vermögensrechtsänderungsgesetz verabschiedet wurde, um die Folgen des Modrow-Gesetzes zu korrigieren. Ziel war es, eine Gleichbehandlung der Erben der Bodenreformgrundstücke sicherzustellen. Auf der einen Seite diejenigen, deren Grund-

stücke vor dem Inkrafttreten des Modrow-Gesetzes Dritten zugeteilt oder in den Agrarfonds der DDR zurückgeführt worden waren, auf der anderen Seite diejenigen, die die Zuteilungskriterien nicht erfüllten, bei denen aber die Behörden der DDR es unterlassen hatten, die entsprechenden Umschreibungen vorzunehmen und in das Grundbuch einzutragen. Da die Vorschriften dieses Gesetzes sich auf objektive und vernünftige Gründe stützten, kam der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass keine Verletzung von Art. 14 und Art. 1 des Protokolls Nr. 1 vorliegt. Genauso beurteilte der EGMR auch vergleichbare Eigentumseingriffe in ehemaligen kommunistischen Mitgliedstaaten, welche aufgrund der Neuordnung des Vermögens nach der Demokratisierung dieser Staaten vorgenommen wurden (*Wolkenberg ./. POL*, 04.12.2007 und *E.G. ./. POL*, 23.09.2008).

b) Auf Ebene der EU bildete die Eigentumsgarantie nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ein selbständiges Gemeinschaftsgrundrecht auf Basis der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten. Die GRC-Charta, die heute Primärrecht neben den Verträgen EUV/AEUV ist, enthält in Art. 17 eine Eigentumsgarantie, welche Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK entspricht. Der Schutz geistigen Eigentums wird hier gesondert hervorgehoben.

## § 16. Das Recht auf ein faires Verfahren

a) Die EMRK enthält, verglichen mit vielen nationalen Verfassungen, weit mehr Verfahrensgrundrechte. Zur Begründung hierfür wird die Beeinflussung durch das anglo-amerikanische Recht angeführt, wo Verfahrensgrundrechte detaillierter und gegenüber den Freiheitsrechten stärker gewichtet sind. Hierdurch ist auch der Umstand bedingt, dass die EMRK im Bereich der Verfahrensgrundrechte den größten Einfluss auf die Entwicklung der nationalen Rechts- und Verfassungsordnungen hat. In der deutschen Rechtsordnung wird dies etwa an der Einbeziehung der im Grundgesetz nicht ausdrücklich geregelten Unschuldsvermutung aus der EMRK in die rechtsstaatlichen Grundsätze deutlich.

Art. 6 EMRK ist wesentliche Ausprägung dieses in der EMRK verankerten Rechtsstaatsprinzips. Das Recht auf ein faires Verfahren, einen *fair trial*, gehört zu den fundamentalen Rechten des Menschen, dem überwiegend sogar der Rang von *ius cogens* mit der Begründung zuerkannt wird, dass nur die strikte Beachtung dieses Rechts sichert, dass der Mensch nicht zum bloßen Objekt staatlicher Rechtsausübung degradiert wird. In jedem Fall ist es als essentieller Teil einer jeden rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden Rechtsordnung anzusehen.

Die Vorschrift des Art. 6 EMRK garantiert ein faires, zügiges und öffentliches Verfahren. Der Anspruch auf ein faires Verfahren wird ergänzt durch das Gebot der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des entscheidenden Gerichts, das auf einem Gesetz beruhen muss. Das in Abs. 1 garantierte Recht auf ein faires Verfahren wird für das Strafverfahren durch die in Abs. 2 enthaltene Unschuldsvermutung und die in Abs. 3 aufgezählten Mindest-Verfahrensgarantien weiter konkretisiert. Eine Maßnahme, die Abs. 2 oder 3 verletzt, kann daher zugleich auch Abs. 1 verletzen, während die Verneinung einer Verletzung der in Abs. 2 und 3 gewährten Rechte die Annahme einer Verletzung von Abs. 1 nicht ausschließt. Ferner ist zu betonen, dass die Aufzählung der Rechte in Abs. 3 nicht abschließend ist (*Artico ./. Italy*, E 37). Letztlich ist zu erwähnen, dass trotz des Umstandes, dass die nationalen Rechtsordnungen bezüglich der Rechte der Verfahrensbeteiligten und Angeklagten häufig über Art. 6 hinausgehen, eine Verletzung dieser Vorschrift bisher am häufigsten geltend gemacht und auch festgestellt wurde.

Die Frage nach dem Anwendungsbereich der Garantie muss bei Art. 6 EMRK besonders betrachtet werden. Bereits die Begriffe des zivilrechtlichen Anspruchs und der zivilrechtlichen Klage sind in den nationalen Rechtsordnungen sehr stark von der jeweiligen Terminologie und der jeweiligen Organisation der Gerichtsbarkeiten geprägt. Um die Reichweite der Garantie nicht zur Disposition des einzelstaatlichen Gesetzgebers zu stellen, muss hier eine autonome Interpretation der Begriffe vorgenommen werden (std. Rspr. seit *König ./. Germany*, E 27 und *Deweert ./. Netherlands*, E 35). Insbesondere soll die Möglichkeit der Umgehung des Art. 6 EMRK ausgeschlossen werden, indem die Interpretation nicht in die Hände der Mitgliedstaaten gelegt wird. Im authentischen Wortlaut werden die Begriffe der „civil rights“ bzw. „droits et obligations de caractère civil“ und der „determination of a criminal charge“ bzw. „bien-fondé de toute accusation pénale“ gebraucht.

Entgegen diesem Wortlaut, der daran denken ließe, dass Art. 6 EMRK sich nur auf zivil- und strafrechtliche Verfahren bezieht, ist sein sachlicher Geltungsbereich durch die Spruchstätigkeit der Straßburger Konventionsorgane schon bald auch auf Bereiche ausgedehnt worden, in denen in vielen nationalen Rechtsordnungen Verwaltungsgerichte bzw. Ausschüsse bei Verwaltungsbehörden entscheiden. Nicht in den Schutzbereich des Art. 6 fallen z.B. Steuer und Zollverfahren, weil diese immer noch Teil des ‚hard core of public authority prerogatives‘ sind (*Ferrazzini ./. Italien*, 12.07.2001) sind. Die Entwicklung des Sozial- und Verwaltungsstaats beeinflusst ferner zunehmend Inhalt und Umfang „ziviler“ Rechte des Einzelnen, während Bemühungen um eine Dekriminalisierung zu einem wachsenden Bereich von Verwaltungsstrafrecht führen. Grundsätzlich ist Art. 6 auf jede gerichtlich zu entscheidende Streitigkeit anwendbar, die einen vermögenswerten Gegenstand hat. Ferner ist zu betonen, dass Zuweisungen solcher Streitigkeiten an Verwaltungsgerichte durch nationale Rechtsordnungen (etwa im Staatshaftungs-, Sozial- oder Steuerrecht)

für die Einordnung unter Art. 6 unbeachtlich sind. Erfasst werden auch Streitigkeiten auf öffentlich-rechtliche Zulassung zu einem Beruf (*König ./. Germany*, E 27), nicht jedoch Klagen in Streitigkeiten, die Stelleninhaber des öffentlichen Dienstes betreffen, soweit diese als Wahrer der öffentlichen Autorität dafür verantwortlich sind, die staatlichen oder andere öffentliche Interessen zu schützen. Eine Ausnahme bilden Verfahren, deren Gegenstand Versorgungsbezüge sind, da durch den Eintritt in den Ruhestand die besondere Beziehung mit dem Staat beendet wird. (*Pellegrin ./. Frankreich* 08.12.1999). Die Staaten sind also im Ergebnis nicht verpflichtet, eigenständige Verwaltungsgerichte zu schaffen, sondern nur für die Entscheidung über Streitigkeiten, die Art. 6 unterfallen, zuständige Gerichte vorzusehen (std. Rspr. seit *Sporrong and Lönnroth ./. Sweden*, E 52).

Im Schutzbereich liegen jedoch bauplanerische Entscheidungen, welche den Wert von Land mindern (std. Rspr. seit *Ringeisen ./. Austria*, E 13), Entzug staatlicher Lizenzen (std. Rspr. seit *Bentham ./. Netherlands*, E 97), Staatshaftungsansprüche (std. Rspr. seit *Baraona ./. Portugal*, E 122) und auch auf eigenen Beiträgen beruhende sozialversicherungsrechtliche Ansprüche (std. Rspr. seit *Feldbrugge ./. Netherlands*, E 99). Seit der Entscheidung im Fall *Engel ./. Netherlands* (E 22) ist schließlich auch anerkannt, dass ein Staat seiner Verpflichtung, ein faires Verfahren zu garantieren, nicht „entgehen“ kann, indem er ein seinem Inhalt nach strafrechtliches Verfahren zu einem disziplinar- oder ordnungswidrigkeitsrechtlichen Verfahren macht. Nach den ‚Engel‘- Kriterien sind maßgeblich für eine strafrechtliche Anklage: erstens, die Zuordnung der Vorschrift im nationalen Recht, zweitens, die Natur des Vergehens, sowie drittens, die Art und Schwere der Sanktion.

In Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist Art. 6 grundsätzlich nicht anwendbar. (std. Rspr. *Kress v. Frankreich*, 07.06.2001) Eine andere Beurteilung ergibt sich in diesem Zusammenhang aber dann, wenn die einstweilige Maßnahme tatsächlich über den zivilrechtlichen Anspruch entscheidet, um den es im Hauptverfahren geht (EGMR 13.1.2011, *Kübler ./. Deutschland*, Nr. 32715/06).

Zur Konkretisierung des Gewährleistungsinhalts des Art. 6 EMRK lässt dieser sich in drei Bereiche gliedern, nämlich Organisationsgarantien, das Recht auf Zugang zu einem Gericht und den Grundsatz des fairen Verfahrens, der die Verfahrensgarantien im engeren Sinne beinhaltet.

Die Organisationsgarantie fordert, dass alle Verfahren im Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK vor einem unparteiischen, unabhängigen und auf Gesetz beruhenden Gericht entschieden werden müssen. Auch der Begriff „Gericht“ ist dabei autonom zu interpretieren. Gerichte, iSd. Art. 6, sind zunächst alle Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit der Mitgliedstaaten, sowie all jene Spruchkörper, die die Kompetenz haben, aufgrund geregelter und mit entsprechenden Garantien ausgestatteter Verfahren, nach rechtlichen Maßstäben, über den in Rede stehenden Anspruch bindend zu entscheiden. (*Campbell u. Fell ./. GB*, 28.06.1984; EGMR, 6.4.2004, *Rosza ./. Österreich*, Nr. 67950/01). Jedenfalls muss das fragliche Organ richterliche Aufgaben nach innerstaatlicher Befugnisnorm wahrnehmen (EGMR, 27.6.1968, *Neumeister ./. Österreich*, nr. 1936/63, Z. 24) und eine die Parteien bindende Entscheidung treffen können. Darüber hinaus muss das Organ die relevanten Tatsachen selbst ermitteln und unter die einschlägigen Rechtsnormen subsumieren. Die autonome Interpretation macht es dem EGMR dabei möglich, die Einrichtungen in den Mitgliedstaaten unabhängig von Bezeichnungen und innerstaatlicher rechtlicher Einordnung nach den Kriterien des Art. 6 EMRK zu betrachten und als entweder genügend oder eben als unzureichend zu bewerten. Die Anforderungen der EMRK und die Beurteilung durch den EGMR sind an dieser Stelle relativ eng, es kommt den Mitgliedstaaten hier praktisch kein Gestaltungs- oder Ermessensspielraum zu.

Das Recht auf Zugang zu einem solchen Gericht ist ein von Art. 6 I EMRK gewährleistetetes subjektives Recht des Einzelnen auf Entscheidung durch ein unabhängiges Gericht. Art. 6 I EMRK ist also nicht auf anhängige Verfahren beschränkt, sondern sichert bereits den Zugang zu einem rechtsstaatlichen Verfahren (std. Rspr. seit *Golder ./. United Kingdom*, E 18). Dieses Recht muss nach Auffassung des EGMR wegen seiner besonderen Bedeutung in einer demokratischen Gesellschaft nicht nur existieren, sondern auch effektiv verwirklicht und gewährleistet sein. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, ein Rechtsschutzsystem zu schaffen, welches dem Einzelnen den Zugang zu einem Gericht tatsächlich möglich macht. Das Recht auf den Zugang zu einem solchen Gericht kann begrenzt werden, die Einschränkungen müssen aber dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Es kommen hier Zulässigkeitsvoraussetzungen von Kla-

gen und Rechtsmitteln, Verjährungsfristen oder Immunitätsregeln in Betracht, die das Recht auf den Zugang ausschließen können, solange sie jeweils verhältnismäßig sind. Das Grundrecht auf Zugang zu den Gerichten ist also nicht absolut, sondern unterliegt immanenten Schranken. So kann der Zugang auch aus Praktikabilitätsgründen eingeschränkt werden, solange diese einem legitimen Ziel dienen, verhältnismäßig sind und den Kern des Zugangsrechts nicht aushöhlen (*Omar ./Frankreich, 29.07.1998*). Der EGMR führt im Zusammenhang mit dem Recht auf Zugang zu einem Recht als Teil des Rechts auf ein Gericht an, die Garantie beziehe sich nur auf solche Rechte und Verpflichtungen, von denen vertretbar behauptet werden kann, dass sie im Recht des betroffenen Konventionsstaates anerkannt sind (EGMR 13.1.2011, *Kübler ./ Deutschland, Nr. 32715/06*).

Art. 6 I EMRK gewährt in diesem Zusammenhang nur die Garantie der Entscheidung durch ein Gericht, ein Instanzenzug wird nicht gewährleistet.

Den Kern der Verfahrensgarantien bildet aber der Grundsatz des fairen Verfahrens. In zahlreichen Einzelgarantien soll die Gesamtaussage zum Ausdruck kommen, dass jedem Einzelnen die Möglichkeit gewährt werden muss, unter wesentlich gleichartigen Bedingungen seinen Prozessstandpunkt effektiv vertreten zu können. Inbegriffen sind hier der Grundsatz der Waffengleichheit, das Recht auf Akteneinsicht, der Anspruch auf rechtliches Gehör sowie das Recht auf Begründung von Entscheidungen.

Weiter gewährleistet Art. 6 EMRK auch das Gebot einer angemessenen Verfahrensdauer. Diese Garantie steht im Spannungsverhältnis zu den einzelnen Gewährleistungen des fairen Verfahrens, da ein mehr an Verfahrensrechten regelmäßig das Verfahren verlängert. Für die Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer stellt die Judikatur auf eine Einzelfallbetrachtung unter Heranziehung von im Wesentlichen vier Kriterien ab (siehe *Frylender v. France, ECHR 2000 – VII*). Die Bedeutung der Sache für den Beschwerdeführer muss neben der Komplexität des Falles (29 Jahre sind jedoch auch bei einem komplexen Verfahren zu lang; EGMR, *Grässer ./ Deutschland, 5.10.2006*), dem Verhalten des Beschwerdeführers und dem Verhalten der Behörden die Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer leiten. Ausschlaggebend ist letztendlich jedoch die Beurteilung im konkreten Einzelfall unter Heranziehung aller relevanten Umstände. Eine chronische Überlastung, wie die des Bundesverfassungsgerichts, stellt keine Rechtfertigung für eine überlange Verfahrensdauer dar (*Klein ./ Deutschland, 27.07.2000*). In seinem Piloturteil *Rumpf ./ Deutschland, 46344/06* hinsichtlich der Länge der Verfahrensdauer hat der Gerichtshof festgestellt, dass die überlangen Verfahren in Deutschland ein strukturelles Problem darstellen und Deutschland in seinem Urteil aufgefordert, innerhalb eines Jahres nach Rechtskraft des Urteils einen wirksamen Rechtsbehelf einzuführen. Dem ist Deutschland mit der Einführung der Verzögerungsrüge durch Gesetz vom 24.11.2011 (BGBl I 2306) nachgekommen. Bezüglich des Anspruchs auf angemessene Verfahrensdauer ist eine Vielzahl von Urteilen ergangen ist (vor allem gegen Italien; in *Bottazzi et al., 28.07.1999*, Ziff. 22 statuierte der Gerichtshof, dass eine konventionswidrige Praxis vorläge, s. hierzu auch die Resolution des Ministerkomitees vom 15.07.1999 (DH (99)437).

Weitere garantierte Rechte über Art. 6 EMRK sind die Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens, das Recht auf Veröffentlichung der Entscheidung (welches jedoch der EGMR auf einen Anspruch auf Veröffentlichung des Urteils reduziert hat) und insbesondere für den Strafprozess das Recht auf Information über Art und Grund der Beschuldigung sowie eine ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung. Auch das Recht auf Effektivität der Verteidigung kommt in Art. 6 III lit. c EMRK zum Ausdruck. Weiter gewährleistet Art. 6 die Waffengleichheit im Zeugenbeweis, die Beiziehung eines Dolmetschers, den nemo-tenetur-Grundsatz und schließlich die Unschuldsvermutung.

Zum Recht auf ein Gericht nach Art. 6 I EMRK gehört auch das Recht auf Vollzug einer endgültigen gerichtlichen Entscheidung, ein Verstoß dagegen kann auch darin liegen, dass eine Behörde einer einstweiligen Anordnung eines Gerichtes nicht nachkommt, wenn die einstweilige Anordnung verbindlich ist und ihre Nichtbeachtung unmittelbare Auswirkungen auf das Hauptsacheverfahren hat (EGMR 13.1.2011, *Kübler ./ Deutschland, Nr. 32715/06*).

Zum effektiven Rechtsschutz gehört auch die Durchsetzung eines Urteils (*Burdow ./. Russland* 12.05.2002).

Im Hinblick auf die genannten Teilgarantien sind noch einige Einzelheiten anzuführen. Hervorzuheben sind vor allem der Grundsatz der Waffengleichheit (std. Rspr. seit *Delcourt* einerseits und *Feldbrugge* andererseits) und das Recht auf eine begründete Entscheidung (*Hadjianastassiou ./. Greece*, E 252), sowie die Garantie einer aktiven Teilnahme am Prozess (*T. ./. UK*, 16.12.1999, Ziff. 83). Es liegt hierbei kein Verstoß gegen den Grundsatz der Waffengleichheit vor, wenn im Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH die Möglichkeit fehlt, dass der Drittbeteiligte auf den Schlussantrag des Generalanwalts erwidern kann (Kokkelvisserij u.a. ./. NED, 20.01.2009). Der EGMR sieht das Recht zu schweigen und den Schutz vor Selbstbezeichnung als ein Kernstück des Prinzips des fairen Verfahrens (*Murray ./. GB*, 08.02.1996). Eindeutig ist der EGMR in seiner Rechtsprechung hinsichtlich der Verwertung von Beweisen, die aufgrund von Folter erlangt wurden, denn dies führt dazu, dass der Prozess insgesamt unfair wird. Darüber hinaus hat der Gerichtshof festgestellt, dass die Verwertung von Beweisen, die erst in Folge des Einsatzes unmenschlicher oder erniedrigender Behandlungen i.S.d.Art.3EMRK erlangt wurden, ein Verfahren nicht ohne weiteres und ohne Umstände unfair macht, allerdings besteht hierfür eine starke Vermutung. Die Vermutung kann aber anhand einer Prüfung der Umstände des konkreten Falls entkräftet werden (*Gäfgen ./. GER*, 30.6.2008) Dieser Ansatz wurde erneut in dem Urteil *Gäfgen ./. GER*, 01.06.2010 der Großen Kammer des Gerichtshofs aufgegriffen und bekräftigt. Als Begründung wurde auf das in der Hauptverhandlung nach ordnungsgemäßer Belehrung abgegebene Geständnis des Beschwerdeführers abgestellt. Somit waren die unter der Androhung von Folter erlangten Beweismittel für die Urteilsfindung nicht erforderlich und daher nicht Gegenstand der Verurteilung. Grundsätzlich sind alle Gerichtsverfahren öffentlich; der Ausschluss der Öffentlichkeit muss jeweils einer besonderen Notwendigkeit (Jugendschutz etc.) entsprechen (std. Rspr. seit *Pretto ./. Italy*, E 71). Dieser Grundsatz gilt für Rechtsmittelverfahren nur, wenn für sie mündliche Verhandlungen ausdrücklich vorgesehen sind (std. Rspr. seit *Engel*); auch müssen nur Rechtsfragen betreffende Rechtsmittelurteile nicht unbedingt öffentlich verkündet werden (std. Rspr. seit *Pretto*). Ein öffentliches Verfahren ist jedoch nur dann gewährt, wenn die Öffentlichkeit auch informiert ist und leicht Zugang hat. Eine öffentliche Verhandlung im Gefängnis erfüllt dieses Kriterium nicht. (*Riepan ./. Österreich*, 14.11.2000).

Für die Unabhängigkeit eines Gerichts sind folgende Kriterien entscheidend: Art und Weise der Ernennung und Dauer der Amtszeit, Garantien gegen äußere Beeinflussungen und äußeres Erscheinungsbild (*justice must not only be done, it must also be seen to be done*) (*Campbell and Fell ./. United Kingdom*, E 80). Probleme bereiten die Militärgerichte in der Türkei, in denen die Richter Offiziere der Armee mit Richterausbildung sind (*ausführlich Morris v. GB*, 26.02.2002). Ein Richteroffizier, der weiterhin von der Armee dienstlich beurteilt wird und dessen Ernennung durch Verwaltung und Armee bestimmt ist, verletzt Art. 6.

Hinsichtlich der Unparteilichkeit wird zwischen subjektiver und objektiver Unparteilichkeit unterschieden: Subjektive Unparteilichkeit wird angenommen bis zum Beweis des Gegenteils (std. Rspr. seit *Le Compte ./. Belgium*, E 43); hinsichtlich objektiver Unparteilichkeit ist entscheidend, ob die Befürchtung des Betroffenen, ein Richter sei parteilich, objektiv gerechtfertigt erscheint, was vor allem dann der Fall sein kann, wenn ein Richter in mehreren Verfahrensstadien mitwirkt (z.B. *Piersack ./. Belgium*, E 53) oder ein einzelner *convening officer* eine zentrale Rolle bei der Organisation (inkl. Auswahl von Anklägern und Richtern) des gesamten (Kriegsgerichts-)Verfahrens einnimmt (std. Rspr. seit *Findlay ./. UK*, Reports 1997-1, 263ff., Ziff. 73ff.). Ebenso sind familiäre Beziehungen zwischen dem erkennenden Richter und einer an den polizeilichen Ermittlungen gegen den Angeklagten maßgeblich beteiligten Person oder dem Vertreter der gegnerischen Partei geeignet, die Unparteilichkeit des Gerichts objektiv in Zweifel zu ziehen (*Dorozhko u.s. ./. EST*, 24.4.2008; *Micallef ./. MLT*, 15.1.2008).

Eine Verletzung der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 ist nicht schon dann gegeben, wenn bei Einstellung oder Freispruch ein Teil der Verfahrenskosten auferlegt werden (Gegenschluss aus *Minelli ./.*

*Switzerland*, E 62) oder eine Entschädigung für erlittene Untersuchungshaft nach dem Strafverfolgungsentschädigungsgesetz versagt wird (*A.L. ./ Deutschland*, 28.4.2005). Dagegen kann die Vorführung der Angeklagten in Gefängniskleidung vor das Berufungsgericht geeignet sein, den Eindruck von deren Schuld entstehen zu lassen und somit gegen die Unschuldsvermutung verstoßen (*Samoila u. Cionca./ROM*, 4.3.2008).

Hinsichtlich der Rechte aus Art. 6 Abs. 3 sei auf die Deutschland betreffenden Urteile *Pakelli* (E 64) betreffend die Notwendigkeit der Beiordnung eines Pflichtverteidigers und *Öztürk* (E 73) betreffend die Unentgeltlichkeit von Dolmetschertätigkeit auch in OWiG-Verfahren hingewiesen.

b) Die Grundrechtecharta der EU enthält in Art. 47 und Art. 48 entsprechende Garantien. Bereits vorher war nach der Rechtsprechung des EuGH der Grundsatz des fairen Verfahrens und des effektiven Rechtsschutz als allgemeiner Rechtsgrundsatz als Bestandteil des Gemeinschaftsrechts anerkannt.

c) Vergleichbare Regelungen zu Art. 6 EMRK enthalten auch Art. 14 IPbürgR und Art. 8 AMRK. Die weitgehend identische Fassung dieser Vorschriften beruht letztlich auf den Arbeiten der UN-Menschenrechtskommission, die bereits 1948 begann, einen detaillierten Katalog von prozeduralen Minimumstandards zu formulieren, der dann zur Grundlage aller dieser Bestimmungen wurde. Die Tätigkeit des UN-Menschenrechtskomitees zu Art. 14 IPbürgR hat aber nicht zu Erkenntnissen geführt, die wesentlich von der Rechtsprechung des EGMR abweichen.

## § 17. Sonstige Rechte im Überblick

Unter den sonstigen, in der EMRK verbürgten Rechten sei hier auf Art. 5 (Freiheit der Person), Art. 11 (Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit) und Art. 8 (Achtung des Privat- und Familienlebens) eingegangen.

Im Anschluss soll zur Darstellung des Verhältnisses zwischen EMRK und deutscher Rechtsordnung, insb. deutschem Verfassungsrecht, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu eben dieser Frage aus dem Jahre 2004 sowie eine diese Gedanken wiederholende Entscheidung aus dem Jahre 2011 behandelt werden.

### a) Art. 5 EMRK Freiheit der Person

Art. 5 EMRK gewährleistet die persönliche Freiheit als Menschenrecht vor willkürlicher Freiheitsentziehung durch den Staat. Art. 5 stellt ein unveräußerliches Recht des Einzelnen dar (de Wilde et al. ./ Belgium, E 12). Der Grundrechtsträger hat das Recht, beliebige Ortsveränderungen vorzunehmen und seinen augenblicklichen Aufenthaltsort frei zu bestimmen. Geschützt ist damit die physische Fortbewegungsfreiheit von einem Ort zu einem anderen Ort, die körperliche Bewegungsfreiheit. Art. 5 EMRK schützt auch vor willkürlicher Festnahme und Haft (Engel ./ Netherlands, E 22), indem in abschließender Weise (Ireland ./ United Kingdom, E 25) die Voraussetzungen einer zulässigen Freiheitsentziehung bestimmt werden. Ferner legt er die jedem Festgenommenen zustehenden Rechte fest. Art. 5 ist jedoch nicht notstandsfest (std. Rspr. seit Lawless ./ Ireland, E 3). Zu beachten ist, dass Art. 5 nicht die freie Entfaltung der Persönlichkeit oder die körperliche Unversehrtheit schützt, daher gewährt Art. 5 EMRK auch kein Recht auf angemessene Behandlung während der Internierung und umfasst die Bedingungen der Haft nicht. Insoweit sind Art. 3 und Art. 8 der EMRK einschlägig. (EGMR, 18.5.1985, *Ashingdane ./ UK*, E 93). Mit „Freiheit und Sicherheit“ führt der Wortlaut der EMRK zwei Schutzgüter im Rahmen des Art. 5 EMRK an, allgemein anerkannt ist jedoch, dass es sich bei Art. 5 EMRK um eine einheitliche Gewährleistung handelt, die Erwähnung des Schutzgutes Sicherheit soll die Staaten an die Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze erinnern und die Beachtung elementarer Formen des Rechtsschutzes bei der Durchführung von Freiheitsentziehungen garantieren (EGMR, 13.1.2009, *Giorgi Nikolaishvili ./ GEO*, nr. 37048/04, Z. 52).

Die Grundrechtecharta der EU enthält in Art. 6 EMRK das Recht auf Freiheit und Sicherheit.

Ein Eingriff in Art. 5 EMRL liegt in jeder Freiheitsentziehung durch staatliche Maßnahmen. Die Rspr. hat noch keine Definition des Begriffs Freiheitsentziehung entwickelt. In Anlehnung an Darstellungen in der Literatur ist eine Freiheitsentziehung jede staatliche Maßnahme, durch die jemand gegen seinen Willen an einem bestimmten, begrenzten Ort für eine gewisse Dauer festgehalten wird.

Der Unterschied zwischen einer Freiheitsentziehung und einer bloßen Freiheitsbeschränkung liegt in Ausmaß und Intensität, nicht etwa in der Art der hoheitlichen Maßnahme: Verbannung auf eine Insel ist Freiheitsentzug (Guzzardi ./ Italy, E 39), Hausarrest oder polizeiliche Meldepflichten nicht. Auch die Dauer des Eingriffs spielt eine Rolle. Voraussetzungen einer nach Art. 5 zulässigen Freiheitsentziehung sind: eine im nationalen Recht vorgesehene rechtliche Grundlage, die einem der in Art. 5 (1) genannten Gründe entsprechen muss, sowie die Befolgung eines nach nationalem Recht gesetzmäßigen Verfahrens. Bedeutsam ist, dass der EGMR die Anwendung des jeweiligen nationalen Rechts einer Missbrauchs- und Willkürkontrolle unterzieht (std. Rspr. seit EGMR, 24.10.1979, *Winterwerp ./ Belgium*, E 33). Der EGMR leitet aus Art. 5 ein ungeschriebenes Willkürverbot ab, das zum Gebot der Gesetzesmäßigkeit hinzutritt. Eine Freiheitsentziehung ist dann als willkürlich anzusehen, wenn wenn sie zwar im Rahmen des Gesetzes stattfindet, aber die Handlung der Behörden ein Element der Täuschung bzw. der Arglist enthält. Weiter müssen Eingriffe in Art. 5 EMRK auch dem Verhältnismäßigkeitsgebot genügen. Die Anforderungen an die Rechtfertigung eines Eingriffes und die verhältnismäßigkeitsprüfung sind unterschiedlich, je nachdem welcher Haftgrund vorliegt. Nur dann, wenn

ein Haftgrund vorliegt, ist die Haft materiell rechtmäßig. Die Haftgründe werden in Art. 5 I lit a) bis f) abschließend genannt. Eine Maßnahme kann gegebenenfalls mehreren Haftgründen unterfallen. Sie umfassen Freiheitsentziehungen nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht (lit. a.) (also nicht Auslieferungshaft, *Bozano ./.* France, E 111); wegen Nichtbefolgung eines rechtmäßigen Gerichtsbeschlusses oder zur Erzwingung der Erfüllung einer durch Gesetz vorgeschriebenen Verpflichtung (lit. b.); Freiheitsentziehung als Präventiv- (*Ciulla ./.* Italy, E 148) oder Untersuchungshaft (lit. c.) (wobei insofern die nationalen Vorschriften zumeist strenger sind); besondere Gründe betreffend Minderjährige sowie anderer Personen (lit. d. und e.) (Geistes- und Suchtkranke) und schließlich Haft zum Zwecke der Ausweisung oder Auslieferung (lit. f.) (wobei die Rechtmäßigkeit der Ausweisung bzw. Auslieferung keine Rolle spielt, *Sanchez-Reisse ./.* Switzerland, E 107).

Zu den Rechten der festgenommenen Personen gehören: 1. das Recht auf Information (Abs. 2), das für alle in Abs. 1 vorgesehenen Freiheitsentziehungen gilt (*van der Leer ./.* Netherlands, E 170), und zum Ziel hat, dem Betroffenen die Einleitung eines Haftprüfungsverfahrens zu ermöglichen (*Fox et al. / UK*, E 182); 2. die spezifischen Rechte von U-Häftlingen (Abs. 3), wie unverzügliche (Drei-Tages-Frist, vgl. *Brogan ./.* UK, E 145) Vorführung vor einen Richter oder vergleichbare Person, Recht auf Aburteilung innerhalb angemessener Frist oder auf Haftentlassung (Beurteilung nach Umständen des jeweiligen Falles); und 3. das Recht auf richterliche Haftprüfung (habeas-corpus-Verfahren) (Abs. 4) entsprechend den nationalen Vorschriften sowie ggf. Anspruch auf Entschädigung. In dem Überprüfungsverfahren gelten zwar nicht die vollen – zumindest jedoch die grundlegenden – Garantien eines fairen Verfahrens.

In dem für Deutschland wichtigen Fall *Garcia Alva* (Urteil vom 13.02.2001) entschied der EGMR, dass die bisherige deutsche Praxis zu § 147 II StPO Art. 5 IV EMRK verletzt. Bisher konnte dem Verteidiger und seinem Mandanten Akteneinsicht aufgrund möglicher Gefährdung der weiteren Ermittlungen während des Haftprüfungsverfahrens verweigert werden. Dies verstößt jedoch zumindest dann gegen Art. 5 IV EMRK, wenn die Informationen wichtig sind zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Haft. Eine besonders schwere Verletzung sämtlicher Schutzbestimmungen des Art. 5 stellte der EGMR im Fall *Kurt ./.* TUR (Reports 1998-III, Ziff. 118ff.) fest, in dem es um das „Verschwinden“ eines Festgenommenen im Gewahrsam der Sicherheitskräfte in den kurdischen Gebieten der Türkei ging.

Art. 5 I 1 EMRK statuiert nach allgemeiner Auffassung unter Berufung auf die Bedeutung der persönlichen Freiheit in einer demokratischen Gesellschaft Gewährleistungspflichten des Staates. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, die einen effektiven Schutz der persönlichen Freiheit gewährleisten. Der Staat unterliegt auch insbesondere der Pflicht, in angemessener Intensität Aufsicht und Kontrolle über private psychiatrische Einrichtungen auszuüben.

In den letzten Jahren ist die deutsche Strafrechtsordnung mit Art. 5 I EMRK in Konflikt geraten. Die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nach dem StGB wurde als Verletzung des Art. 5 I EMRK festgestellt, da es an einem hinreichenden Kausalzusammenhang zwischen Verurteilung und nachträglicher Anordnung der Sicherungsverwahrung fehle; daher sei Art. 5 I lit. a) nicht eingehalten (EGMR Urt. v. 17. 12. 2009, *M ./.* Deutschland, Nr. 19359/04. In einer weiteren aktuellen Entscheidung (EGMR, 13.1.2011, *Haidn ./.* Deutschland, Nr. 6587/04) zur nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung nach deutschem Recht hat der EGMR festgestellt, dass die Vornahme einer Freiheitsentziehung „nach“ einer Verurteilung nicht bloß zeitlich im Anschluss an ein Urteil erfolgen, sondern auch ein ausreichender Kausalzusammenhang zwischen der Verurteilung und der Freiheitsentziehung bestehen muss. Nach Art. 5 I lit e) EMRK kann einer Person die Freiheit wegen einer psychischen Erkrankung nur entzogen werden, wenn diese durch ärztliche Gutachten zuverlässig nachgewiesen ist. Eine Freiheitsentziehung müsse zudem auf einer Rechtsgrundlage beruhen, die ihrerseits eine bestimmte Qualität haben muss. Dazu gehöre die Vorhersehbarkeit der Anordnung der Sicherungsverwahrung, sodass die Gefahr der Willkür nicht bestehe. Die Freiheitsentziehung wegen einer psychischen Erkrankung ist zudem nur in einer Klinik, einem Krankenhaus oder einer anderen geeigneten Einrichtung möglich, es muss ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Vollzug einer Frei-

heitsstrafe und dem einer Sicherungsverwahrung bestehen (EGMR, 13.1.2011, *Kallweit ./. Deutschland*, Nr. 17792/07). In den neueren Entscheidungen fordert der EGMR die deutschen Behörden und Gerichte noch einmal zur Durchführung ihrer Verpflichtungen aus dem Urteil *M ./. Deutschland* auf. Eine Verletzung von Art. 5 I EMRK wurde auch durch einen fünf Tage dauernden Arrest von zwei Personen festgestellt, die durch die Freiheitsentziehung von der Teilnahme an Demonstrationen gegen den G8 Gipfel abgehalten werden sollten (EGMR, 1.12.2011, *Schwabe et M.G. ./. Deutschland*).

b) Art. 11 EMRK Versammlungs-, Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit.

Die Versammlungsfreiheit gehört zusammen mit Art. 10 EMRK zu den Kommunikationsfreiheiten der Konvention. Wesentliches Kriterium der Abgrenzung zu anderen Kommunikationsrechten ist die Kollektivität der Meinungsäußerung. Die Grundrechte-Charta der EU garantiert die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit in Art. 12 GRC. Die Versammlungsfreiheit wird als fundamentales Recht in einer demokratischen Gesellschaft angesehen (EGMR, 23.10.2008, *Sergey Kuznetsov ./. RUS*, Nr. 10877/04, Z. 39).

Versammlungen sind das Zusammenkommen von Menschen zum gemeinsamen Zweck der Meinungskundgabe oder -erörterung (Plattform „Ärzte für das Leben“ ./. *Austria*, E 139), insbesondere in der Öffentlichkeit. Geschützt sind nur friedliche Versammlungen, wobei dieser Charakter nicht durch unfriedliche Ereignisse am Rande verloren geht (*Ezelin ./. France*, E 202). Auch sich fortbewegende Versammlungen sind vom Schutzbereich erfasst. Ein bestimmter Zweck der Versammlung ist nicht erforderlich, insbesondere muss keine politische Zweckverfolgung vorliegen. Zufällige Zusammenkünfte fallen allerdings nicht unter den Begriff der Versammlung.

Die Vereinigungsfreiheit meint den freiwilligen Zusammenschluss zu bestimmten Zwecken, unabhängig von der rechtlichen Qualifikation des Zusammenschlusses nach nationalem Recht. Nicht umfasst sind jedoch öffentlich-rechtliche Vereinigungen, die mit Hoheitsbefugnissen ausgestattet sind. Vom Schutzbereich erfasst sind aber Parteien. Art. 11 EMRK schützt für bestimmte Bereiche der politischen Auseinandersetzung organisatorische Voraussetzungen und Rahmenbedingungen für die effektive Teilnahme am Kommunikationsprozess. Die Zwangsmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Institutionen (Kammern) ist nur zulässig, wenn dadurch freie Vereinigungen nicht ausgeschlossen werden (*Le Compte ./. Belgium*, E 20). Geschützt sind nicht nur Zusammenschluss, sondern auch Tätigkeit der Vereinigung (*Young, James and Webster ./. UK*, E 44); umfasst ist schließlich auch die negative Vereinigungsfreiheit, also das Recht sich keiner Vereinigung anzuschließen. (*Sigurjónsson ./. Iceland*, E 264). Im Jahre 1998 hat der EGMR zwei grundlegende Urteile gefällt: So erklärte er am 30.01.1998 das Verbot der Kommunistischen Partei der Türkei mit der Begründung für konventionswidrig, dass nicht nur das bloße Programm, sondern vor allem die tatsächlichen Aktivitäten einer Partei ausschlaggebend seien und wegen der besonderen Bedeutung von Art. 11 für eine demokratische Gesellschaft Parteiverbote nur unter besonders strengen Voraussetzungen zulässig seien (*United Communist Party of Turkey ./. Turkey*; vgl. auch *ÖZDEP ./. Turkey*, 08.12.1999, Ziff. 44). Am 10.07.1998 erklärte er die Weigerung griechischer Behörden (und Gerichte), eine Vereinigung der makedonischen Minderheit zu registrieren, für konventionswidrig, da die Regierung nicht habe nachweisen können, dass diese Vereinigung tatsächlich die territoriale Integrität Griechenlands gefährde (*Sideropoulos ./. Greece*, ECMR 1998 – IV).

Die Koalitionsfreiheit als besondere Form der Vereinigungsfreiheit für Arbeitnehmer umfasst das Recht, Gewerkschaften zu gründen und sich ihnen – im Rahmen ihrer Statute – anzuschließen. Hinsichtlich dieser Statute genießen die Gewerkschaften Autonomie. Da auch ein Recht besteht, jederzeit Gewerkschaften zu gründen, wären staatliche Zwangsgewerkschaften konventionswidrig. Noch offengelassen hat der EGMR die Antwort auf die Frage, ob – wie bei der Vereinigungsfreiheit – Art. 11 auch die negative Koalitionsfreiheit schützt, da sich die entsprechenden Urteile (vgl. vor allem *Young, James and Webster ./. UK*, 13.8.1981 Ser. A.55) nur mit besonderen Konstellationen von closed shops beschäftigten. Aus der Koalitionsfreiheit ergibt sich kein Recht von Gewerkschaften, gehört (Belgische Polizeigewerkschaft, E 19) oder als Tarifpartner anerkannt (Schwedische Lokomotivführer-

Gewerkschaft, E 20) zu werden; hingegen wird das Streikrecht im Kern garantiert (Schmidt and Dahlström ./ Sweden, E 21). Schließlich ist zu bemerken, dass Arbeitgebervereinigungen nicht von der Koalitions-, sondern der Vereinigungsfreiheit erfasst werden. Für die Einschränkungsgünde des Abs. 2 hat dies aber grundsätzlich keine Auswirkung.

c) Art. 8 EMRK Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

Art. 8 EMRK dient dem Schutz des Privat- und Familienlebens, und ist laut ständiger Rechtsprechung des EGMR weit auszulegen. Art. 8 EMRK bildet eine einheitliche Garantie eines Freiheitsraumes zur freien Entfaltung der Persönlichkeit. Die Grundrechte-Charta der EU schützt das Privatleben parallel zu Art. 8 EMRK in Art. 7 I GRC.

Art. 8 EMRK findet seine Ausgestaltung zunächst als Abwehrrecht gegen willkürliche Eingriffe der öffentlichen Hand in das Privat- und Familienleben. Zu dieser negativen Dimension des Art. 8 EMRK treten sich aus der Garantie ergebende Gewährleistungspflichten des Staates in Form von Schutzpflichten gegen Eingriffe Privater.

Art. 8 EMRK schützt im Wesentlichen das Privatleben in Form des Selbstbestimmungsrechts über den eigenen Körper, des Schutzes der Privatsphäre, der freien Lebensgestaltung und das Familienleben. Weiter sind der Schutz der Wohnung und der Korrespondenz erfasst.

Ein wichtiges Anwendungsfeld des Art. 8 EMRK ist der Bereich der Berichterstattung über prominente Persönlichkeiten, insbesondere im Hinblick auf die Berichterstattung der „Boulevardpresse“. Der EGMR befand in dem sog. ‚Caroline von Monaco‘-Fall, dass die bisherige deutsche Rspr. bezüglich des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes (BVerfG Grundsatzentscheidung vom 15.12.1999, 1 BvR 653/96) nicht mit Art. 8 EMRK übereinstimmt und damit ein sehr beschränkter Schutz des Privatlebens und des Rechts am eigenen Bild nur in Frage komme für Personen des politischen Lebens, die eine amtliche Funktion wahrnehmen. Für eine Privatperson aber, bei der das Interesse des breiten Publikums und der Presse einzig auf ihrer Zugehörigkeit zu einem regierenden Haus beruht, lässt sich eine solche Einschränkung des Privatlebens nicht rechtfertigen. In seiner Entscheidung stellte der EGMR fest, dass Art. 8 EMRK von grundlegender Bedeutung für die Entfaltung der Persönlichkeit ist und Schutz bietet, der über den intimen Kreis der Familie hinaus auch eine soziale Dimension umfasst. Jede Person, selbst wenn sie in der Öffentlichkeit bekannt ist, muss „eine berechtigte Erwartung“ auf Schutz und Achtung ihres Privatlebens haben können. Bei der Abwägung des Rechts auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK mit der Freiheit der Meinungsäußerung und der Pressefreiheit sind der Bekanntheitsgrad des Betroffenen und der Gegenstand der Berichterstattung zu berücksichtigen. Der Gerichtshof unterscheidet grundsätzlich zwischen einem Beitrag zu einer Diskussion über Fragen des allgemeinen Interesses. Die Öffentlichkeit hat unter bestimmten Umständen ein Recht auf Informationen aus dem Privatleben, dieses wirkt jedoch weniger schwer, wenn und soweit es nur um die Befriedigung bloßer Neugier und nicht um politische Willensbildung geht. Bei der Abwägung sind auch Inhalt, Form und Auswirkungen der Veröffentlichung zu berücksichtigen.

Die Rechtsprechung bezüglich der Personen des öffentlichen Lebens führt der EGMR in dieser Weise fort. Ein Schauspieler, der sich als Person des öffentlichen Lebens bewusst in die Öffentlichkeit (etwa Oktoberfest) begibt und dort eine Straftat begeht, die fotografiert und veröffentlicht wird, muss sich diese Veröffentlichung gefallen lassen und kann sich nicht auf Art. 8 EMRK berufen. Die Pressefreiheit wiegt demgegenüber schwerer, da selbst milde Sanktionen abschreckende Wirkung entfalten können. In diesem Fall entschied der EGMR daher zugunsten der Pressefreiheit (EGMR 7.02.2012, *Axel Springer ./ Deutschland*, Nr. 39954/08). In einer weiteren Entscheidung „*von Hannover Nr. 2*“ entschied der EGMR wiederum im Sinne dieser Linie, befand aber, die deutschen Gerichte hätten sorgfältig die widerstreitenden Interessen abgewogen und seien zu einem gerechtfertigten Ergebnis gekommen (EGMR, 7.2.2012, *von Hannover ./ Deutschland*, Nr. 40660/08 u. 60641/08).

Besondere Bedeutung kommt Art. 8 EMRK auch in Ausweisungsfällen zu. Der EGMR hat durch eine umfassende Rechtsprechung verschiedenste Voraussetzungen entwickelt, die im Falle einer Auswei-

sung erfüllt sein müssen, damit diese nicht gegen Art. 8 EMRK verstößt. Voraussetzungen für den Schutz aus Art. 8 EMRK sind, nach ständiger Rechtsprechung des EGMR, die Dauer des *rechtmäßigen* Aufenthalts im Aufnahmemitgliedstaat (aus der Rspr. des EGMR geht nicht klar hervor, ob der Aufenthalt rechtmäßig gewesen sein muss, so aber, *Omoregie u.a. ./Norwegen*, 31.07.2008; jedoch leitet der EGMR im Einzelfall auch einen Legalisierungsanspruch bei illegalem Aufenthalt aus Art. 8 EMRK her, siehe, *Silvenko u.a. ./Lettland*, 15.01.2007), die Art des bisherigen Aufenthalts (befristet/ unbefristet), familiäre Verhältnisse, die begangene Straftat (Schwere der Tat/ Anzahl der Taten/verhängte Strafe), Alter des Drittstaatsangehörigen bei Begehung der Tat, Verhalten im Strafvollzug und Bindung des Drittstaatsangehörigen im Aufnahmemitgliedstaat, Bindungen in den Herkunftsstaat, Auswirkung der Ausweisung auf Familienangehörige, Befristung der Ausweisung, Gesundheitszustand, rechtzeitiges In-Kennntnis- setzen des Drittstaatsangehörigen von der Ausweisung und den Tatsachen, die zu einer Ausweisung geführt haben (*Boultif ./Schweiz*, 02.11.2001).

Eine Verurteilung wegen Inzestbeziehungen sah der Gerichtshof jüngst als gerechtfertigt an, es gebe keinen europäischen Konsens zu der Frage der Strafbarkeit von Inzest, sodass den Mitgliedstaaten ein weiter Beurteilungsspielraum zukomme hinsichtlich einer etwaigen Verurteilung. In einer Mehrheit der Staaten seien Inzestbeziehungen jedoch strafbar, eine Tendenz zur Entkriminalisierung sei nicht erkennbar, das nationale Gericht habe eine sorgfältige Abwägung der widerstreitenden Interessen und Argumente vorgenommen, sodass die nationalstaatliche Beurteilung aus konventionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden sei (EGMR, 12.04.2012, *Stübing ./Deutschland*, Nr. 43547/08).

Mittlerweile ist die Diskussion um die Rechte des biologischen Vaters im Bezug auf das leibliche Kind ein entscheidender Anwendungsbereich des Art. 8 EMRK geworden. Ein Eingriff in Art. 8 EMRK wird darin gesehen, dass einem biologischen Vater gerichtlich untersagt wird, Kontakt zu seinem Kind zu haben, auch wenn kein „Familienleben“ im strengen Sinne existiert, weil ein Zusammenleben von Vater und Kind nicht vorliegt, so sei zumindest das Recht auf Privatleben des Vaters durch einen Ausschluss betroffen (EGMR, 15.09.2011, *Schneider ./Deutschland*, Nr. 17080/07). Ein Verfahren zu Feststellung der Vaterschaft muss nach nationalem Recht möglich sein und darf nicht mit unverhältnismäßigen Hindernissen bzw. einer unverhältnismäßig kurzen Verjährung versehen sein. Art. 8 EMRK umfasst dabei auch ein Recht auf angemessene Verfahrensdauer in Familiensachen, da die überlange Verfahrensdauer etwa bei der Feststellung der Vaterschaft erhebliche Auswirkungen auf die familiäre Beziehung zwischen Vater und Kind haben kann. Die Erteilung des gemeinsamen Sorgerechts von Mutter und leiblichem Vater für ein Kind muss nach nationalem Recht und dem Aspekt des Kindeswohls überprüfbar sein.

Art. 8 EMRK umfasst auch das Recht des Einzelnen zur freien Entscheidung über das Ende des eigenen Lebens, den Mitgliedstaaten kommt hier jedoch mangels Konsens ein weiter Ermessensspielraum bei der Ausgestaltung der Gesetzgebung zu (EGMR, 20.1.2011, *Hass ./Schweiz*, Nr. 31322/07).

#### d) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (2 BvR 1481/04) vom 19.10.2004 zur Berücksichtigung der EMRK und der Entscheidungen des EGMR in der deutschen Verfassungsrechtsordnung.

Dem Urteil liegt eine Verfassungsbeschwerde zugrunde, die sich auf die mangelhafte Umsetzung eines am 26.02.2004 ergangenen Urteils des EGMR, sowie auf die Missachtung von Völkerrecht durch ein innerstaatliches Gericht bezieht.

Das BVerfG führt in seinem Urteil aus, dass die EMRK und ihre Zusatzprotokolle völkerrechtliche Verträge sind, die der Bundesgesetzgeber jeweils mit förmlichem Gesetz (Art. 59 Abs. 2 GG) in die deutsche Rechtsordnung überführt hat. Damit haben sie den Rang eines Bundesgesetzes. Somit sind die Gewährleistungen zwar kein unmittelbar verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, sie dienen jedoch als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes, sofern sie den Grundrechtsschutz einschränken.

Darin kommt die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes zum Ausdruck. Die Völkerrechtsfreundlichkeit entfaltet Wirkung jedoch nur im Rahmen des demokratischen und rechtsstaatlichen Systems des Grundgesetzes. Das heißt, dass nicht auf die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität verzichtet wird. Ist ein Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung nicht anders abzuwenden, so widerspricht es nicht dem Ziel der Völkerrechtsfreundlichkeit, wenn der Gesetzgeber ausnahmsweise Völkervertragsrecht nicht beachtet.

Besonderer Bedeutung für das Konventionsrecht als Völkervertragsrecht kommt den Entscheidungen des EGMR zu. In ihnen spiegelt sich der aktuelle Entwicklungsstand der Konvention. Die Vertragsparteien haben sich verpflichtet, gem. Art. 46 EMRK, in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des Gerichtshofs zu befolgen. Damit sind zunächst die Vertragsparteien gebunden; innerstaatlich werden durch die Konventionsbestimmungen, in Verbindung mit dem Zustimmungsgesetz sowie den rechtsstaatlichen Anforderungen (Art. 20 III GG, Art. 59 II iVm. Art. 19 IV GG) auch alle Träger der dt. öffentlichen Gewalt gebunden. Die Bindungswirkung für Gerichte und Behörden besteht jedoch nur im Rahmen der rechtsstaatlichen Kompetenzordnung und der Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 III GG).

Aus der Bindung der Behörden und Gerichte an die EMRK und die Entscheidungen des EGMR entsteht zumindest eine ‚Berücksichtigungspflicht‘, was bedeutet, dass sie sich gebührend mit der Entscheidung des EGMR auseinandersetzen müssen. Jedoch nur dann, wenn im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, haben die deutschen Gerichte und Behörden der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben. Andernfalls müssen sie nachvollziehbar begründen, warum der völkerrechtlichen Rechtsauffassung nicht gefolgt wird.

Die staatlichen Organe haben also bei ihrer Rechtsanwendung auch die Auswirkungen der Entscheidungen auf die nationale Rechtsordnung einzubeziehen. Es ist ihre Aufgabe die Entscheidung des EGMR schonend in die nationale Rechtsordnung einzupassen.

Sowohl die fehlende Auseinandersetzung als auch deren, gegen vorrangiges Recht verstoßende, schematische Vollstreckung, können deshalb gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen.

Das BVerfG äußerte sich gleichermaßen erneut im Jahre 2011 in seiner Entscheidung zur Sicherungsverwahrung nach dem StGB (BVerfG NJW 2011,1931,S.1935-1936). Darin erklärt das Gericht sinngemäß: Die Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes sind völkerrechtsfreundlich auszulegen. Die EMRK steht zwar innerstaatlich im Rang eines Bundesgesetzes und damit unter dem Grundgesetz. Sie ist jedoch als Auslegungshilfe bei der Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes heranzuziehen. Dies gilt auch für die Auslegung der EMRK durch den EGMR. Diese verfassungsrechtliche Bedeutung der EMRK und damit auch der Rechtsprechung des EGMR beruht auf der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und seiner inhaltlichen Ausrichtung auf die Menschenrechte. Ihre Heranziehung als Auslegungshilfe verlangt allerdings keine schematische Parallelisierung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der EMRK, sondern ein Aufnehmen der Wertungen der EMRK, soweit dies methodisch vertretbar und mit den Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar ist.

Im Rahmen der Heranziehung der EMRK als Auslegungshilfe berücksichtigt das *BVerfG* Entscheidungen des *EGMR* auch dann, wenn sie nicht denselben Streitgegenstand betreffen. Dies beruht auf der jedenfalls faktischen Orientierungs- und Leitfunktion, die der Rechtsprechung des *EGMR* für die Auslegung der EMRK auch über den konkret entschiedenen Einzelfall hinaus zukommt.

Im Übrigen ist auch im Rahmen der konventionsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes – ebenso wie bei der Berücksichtigung der Rechtsprechung des *EGMR* auf der Ebene des einfachen Rechts – die Rechtsprechung des *EGMR* möglichst schonend in das vorhandene, dogmatisch ausdifferenzierte nationale Rechtssystem einzupassen, weshalb sich eine unreflektierte Adaption völkerrechtlicher Begriffe verbietet. In der Perspektive des Grundgesetzes kommt insbesondere – gerade wenn ein autonom gebildeter Begriff des *EGMR* bei textlich ähnlichen Garantien anders ausfällt als der entspre-

chende Begriff des Grundgesetzes – das Verhältnismäßigkeitsprinzip als verfassungsimmanenter Grundsatz in Betracht, um Wertungen des *EGMR* zu berücksichtigen: „Heranziehung als Auslegungshilfe“ kann vor diesem Hintergrund bedeuten, die vom *EGMR* in seiner Abwägung berücksichtigten Aspekte auch in die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung einzubeziehen.

## § 18. Fremdenrecht (Überblick)

Das völkerrechtliche Fremdenrecht geht in seinen Wurzeln auf das 19. Jahrhundert zurück, als vor allem die europäischen Staaten und die USA gegenüber – insbesondere – lateinamerikanischen Staaten darauf drangen, dass ihren Staatsangehörigen auch in der Fremde ein gewisses Mindestmaß an Rechten gewährt wurde (wichtig vor allem im Bereich des Enteignungsrechts). Dieses konnte – und wurde – ggf. mittels *diplomatischen Schutzes* durchgesetzt. So gesehen, steht das Fremdenrecht mit am Anfang der völkerrechtlichen Entwicklung der Menschenrechte, wenn auch bezogen nur auf eine bestimmte Personengruppe und durchgesetzt durch die Heimatstaaten (*Mediatisierung des Menschen*). Auch heute versteht man unter dem Fremdenrecht die völkerrechtlichen Regeln betreffend die Rechtsstellung von Ausländern. Grundsätzlich sind die Staaten bei der Ausgestaltung ihrer einschlägigen Rechtslage frei, müssen aber – neben Grenzen, die sich aus bi- und multilateralen (Menschenrechte!) Verträgen, ergeben – auch die Regeln des Völkergewohnheitsrechts achten.

Es besteht keine völkergewohnheitsrechtliche Pflicht, Ausländern die *Einreise* zu gestatten; dies gilt gleichermaßen für angestrebte unbefristete wie befristete Aufenthalte oder bloße Durchreisen. Solange sich ein Ausländer rechtmäßig in einem fremden Staat aufhält, kann sein Aufenthalt vorzeitig nur unter erschwerten Bedingungen beendet werden. Hingegen ist die freie *Ausreise* von Ausländern – auch außerhalb des Völkervertragsrechts (vgl. etwa Art. 12 IPbürgR und Art. 2 des 4.ZP zur EMRK) – völkergewohnheitsrechtlich geschützt. Höchst umstritten ist, ob sich aus dem völkervertraglichen Gebot zum Familienschutz ein Nachzugsrecht für Familienangehörige ergibt.

Fremde bzw. Ausländer unterliegen grds. voll der im Aufenthaltsstaat geltenden Rechtsordnung (außer Diplomaten, Staatsoberhäupter, usw.). Völkergewohnheitsrecht verlangt die Einräumung eines – durch Vertragsrecht ggf. zu erweiternden – Mindeststandards an Rechten; die Theorie der Inländergleichbehandlung (*Calvo-Doktrin*), die auf die Inländergleichbehandlung zielte, hat sich nicht durchgesetzt. Zu diesem Mindeststandard gehören – neben den Menschenrechten mit *ius cogens*-Charakter wie den Rechten auf Rechtsfähigkeit und Rechtssubjektivität, Leben und Freiheit von Folter, Religionsfreiheit, faires Verfahren usw. – vor allem die Rechte auf Gleichheit vor dem Gesetz und vor Gericht sowie der Anspruch auf *prompt, adequate and effective* Entschädigung bei Enteignungen.

Völkergewohnheitsrechtlich steht es den Staaten frei, im Rahmen ihrer Rechtsordnung den Aufenthalt von Ausländern auf ihrem Staatsgebiet zu beenden. Die Aufforderung, das Staatsgebiet zu verlassen, kann mit der Androhung verbunden sein, eine Ausweisung notfalls mit Zwang (Abschiebung) vorzunehmen. Völkergewohnheitsrechtliche Einschränkungen dieses Rechts der Staaten gibt es bei Zwangsausweisungen; umstritten ist, ob aus Menschenrechten wie dem Folterverbot weitere, *gewohnheitsrechtliche* Schranken der Befugnis von Staaten folgen, den Aufenthalt von Ausländern zu beenden.

## § 19. Flüchtlingsrecht (Überblick)

Anders als im Fremdenrecht gibt es im Flüchtlingsrecht mit der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) von 1951 eine universell geltende Grundlage, zu der auf regionaler Ebene das OAU-Abkommen von 1969 sowie die gewohnheitsrechtlich geltende *Cartagena-Deklaration* treten. Von zentraler Bedeutung sind in allen diesen Verträgen die jeweiligen Flüchtlingsdefinitionen: Unter die GFK fallen gemäß ihrem – eng ausgelegten – Art. 1 A nur „politische“ Flüchtlinge, d.h. solche Personen, die wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Kategorie von Menschen oder politischen Überzeugung wohlbegründete Furcht vor Verfolgung haben. Umstritten sind etwa folgende Fragen: Inwieweit muss das (subjektive) Element der Furcht objektivierbar sein? Welche Bedeutung hat eine andere Mitglieder einer Gruppe treffende Verfolgung auf die flüchtlingsrechtliche Stellung eines Individuums (Gruppenverfolgung)? Muss Verfolgung immer staatlich organisiert oder jedenfalls geduldet sein, um als den Flüchtlingsstatus begründend angesehen werden zu können? Inwieweit sind Prinzipien wie das der innerstaatlichen Fluchtalternative, des sicheren Heimatstaats und des sicheren Drittstaats völkerrechtlich zulässig? Alle diese in den nationalen Rechtsordnungen weitverbreiteten Rechtsinstitute haben den Zustrom von schutzsuchenden Menschen nicht merklich verringert; auch wenn nach h.M. sich aus der GFK keine entsprechende Verpflichtung ableiten lässt, zeigt sich in der Staatenpraxis ein starker Trend zur (vorübergehenden) Aufnahme (*temporary protection*) sog. *de facto*-Flüchtlinge, insbesondere Gewaltflüchtlingen oder humanitären Flüchtlingen. Ganz überwiegend betonen die Staaten jedoch, dass diese Praxis auf rein humanitären Erwägungen beruhe und nicht etwa auf der Überzeugung, einer Rechtspflicht zu entsprechen, weshalb insofern (wohl) nicht von einer völkergewohnheitsrechtlichen Regel gesprochen werden kann.

Entsprechend der insoweit weiteren Definition der genannten regionalen Instrumente ist das Mandat des UNHCR (United Nations High Commissioner for Refugees) von den Vertragsstaaten so erweitert worden, dass dieser sich auch solcher Personen annehmen darf. Neben diesen Flüchtlingen im weitesten rechtlichen Sinne treten noch eine stark zunehmende Zahl von *internally displaced persons*, die aus ähnlichen Gründen wie Flüchtlinge auf der Flucht sind, aber keine international anerkannte Grenze überschritten haben; ihre Rechtsstellung wird vom Völkerrecht bislang nur unzureichend erfasst.

Die GFK enthält kein Recht *auf* Asyl (das dem Völkerrecht fremd ist), sondern neben der Definition des Flüchtlings, dem die Vertragsstaaten nach einem durch ihr Recht geregeltem Verfahren (für das nur einige, allerdings noch im Entstehen begriffene Mindestregeln gelten) Asyl zu gewähren haben, vor allem eine Regelung des Rechts *im* Asyl, d.h. der Rechte der als Flüchtling anerkannten Person.

Hinzuweisen ist schließlich auf das fundamentale (und auch gewohnheitsrechtliche) Gebot des *non-refoulement* in Art. 33 GFK, das es Staaten verbietet, Verfolgte von ihrem Gebiet in das des Verfolgerstaats zurückzubringen; inzwischen ist geklärt, dass dieses Gebot nicht nur für Personen gilt, die bereits das Gebiet des Zufluchtstaats betreten, sondern auch für diejenigen, die erst seine Grenzen erreicht haben. Das *refoulement*-Verbot umfasst auch Handlungen, die eine *Kettenabschiebung* bewirken; es schützt also vor Verbringung in den Verfolgerstaat, nicht aber in einen sicheren Drittstaat.

## § 20. Minderheitenrecht (Überblick)

Einen ersten Höhepunkt erlebte der völkervertragliche Schutz (nationaler) Minderheiten in der Zwischenkriegszeit: Grund waren die tiefgreifenden territorialen Veränderungen durch die den Ersten Weltkrieg beendenden Pariser Vorortverträge; diese sowie eine größere Zahl bilateraler Verträge enthielten Bestimmungen, welche den Angehörigen bestimmter nationaler Minderheiten eine Reihe vor allem kultureller und sprachlicher Rechte einräumten. Das Scheitern dieses Systems beruhte darauf, dass der Völkerbund nicht über die für eine wirksame Durchsetzung der ihm übertragenen Aufgabe zur Überwachung dieser Verpflichtungen notwendigen Befugnisse besaß und die meisten Staaten - in einer Phase steigenden Chauvinismus - letztlich auch nicht bereit waren, dieses System zu respektieren.

Nach dem Zweiten Weltkrieg erschien eine Belebung dieses - Minderheitenrechte in erster Linie als Gruppenrechte schützenden - Systems entbehrlich, war man doch der Auffassung, dass der durch die Menschenrechte bewirkte Schutz der Rechte des Individuums, namentlich aufgrund des Diskriminierungsverbots, besondere Vorschriften und Vorkehrungen zum Schutz der Rechte von (Angehörigen von) Minderheiten entbehrlich machte. So enthält denn die EMRK auch keine Bestimmungen zum Minderheitenschutz.

Diese Sachlage änderte sich erst aufgrund des Dekolonisierungsprozesses in den 60er Jahren und führte zur Formulierung von Art. 27 IPbÜRG, der immer noch wichtigsten völkervertraglichen Regelung auf universeller Ebene. Diese Vorschrift läßt durchaus schon alle diejenigen Probleme erahnen, die den Minderheitenschutz immer noch kennzeichnen: Sind Angehörige solcher Minderheiten nur Staatsangehörige des jeweiligen Staates und, falls ja, wie lange müssen sie bzw. die Gruppe der sie angehören, schon auf dem jeweiligen Territorium angesiedelt sein? Sind objektive Kriterien wie Religion oder Sprache entscheidend oder ist eher der das subjektive Kriterium, das Zugehörigkeitsgefühl, ausschlaggebend? Wie lassen sich die Begriffe *ethnisch*, *religiös* oder *sprachlich* definieren? Die bisherige Praxis des UN-Menschenrechtskomitees gibt hierzu noch nicht allzu viel Aufschluß, beschäftigte sie sich doch in erster Linie mit Angehörigen von *indigenous peoples* (kanadische Indianervölker, skandinavische Sami).

Vorbereitet durch Arbeiten in den 80er Jahren und ganz nachhaltig befördert durch die Ereignisse nach 1989, als - gerade in Europa - deutlich wurde, welch ungeheures Destabilisierungspotential in ungelösten Minderheitenkonflikten stecken kann, kam der völkerrechtliche Minderheitenschutz wieder auf die politische Agenda. Auf universeller Ebene mündeten die einschlägigen Bemühungen in der von der Generalversammlung der UN am 18.12.1992 angenommenen Minderheitenschutz-Deklaration, in der die Staaten aufgefordert werden, durch ihre Gesetze und sonstige Maßnahmen die Existenz und Identität von Minderheiten zu wahren und zu fördern. Auch wenn ihr als Resolution der Generalversammlung keine rechtliche Bindungswirkung zukommt, ist sie doch als Ausdruck des politischen Willens der Mitgliedsstaaten von erheblicher Bedeutung.

Wesentlich intensiver waren die Bemühungen auf regionaler, d.h. vor allem europäischer Ebene. Ausgangspunkt und Grundlage aller Entwicklungen waren die einschlägigen Bestimmungen der Schlußakte der Konferenz über die menschliche Dimension der KSZE vom 29.06.1990, die in gewisser Weise als die Charta des Minderheitenschutzrechtes gelten kann. Zwar enthält auch sie nur politische und keine rechtlichen Verpflichtungen, doch hat sie zum einen entscheidenden Einfluß auf die Formulierung späterer Verträge und Vorschriften des nationalen Rechts gehabt; außerdem wurden ihre politischen Verpflichtungen in einer Reihe von bilateralen Verträgen, wie sie etwa von Deutschland, Polen und Ungarn geschlossen wurden, zu rechtlich verbindlichen Verpflichtungen erklärt. Ferner

errichtete die KSZE (OSZE) mit der Schaffung des Amtes eines Hochkommissar für nationale Minderheiten eine Institution zur Prävention von Konflikten zwischen Minderheiten und der Mehrheit, das in einigen Fällen (z.B. Estland, Makedonien) sicherlich zur Verhütung von Gewalt beitrug.

Von noch größerer Bedeutung sind aber die Arbeiten im Rahmen des Europarats. Zu bedauern ist jedoch, dass die schon sehr weit gediehenen Bemühungen zur Formulierung eines die Rechte der Angehörigen von Minderheiten schützenden Zusatzprotokolls zur EMRK keinen Erfolg hatten (dies hätte vor allem die Möglichkeit der Kontrolle durch die Straßburger Organe bewirkt). Immerhin wurden zum einen eine Rahmenkonvention zum Schutz nationaler Minderheiten und eine Charta der Regional- und Minderheitensprachen erarbeitet, die beide 1998 in Kraft traten und zur Zeit 38 bzw. 22 Mitglieder zählen.

Die Rahmenkonvention enthält keine unmittelbar anwendbaren Rechte, sondern verpflichtet die Mitgliedstaaten, ihre nationalen Rechtsordnungen so zu ändern, dass sie den eingegangenen Verpflichtungen entsprechen. Schwächen der Rahmenkonvention sind zum einen das Fehlen einer Definition des Begriffs *Minderheit*, der häufig sehr vage Charakter der Bestimmungen und schließlich das Überwachungssystem, das auf regelmäßig zu erstattenden Staatenberichten beruht. Die Zukunft muß zeigen, ob die mit der Überwachung betrauten Organe, ein Beratender Ausschuß und das Ministerkomitee, in der Lage sein werden, eine effektive Überwachung und Durchsetzung zu erreichen. Die ersten Erfahrungen stimmen optimistisch.

Unter der Sprachencharta bestimmen die Staaten selbst, welchen Sprachen sie schützen wollen (Deutschland bestimmte Dänisch, Friesisch, Plattdeutsch, Romanes und Sorbisch). Sie können dann aus einem großen „Angebot“ an Maßnahmen eine Mindestzahl aussuchen; auch hier muß die Zukunft zeigen, ob sich die mit der Charta verbundenen Hoffnungen erfüllen werden.

Aufgrund dieser Entwicklungen läßt sich der minderheitenrechtliche Mindeststandard wie folgt beschreiben: Anspruch auf Wahrung und Entwicklung der besonderen Identität einer Minderheit; Möglichkeit der freien Entscheidung, sich zu einer Minderheit zu bekennen; Religionsfreiheit; Recht auf Gebrauch der Minderheitensprache in der Öffentlichkeit, nicht notwendig aber im Verkehr mit Behörden und Gerichten; Recht auf Erlernen der Minderheitensprache, nicht notwendig aber in staatlichen Schulen; angemessener Zugang zu den Medien und Recht auf grenzüberschreitende Kontakte; Recht auf politische Mitwirkung in Angelegenheiten, welche die Minderheiten (besonders) betreffen, nicht notwendig aber Anspruch auf gesicherte Vertretung im Parlament.

Schließlich ist zu betonen, dass das Minderheitenrecht vom Selbstbestimmungsrecht der Völker strikt zu trennen ist. Das Minderheitenrecht zielt auf Schutz und Förderung der eigenständigen Identität von Minderheiten und befaßt sich nicht mit dem Selbstbestimmungsrecht. Auf der anderen Seite ist klar, dass es Minderheiten gibt, die zugleich auch als Völker im Sinne des völkerrechtlichen Selbstbestimmungsrechts anzusehen sind. Für die Ausübung dieses Rechts gilt dann die Unterscheidung zwischen im Normalfall zustehender *interner* Selbstbestimmung (auch durch territoriale Autonomie) und das nur im Extremfall auszuübende Recht auf *externe* Selbstbestimmung, das ein Recht auf Sezession einschließt.

## § 21. Humanitäres Völkerrecht (Überblick)

Das humanitäre Völkerrecht ist Teil des Kriegsrechts; dieses umfaßt alle Regeln des Völkerrechts, die während eines Kriegszustands für die im Kriegsgebiet befindlichen Personen und die rechtliche Beurteilung der Kriegshandlungen gelten. Sinn des Kriegsrechts ist es, menschliches Leiden möglichst zu mildern. So gesehen, ist alles Kriegsrecht humanitäres Recht. Durchgesetzt hat sich jedoch die engere Definition, der zufolge humanitäres Völkerrecht den Teil des Kriegsrechts umfaßt, der unmittelbar den Schutz von Personen betrifft.

Problematisch ist, dass es bislang keine allgemein akzeptierte Definition des Begriffs *Krieg* gibt; nach *Verdross* ist er ein völkerrechtlicher Gewaltzustand unter Abbruch der friedlichen Beziehungen. Daraus folgt einmal, dass auch im Krieg das Recht gilt, und zum anderen, dass es sich um einen Vorgang auf zwischenstaatlicher Ebene handeln muß. Dies spiegelt sich auch in dem Ausdruck *internationaler bewaffneter Konflikt* (bzw. Recht der internationalen bewaffneten Konflikte) wider, der seit dem II. Weltkrieg den Terminus *Krieg* im Völkerrecht abgelöst hat.

Traditionell regelt Völkerrecht nur „zwischenstaatliche“, nicht aber innerstaatliche Tatbestände; entsprechend waren bis zum Spanischen Bürgerkrieg solche innerstaatlichen bewaffneten Konflikte nicht Gegenstand des Völkerrechts. Aber so wie sich das Völkerrecht nach 1945 der Rechte des Menschen (auch gegenüber dem Staat seiner Staatsangehörigkeit) annahm, begann es, Regeln für nicht-internationale bewaffnete Konflikte zu entwickeln. Dies zeigt sich zunächst im gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konventionen von 1949 und vor allem im zweiten der beiden Zusatz-Protokolle von 1977. Allerdings ist die Regelungsdichte des internationalen Konfliktes immer noch wesentlich höher; in der Praxis ist es daher von größter Bedeutung (und häufig äußerst umstritten (vgl. *Tadic*-Urteil des Jugoslawien-Tribunals) festzustellen, in welche Kategorie ein bewaffneter Konflikt einzuordnen ist.

Weite Teile des Kriegsrechts sind im 20. Jahrhundert kodifiziert worden. Traditionell wird zwischen dem 1907 in Den Haag verankerten *Haager Recht* und dem 1949 in Genf entstandenen *Genfer Recht* unterschieden.

Das *Haager Recht* besteht aus 14 Abkommen, von denen die *Haager Landkriegsordnung* (HLKO) das bei weitem wichtigste Dokument ist (kann als Gewohnheitsrecht gelten). Dieses Recht enthält vor allem Regeln zur Kriegsführung. Das *Genfer Recht*, entstanden auf Drängen des IKRK, besteht aus vier Konventionen, zu denen 1977 die beiden Zusatzprotokolle traten; es gilt als humanitäres Völkerrecht. Mit Recht wird diese Teilung kritisiert, zielt doch jedes Kriegsrecht auf Minderung menschlichen Leidens.

Die vier Genfer Abkommen von 1949 gelten gemäß ihrem Art. 2 (1) für alle bewaffneten internationalen Konflikte, unabhängig von einer etwaigen Kriegserklärung. Der daraus folgende Ausschluß von Bürgerkriegen wird durch den gemeinsamen Art. 3 gemindert, der Kernvorschriften des Genfer Rechts (die Völkergewohnheitsrecht, wenn nicht sogar *ius cogens* darstellen) enthält, die ausdrücklich für *interne* bewaffnete Konflikte gelten.

Inhaltlich verbesserten und erweiterten die ersten drei Abkommen die bereits bestehenden Normen bezüglich Verwundete, Kranke und Kriegsgefangene aus den Bestimmungen der Verträge

von 1929 und der HLKO. Eine grundlegende Neuerung stellte das vierte Abkommen dar, das den Schutz von Zivilpersonen betrifft (die HLKO enthält nur Regeln über die Befugnisse einer Besatzungsmacht). Zentrale Norm ist Art. 27, der die grundlegenden Rechte aller Zivilpersonen festlegt; zu beachten ist auch Art. 34, demzufolge die Festnahme von Zivilisten als Geiseln untersagt wird (bei internen bewaffneten Konflikten: gemeinsamer Art. 3 Nr. 1 b)).

Die tatsächliche Entwicklung, auch die erschreckende Zunahme (zumeist internationalisierter) nicht-internationaler bewaffneter Konflikte (vor allem Befreiungs- und Bürgerkriege) und deren ungenügende rechtliche Erfassung führten, da eine Vertragsrevision wegen des Widerstands vieler Staaten keinen Erfolg versprach, zur Verabschiedung der beiden Zusatzprotokolle von 1977, die auf Entwürfe des IKRK zurückgehen: Das I. ZP gilt für internationale bewaffnete Konflikte, wozu nach Art. 1 (4) auch (bestimmte) Befreiungskriege zählen; das II. ZP findet auf nicht-internationale bewaffnete Konflikte Anwendung, wobei vor allem die „untere Schwelle“ (d.h. die Abgrenzung zu „inneren Unruhen und Spannungen“) in Art. 1 (2) in der Praxis Probleme aufwerfen kann.

Das I. ZP verbessert in materieller Hinsicht vor allem den Schutz von Zivilpersonen, Sanitätern und ärztlichem Personal sowie humanitären Helfern. Hinsichtlich Kampfmittel und -methoden ist das in Art. 51 (4) enthaltene Verbot des *unterschiedslosen Angriffs* von großer Bedeutung (an sich folgt hieraus ein Verbot von A-, B- und C-Waffen, umstritten!).

Das II. ZP garantiert vor allem die Beachtung der fundamentalen Menschenrechte in bewaffneten nicht-internationalen Konflikten.

Ein zentrales Problem des humanitären Völkerrechts (wie des Völkerrechts im allgemeinen) ist die Kontrolle seiner Einhaltung und ggf. Sanktionierung seiner Mißachtung. Die früheren Kriegsverbrecherprozesse wurden häufig als *Siegerjustiz* kritisiert (nicht nur deswegen, weil einzelne Urteile als in manchen Punkten fraglich erscheinen, sondern weil vergleichbare Anklagen gegen Angehörige der siegreichen Streitkräfte nicht erhoben wurden). Zu hoffen ist, dass dieser Befund, d.h. die mangelnde Durchsetzung des humanitären Völkerrechts, durch die ad hoc - Tribunale zum ehemaligen Jugoslawien und Ruanda sowie (künftig) den Internationalen Strafgerichtshof grundlegend geändert wird.