

Arthur Brunner

Subsidiaritätsgrundsatz und Tatsachenfeststellung unter der Europäischen Menschenrechtskonvention



MAX-PLANCK-INSTITUT
FÜR AUSLÄNDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT
UND VÖLKERRECHT

Beiträge zum ausländischen
öffentlichen Recht und Völkerrecht

Begründet von Viktor Bruns

Herausgegeben von
Armin von Bogdandy • Anne Peters

Band 283

Arthur Brunner

**Subsidiaritätsgrundsatz und
Tatsachenfeststellung unter der
Europäischen
Menschenrechtskonvention**

Analyse der Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK

*Subsidiarity and Establishment of Facts under the European Convention on
Human Rights – Analysis of the Case-Law Relating to Art. 3 ECHR*
(English Summary)



Springer Open

„Abdruck der von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Zürich genehmigten Dissertation“.



ISSN 0172-4770

ISSN 2197-7135 (electronic)

Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht

ISBN 978-3-662-58886-4

ISBN 978-3-662-58887-1 (eBook)

<https://doi.org/10.1007/978-3-662-58887-1>

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

Springer

© Der/die Herausgeber bzw. der/die Autor(en) 2019. Dieses Buch ist eine Open-Access-Publikation.

Open Access Dieses Buch wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Buch enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des jeweiligen Zeicheninhabers sind zu beachten.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Springer ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer-Verlag GmbH, DE und ist ein Teil von Springer Nature.

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Heidelberger Platz 3, 14197 Berlin, Germany

Meinen Eltern und Großeltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist zwischen Januar 2015 und März 2018 während meiner Assistenz­tätigkeit am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich entstanden. Wertvolle Einblicke in das Dissertationsthema habe ich in dieser Zeit durch meine Gerichtsschreibertätigkeit in den Asylabteilungen des Bundesverwaltungsgerichts in St. Gallen erhalten. Literatur und Judikatur wurden bis im Herbst 2017 berücksichtigt, punktuelle Aktualisierungen fanden bis im Frühjahr 2018 statt. In der Ausarbeitung meiner Dissertation habe ich mich um eine geschlechtergerechte Sprache bemüht. Die Verwendung des generischen Maskulinums „im Dienste besserer Lesbarkeit“ ist allgemein anerkannt; mit derselben Begründung muss auch das hier oftmals stattdessen verwendete generische Femininum zulässig sein.

Zu danken habe ich in erster Linie meinem Doktorvater Prof. Dr. Andreas Glaser. Seine kritisch-wohlwollende Begleitung der vorliegenden Arbeit während der letzten Jahre war von unschätzbarem Wert. Daneben konnte ich mich bei Fragen stets auch an Prof. Dr. Daniel Moeckli wenden. Sein profundes Fachwissen hat wesentlich dazu beigetragen, meine Doktorarbeit methodisch richtig aufzugleisen und inhaltlich die richtigen Fragen zu stellen. Bedanken möchte ich mich schließlich bei meinem Gymnasiallehrer Pierre Gentil, der das Manuskript auf seine grammatikalische Richtigkeit hin überprüft hat; von seinem außergewöhnlichen Berufsethos und seinen humanistischen Bildungsidealen zehre ich bis heute.

Verschiedene weitere Personen haben auf ihre Weise zur Entstehung dieser Arbeit beigetragen. Ihnen allen gegenüber empfinde ich tiefe Dankbarkeit.

St. Gallen, im März 2018

Arthur Brunner

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	1
A. Subsidiarität im europäischen Menschenrechtsverbund	1
B. Tatsachenfeststellung im europäischen Menschenrechtsverbund	6
C. Aufbau der Arbeit	8
D. Eingrenzung des Untersuchungsmaterials	10
1. Eingrenzung auf Fälle zu Art. 3 EMRK	10
2. Zeitliche Eingrenzung	12
3. Beweisrechtliche Problemstellungen	13
E. Überblick über den Forschungsstand und den Forschungsbedarf	18
II. Tatsachenfeststellung als Voraussetzung eines effektiven Menschenrechtsschutzes	21
A. Begriff der Tatsachenfeststellung	21
B. Funktion der Tatsachenfeststellung unter der EMRK	26
C. Rechtsgrundlagen des Beweisrechts der EMRK	28
1. Beweisrecht in mitgliedstaatlichen Verfahren	28
2. Beweisrecht für das Verfahren vor dem EGMR	29
III. Subsidiarität im Menschenrechtsverbund der EMRK	31
A. Kontextualisierung des Begriffs der Subsidiarität der EMRK	33
1. Begründung des Subsidiaritätsbegriffs als Rechtsprinzip	33
2. Das Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis Individuum – Gesellschaft – Staat	34
3. Subsidiarität im interinstitutionellen Verhältnis	38
a. Teleologische Begründung im interinstitutionellen Verhältnis	39
b. Formen der Subsidiarität im interinstitutionellen Kontext	41
4. Verwendung des Subsidiaritätsbegriffs in weiteren Zusammenhängen	50
5. Zusammenfassende Betrachtung zu den verschiedenen Subsidiaritätsformen	52

B. Subsidiarität in der EMRK	53
1. Vergleichende Einordnung des Subsidiaritätsbegriffs der EMRK . . .	54
a. Subsidiarität als Kompetenzausübungsregel	55
b. Nationale Behörden als Subsidiaritätsverpflichtete	57
c. Keine <i>subsidiarité concurrence</i>	58
2. Dimensionen des Subsidiaritätsbegriffs in der EMRK	60
a. Subsidiarität als unverbindliche Kompetenzzuweisungsmaxime	61
b. Subsidiarität als an den EGMR gerichtete Kompetenzausübungsregel.	62
c. Terminologische Abgrenzungen.	64
3. Dogmatische Grundlagen und Ausprägungen des Subsidiaritätsgrundsatzes als Kompetenzausübungsregel.	66
a. Frühe Rechtsprechung des EGMR.	66
b. Anwendungsbereich des Subsidiaritätsprinzips als <i>Kompetenzausübungsregel</i>	69
c. Künftige Verankerung in der Präambel der EMRK	72
4. Bedeutung für die Tatsachenfeststellung unter der EMRK.	74
a. Begründung des Subsidiaritätsgrundsatzes	77
b. Der EGMR als erstinstanzliches Tatsachengericht: Konstellationen.	81
IV. Tatsachenfeststellung im Verhältnis zwischen nationalen Gerichten und EGMR	83
A. Subsidiaritätsrechtlicher Zusammenhang zwischen der Qualität des nationalen Verfahrens und der Tatsachenfeststellungsfunktion des EGMR.	85
B. Prozedurale Anforderungen der EMRK an die Tatsachenfeststellung der nationalen Gerichte	87
1. Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK als dogmatische Grundlagen. . .	87
a. Funktion und Verhältnis von Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK	87
b. Anknüpfungspunkte der prozeduralen Vorgaben aus Art. 13 und 3 EMRK	89
c. Allgemeine Leitsätze zur Wirksamkeit des Rechtsbehelfs	93
2. Systematisierung der Rechtsprechung des EGMR zu den prozeduralen Anforderungen an die innerstaatliche Tatsachenfeststellung.	94
a. Rechtsprechung zu <i>Refoulement</i> -Fällen.	96
b. Rechtsprechung zu Übergriffen von Staatsoffiziellen	101
c. Allgemeine Leitsätze	110
C. Variabler Kontrollmaßstab des EGMR bezüglich der innerstaatlichen Tatsachenfeststellung	112
1. Willkürkontrolle	115

- 2. *De-novo*-Prüfung der innerstaatlich festgestellten Tatsachen 117
 - a. Anwendungsbereich der *de-novo*-Prüfung 117
 - b. Darstellung des Wirkungsmechanismus am Beispiel zweier Fälle 118
- 3. Beweisrecht als Instrument eines effektiven Schutzes der Konventionsrechte 122
 - a. Subsidiaritätsrechtliche Begründung 123
 - b. Der Fall *El-Masri v. Mazedonien* 124
- D. Subsidiaritätsrechtliche Würdigung der herrschenden Praxis des EGMR 127
 - 1. Problematische Einzelfälle 128
 - a. Beweis „au-delà de tout doute raisonnable“. Der Fall *Ioan Pop v. Rumänien* 128
 - b. Grenzen des prozeduralen Kriteriums bei der Bemessung des Kontrollmaßstabs in Tatsachenfragen. Der Fall *Dembele v. Schweiz* 130
 - c. Beweislastumkehr in Grauzonenfällen. Der Fall *Sadkov v. Ukraine*. 134
 - 2. Stimmiges Gesamtbild 136
- V. Berücksichtigung neuer Beweismittel und Tatsachenvorbringen durch den EGMR** 139
 - A. Unterscheidung zwischen echten und unechten Noven als Ausgangspunkt 139
 - B. Umgang des EGMR mit echten Noven. 141
 - 1. *Ex-nunc*-Prüfung versus *ex-tunc*-Prüfung in *Refoulement*-Fällen 142
 - a. Zwei typische *Refoulement*-Konstellationen 142
 - b. Maßgebliche Tatsachengrundlage nach erfolgtem *Refoulement* 144
 - c. Maßgebliche Tatsachengrundlage bei ausstehender Abschiebung. 147
 - 2. Ableitung temporal-beweisrechtlicher Grundsätze. 150
 - C. Umgang des EGMR mit unechten Noven. 153
 - D. Skizze eines subsidiaritätsorientierten Novenrechts. 156
 - 1. Subsidiaritätsrechtliche Kritik an der heutigen Praxis des EGMR 157
 - 2. Strategien zu einem subsidiaritätsorientierten Umgang mit echten Noven. 160
- VI. Zusammenfassende Schlussbetrachtungen** 163
- Summary** 171
- Literaturverzeichnis** 173

Abkürzungsverzeichnis

ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABIEU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aufgehoben auf den 1. Januar 2000)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABIEU C 326
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AMRK	Amerikanische Menschenrechtskonvention
Amtl. Bull NR	Amtliches Bulletin des Nationalrates
Amtl. Bull SR	Amtliches Bulletin des Ständerates
ARK	(ehemalige) schweizerische Asylrekurskommission
Art.	Artikel
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (SR 142.31)
Auf.	Auflage
BAMF	Deutsches Bundesamt für Migration und Flüchtlinge
BBl	Bundesblatt
BGBI.	Bundesgesetzblatt der Bundesrepublik Deutschland
BGE	Bundesgerichtsentscheid (Entscheide der amtlichen Sammlung)
BGer	(Schweizerisches) Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BSK BV	Waldmann Bernhard/Epiney Astrid/Belser Wyss Eva Maria (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVerfGE	Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)

BVGE	Bundesverwaltungsgerichtsentcheid (Entscheide der amtlichen Sammlung)
BVGer commentaire LTF	(Schweizerisches) Bundesverwaltungsgericht Corboz Bernard/Wurzburger Alain/Ferrari Pierre/Frésard Jean-Maurice/Aubry Girardin Florence (Hrsg.), Commentaire de la LTF, 2. Aufl., Bern 2014
dies.	dieselbe(n)
Dublin-II-VO	Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung von Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines Asylantrags zuständig ist, den ein Staatsangehöriger eines Drittlandes in einem Mitgliedstaat gestellt hat, ABIEG. L 50
Dublin III-VO	Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ABIEU L 180/31
E.	Erwägung(en)
ECHR	European Court of Human Rights (englischer Begriff für den EGMR)
ECOSOC	Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen
EG	Europäische Gemeinschaften
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGMR-VerfO	Verfahrensordnung des EGMR (i.d.F. vom 14.11.2016), in englischer Fassung abrufbar unter http://www.echr.coe.int/ Documents/Rules_Court_ENG.pdf . Zugegriffen am 28.02.2018
EJPD	Eidgenössisches Jusitz- und Polizeidepartement
EMARK	Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
engl.	englisch
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Zeitschrift Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union, ABIEU C 115/13
EUV Kommentar	Calliess Christian/Ruffert Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV Kommentar. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta, Band 1, 4. Aufl., München 2011

f.	und folgende (Singular)
ff.	und folgende (Plural)
Fn.	Fußnote
GB	Geschäftsbericht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1)
Hrsg.	Herausgeberin(nen) beziehungsweise Herausgeber
i.d.F.	in der Fassung
IGH	Internationaler Gerichtshof der Vereinten Nationen
Kommentar EMRK	Karpenstein Ulrich/Mayer Franz C. (Hrsg.), Kommentar zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., München 2015
Kommentar KV/ZH	Häner Isabelle/Rüssli Markus/Schwarzenbach Evi (Hrsg.), Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich 2007
Komm. Unionsrecht	von der Groeben Hans/Schwarze Jürgen/Hatje Armin (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015
KV/AR	Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 30. April 1995 (SR 131.224.1)
KV/FR	Verfassung des Kantons Freiburg vom 16. Mai 2004 (SR 131.219)
KV/GE	Verfassung der Republik und des Kantons Genf vom 14. Oktober 2012 (SR 131.234)
KV/LU	Verfassung des Kantons Luzern vom 17. Juni 2007 (SR 131.213)
KV/SZ	Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010 (SR 131.215)
KV/SH	Verfassung des Kantons Schaffhausen vom 17. Juni 2002 (SR 131.223)
KV/TI	Verfassung von Republik und Kanton Tessin vom 14. Dezember 1997 (SR 131.229)
KV/ZH	Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (SR 131.211)
LeGes	Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung und der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 Juin 2005 (SR 173.110, = BGG)
LTTE	Liberation Tigers of Tamil Eelam
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
no.	Urteilsnummer des EGMR
Nr.	Nummer(n)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung

OHG	Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (SR 312.5)
petit commentaire	Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 1999
Rn.	Randnote
S.	Seite
SG Kommentar BV	Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014
SKOS	Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe
Slg.	Amtliche Sammlung des Gerichtshofes der Europäischen Union
sog.	sogenannte(r)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StA	Staatsanwaltschaft
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
UN	Vereinte Nationen
UN-Charta	Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945 (SR 0.120)
v.	versus (gegen)
VGG	Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.32)
vgl.	vergleiche
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
z. B.	zum Beispiel
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
Ziff.	Ziffer
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

I. Einleitung



Inhaltsverzeichnis

A. Subsidiarität im europäischen Menschenrechtsverbund.....	1
B. Tatsachenfeststellung im europäischen Menschenrechtsverbund.....	6
C. Aufbau der Arbeit.....	8
D. Eingrenzung des Untersuchungsmaterials.....	10
1. Eingrenzung auf Fälle zu Art. 3 EMRK.....	10
2. Zeitliche Eingrenzung.....	12
3. Beweisrechtliche Problemstellungen.....	13
E. Überblick über den Forschungsstand und den Forschungsbedarf.....	18

A. Subsidiarität im europäischen Menschenrechtsverbund

Der europäische Menschenrechtsschutz wird ganz wesentlich durch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) geprägt. Strukturelles Kennzeichen der EMRK ist die Möglichkeit jedes und jeder Einzelnen, sich nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges (Art. 35 Ziff. 1 EMRK) vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) gegen behauptete Verletzungen der Konventionsrechte zur Wehr setzen zu können (Art. 19 EMRK).¹ Im Unterschied zu anderen völkerrechtlichen Überwachungsmechanismen zum Schutz der Menschenrechte, die durch periodische Länderberichte auf strukturelle Verbesserungen abzielen,²

¹ Vgl. Haefliger/Schürmann, S. 2 f. Im Unterschied zum Schutzmechanismus unter der amerikanischen Menschenrechtskommission kann der EGMR seit dem Inkrafttreten des 11. Zusatzprotokolls auf Beschwerden unabhängig von der Zustimmung des betroffenen Mitgliedstaates eintreten; vgl. dazu Fabbrini, S. 17.

² Wildhaber, Überdenken, S. 541.

sollen Verletzungen unter der EMRK im Einzelfall festgestellt und wiedergutmacht werden.³

Umgesetzt wird diese Aufgabe durch die nationalen Gerichte einerseits und den EGMR andererseits. Hauptakteure sind mithin Institutionen, die auf verschiedenen Ebenen – und oft auf Grundlage verschiedener Rechtssätze – zur Rechtsanwendung im Einzelfall berufen sind und als Grundlage ihrer Entscheidungen die rechtserheblichen Tatsachen feststellen müssen. Das Verhältnis dieser Institutionen scheint im Ausgangspunkt klar zu sein: Die nationalen Gerichte sollen Konventionsverletzungen als „Primärverpflichtete“ der EMRK nach Möglichkeit bereits innerstaatlich beseitigen beziehungsweise verhindern, der EGMR soll (subsidiär) einschreiten, wenn die nationalen Gerichte dieser Verpflichtung nicht nachkommen.⁴ Der EGMR bildet insofern im Verhältnis zu den nationalen Gerichten ein „letztes (überstaatliches) Auffangnetz“,⁵ das gravierende Versäumnisse auf innerstaatlicher Ebene korrigieren soll. Schon allein aufgrund seiner räumlichen Zuständigkeit für den Einflussbereich von 47 Konventionsstaaten ist er hingegen nicht in der Lage, flächendeckend die Gewährleistung der Konventionsrechte sicherzustellen; er ist vielmehr darauf angewiesen, dass die Europaratsstaaten Strukturen aufweisen, unter denen Konventionsverletzungen nur im Ausnahmefall vor den EGMR getragen werden müssen.⁶

Aus der gemeinsamen Aufgabe – dem Schutz der Konventionsgarantien im Einzelfall – ergeben sich verschiedene Schnittstellen, deren Konturen sich mit einer derart einfachen Beschreibung der Aufgabenbereiche nur unzureichend aufzeigen lassen: Bis zu welchem Zeitpunkt sind die nationalen Behörden im Hinblick auf den Ausschöpfungsgrundsatz (Art. 35 Ziff. 1 EMRK) in einem konkreten Fall zum Schutze der Konventionsrechte berufen? Wann geht diese Aufgabe auf den EGMR über? Welchen materiellen Kontrollmaßstab wendet der EGMR an, wenn ein Fall nach Durchlaufen des nationalen Instanzenzuges an ihn herangetragen wird? Inwieweit ist die Auslegung der Konventionsgarantien durch den EGMR für die nationalen Behörden bindend? Welche Rechtswirkungen kommen den Urteilen des EGMR zu? Wie werden Urteile durch die nationalen Behörden umgesetzt, wenn einer im Einzelfall festgestellten Konventionsverletzung strukturelle Ursachen zugrunde liegen? Mit solchen Fragen setzt sich die Rechtswissenschaft schon länger und teilweise intensiv auseinander. Die Diskussion spielt sich dabei zunächst auf einer terminologischen Ebene ab, die so grundlegend ist, dass sie hier vorweggenommen werden soll.

Zuweilen wird das Verhältnis zwischen nationalen Behörden und Gerichten und dem EGMR zumindest dem Gedanken nach als „hierarchischer Instanzenzug“ beschrieben⁷ – ein Begriff, der aus dem nationalen Verfahrensrecht stammt.

³Dieser einzelfallbezogene Ansatz schliesst nicht aus, dass strukturelle Probleme angesprochen werden; umfassend zu dem in diesem Zusammenhang entwickelten Pilotverfahren Haider, insbesondere S. 15 ff.

⁴Vgl. die gleichlautende Subsidiaritätsdefinition im Interlaken Follow-Up, S. 2.

⁵Wildhaber, *Europäischer Grundrechtsschutz*, S. 689.

⁶Vgl. Wildhaber, *Verfassungsrechtliche Zukunft*, S. 569.

⁷Mit demselben Befund auch Schilling, S. 14 ff.

Der Gedanke ist aus schweizerischer Perspektive insofern nachvollziehbar, als die Konventionsgarantien unter dem in der Schweiz herrschenden monistischen System vor Behörden und Gerichten aufgrund ihres „self-executing“-Charakters direkt angerufen werden können,⁸ und der EGMR insoweit als zeitlich nachgelagerte Überprüfungsinstanz die innerstaatliche Anwendung der Konventionsgarantien gewissermaßen „letztinstanzlich“ überprüft.⁹ Die EMRK selbst setzt die direkte innerstaatliche Anwendbarkeit der Konventionsgarantien jedoch nicht voraus, sondern steht der Umsetzung der EMRK im innerstaatlichen Recht „indifferent“ gegenüber.¹⁰ Das deutsche Bundesverfassungsgericht beispielsweise entscheidet alleine am Maßstab des deutschen Grundgesetzes und zieht das Konventionsrecht allenfalls als Auslegungshilfe für deutsche Grundrechte heran.¹¹ Zu Recht hält der EGMR vor diesem Hintergrund in konstanter Rechtsprechung fest, dass er keine „vierte Instanz“ ist.¹² Weil der EGMR sich nicht als viertes Gericht in den nationalen Instanzenzug einordnet, kann auch die ihm völkerrechtlich übertragene Kontrolle der Einhaltung der EMRK nicht durch nationales Verfahrensrecht eingeschränkt sein¹³ – eine logische Folgerung, die teilweise verkannt wird, wenn vom EGMR als „vierter Instanz“¹⁴ die Rede ist.

Dass der EGMR nicht als letztes Gericht eines Instanzenzuges entscheidet, zeigt sich noch in anderen Fallkonstellationen: Entgegen dem Grundgedanken der EMRK kommt es nämlich vor, dass der EGMR als *einzig*e Instanz entscheidet, etwa wenn die innerstaatlichen Behörden und Gerichte die Behandlung eines Falls unter Berufung auf nationale Sicherheitsinteressen verweigern oder aber die Aufarbeitung

⁸Vgl. statt vieler Auer/Malinverni/Hottelier, Rn. 92 f. Zu Problemen bei der Implementierung von programmatischen Vorgaben völkerrechtlicher Menschenrechtsverträge Wytenbach, S. 418.

⁹Eine Aussage, die freilich nicht ganz präzise ist: Weil Entscheide des EGMR grundsätzlich nicht in die nationalen Rechtsordnungen durchzugreifen vermögen, bedürfen seine Urteile einer „Durchführung“ im nationalen Recht. Im schweizerischen Recht dient Art. 122 BGG diesem Zweck. Die Bestimmung schreibt vor, dass eine vom EGMR festgestellte Verletzung der EMRK oder ihrer Zusatzprotokolle einen Revisionsgrund darstellt, wenn eine Entschädigung nicht geeignet ist, die Folgen der Verletzung auszugleichen und die Revision notwendig ist, um die Verletzung zu beseitigen. Formal gesehen könnte man also auch nach einer Verurteilung durch den EGMR behaupten, letztinstanzlich entscheide ein innerstaatliches Gericht.

¹⁰Schilling, S. 13. Diese Aussage gilt freilich nicht nur für die EMRK, sondern generell für völkerrechtliche Verträge zum Schutze der Menschenrechte, vgl. Carozza, S. 62 f.

¹¹Vgl. BVerfGE 41, 126 (149); BVerfGE 75, 102 (128).

¹²Vgl. soweit ersichtlich erstmals EGMR, Urteil vom 24. November 1994, *Kemmache v. Frankreich* (Nr. 3), § 44.

¹³Vgl. Benzing, S. 409.

¹⁴Vgl. in diese Richtung das Votum von Ständerätin Karin Keller-Sutter in den parlamentarischen Beratungen im Geschäft 15.055 zum Bericht des Bundesrates zu den Erfahrungen und Perspektiven des EMRK-Beitritts, Amtl. Bull. SR 2015 1191: „[...] die Kritik, der Gerichtshof urteile wie eine mit umfassender Kognition ausgestattete Rechtsmittelinstanz, also sozusagen wie eine vierte Instanz, [ist] weit verbreitet. Dabei wird übrigens auch unter Bundesrichtern kritisiert, dass der Gerichtshof bei der Überprüfung sein Ermessen an die Stelle desjenigen der innerstaatlichen Gerichte stelle. *Damit verhält sich der Gerichtshof [...] wie eine vierte Instanz* [Hervorhebung durch den Verfasser].“

von Menschenrechtsverletzungen politisch nicht gewünscht ist.¹⁵ In solchen Fällen¹⁶ kann von einem Instanzenzug noch weniger die Rede sein: Im Interesse eines effektiven Schutzes der EMRK-Garantien kann der EGMR nämlich (ausnahmsweise) auch Fälle an die Hand nehmen, welche von den innerstaatlichen Gerichten überhaupt nicht geprüft und teilweise auch nicht an sie herangetragen worden sind.¹⁷

Nicht nur der Begriff des hierarchischen Instanzenzugs verdeckt jedoch eine klare Sicht auf das europäische System zum Schutz der Menschenrechte, auch der in diesem Zusammenhang häufig benutzte Begriff des „europäischen Mehrebenensystems“ zeichnet ein unscharfes Bild. Er suggeriert nämlich fälschlicherweise, es handle sich beim EGMR einerseits und den nationalen Gerichten und Behörden andererseits um horizontal-parallel angeordnete Ebenen, welche keine Überschneidungspunkte besäßen.¹⁸ Nicht nur in der Auslegung der Konventionsrechte, sondern auch im Bereich der Tatsachenfeststellung existieren jedoch verschiedene Schnittstellen.¹⁹ Aufgrund der mannigfaltigen gegenseitigen Verschränkung der Aufgaben der innerstaatlichen Gerichte und des EGMR kann von einem strikten Subordinationsverhältnis, wie es der Begriff der Ebenen suggeriert, nicht die Rede sein. Wenn im Folgenden mitunter dennoch der Begriff der „Ebenen“ verwendet wird, so dient dies lediglich der Unterscheidung der beteiligten Institutionen, sagt jedoch nichts über ihr Verhältnis zueinander aus.

Falsche Assoziationen weckt schließlich auch der Begriff des „europäischen Verfassungsgerichtsverbunds“.²⁰ Der EGMR ist kein Verfassungsgericht,²¹ sondern ein völkerrechtlich konstituiertes Gericht. Er überprüft einen Rechtsanwendungsakt nicht am Maßstab der nationalen Verfassungen, sondern an demjenigen

¹⁵Vgl. für einen solchen Fall EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2012, *El-Masri v. Mazedonien*.

¹⁶Gegenwärtig ist der EGMR vor allem mit einer Flut von Beschwerden aus der Türkei beschäftigt, wo seit dem Putschversuch im Sommer 2016 gegen Präsident Erdoğan mit strafrechtlichen Mitteln flächendeckend gegen tatsächliche und vermeintliche Regimegegnerinnen und -gegner vorgegangen wird; die Beschwerden an den EGMR betreffen hauptsächlich unrechtmäßige Inhaftierungen und Ausreisebeschränkungen. Kritisch zu den in diesem Zusammenhang ergangenen Nichteintretensentscheidungen des EGMR Turku.

¹⁷Nach ständiger Praxis sieht der EGMR von der Ausschöpfung innerstaatlicher Rechtsmittel ab, wenn diese nicht als effektiv bezeichnet werden können; vgl. dazu Lanter, S. 41 ff.

¹⁸Biaggini, Grenzen und Tücken, S. 509 f.

¹⁹Zumindest für die Mitgliedstaaten der EU spielt überdies auch der EuGH eine zentrale Rolle im „europäischen Mobile des Grundrechtsschutzes“. Ausführlich zum Verhältnis der nebeneinander bestehenden europäischen Grundrechtsschutzsysteme Gebauer, insbesondere S. 299 ff.

²⁰Von einem „europäischen Verfassungsgerichtsverbund“ ist bei Voßkuhle, Verfassungsgerichtsverbund, S. 1 ff. die Rede, welcher auch den EuGH mit einschließt; von einem „Europäischen Verfassungsgericht“ spricht Wildhaber, Verfassungsrechtliche Zukunft, S. 569.

²¹Anderer Meinung Nationalrat Hans-Ueli Vogt in den parlamentarischen Beratungen zum Bericht des Bundesrates zu den Erfahrungen und Perspektiven des EMRK-Beitritts, Amtl. Bull. NR 2016 368; gemäß Vogt übt der EGMR „materiell und funktional [...] eine Verfassungsgerichtsbarkeit aus, [...] die über der nationalen Verfassung steht.“

der EMRK. Die EMRK hat zwar materiell vielerorts auf den Gehalt der nationalen Verfassungen durchgeschlagen und dient mit dem Schutz der Grundrechte einem Anliegen, das auch die nationalen Verfassungen verfolgen.²² Formell ist sie jedoch – abgesehen von einzelnen Bestimmungen, die *ius cogens* darstellen – als (einfacher) völkerrechtlicher Vertrag anzusehen.²³ Hinzu kommt, dass Verfassungsgerichte in der Regel dazu befugt sind, Gesetzgebungs- und Rechtsanwendungsakte aufzuheben, während der EGMR lediglich die Verletzung der EMRK in einem konkreten Einzelfall feststellen kann, verbunden allenfalls mit einer Entschädigung und dem Hinweis, dass der Verletzung strukturelle Probleme in einem Mitgliedstaat zugrunde liegen.²⁴ Der EGMR wurde von den Europaratstaaten als völkerrechtliches Gericht konstituiert, das zwar Verstöße gegen die EMRK feststellen kann, jedoch keine Durchgriffsrechte in die nationalen Rechtsordnungen besitzt. Allein aufgrund seines Einflusses auf die Entwicklung europäischer Rechtsordnungen von einem Verfassungsgericht zu sprechen, mag zwar den durchaus berechtigten Eindruck der Bedeutsamkeit erzeugen, ist jedoch aus einer juristischen Perspektive unzutreffend.²⁵

Passender ist vor diesem Hintergrund der Begriff des ‚europäischen Menschenrechtsverbunds‘.²⁶ Der Begriff der *Menschenrechte* wird zwar traditionell nur im Völkerrecht gebraucht, während im verfassungsrechtlichen Kontext der Begriff der Grundrechte einschlägig ist.²⁷ Nichtsdestotrotz ist klar, worum es inhaltlich geht: Um grundlegende Rechte, welche jeder Person um ihres Menschseins willen zustehen und welche sie gegenüber der Staatsgewalt geltend machen kann. Der Begriff des *Verbunds* drückt sodann aus, dass es um ein Zusammenwirken verschiedener Institutionen geht, die zueinander nicht in einem starren Subordinationsverhältnis stehen, sondern sich in verschiedener Hinsicht ergänzen. Der Begriff des Menschenrechtsverbunds ist deshalb ein guter Ausgangspunkt, um die Funktionen der Behörden und Gerichte der heute 47 Mitgliedstaaten der EMRK und dem EGMR im Hinblick auf die Tatsachenfeststellung im konkreten Einzelfall zu analysieren – ein Thema, dem erstaunlich wenig Aufmerksamkeit geschenkt wurde, wenn man davon ausgeht, dass die nationalen Behörden und der EGMR *dieselben Lebenssachverhalte* beurteilen, Tatsachenfeststellung mithin als zentraler Baustein des Menschenrechtsschutzes unter der EMRK anzusehen ist.

²² Vgl. Wildhaber, Verfassungsrechtliche Zukunft, S. 569.

²³ Vgl. Gebauer, S. 33.

²⁴ Manche Autoren haben allerdings in der Entwicklung des Pilotverfahrens in Fällen systemischer Konventionsverletzungen ein Element einer Verfassungsgerichtsbarkeit erblickt, weil der EGMR in diesen Fällen zuweilen auch konkrete Maßnahmen zur Anpassung des innerstaatlichen Rechts vorschlägt; vgl. Garlicki, S. 192; Wildhaber, Pilot Judgments, S. 75.

²⁵ Kritisch zur Bezeichnung des EGMR als Teil eines europäischen Verfassungsgerichtsverbunds auch Biaggini, Interjudikativer Dialog, S. 30.

²⁶ Angelehnt ist dieser Begriff an den Begriff des europäischen Verfassungsgerichtsverbunds; vgl. dazu Voßkuhle, Europäischer Verfassungsgerichtsverbund, S. 1 ff.

²⁷ Vgl. Gebauer, S. 25.

B. Tatsachenfeststellung im europäischen Menschenrechtsverbund

Eine Untersuchung der Tatsachenfeststellung ist nicht zuletzt deshalb essenziell, weil in vielen „Menschenrechtsfällen“ weniger die materielle Tragweite der Konventionsgarantien zwischen den Streitparteien umstritten ist als die tatsächlichen Geschehnisse.²⁸ Gerade in Fällen gravierender Menschenrechtsverletzungen scheint sich auch in gewissen Europaratsstaaten in den letzten Jahren die Strategie herausgebildet zu haben, (völker-)rechtlicher Verantwortlichkeit dadurch entgehen zu wollen, dass Tatsachen geleugnet und Beweise zurückgehalten oder zerstört werden.²⁹ Nicht nur, aber besonders im Kontext der geheimdienstlichen Terrorbekämpfung bilden staatliche Verantwortungsträgerinnen und Verantwortungsträger unter Berufung auf übergeordnete Staatsgeheimnisse und Sicherheitsinteressen eine Mauer des Schweigens (engl. *wall of silence*) auf, die es enorm erschwert, die Geschehnisse aufzuarbeiten und rechtlich zu sanktionieren. Wahr ist gemäß dieser Lesart, was die Behörden als Tatsachen anerkennen; das Recht des Individuums, das dieser Staatsgewalt unterworfen ist, bleibt auf der Strecke, weil die effektiven Begebenheiten nie ans Licht kommen. Es erscheint vor diesem Hintergrund durchaus angebracht zu sagen, dass Tatsachenfeststellung einen Kernbereich effektiven Menschenrechtsschutzes darstellt.³⁰

Aus diesem Grund auch macht die EMRK den nationalen Gerichten nach der gefestigten Rechtsprechung des EGMR bestimmte Vorgaben zur Tatsachenfeststellung in den innerstaatlichen Verfahren (sog. Ermittlungspflichten, die aus Art. 13 EMRK und den einzelnen materiellen Konventionsrechten abgeleitet werden).³¹ Diese Regeln bilden integralen Bestandteil des durch die EMRK gewährleisteten Menschenrechtsschutzes und sind schon deshalb erforderlich, weil sich der EGMR sonst nicht auf seine Rolle als „letztes Auffangnetz“ beschränken könnte, sondern die Rolle eines erstinstanzlichen Tatsachengerichts einnehmen müsste, um einen effektiven Menschenrechtsschutz durch die EMRK zu gewährleisten.

Damit ist auch das Verhältnis der nationalen Gerichte zum EGMR wieder angesprochen. Kürzlich wurde aufgrund einer Analyse verschiedener Schweizer Fälle die These geäußert, dass Verurteilungen von Konventionsstaaten durch den EGMR regelmäßig auf einem anderen Sachverhalt beruhen, als er durch die innerstaatlichen Gerichte festgestellt worden sei.³² Aus diesem Befund könnte man folgern,

²⁸Vgl. Drzemczewski, S. 124, wonach dies eine Entwicklung sei, die erst Mitte der 1990er-Jahre eingesetzt habe; lesenswert außerdem Leach/Paraskeva/Uzelac, S. 26, welche dieses neuere Phänomen mit der Erweiterung des Europarates auf die ehemaligen Staaten des Ostblocks in Verbindung bringen.

²⁹Vgl. zu entsprechenden Strategien in „enforced-disappearance“-Fällen Keller/Heri, S. 741 ff.

³⁰Vgl. auch Schorm-Bernschütz, S. 33.

³¹Eingehend hierzu die Dissertation von Altermann; Vorgaben zur Tatsachenfeststellung bilden dabei nur einen Teilbereich der Anforderungen der EMRK an das nationale Verfahren, vgl. Hoffmann, S. 148 ff.

³²Vgl. Schürer, S. 513.

dass die innerstaatlichen Gerichte ihrer primären Verantwortung zur Gewährleistung der Konventionsgarantien in Bezug auf die Feststellung der Tatsachen zu wenig nachkommen und der EGMR deshalb die Rolle eines Tatsachengerichts einnehmen muss. Möglich wäre aber auch der Schluss, dass der EGMR zu Unrecht in die Tatsachenfeststellungen der innerstaatlichen Gerichte eingreift.

So oder anders wirft die These in exemplarischer Art und Weise die Frage nach dem Verhältnis zwischen den nationalstaatlichen Gerichten und dem EGMR auf – eine Frage, die angesichts des Fehlens detaillierter Verfahrensregeln zumindest auch unter Rückgriff auf den allgemeinen Subsidiaritätsgrundsatz zu klären sein dürfte, welcher als Strukturmerkmal der EMRK zugrunde liegt. Obwohl sich der Grundsatz bislang im Wortlaut der Konvention nicht niedergeschlagen hat, prägt er nach allgemein geteilter Auffassung das interinstitutionelle Verhältnis zwischen den nationalstaatlichen Behörden und Gerichten einerseits und dem EGMR andererseits in zentraler Art und Weise.³³ In der Rechtsprechung des EGMR hat der Subsidiaritätsgrundsatz schon seit längerer Zeit eine fundamentale Bedeutung. Mit dem 15. Zusatzprotokoll zur EMRK, das nach Ratifikation durch alle Konventionsstaaten in Kraft treten wird, wird die Präambel der EMRK, gewissermaßen „deklaratorisch“, eine auf den Subsidiaritätsgrundsatz hinweisende Ergänzung erfahren, welche diese Bedeutung weiter hervorstreichen wird.³⁴

Der von der EMRK bezweckte effektive Menschenrechtsschutz umfasst also nicht nur die Auslegung der Konventionsgarantien, sondern zuallererst eine methodisch nachvollziehbare Sachverhaltsfeststellung im Einzelfall, welche im Zusammenspiel zwischen nationalstaatlichen Behörden und Gerichten und dem EGMR erfolgt. Hier knüpft die vorliegende Monografie an: Beleuchtet werden soll das Verhältnis von nationalstaatlichen Gerichten zum EGMR mit Blick auf den Vorgang der Tatsachenfeststellung. Nachdem in der Literatur bis anhin der „Dialog“ des EGMR mit den nationalen Gerichten³⁵ vor allem mit Bezug auf die Auslegung und Weiterentwicklung der Konventionsgarantien thematisiert worden ist,³⁶ liegt der Fokus der vorliegenden Arbeit auf der Untersuchung der Aufgabenverteilung zwischen nationalen Behörden und Gerichten einerseits und dem EGMR andererseits hinsichtlich der Tatsachenfeststellung. Angesprochen ist damit ein Thema, dessen Bedeutung im Hinblick auf die Gewährleistung eines effektiven Menschenrechtsschutzes gar nicht unterschätzt werden kann, das aber – darüber hinausweisend – auch grundsätzliche Fragen zum Zusammenwirken zwischen den verschiedenen im Menschenrechtsverbund der EMRK zusammengefassten Institutionen aufwirft, die nur unter Rückgriff auf den konventionsrechtlichen Subsidiaritätsgrundsatz zu klären sind.

Beleuchtet wird dieses völkerrechtliche Thema dabei aus einer spezifisch schweizerischen Perspektive: Neben der Rechtsprechung des EGMR wird die vorliegende Arbeit immer wieder auch auf die Rechtsprechung der schweizerischen Gerichte und die Implementierung der EMRK in die schweizerische Rechtsordnung

³³Vgl. Hoffmann, S. 1 f.

³⁴Vgl. Egli, S. 725 ff.; Huijbers, S. 178.

³⁵Zum Begriff des zwischengerichtlichen Dialogs vgl. Hertig Randall, S. 9.

³⁶Siehe etwa Voßkuhle, Pyramide oder Mobile?, S. 165 f.

zu sprechen kommen. Dies ist in erster Linie der wissenschaftlichen und praktischen „Sozialisierung“ des Verfassers in der schweizerischen Rechtsordnung geschuldet, hilft aber auch dabei, die Materie anhand des konkreten Beispiels des Zusammenwirkens schweizerischer Institutionen mit dem EGMR zu veranschaulichen. Gerade was den Subsidiaritätsgrundsatz betrifft, liefert die schweizerische Rechtsordnung mit ihrem ausgeprägten Föderalismus zudem wertvolles Vergleichsmaterial für das jüngere – und immer noch in Entwicklung begriffene – Subsidiaritätskonzept der EMRK. Das Hauptdefizit eines solchen Ansatzes ist offensichtlich: Der Schutz der Konventionsrechte ist in der Schweiz im Vergleich mit gewissen anderen Europaratsstaaten gut ausgebaut³⁷ und das Beispiel der Schweiz widerspiegelt daher nur beschränkt die „Kämpfe“, die der EGMR mit den Institutionen anderer Staaten zur Durchsetzung der Konventionsrechte teilweise ausficht. Zum Ausgleich dieser methodologischen Einschränkung wird in der vorliegenden Arbeit jedoch – auch unter Einbezug des Schrifttums ausländischer Autorinnen³⁸ – immer wieder nach der Aussage- und Repräsentationskraft der gewonnenen Erkenntnisse gefragt.

C. Aufbau der Arbeit

Eine Untersuchung des eben skizzierten Forschungsgegenstands setzt die Klärung der Frage voraus, was der Begriff der Tatsachenfeststellung bedeutet.³⁹ Zudem mag in Anbetracht der nur spärlich zur Verfügung stehenden Literatur nicht auf der Hand liegen, dass Tatsachenfeststellung in justiziellen Verfahren zum Schutz der Menschenrechte von zentraler Bedeutung ist.⁴⁰ Die Darstellung der verschiedenen Dimensionen des Begriffs der Tatsachenfeststellung und der spezifischen Bedeutung der Tatsachenfeststellung im Bereich des individualrechtlichen Menschenrechtsschutzes im zweiten Teil der Arbeit legt daher die Grundlagen für die nachfolgenden Abschnitte.

Wie zu zeigen sein wird, ist die Tatsachenfeststellung in der EMRK und der EGMR-VerfO dem Wortlaut nach nur rudimentär geregelt.⁴¹ Konfrontiert mit dieser rudimentären satzungsmäßigen Regelung hat der EGMR aus den verschiedenen materiellen Konventionsgarantien spezifische Untersuchungspflichten abgeleitet, die bei Lichte betrachtet auf den Subsidiaritätsgrundsatz zurückgeführt werden können. Umgekehrt macht der EGMR das Ausmaß seiner Kontrolle und insbesondere die Überprüfung des innerstaatlich festgestellten Sachverhalts unter Berufung auf den Subsidiaritätsgrundsatz regelmäßig davon abhängig, inwieweit die Staaten

³⁷ Probleme könnten sich allerdings dereinst ergeben, wenn die „Selbstbestimmungsinitiative“ der Schweizerischen Volkspartei bei Volk und Ständen eine Mehrheit finden sollte; vgl. dazu Keller/Weber, S. 1007 ff.; Musliu, S. 45 ff.

³⁸ Vgl. zum Forschungsstand nachfolgend, I. E.

³⁹ Vgl. dazu nachfolgend, II. A.

⁴⁰ Vgl. dazu nachfolgend, II. B.

⁴¹ Vgl. dazu nachfolgend, II C.

ihren Ermittlungspflichten nachgekommen sind.⁴² Will man die Aufgabenteilung für den Bereich der Tatsachenfeststellung untersuchen, setzt dies deshalb eine genaue Vorstellung des Inhalts des Subsidiaritätsprinzips voraus.⁴³ Die Darstellung dieses Strukturprinzips und seiner spezifischen Bedeutung für die Tatsachenfeststellung unter der EMRK erfolgt im dritten Teil der Arbeit, wobei aus verschiedenen – unten weiter auszuführenden – Gründen ein vergleichender Ansatz gewählt wird, welcher den konventionsrechtlichen Subsidiaritätsgrundsatz anderen rechtlichen Konzeptionen von Subsidiarität gegenüberstellt.⁴⁴ Diese Herangehensweise erlaubt es, angesichts des schillernden Subsidiaritätsbegriffs und seiner vielfältigen Ausdeutungen in verschiedenen Rechtsordnungen⁴⁵ einen klareren Blick dafür zu gewinnen, was der Subsidiaritätsgrundsatz unter der EMRK ist und was er nicht ist; in diesem Zusammenhang ist auch die abstrakte Bedeutung des Grundsatzes für die Tatsachenfeststellung zu benennen.⁴⁶

Auf Grundlage einer umfassenden Analyse der neueren Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK (Verbot der Folter beziehungsweise unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung)⁴⁷ wird im vierten Teil der Arbeit konkret das Verhältnis von nationalstaatlichen Gerichten und EGMR im Hinblick auf die Tatsachenfeststellung untersucht. Nach einer Darstellung des (subsidiaritätsrechtlichen) Zusammenhangs zwischen der Qualität des innerstaatlichen Verfahrens und der beweisrechtlichen Herangehensweise des EGMR⁴⁸ werden in einem ersten Schritt die Vorgaben aufgegriffen, welche sich aus der EMRK für die Tatsachenfeststellung in den innerstaatlichen Verfahren ergeben.⁴⁹ Eingenommen wird also zunächst die Perspektive der EMRK auf die nationalen Verfahrensrechtsordnungen. Auf den gewonnenen Erkenntnissen aufbauend wird sodann aufgezeigt, dass der EGMR in seinen eigenen Verfahren die von den innerstaatlichen Instanzen festgestellten Tatsachen anhand eines variablen Maßstabs kontrolliert, welcher der Qualität der innerstaatlichen Tatsachenfeststellung Rechnung trägt.⁵⁰ Angesprochen ist damit eine materielle Komponente des Verhältnisses zwischen Subsidiaritätsgrundsatz und Tatsachenfeststellung.

Davon zu unterscheiden ist eine zeitliche Komponente. Zu prüfen ist im fünften Teil nämlich die Frage, inwiefern der EGMR seinen Entscheidungen Tatsachen zugrunde legen soll, welche die vorab entscheidenden nationalen Gerichte nicht berücksichtigen konnten (sog. *Noven*). Auch dieser Fragekomplex lässt sich ins

⁴²Vgl. beispielsweise EGMR (Große Kammer), Urteil vom 28. September 2015, *Bouyid v. Belgien*, § 85 *in fine*.

⁴³Aus einer solchen Perspektive untersucht wurde beispielsweise das Verhältnis zwischen dem schweizerischen Bundesgericht und dem EGMR; vgl. Keller/Müller.

⁴⁴Vgl. dazu nachfolgend, III. A.

⁴⁵Mit diesem Befund auch Mowbray, S. 318.

⁴⁶Vgl. dazu nachfolgend, III. B.

⁴⁷Vgl. zu dieser Eingrenzung nachfolgend, I. D.

⁴⁸Vgl. dazu nachfolgend, IV. A.

⁴⁹Vgl. dazu nachfolgend, IV. B.

⁵⁰Vgl. dazu nachfolgend, IV. C.

Verhältnis zum Subsidiaritätsgrundsatz setzen; die hier vorgenommene Analyse der Rechtsprechung knüpft deshalb wiederum an diesen an.⁵¹ Dies erlaubt es einerseits, die bestehende Rechtsprechung zu systematisieren, andererseits aber auch, die heutige Praxis kritisch zu würdigen.

Im letzten Teil der Arbeit soll im Sinne einer Synopse das Verhältnis von nationalen Gerichten und EGMR im Hinblick auf die Tatsachenfeststellung unter Art. 3 EMRK komprimiert wiedergegeben werden.⁵² Beantwortet werden soll aber auch die Frage, ob und inwieweit die gewonnenen Erkenntnisse herangezogen werden können, um das Verhältnis von nationalen Gerichten zum EGMR in Bezug auf die Tatsachenfeststellung generell zu beschreiben.

D. Eingrenzung des Untersuchungsmaterials

Womöglich liegt nicht ohne weiteres auf der Hand, weshalb sich die vorliegende Analyse auf die neuere Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK fokussiert.⁵³ Das Thema der Tatsachenfeststellung unter der EMRK betrifft nämlich offensichtlich nicht nur Fälle zu Art. 3 EMRK, sondern ist in sämtlichen unter die EMRK fallenden Einzelfallkonstellationen von Relevanz. Tatsachenfeststellung ist insofern ein klassisches Querschnittsthema.

Es hätte sich vor diesem Hintergrund aufgedrängt, eine umfassende Analyse der Fälle vor dem EGMR und der vorgelagerten innerstaatlichen Verfahren vorzunehmen und den Untersuchungsgegenstand weder zeitlich noch nach Fallkategorien einzugrenzen. Eine solch umfassende Perspektive wäre angesichts der großen Zahl der vom EGMR behandelten Fälle⁵⁴ allerdings nicht realisierbar gewesen. Es war deshalb unausweichlich, das Untersuchungsmaterial sowohl zeitlich als auch inhaltlich einzugrenzen. In zeitlicher Hinsicht wurde dabei ein Schwerpunkt auf Urteile gelegt, die im Zeitraum zwischen dem 1. November 2014 und dem 31. Oktober 2017 ergangen sind. Inhaltlich wurde – wie bereits erwähnt – auf Fälle zu Art. 3 EMRK fokussiert. Nachfolgend gilt es die Wahl dieser Eingrenzungskriterien zu erläutern.

1. Eingrenzung auf Fälle zu Art. 3 EMRK

Für die Eingrenzung der Untersuchung auf Fälle zu Art. 3 EMRK war die Überlegung maßgebend, dass diese im Vergleich zu anderen Fallkonstellationen erhöhte Beweisprobleme aufwerfen. Solche Beweisprobleme können darin bestehen, dass

⁵¹Vgl. dazu nachfolgend, V.

⁵²Vgl. dazu nachfolgend, VI.

⁵³Vgl. soeben, I. C.

⁵⁴Allein im Jahr 2016 hat der EGMR 38.505 Fälle entschieden, davon 1926 durch Urteile und 36.579 durch Entscheidungen (wegen Unzulässigkeit oder Streichungen); vgl. EGMR-Statistik 2016, S. 6.

gewisse Vorgänge – wenn überhaupt – nur knapp dokumentiert sind und insofern schwer nachzuweisen sind. Zudem ist es relativ häufig, dass die Tatsachendarstellungen zwischen Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführern auf der einen Seite und den konventionsstaatlichen Behörden auf der anderen Seite divergieren. Dies lässt sich beispielhaft anhand der folgenden – quantitativ durchaus bedeutsamen⁵⁵ – Fallkonstellationen aufzeigen:

Unter Art. 3 EMRK zu beurteilen sind Fälle, in denen behauptete Übergriffe von Staatsoffiziellen gegenüber Privatpersonen zu beurteilen sind. Zu solchen Übergriffen kommt es namentlich im Bereich der Strafverfolgung und des Strafvollzugs.⁵⁶ Aufgrund des besonderen Näheverhältnisses zwischen den staatlichen Behörden und den konventionsrechtlich geschützten Personen sowie dem weitgehenden Ausschluss der Öffentlichkeit treten hier offensichtliche Beweisprobleme auf: Wurden die festgenommenen Tatverdächtigen misshandelt oder haben die befragenden Polizistinnen und Polizisten sich in Notwehr gegen physische Übergriffe zur Wehr gesetzt?⁵⁷ Wurden Gefängnisinsabinnen von den Wachpersonen ohne Grund verprügelt oder war ein Eingreifen notwendig, um einen Gefängnisauflauf niederzuschlagen, der die physische Integrität verschiedener Personen gefährdete?⁵⁸ Ähnliche Schwierigkeiten werfen Fälle auf, in denen der EGMR den Einsatz hoheitlicher Gewalt auf öffentlichem Grund zu beurteilen hat: War eine polizeiliche Intervention angesichts des von einer Demonstration ausgehenden Gefahrenpotenzials notwendig oder handelte es sich dabei um die Unterdrückung oppositioneller Meinungen?⁵⁹ Es liegt auf der Hand, dass weniger der rechtliche Terminus der „Notwendigkeit“ der polizeilichen Interventionen zu Problemen Anlass gibt als vielmehr die tatsächlichen Grundlagen zur Einschätzung des Gefährdungspotenzials einer Demonstration.

Eine andere Art von Beweisproblemen werfen die unter Art. 3 EMRK zu beurteilenden Abschiebungsfälle auf,⁶⁰ weil in solchen Konstellationen im Hinblick auf das *Non-Refoulement*-Gebot in hypothetischer Art und Weise zu beurteilen ist, welcher zukünftigen Gefahr eine Person bei einer Rückkehr in ein bestimmtes Land ausgesetzt wäre.⁶¹ Insbesondere in diesen Fällen wird die ohnehin schwierige Aufgabe der Tatsachenfeststellung insofern durch eine zeitliche Komponente erschwert, als sich die Verhältnisse in einem Zielland zwischen dem Entscheid des

⁵⁵Vgl. dazu nachfolgend, I. D. 3.

⁵⁶Haefliger/Schürmann, S. 15.

⁵⁷Vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung etwa EGMR, Urteil vom 20. Oktober 2015, *Dilek Aslan v. Türkei*; EGMR, Urteil vom 26. Juli 2016, *Adam v. Slowakei*.

⁵⁸Vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung etwa EGMR, Urteil vom 22. März 2016, *Kars und andere v. Türkei*; EGMR, Urteil vom 28. April 2016, *Balajevs v. Lettland*.

⁵⁹Vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung etwa EGMR, Urteil vom 5. Juli 2016, *Eğitim ve Vilim Emekçileri Sendikası und andere v. Türkei*; EGMR, Urteil vom 24. Mai 2016, *Süleyman Çelebi und andere v. Türkei*; EGMR, Urteil vom 25. Juli 2017, *Annenkov und andere v. Russland*.

⁶⁰Vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung EGMR, Urteil vom 7. Juli 2016, *R.V. v. Frankreich*; EGMR, Urteil vom 5. Juli 2016, *A.M. v. Niederlande*; EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. März 2016, *F.G. v. Schweden*.

⁶¹Haefliger/Schürmann, S. 15.

letzten innerstaatlichen Gerichts und dem Entscheid des EGMR maßgeblich verändern können.

Allein diese summarische Schilderung zeigt auf, dass der Frage der Tatsachenfeststellung in Fällen zu Art. 3 EMRK oftmals ausschlaggebende Bedeutung zukommt, Rechtsfragen in diesem Sinne in den Hintergrund rücken. Im Hinblick auf das hier interessierende Thema rechtfertigt es sich daher, den Untersuchungsgegenstand zunächst auf Fälle zu Art. 3 EMRK zu beschränken. Allerdings soll immer auch im Auge behalten werden, inwiefern die so gewonnen Schlüsse verallgemeinerungsfähig sind und das Verhältnis zwischen nationalen Behörden und Gerichten einerseits und dem EGMR andererseits in genereller Hinsicht zu beschreiben vermögen.

2. Zeitliche Eingrenzung

Die erwähnte zeitliche Eingrenzung ist in erster Linie dem Entstehungszeitraum der vorliegenden Dissertation geschuldet. Sie ermöglichte es, die Rechtsprechung während des Verfassens der Dissertation kontinuierlich nachzuverfolgen und so ein gewisses Gespür für praktische Fragen zu gewinnen, die sich bei der Tatsachenfeststellung im Verhältnis zwischen nationalen Gerichten und EGMR ergeben. Hinzu kommt, dass die Große Kammer des EGMR unter Art. 3 EMRK in dieser Zeit verschiedene Fälle entschieden hat, in denen die Tatsachenfeststellung entscheidenden Raum eingenommen hat. Zu erwähnen sind namentlich die Fälle *Bouyid v. Belgien*⁶² sowie *J. K. und andere v. Schweden*,⁶³ in welchen den konventionsrechtlichen Anforderungen an die innerstaatliche Tatsachenfeststellung zentrale Stellung zukommt. Es ist davon auszugehen, dass diese Urteile für die Weiterentwicklung der Rechtsprechung zur EMRK von großer Tragweite sein werden.

Nicht in den Untersuchungszeitraum fallen die Urteile *Mocanu und andere v. Rumänien*⁶⁴ und *El-Masri v. Mazedonien*.⁶⁵ Angesichts der großen Bedeutung dieser Urteile für die hier aufgeworfenen Fragen werden sie in der vorliegenden Arbeit aber dennoch regelmäßig zur Sprache kommen, zumal es sich um Urteile handelt, auf die auch in der aktuellsten Rechtsprechung immer wieder Bezug genommen wird. Auch ist durch die zeitliche Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands nicht ausgeschlossen, dass punktuell auf ältere oder neuere Urteile zurückgegriffen wird, um beispielsweise die Entwicklung der Rechtsprechung des EGMR nachzuvollziehen, auch aber, um der Leserin gewisse Überlegungen anhand besonders anschaulicher Fälle zugänglich zu machen.

⁶²EGMR (Große Kammer), Urteil vom 28. September 2015, *Bouyid v. Belgien*.

⁶³EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. August 2016, *J.K. und andere v. Schweden*.

⁶⁴EGMR (Große Kammer), Urteil vom 17. September 2014, *Mocanu und andere v. Rumänien*.

⁶⁵EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2012, *El-Masri v. Mazedonien*.

3. Beweisrechtliche Problemstellungen

Im Untersuchungszeitraum hat der EGMR gemäß der *hudoc*-Datenbank insgesamt 496 Urteile zu Art. 3 EMRK gesprochen.⁶⁶ Nicht in allen Fällen kam der Feststellung der rechtserheblichen Tatsachen durch den EGMR die gleich große Bedeutung zu; immer jedoch war die Feststellung der rechtserheblichen Tatsachen Grundlage des Urteils. Zu unterscheiden sind im Wesentlichen die folgenden Fallkonstellationen:

In mehr als einem Drittel der Fälle setzte sich der EGMR in einem weiteren Sinne mit Haftbedingungen auseinander. Zu Beschwerden Anlass gaben vor allem strukturelle Unzulänglichkeiten in rumänischen, griechischen, russischen und bulgarischen Gefängnissen; im Rahmen dieser Urteile kam der Tatsachenfeststellung jedoch für den Ausgang des Verfahrens kaum je entscheidendes Gewicht zu. Wohl schilderten Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer die Haftbedingungen im Detail oftmals anders als der betreffende Konventionsstaat.⁶⁷ Aufgrund der Besuchsberichte verschiedener Organisationen (beispielsweise des Europäischen Komitees zur Verhütung von Folter) waren jedoch die in einem bestimmten Gefängnis vorherrschenden strukturellen Bedingungen und insbesondere die Platzverhältnisse nur selten umstritten.⁶⁸ Nachdem die Rechtsprechung des EGMR maßgeblich an diese Kriterien – insbesondere einen möglichen Platzmangel – anknüpft,⁶⁹ lag eine Verletzung von Art. 3 EMRK oftmals selbst dann vor, wenn der EGMR auf die Darstellung des betreffenden Konventionsstaates abstellte.⁷⁰ Vergleichsweise wenig Beweisprobleme warfen auch die Fälle auf, in denen Spezialregimes für „besonders gefährliche Häftlinge“ auf ihre konventionsrechtliche Zulässigkeit hin zu

⁶⁶In dieser Zahl nicht enthalten sind Kammerurteile, die noch innerhalb des Untersuchungszeitraums durch ein Urteil der Großen Kammer nichtig geworden sind; namentlich EGMR, Urteil vom 1. September 2015, *Khlaifia und andere v. Italien* sowie EGMR, Urteil vom 17. November 2016, *V.M. und andere v. Belgien* (Streichung).

⁶⁷Vgl. beispielhaft EGMR, Urteil vom 5. Oktober 2017, *Ābele v. Lettland*, §§ 11–12, §§ 54–55 (Schilderung des Beschwerdeführers) gegenüber §§ 13–16, §§ 56–58 (Schilderung der lettischen Regierung); EGMR, Urteil vom 3. Oktober 2017, *Alexandru Enache v. Rumänien*, §§ 13–16, § 39 (Schilderung des Beschwerdeführers) gegenüber §§ 18–20, § 40 (Schilderung der rumänischen Regierung); EGMR, Urteil vom 7. April 2016, *Ali Cheema und andere v. Griechenland*, §§ 29–31 (Schilderung der Beschwerdeführenden) gegenüber §§ 32–39 (Schilderung der griechischen Regierung); EGMR, Urteil vom 29. März 2016, *Okolisan v. Moldawien*, §§ 8–10 (Schilderung des Beschwerdeführers) gegenüber §§ 11–12 (Schilderung der moldawischen Regierung); EGMR, Urteil vom 17. März 2016, *Zakshevskiy v. Ukraine*, §§ 39–41 (Schilderung des Beschwerdeführers) gegenüber §§ 42–44 (Schilderung der ukrainischen Regierung).

⁶⁸Vgl. beispielhaft EGMR, Urteil vom 5. Oktober 2017, *Ābele v. Lettland*, § 65; EGMR, Urteil vom 3. Oktober 2017, *Alexandru Enache v. Rumänien*, § 44.

⁶⁹Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 12. März 2015, *Muršić v. Kroatien*.

⁷⁰Vgl. beispielhaft EGMR, Urteil vom 5. Oktober 2017, *Ābele v. Lettland*, § 65; EGMR, Urteil vom 3. Oktober 2017, *Alexandru Enache v. Rumänien*, § 44; EGMR, Urteil vom 21. Juni 2016, *Eze v. Rumänien*, § 56; EGMR, Urteil vom 7. April 2016, *Ali Cheema und andere v. Griechenland*, § 57; EGMR, Urteil vom 17. März 2016, *Zakshevskiy v. Ukraine*, § 64.

überprüfen waren.⁷¹ Soweit der EGMR zu beurteilen hatte, ob es konventionsrechtlich zulässig sei, einen Häftling in einem Metallkäfig einem Gericht vorzuführen, bestand oftmals gar keine divergierende Darstellung der Tatsachen.⁷² Schwieriger zu handhaben waren in dieser Hinsicht die Rügen gesundheitlich angeschlagener Häftlinge, sie seien aufgrund einer mangelhaften medizinischen Versorgung einer unmenschlichen Behandlung ausgesetzt gewesen; zu beurteilen waren hier nämlich teilweise komplexe medizinische Tatsachenfragen, über die selbst Fachkräfte streiten können und die sich der EGMR erst zugänglich machen muss.⁷³

Eine große Bedeutung hatten divergierende Tatsachendarstellungen von Konventionsstaaten und Beschwerdeführenden in Fällen, welche die behauptete Gewalt von Staatsoffiziellen zum Gegenstand hatten – immerhin die zweithäufigste vom EGMR im Untersuchungszeitraum unter Art. 3 EMRK beurteilte Fallkonstellation.⁷⁴ Unter den weiten Begriff der Gewaltanwendung von Staatsoffiziellen fallen behauptete Übergriffe von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Strafverfolgungs-⁷⁵ und Strafvollzugsbehörden.⁷⁶ Gemeint ist dabei nicht nur physische Gewaltanwendung, sondern auch psychische Gewaltanwendung. Insofern waren teilweise auch Familienangehörige von Tatverdächtigen betroffen, beispielsweise weil sie durch eine Hausdurchsuchung die Folgen eines Strafverfahrens direkt zu spüren bekamen.⁷⁷ Zur Debatte standen weiter Interventionen der Sicherheitskräfte bei einer behaupteten Gefährdung der öffentlichen Ordnung – beispielsweise im Rahmen von Demonstrationen⁷⁸ oder öffentlichen Sportveranstaltungen.⁷⁹

⁷¹ Vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 21. März 2017, *Michal Korgul v. Polen*, §§ 39–45 (im Streit stand nur, ob der Beschwerdeführer durch sein Verhalten Anlass zur Anwendung eines Spezialregimes gegeben hatte, nicht jedoch, welche konkreten Maßnahmen angewendet worden waren). Ähnlich EGMR, Urteil vom 16. Februar 2016, *Świdorski v. Polen*, § 41, §§ 54–55.

⁷² Dies gilt auch für die hier verorteten Fälle, in denen von Seite der Beschwerdeführenden beanstandet wurde, dass sie einem Gericht in einem Metallkäfig vorgeführt worden seien; vgl. statt vieler EGMR, Urteil vom 31. Januar 2017, *Vorontsov und andere v. Russland*; EGMR, Urteil vom 14. Juni 2016, *Pugžys v. Polen*; EGMR, Urteil vom 24. März 2016, *Korneykova und Korneykov v. Ukraine*.

⁷³ Vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 21. Juni 2016, *G. v. Russland*. Lesenswert außerdem EGMR, Urteil vom 13. Oktober 2015, *Akkoyunlu v. Türkei*, Dissenting Opinion Kjølbros, der aufgrund der verfügbaren Beweismittel im Unterschied zur Gerichtsmehrheit keinen klaren Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung der Versorgungspflichten durch den türkischen Staat und dem Verlust des Sehvermögens des Beschwerdeführers ausmachen konnte und deshalb eine Entschädigung ablehnte.

⁷⁴ Fälle, die sowohl die Haftbedingungen als auch die Gewaltausübung von Staatsoffiziellen (beispielsweise Gefängnisaufseherinnen und Gefängnisaufsehern) betrafen, wurden der Kategorie „Gewalt von Staatsoffiziellen“ zugeordnet; vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 12. Januar 2016, *Morgoci v. Moldawien*.

⁷⁵ Vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 19. September 2017, *Zolotorev v. Russland*.

⁷⁶ Vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 28. April 2016, *Balajevs v. Lettland*.

⁷⁷ Vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 16. Februar 2016, *Govedarski v. Bulgarien*.

⁷⁸ Vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 25. Juli 2017, *Annenkov und andere v. Russland*.

⁷⁹ Vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 9. November 2017, *Hentschel und Stark v. Deutschland* (außerhalb des definierten Untersuchungszeitraums).

Schließlich können auch militärische Eingriffe in Krisenregionen als Gewalt von Staatsoffiziellen eingestuft werden.⁸⁰ In all diesen Fällen entsprach es dem Normalfall, dass Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer dem EGMR einen anderen Sachverhalt unterbreiteten als die betroffenen Konventionsstaaten (rund 85 % der Fälle im untersuchten Zeitraum).⁸¹

Theoretisch wären auch die hier gesondert dargestellten *enforced-disappearance*-Fälle (Verschwindenlassen) der Fallkategorie der Gewaltausübung von Staatsoffiziellen zuzuordnen.⁸² Die Fälle werden vorliegend jedoch einerseits deshalb gesondert betrachtet, weil besonders schwerwiegende Eingriffe in Art. 3 EMRK in Frage stehen. Andererseits hat der EGMR aber eine eigentliche „*enforced-disappearance*-Rechtsprechung“ zum Beweisrecht entwickelt. Diese Rechtsprechung ist im Hinblick auf das hier untersuchte Thema speziell hervorzuheben, weil es sich um Fälle handelt, die oftmals nur schwach dokumentiert und daher beweisrechtlich schwierig zu handhaben sind.⁸³ Definitionsgemäß verleugnen Staaten in *enforced-disappearance*-Fällen nämlich ihre Verstrickung in das Verschwinden von Personen und bauen diesbezüglich eine Mauer des Schweigens auf,⁸⁴ was die Tatsachenfeststellung zumindest erheblich erschwert, mitunter aber auch unmöglich erscheinen lässt.⁸⁵ Eine Verurteilung hängt in solchen Fällen oft weniger davon ab, ob ein bestimmtes Verhalten unter den sachlichen Schutzbereich von Art. 3 EMRK fällt, sondern ob der rechtsgenügeliche Nachweis erfolgt, dass das Verschwinden einer Person dem betreffenden Staat zuzurechnen ist.⁸⁶

Bereits angedeutet wurden die beweisrechtlichen Probleme in *Refoulement*-Fällen, welche die dritthäufigste vom EGMR unter Art. 3 EMRK beurteilte Fallkategorie ausmachen.⁸⁷ Als *Refoulement* gilt jede staatliche Maßnahme, mit welcher eine Person durch ihren Aufenthaltsstaat zum Verlassen des Landes mindestens für

⁸⁰Vgl. EGMR, Urteil vom 7. Juni 2016, *Enver Aydemir v. Türkei*.

⁸¹Vgl. für einige wenige der 25 Fälle, in denen die maßgeblichen Tatsachen unumstritten waren EGMR, Urteil vom 7. April 2015, *Cestaro v. Italien*, §§ 155–162; EGMR, Urteil vom 5. Februar 2015, *Razzakov v. Russland*, §§ 45–47, 57–58; mitunter ließen sich Regierungen aber auch einfach nicht zu den maßgeblichen Tatsachen vernehmen, so dass kein eigentlicher „Tatsachenstreit“ bestand; vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 19. März 2015, *Kulik v. Ukraine*, §§ 46–48.

⁸²Vgl. für einen Fall, in dem die Abgrenzung besonders schwierig war EGMR, Urteil vom 26. März 2015, *Zhebrailova und andere v. Russland*.

⁸³Vgl. insbesondere nachfolgend, IV. C. 3.

⁸⁴Vgl. statt vieler EGMR, Urteil vom 21. Februar 2017, *Kushtova und andere v. Russland (Nr. 2)* sowie EGMR, Urteil vom 22. November 2016, *Ortsuyeva und andere v. Russland*.

⁸⁵Keller/Heri, S. 737.

⁸⁶Vgl. beispielhaft EGMR, Urteil vom 21. Februar 2017, *Kushtova und andere v. Russland (Nr. 2)*, §§ 75–80, sowie EGMR, Urteil vom 22. November 2016, *Ortsuyeva und andere v. Russland*, §§ 84–87.

⁸⁷Ein Fall, der sowohl das *Non-Refoulement*-Gebot als auch die Gewaltausübung von russischen Staatsoffiziellen (im abschiebenden Staat) betraf, wurde der Kategorie der Abschiebungsfälle zugeordnet; vgl. EGMR, Urteil vom 26. Januar 2016, *R. v. Russland*. Fälle, die sowohl die Bedingungen der Ausschaffungshaft als auch eine Abschiebungsentscheidung betrafen, wurden ebenfalls der Kategorie der Abschiebungsfälle zugeordnet; vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 12. Juli 2016, *R.M. und andere v. Frankreich*.

eine bestimmte Dauer gezwungen wird.⁸⁸ Der EGMR beschäftigt sich im Zusammenhang dieser *Refoulement*-Fälle schon seit längerer Zeit mit Wegweisungsanordnungen gegenüber abgewiesenen Asylsuchenden,⁸⁹ verwaltungsrechtlichen Fernhaltemaßnahmen gegenüber (straffällig gewordenen) Ausländern⁹⁰ sowie Auslieferungsentscheiden im Kontext der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen.⁹¹ Eine erst in jüngerer Zeit vermehrt relevant gewordene Fallkonstellation betrifft Überstellungen von Asylsuchenden im Rahmen der Dublin-III-VO.⁹² Art. 3 EMRK verbietet Abschiebungen in all ihren Variationen, wenn ernsthafte Gründe zur Annahme bestehen, dass die betroffene Person nach Vollzug der Abschiebung Opfer einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder von Folter würde.⁹³ Wie in der vorliegenden Arbeit aufzuzeigen sein wird, war der EGMR in Bezug auf die Tatsachenfeststellung in solchen Fällen mit unterschiedlichen Problemstellungen konfrontiert, je nachdem, ob eine Abschiebung schon vollzogen worden war⁹⁴ oder aber noch ausstand.⁹⁵ Eine Spezialkonstellation innerhalb der Kategorie der Abschiebungsfälle bildeten sogenannte „*extraordinary renditions*“: Fälle, in denen Terrorverdächtige unter Mitwirkung europäischer Sicherheitsbehörden durch die amerikanische CIA von europäischem Territorium in arabische Staaten verschleppt und dort im Namen der Terrorbekämpfung grausamsten Verhörmethoden unterworfen wurden.⁹⁶ Schon der geheimdienstliche Kontext legt nahe, dass die Aufklärung der Tatsachen in diesen Fällen Schwierigkeiten bereiten kann.

Beweisrechtlich als Spezialkonstellation anzusehen sind die Fälle, in denen staatliche Schutz- beziehungsweise Ermittlungspflichten aufgrund von (drohenden)

⁸⁸ Vgl. zum Begriff des *Refoulements* Beriger/Brunner, S. 202 f.

⁸⁹ Grundlegend in diesem Zusammenhang EGMR (Plenum), Urteil vom 20. März 1991, *Cruz Vargas und andere v. Schweden* sowie EGMR, Urteil vom 30. Oktober 1991, *Vilvarajah und andere v. Vereinigtes Königreich*.

⁹⁰ Grundlegend in diesem Zusammenhang EGMR, Urteil vom 18. Februar 1991, *Moustaquim v. Belgien*. Vgl. für einen vieldiskutierten Schweizer Fall außerdem EGMR, Urteil vom 16. April 2013, *Udeh v. Schweiz*.

⁹¹ Grundlegend in diesem Zusammenhang EGMR (Plenum), Urteil vom 7. Juli 1989, *Soering v. Vereinigtes Königreich*.

⁹² Grundlegend in diesem Zusammenhang EGMR (Große Kammer), Urteil vom 21. Januar 2011, *M.S.S. v. Belgien und Griechenland*. Vgl. für einen vieldiskutierten Schweizer Fall außerdem EGMR (Große Kammer), Urteil vom 4. November 2014, *Tarakhel v. Schweiz*.

⁹³ Vgl. statt vieler EGMR (Große Kammer), Urteil vom 28. Februar 2008, *Saadi v. Italien*, § 125. Nachfolgend wird im Dienste einer besseren Lesbarkeit nur noch von „unmenschlicher Behandlung“ die Rede sein, da jede Folter gleichzeitig auch eine „unmenschliche oder erniedrigende Behandlung“ darstellt und jede „unmenschliche Behandlung“ zugleich „erniedrigend“ ist; vgl. Beriger/Brunner, S. 204, m.w.H. auf die Rechtsprechung.

⁹⁴ Vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 26. Januar 2017, *X v. Schweiz*.

⁹⁵ Vgl. statt vieler EGMR, Urteil vom 30. Mai 2017, *N.A. v. Schweiz* und EGMR, Urteil vom 30. Mai 2017, *A.I. v. Schweiz*.

⁹⁶ Grundlegend in diesem Zusammenhang EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2012, *El-Masri v. Mazedonien*. Im Untersuchungszeitraum ergangen ist namentlich EGMR, Urteil vom 23. Februar 2016, *Nasr und Ghali v. Italien*. Vgl. für ähnliche Fälle, die kurz zuvor entschieden wurden EGMR, Urteil vom 24. Juli 2014, *Husayn (Abu Zubaydah) v. Polen* sowie EGMR, Urteil vom 24. Juli 2014, *Al Nashiri v. Polen*.

Misshandlungen Privater in Frage stehen.⁹⁷ Hier geht es nicht etwa um die konventionsrechtliche Zuordnung der Verantwortung für die Misshandlungen an sich, sondern um die sich daraus ergebenden Handlungspflichten staatlicher Behörden. Dabei ist im Regelfall ausreichend dokumentiert, was die staatlichen Behörden getan oder unterlassen haben. Die Fallkategorie ist für die vorliegende Arbeit nur insofern von Interesse, als sich beispielhaft aufzeigen lässt, welche Anforderungen der EGMR an die innerstaatliche Tatsachenfeststellung aus Art. 3 (prozedural) und Art. 13 EMRK ableitet. Diese Anforderungen unterscheiden sich jedoch nicht grundlegend von den Anforderungen, die sich in Fällen von Übergriffen durch Staatsoffizielle ergeben. Sie werden deshalb nicht gesondert betrachtet.

Den Spezialfällen zugeordnet wurden Fallkonstellationen, die quantitativ von untergeordneter Bedeutung waren.⁹⁸ Von großer rechtlicher Tragweite dürfte in diesem Bereich die weiterentwickelte Rechtsprechung des EGMR zu den menschenrechtlichen Vorgaben an die Ausgestaltung lebenslanger Freiheitsstrafen sein.⁹⁹ Zu beurteilen waren insoweit jedoch keine Tatsachenstreitigkeiten, sondern die Kompatibilität nationaler Regelungen zum Strafvollzug mit den Vorgaben der EMRK, weshalb diese Fälle für die vorliegende Arbeit nur von untergeordneter Bedeutung sind. Vorrangig mit Rechtsfragen auseinandersetzen musste sich der EGMR auch in einem lettischen Fall zu einer Organtransplantation und den damit zusammenhängenden Informationsrechten der Angehörigen.¹⁰⁰ Drei Fälle betrafen die Rüge der Angehörigen von Todesopfern, bei der Leichenidentifizierung unmenschlichen Umständen ausgesetzt gewesen zu sein;¹⁰¹ auch in diesen Fällen waren die teilweise bestehenden Differenzen in den Tatsachenschilderungen für den Ausgang des Verfahrens nicht entscheidend.

Bildlich darstellen lässt sich das hiervor Ausgeführte wie folgt (Abb. 1):

⁹⁷Vgl. beispielhaft EGMR, Urteil vom 2. Mai 2017, *B.V. v. Belgien* (zu den Untersuchungspflichten im Zusammenhang behaupteter Sexualdelikte) und EGMR, Urteil vom 12. Mai 2015, *Identoba und andere v. Georgien* (zu den Schutzpflichten bei Gegendemonstrationen).

⁹⁸Beispielsweise zu staatlichen Leistungspflichten im Zusammenhang der Unterbringung weggewiesener aber bei der Ausreise aufgehaltener Ausländer (vgl. dazu EGMR, Urteil vom 20. Dezember 2016, *Shioshvili und andere v. Russland*), den Versorgungspflichten für Kinder festgenommener Eltern (vgl. dazu EGMR, Urteil vom 6. Dezember 2016, *Ioan Pop und andere v. Rumänien*) sowie den Rahmenbedingungen einer fürsorglichen Unterbringung (vgl. dazu EGMR, Urteil vom 19. Februar 2015, *M.S. v. Kroatien [Nr. 2]*).

⁹⁹Vgl. namentlich EGMR (Große Kammer), Urteil vom 17. Januar 2017, *Hutchinson v. Vereinigtes Königreich* sowie EGMR (Große Kammer), Urteil vom 26. April 2016, *Murray v. Niederlande*; daneben aber auch EGMR, Urteil vom 24. Mai 2016, *Matiošaitis und andere v. Litauen*; EGMR, Urteil vom 4. Oktober 2016, *T.P. und A.T. v. Ungarn*; EGMR, Urteil vom 15. Dezember 2015, *Gurban v. Türkei*; EGMR, Urteil vom 15. September 2015, *Kaytan v. Türkei*; EGMR, Urteil vom 13. November 2014, *Bodein v. Frankreich*; EGMR, Urteil vom 4. November 2014, *Manolov v. Bulgarien*.

¹⁰⁰Vgl. EGMR, Urteil vom 13. Januar 2015, *Elberte v. Lettland*.

¹⁰¹Vgl. EGMR, Urteil vom 1. September 2016, *Svitlana Atamanyuk und andere v. Ukraine*; EGMR, Urteil vom 26. April 2016, *Çangöz und andere v. Türkei*; EGMR, Urteil vom 2. Februar 2016, *Muhacir Çiçek und andere v. Türkei*.

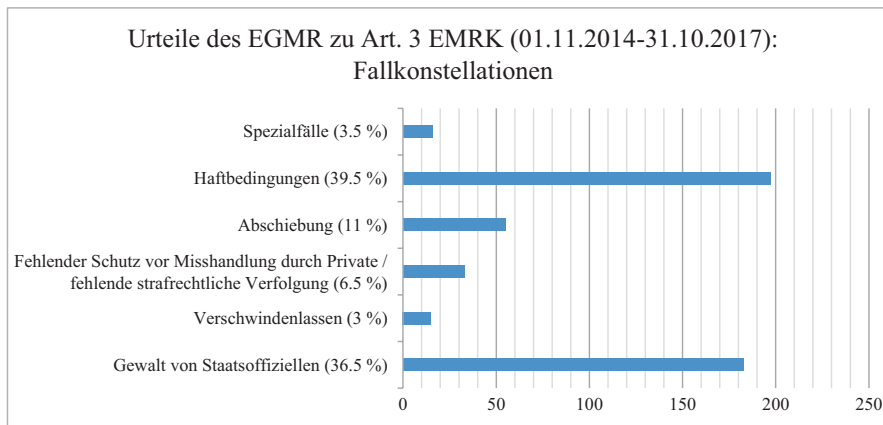


Abb. 1 Urteile des EGMR zu Art. 3 EMRK zwischen dem 1. November 2014 und dem 31. Oktober 2017 (geordnet nach Fallkonstellationen)

E. Überblick über den Forschungsstand und den Forschungsbedarf

Es besteht eine Fülle an Literatur zum Verhältnis zwischen nationalen Gerichten und EGMR und zum damit verbundenen konventionsrechtlichen Strukturmerkmal der Subsidiarität. Hervorzuheben ist sicherlich die Monografie von *Jonas Christoffersen*,¹⁰² die sich sowohl in ihrer wissenschaftlichen Tiefe als auch in der thematischen Breite deutlich abhebt und dem Subsidiaritätsgrundsatz schon im Titel völlig zu Recht das komplementäre Grundprinzip der mitgliedstaatlichen Primärverantwortung gegenüberstellt. Konzeptuell weniger tief greifend, dafür stärker an den vom EGMR entschiedenen Einzelfällen orientiert, ist die Dissertation von *Irene Hoffmann*,¹⁰³ in welcher der Subsidiaritätsgrundsatz in seinen verschiedenen Wirkungsdimensionen umfassend dargestellt wird. Verschiedene weitere Monografien decken Einzelthemen ab, die ebenfalls das Verhältnis zwischen nationalen Gerichten und EGMR betreffen. Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchung bildeten in diesem Sinn beispielsweise der Grundsatz der Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges (Art. 35 Ziff. 1 EMRK)¹⁰⁴ sowie die Umsetzungspflichten, die sich für die nationalen Gerichte (und Gesetzgeber) aus den Urteilen des EGMR ergeben.¹⁰⁵

Untersuchungen zum Subsidiaritätsgrundsatz als Leitlinie für den vom EGMR anzuwendenden Kontrollmaßstab waren bis anhin vor allem von einer materiellrechtlichen Betrachtungsweise geprägt. Insbesondere wurde diskutiert, unter

¹⁰² Vgl. Christoffersen.

¹⁰³ Vgl. Hoffmann.

¹⁰⁴ Vgl. Lanter.

¹⁰⁵ Vgl. die an der Universität Basel abgefasste, allerdings noch unveröffentlichte Dissertation von Kunz Raffaella, Richter über internationale Gerichte? Die Rolle innerstaatlicher Gerichte bei der Umsetzung der Entscheidungen von EGMR und IAGMR. Vgl. für eine Monografie zum Piloturteils-Verfahren Haider.

welchen Voraussetzungen sich der EGMR bei der Auslegung der Konventionsgarantien im Allgemeinen, vor allem aber bei der Auslegung ihrer Schrankenbestimmungen, zugunsten eines erweiterten innerstaatlichen Beurteilungsspielraums zurückhalten soll. Solche Arbeiten beziehen sich schon im Titel oftmals auf die *margin-of-appreciation*-Doktrin.¹⁰⁶

Auch Tatsachenfeststellung als Kernelement des internationalen Menschenrechtsschutzes – nicht nur, aber auch in individualrechtlich ausgestalteten internationalen Gerichtsverfahren wie demjenigen vor dem EGMR¹⁰⁷ – war bereits verschiedentlich Gegenstand wissenschaftlicher Forschung.¹⁰⁸ Verschiedene Abhandlungen beleuchten im Sinne einer Querschnittsanalyse verschiedener internationaler Menschenrechtssprachkörper einzelne Bausteine der gerichtlichen Tatsachenfeststellung, wobei insbesondere Beweislast und Beweiswürdigung thematisiert wurden.¹⁰⁹ In Bezug auf die Tatsachenermittlung unter der EMRK ist zunächst die Monografie von *Kolja Altermann* zu erwähnen.¹¹⁰ *Altermann* greift die Ermittlungspflichten der Staaten aus der EMRK auf, beschränkt sich damit aber auf eine Betrachtung der dem EGMR-Verfahren vorgelagerten Tatsachenermittlung in den Konventionsstaaten. Die Tatsachenfeststellung vor dem EGMR war selbst zwar ebenfalls bereits Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzung. Teilweise wurde der Prozess der Tatsachenfeststellung als Ganzes beleuchtet,¹¹¹ teilweise einzelne Aspekte wie insbesondere das Beweismaß.¹¹² Thematisiert wurden auch Beweisprobleme im Zusammenhang mit bestimmten typisierbaren Fällen.¹¹³ Alle diese wissenschaftlichen Auseinandersetzungen beschränkten sich indessen weitgehend auf das Verfahren vor dem EGMR. Die Implikationen, die sich aus der Tatsachenfeststellung in den vorgelagerten mitgliedstaatlichen Verfahren ergeben, wurden dagegen mehrheitlich ausgeblendet. Paradigmatisch hierfür ist die Monografie von *Rebecca Schorm-Bernschütz*, die sich ebenfalls auf eine Untersuchung des Verfahrens vor dem EGMR beschränkt.¹¹⁴ Nachdem der europäische Menschenrechtsschutz allerorts als Zusammenspiel zwischen mitgliedstaatlichen Gerichten und EGMR eingeordnet wird, erstaunt es, dass eine solche Perspektive nicht auch bezüglich der Tatsachenfeststellung eingenommen wird. Der Zusammenhang zwischen Tatsachenfeststellung und den funktionellen Zuständigkeiten der verschiedenen unter der EMRK wirkenden Institutionen wurde bis anhin kaum untersucht, wenngleich erste Ansätze in Aufsätzen ersichtlich sind.¹¹⁵

¹⁰⁶ Grundlegend Arai-Takahashi, Legg und Springer.

¹⁰⁷ Einen vergleichenden Ansatz verfolgt die Monografie von Benzing. Das Beweisrecht des EGMR wird in diesem Zusammenhang ebenfalls behandelt. Diskutiert wird das Beweisrecht auch bei Kazazi.

¹⁰⁸ Vgl. Fitzpatrick.

¹⁰⁹ Vgl. Kokott, *Burden of Proof* und dies., *Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen*.

¹¹⁰ Vgl. Altermann.

¹¹¹ Vgl. Leach/Paraskeva/Uzelac.

¹¹² Vgl. beispielsweise Loucaides.

¹¹³ Vgl. beispielsweise Keller/Heri oder Rudolf.

¹¹⁴ Vgl. Schorm-Bernschütz.

¹¹⁵ Vgl. Schürer.

Die vorliegende Dissertation soll diese Ansätze weiterführen und auf eine dogmatisch sichere Grundlage stellen. Trotz der Beschränkung der Untersuchung auf Fälle zu Art. 3 EMRK sollen Erkenntnisse im Vordergrund stehen, die das Querschnittsthema der Tatsachenfeststellung unter der EMRK theoretisch und dogmatisch fundieren. Angesprochen ist durch diese Schwerpunktsetzung natürlich in erster Linie der EGMR; soweit die vorliegende Arbeit etwas zur Systematisierung des Verfahrensrechts des EGMR beitragen kann, ist ihr Zweck mehr als erfüllt. Adressiert sind darüber hinaus aber auch die zahlreichen Kommentatorinnen und Kommentatoren im In- und Ausland, die sich mit der Rechtsprechung des EGMR auseinandersetzen. Ein wichtiges Anliegen der vorliegenden Arbeit besteht insoweit darin, die Aufmerksamkeit auch der Wissenschaft verstärkt auf das zentrale Thema der Tatsachenfeststellung zu lenken; außerdem soll sie die Grundlage für weiterführende diesbezügliche Untersuchungen legen. Schließlich will die Arbeit bei den nationalen Behörden und Gerichten dafür sensibilisieren, dass die EMRK (auch) bezüglich der Tatsachenfeststellung gewisse Maßstäbe setzt. Soweit nationales Verfahrensrecht den Vorgang der Tatsachenfeststellung regelt, ist es eng mit der EMRK verquickt; daher lohnt sich der Blick auf die Rechtsprechung des EGMR nicht nur für nationale Richterinnen und Richter, welche diese Anforderungen umsetzen müssen, sondern auch für nationale Parlamentarierinnen und Parlamentarier, welche einem subsidiaritätsorientierten europäischen Menschenrechtsschutz zum Durchbruch verhelfen wollen.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



II. Tatsachenfeststellung als Voraussetzung eines effektiven Menschenrechtsschutzes



Inhaltsverzeichnis

A. Begriff der Tatsachenfeststellung.....	21
B. Funktion der Tatsachenfeststellung unter der EMRK.....	26
C. Rechtsgrundlagen des Beweisrechts der EMRK.....	28
1. Beweisrecht in mitgliedstaatlichen Verfahren.....	28
2. Beweisrecht für das Verfahren vor dem EGMR.....	29

A. Begriff der Tatsachenfeststellung

Die Anwendung jeder Rechtsnorm setzt die Verwirklichung ihrer Tatbestandsmerkmale durch einen bestimmten Sachverhalt voraus.¹

Grundlage der Rechtsanwendung ist mit anderen Worten die Feststellung derjenigen Tatsachen, die für die rechtliche Beurteilung des fraglichen Sachverhalts erheblich sind.² Der Begriff der *Tatsachenfeststellung* umschreibt diese beweismittelgestützte Rekonstruktion beziehungsweise Konstruktion von realen Geschehnissen³ zum Zwecke ihrer rechtlichen Einordnung und als Anknüpfungspunkt für die Fest-

¹ Zippelius, S. 91.

² Siehe auch Aemisegger/Robert, S. 1223.

³ Nur reale Geschehnisse sind im Prinzip beweisbar, da nicht bewiesen werden kann, was nie geschehen, passiert, vorgefallen ist; vgl. Kaufmann, Beweisführung und Beweiswürdigung, S. 5. Zu eng Winkler, S. 41 f., welcher lediglich menschliche Verhaltensweisen im Hinblick auf einem bestimmten rechtlich gefassten Tatbestand dem Sachverhalt zuweist. Bestandteil des rechtserheblichen Sachverhalts können auch Naturkatastrophen sein, welche z. B. unter Art. 15 EMRK einen Grund für die Derogation der Pflichten aus der EMRK darstellen.

legung von Rechtsfolgen durch ein dafür zuständiges Organ.⁴ Was hingegen Inhalt des Rechts ist, ist nur der Argumentation und keinem Beweis zugänglich.⁵ Verschiedene verfahrensrechtliche Regelungen knüpfen an die Unterscheidung zwischen Tatsache und Rechtsnorm an; so ist es klassischerweise Aufgabe des Gerichts, den Inhalt des Rechts von sich aus zur Geltung zu bringen („*iura novit curia*“) – in vielen Verfahren hingegen Aufgabe der Parteien, den von ihnen behaupteten Sachverhalt zu beweisen.

In der eben vorgenommenen summarischen Beschreibung des Begriffs der Tatsachenfeststellung ist angedeutet, dass deren Zweck in erster Linie darin besteht, durch Beweismittel die effektiven Begebenheiten im Sinne einer objektiven (oder „materiellen“)⁶ Wahrheit zu rekonstruieren. Würde nämlich ein falscher Sachverhalt unter eine Rechtsnorm subsumiert, führte dies zu Rechtswidrigkeit und Unrecht.⁷ Insoweit hat das Beweisrecht eine der Durchsetzung des materiellen Rechts dienende Funktion.

Der Anspruch, mittels gerichtlicher Tatsachenfeststellung die objektive Wahrheit zu rekonstruieren,⁸ ist bei Lichte besehen jedoch nur eingeschränkt erfüllbar. Üblicherweise werden im Rahmen der Tatsachenfeststellung zwar Geschehnisse rekonstruiert, die sich in der Vergangenheit abgespielt haben, so dass es intuitiv möglich sein müsste, sich die Wahrheit durch Beweismittel zu erschließen. Nicht selten liegt das Problem jedoch bei den Beweismitteln: Oft muss zur Tatsachenfeststellung auf Aussagen von Personen zurückgegriffen werden, welche die in Frage stehenden Ereignisse als Beteiligte oder als Zeugen *wahrgenommen* haben. Solche Aussagen brauchen aber nicht die tatsächlichen Geschehnisse wiederzugeben.⁹ Ganz abgesehen davon, dass eine Aussage in einem Gerichtsverfahren auch von gewissen Interessen abhängen kann,¹⁰ variiert nämlich die Fähigkeit, visuelle, auditive und sensorische Reize ins Kurzzeitgedächtnis aufzunehmen und (richtig) einzuordnen situativ und je nach dem Vorwissen der wahrnehmenden Person erheblich.¹¹ Vor allem aber unterliegen Erinnerungen mit Zeitablauf starker Verzerrung.¹² Der EGMR hat in diesem Zusammenhang festgehalten, dass die Fähigkeit einer Zeugin, Geschehnisse in allen

⁴Bothe, Rn. 1.

⁵Vgl. zu der im schweizerischen Recht (prozessrechtlich) bedeutsamen Abgrenzung von Rechts- und Tatsachenfragen auch Aemisegger/Robert, S. 1223 ff. und Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, Rn. 1113.

⁶Vgl. Geiser, S. 289.

⁷Winkler, S. 42.

⁸Vgl. für die EMRK Schorm-Bernschütz, S. 33.

⁹Ausführlich dazu Kaufmann, Beweisführung und Beweiswürdigung, S. 76. Zippelius, S. 91 f., spricht davon, dass die einzelne Wahrnehmung erst dann eine Erfahrungseinsicht darstelle, wenn sie mit anderen Erfahrungsgegebenheiten in widerspruchsfreiem Zusammenhang stehe.

¹⁰Eingehend dazu Ludwig/Baumer/Tavor, S. 17 ff.

¹¹Vgl. Ludwig/Baumer/Tavor, S. 28 ff. sowie Kaufmann, Beweisführung und Beweiswürdigung, S. 76 ff., welcher anführt, dass neben dem Vorwissen auch z. B. Stress, Betroffenheit, Aufmerksamkeit und der Konsum von Betäubungsmitteln sich auf die Fähigkeit auswirken können, Wahrnehmungen ins Kurzzeitgedächtnis aufzunehmen.

¹²Kaufmann, Beweisführung und Beweiswürdigung, S. 80 ff.

Einzelheiten und mit Genauigkeit wiederzugeben, mit der Zeit abnehme¹³ und davon auch die Beweiskraft ihrer Aussage abhängig gemacht.¹⁴

Hier ist nicht der Platz, im Einzelnen auf die Verzerrungseffekte einzugehen, denen die menschliche Erinnerung ausgesetzt ist.¹⁵ Entscheidend ist vielmehr die Erkenntnis, dass Tatsachenfeststellung kaum je den Anspruch erfüllen wird, vergangene Geschehnisse genauso zu rekonstruieren, wie sie sich zugetragen haben. Selbst in den seltenen Fällen, in denen ein Sachverhalt durch Filmaufnahmen oder andere Beweismittel gewissermaßen „umfassend“ dokumentiert ist, können vergangene Geschehnisse nur mehr oder weniger „objektiv“ rekonstruiert werden. Auch dann ist das rechtlich zu erfassende äußere Geschehen nämlich zumindest insofern interpretationsbedürftig, als es auf nicht messbaren inneren Wahrnehmungen und Beweggründen der handelnden Personen beruht, an deren Bestehen Rechtsnormen oft anknüpfen.

Noch größere Unsicherheiten bestehen, wenn sich die gerichtliche Tatsachenfeststellung auf einen zukünftigen Geschehensablauf bezieht. Der EGMR und nationalstaatliche Gerichte haben in diesem Zusammenhang regelmäßig die Frage zu beurteilen, ob einer Person bei einem *Refoulement* in einen anderen Staat das ernsthafte *Risiko* einer unmenschlichen Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK drohen würde.¹⁶ Erforderlich ist mithin eine Prognoseentscheidung,¹⁷ welche ausgehend von bestimmten Erfahrungswerten der Vergangenheit und Gegenwart eine wahrscheinkeitsbasierte Annahme zukünftiger Entwicklungen trifft.¹⁸ Dabei ist offensichtlich, dass keine Kongruenz des der Entscheidung zugrunde gelegten erwarteten Geschehensablaufs mit den zeitlich erst folgenden objektiven Tatsachen bestehen muss. In diesem Sinne darf von einer Beschwerdeführerin nicht verlangt werden, dass sie unwiderlegbare Beweise für die ihr im Falle einer Ausschaffung drohende unmenschliche Behandlung vorlegt, denn dies würde bedeuten, „à lui demander de prouver l'existence d'un évènement futur, ce qui est impossible [...]“.^{19,20}

¹³Vgl. EGMR, Urteil vom 13. Juni 2017, *Daşlık v. Türkei*, § 57.

¹⁴Vgl. EGMR, Urteil vom 17. Februar 2004, *Ipek v. Turkey*, § 116.

¹⁵Mit einem umfassenden Überblick z. B. Heaton-Armstrong/Shepherd/Gudjonsson/Wolchover.

¹⁶Vgl. hierzu Beriger/Brunner, S. 195 ff.

¹⁷Vgl. zu diesem Begriff Ossenbühl, S. 731 ff. Der Begriff wird auch spezifisch für die Prüfung einer asylrechtsrelevanten „begründeten Furcht vor zukünftiger Verfolgung“ verwendet, vgl. Frei, S. 55.

¹⁸Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. August 2016, *J.K. und andere v. Schweden*, Concurring Opinion O'Leary, Ziff. 2: „[...] [asylum cases] require the Court to craft *prognostic judgments* concerning what will or will not happen in the future if the applicants are returned to their country of origin. [Hervorhebung durch den Verfasser].“

¹⁹Vgl. EGMR, Urteil vom 14. Februar 2017, *Allanazarova v. Russland*, § 103, m.w.H.

²⁰Vgl. für weitere Hinweise zu den diesbezüglichen Beweisschwierigkeiten EGMR, Urteil vom 26. Januar 2016, *R v. Russland*, § 59: „[...] requesting an applicant to produce „indisputable“ evidence of a risk of ill-treatment in a third country would be tantamount to asking him to prove the existence of a future event, which is impossible, and would place a clearly disproportionate burden on him. Any such allegation always concerns an eventuality, something which may or may not occur in the future. Consequently, such allegations cannot be proven in the same way as past events. [...]“

Auch ist nicht ausgeschlossen, dass eine Person, für welche das ernsthafte Risiko einer unmenschlichen Behandlung im Zielland (aufgrund der vorliegenden Beweismittel womöglich zu Recht) verneint wurde, nach dem Vollzug der Ausschaffung Opfer staatlicher Misshandlung wird. Kürzlich ist ein Fall bekannt geworden, in dem ein Tamile auf Grundlage eines Urteils des Bundesverwaltungsgerichts aus der Schweiz nach Sri Lanka abgeschoben und dort von den Behörden anschließend in Haft genommen und gefoltert wurde. Der Fall wurde in der Folge vom Anwalt des ausgewiesenen Asylsuchenden vor den EGMR gezogen,²¹ der die Schweiz wegen einer materiellen Verletzung von Art. 3 EMRK verurteilt hat.²²

Weil eine naturwissenschaftlich genaue Rekonstruktion beziehungsweise Konstruktion von Tatsachen in Verwaltungs- und Gerichtsverfahren also nicht möglich ist und zudem oft zwischen den Parteien umstritten ist, was sich zugetragen hat,²³ braucht es Normen, die bestimmen, auf welchen Sachverhalt (oder auf welche „formelle Wahrheit“)²⁴ ein Gericht unter den immer gegebenen Unsicherheitsbedingungen bei seiner Entscheidung abzustellen hat. Diese Regeln, welche für die Tatsachenfeststellung in Verwaltungs- und Gerichtsverfahren Anwendung finden, werden als *Beweisrecht* bezeichnet.²⁵

Selbstverständlich ändert die naturbedingte Unsicherheit jeder Tatsachenfeststellung nichts daran, dass ein „gerechtes“ Beweisrecht in erster Linie darauf abzielen muss, den Sachverhalt so festzustellen, wie er sich zugetragen hat. Primärer Zweck eines jeden Beweisrechts ist es deshalb, eine möglichst objektive Rekonstruktion der effektiven Gegebenheiten und Geschehnisse zu ermöglichen und das Risiko einer fehlerhaften Sachverhaltsfeststellung auf ein Minimum zu reduzieren.²⁶ Rechtsanwendende Organe sollen in Kenntnis sämtlicher für ihre Entscheidung erheblichen Tatsachen entscheiden²⁷ und die Verantwortlichkeiten für die Tatsachenfeststellung müssen entsprechend verteilt werden. Gegenstand des Beweisrechts ist deshalb zunächst die *Verteilung der Verantwortlichkeiten für die Ermittlung der relevanten Tatsachen* sowie die *Zulässigkeit einzelner Beweismittel*.²⁸

In der klassischen beweisrechtlichen Terminologie wird hinsichtlich der Verantwortlichkeit für die Ermittlung der relevanten Tatsachen zwischen der Verhandlungsmaxime und der Untersuchungsmaxime unterschieden. In Verfahren unter der Verhandlungsmaxime sind allein die Parteien für Einbringung und Beweis des von

²¹ Vgl. dazu Schmid. Nach Bekanntwerden dieses und eines weiteren ähnlichen Falls hat das Bundesverwaltungsgericht im Urteil E-3726/2013 vom 14. Februar 2014 die Beschwerde eines Asylbewerbers gegen einen Ausweisungsentscheid des Bundesamts für Migration gutgeheißen, mit welcher der Beschwerdeführer eine neue Prüfung des Sachverhalts verlangte. In der Folge hat es sämtliche Parallelfälle kassiert und an die Vorinstanz zurückgewiesen.

²² Vgl. EGMR, Urteil vom 26. Januar 2017, X. v. Schweiz.

²³ Zu verschiedenen philosophischen Konzepten der „Wahrheit“ Naqvi, S. 249 ff.

²⁴ Vgl. Geiser, S. 289.

²⁵ Benzing, S. 11.

²⁶ Vgl. Binder, S. 15 f.

²⁷ Hinsichtlich internationaler Gerichte Benzing, S. 11.

²⁸ Vgl. Brower, S. 147.

der Richterin zu beurteilenden Sachverhalts verantwortlich. Die Verhandlungsmaxime beruht auf der Überlegung, dass die gegensätzlichen Interessen der Parteien am Prozessausgang sowie der Umstand, dass sie über den Sachverhalt am besten informiert sind, zu einer vollständigen Sachverhaltsdarstellung führen.²⁹ In Verfahren unter der Untersuchungsmaxime trägt hingegen letztlich die Richterin die Verantwortung für Sachverhalt und Beweis;³⁰ gemildert wird diese Form gelegentlich durch Mitwirkungspflichten der Parteien, deren Missachtung sich unter bestimmten Umständen auf das Beweisergebnis auswirken kann.³¹

Das Beweisrecht hat neben der damit angesprochenen „Wahrheitsermittlungsfunktion“ noch weitere Funktionen, die je nach Verfahrensgegenstand zu verschiedenen Ausgestaltungen der maßgeblichen Regelungen führen können: Insbesondere hat das Beweisrecht die Folgen des immer möglichen Fehlentscheids gerecht zu verteilen und die Kalkulierbarkeit des Tatsachenfindungsprozesses zu gewährleisten.³² Entsprechend muss festgelegt sein, welches Wahrscheinlichkeitsmaß für den Beweis einer Tatsache vorausgesetzt wird (*Beweismaß*), wie (sich unter Umständen widersprechende) Beweise zu würdigen sind (*Beweiswürdigung*) und welche der Parteien die nachteiligen Folgen der Beweislosigkeit trägt (*Beweislastregeln*). Teil des Beweisrechts bildet schließlich die Frage, inwiefern eine mit der Prüfung einer Konventionsverletzung befasste Instanz an die Tatsachenfeststellung einer vorangehenden Behörde gebunden ist (*Regeln zur Sachverhaltskognition*) und ob sie neue Beweismittel berücksichtigen darf (sog. *Novenrecht*). Hierbei spielen – gerade in Abwesenheit von ausdrücklichen verfahrensrechtlichen Regelungen – auch die funktionelle Eignung der mit der Tatsachenfeststellung befassten Instanz und ihre institutionelle Einbettung eine zentrale Rolle.

Die in diesem Zusammenhang häufig anzutreffende eingeschränkte Tatsachenkognition von Instanzengerichten hat nicht zuletzt die Funktion, den (theoretisch endlos führbaren) Streit über nicht mit letzter Gewissheit beweisbare Tatsachen irgendwann beiseitezulegen. Dabei spielt aber auch die Überlegung eine Rolle, dass mit zeitlicher und persönlicher Distanz einer richterlichen Entscheidungsträgerin die Nähe zum Sachverhalt schwindet. Insbesondere auf dieser Überlegung basiert die Zurückhaltung von Instanzengerichten, den erstinstanzlich festgestellten Sachverhalt zu korrigieren, zumal dieser nicht selten auf der Befragung von Parteien und der Würdigung ihrer Aussagen beruht. Im schweizerischen Asylverfahren beispielsweise führt das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz kaum je Anhörungen durch; weil ihm damit der unmittelbare Eindruck der Person fehlt, der für die Einschätzung der Glaubhaftigkeit von Aussagen maßgebend sein kann, sollte es nicht unnötig in die Würdigung der Aussagen durch die erste Instanz eingreifen.³³

²⁹ Vgl. Gygi, S. 207.

³⁰ Vgl. Kiener/Rütsche/Kuhn, Rn. 669.

³¹ Vgl. zum Ganzen statt vieler Kiener/Rütsche/Kuhn, Rn. 713 f.

³² Kaufmann, Bewiesen?, S. 1199 mit Bezug auf Gerichtsverfahren. Die Ausführungen Kaufmanns lassen sich aber auch auf die Tatsachenfeststellung in außergerichtlichen Verfahren übertragen.

³³ Um einen solchen Eindruck herzustellen, wird teilweise vorgeschlagen, Befragungen durch die erste Instanz audiovisuell aufzuzeichnen; vgl. Sonderegger/Kneer, Rn. 35.

B. Funktion der Tatsachenfeststellung unter der EMRK

In der Rechtsprechung des EGMR kommt unter den verschiedenen genannten Funktionen des Beweisrechts insbesondere die Wahrheitsermittlungsfunktion zur Sprache. Auf Grundlage der durch Art. 1 EMRK begründeten Pflicht der Mitgliedstaaten, allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die Konventionsrechte *effektiv* zuzusichern, leitet der EGMR aus den verschiedenen Konventionsgarantien weitreichende Ermittlungspflichten ab,³⁴ deren Verletzung unabhängig von einer materiellen Verletzung der Konventionsrechte³⁵ eine Verurteilung durch den EGMR nach sich ziehen kann. Wie der EGMR im diesbezüglich wegweisenden Fall *El-Masri v. Mazedonien* festgehalten hat, vermittelt der prozedurale Gehalt von Art. 3 EMRK in Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen ein eigenständiges „Recht auf Wahrheit“.³⁶

Dieses „Recht auf Wahrheit“ kann wohl nicht nur auf Fälle schwerer Menschenrechtsverletzungen beschränkt werden: Verfahrensrechtliche Verpflichtungen der Konventionsstaaten ergeben sich nämlich schon aus dem allgemeineren Art. 13 EMRK, welcher ebenfalls auf eine wirksame innerstaatliche Untersuchung behaupteter Konventionsverletzungen abzielt,³⁷ jedoch nicht auf Fälle beschränkt ist, die unter Art. 3 EMRK fallen. Umfangmäßig sind die prozeduralen Anforderungen, die der EGMR aus Art. 3 EMRK ableitet, weitgehend deckungsgleich mit den Anforderungen aus Art. 13 EMRK.³⁸ Eine effektive, auf die Ermittlung der Wahrheit ausgerichtete Untersuchung glaubhaft vorgebrachter materieller Konventionsverletzungen ist damit so oder anders ein eigenständiger prozeduraler Bestandteil der EMRK.³⁹ Dass der EGMR die Untersuchungspflichten im Fall *El-Masri gegen Mazedonien* als Ausfluss des „Rechts auf Wahrheit“ gemäß Art. 3 EMRK bezeichnete, war damit eher eine terminologische denn eine inhaltliche Neuerung.

Die terminologische Neuerung war und ist jedoch nicht bedeutungslos. Sie unterstreicht nämlich die hervorragende Bedeutung, die einer effektiven Untersuchung behaupteter Menschenrechtsverletzungen und der Ermittlung der Wahrheit in solchen Verfahren zukommt. Befriedigt wird nämlich einerseits das

³⁴ Ausführlich dazu Altermann, S. 106 ff.

³⁵ Vgl. z. B. die Fälle EGMR, Urteil vom 10. Oktober 2017, *Tarjani v. Ungarn*; EGMR, Urteil vom 3. Oktober 2017, *D.M.D v. Rumänien*; EGMR, Urteil vom 14. September 2017, *Matevosyan v. Armenien*; EGMR, Urteil vom 13. Juni 2017, *Kosteckas v. Litauen*.

³⁶ EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2010, *El-Masri v. Mazedonien*, § 191; ausführlich zu den sich diesbezüglich aus dem Urteil ergebenden Folgen Fabbrini, S. 18 ff.

³⁷ Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2010, *El-Masri v. Mazedonien*, Concurring Opinion Tulkens, Spielmann, Sicilianos und Keller, § 6.

³⁸ Vgl. Altermann, S. 85 ff.

³⁹ Zur Frage, ob dieser unter der EMRK bestehende Anspruch Ausprägung eines allgemeineren, völkergewohnheitsrechtlichen Anspruchs auf Wahrheit ist, vgl. Fabbrini, S. 19, m.w.H., sowie Naqvi, S. 254 ff.

Bedürfnis der Opfer von Konventionsverletzungen nach Aufklärung der Geschehnisse und institutioneller Anerkennung des Geschehenen⁴⁰ – oftmals Grundlage, um den Prozess der Verarbeitung anzustoßen und mit der (traumatisierenden) Vergangenheit abzuschließen.⁴¹ Die institutionelle Feststellung und Anerkennung der Geschehnisse ist insofern eine Form der Wiedergutmachung, die aus individueller Sicht wichtiger sein kann als monetäre Kompensation oder Bestrafung der Verantwortlichen. Andererseits trägt die institutionelle Aufklärung des Geschehenen aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive entscheidend dazu bei, das Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit aufrechtzuerhalten.⁴² Nur durch effektive Untersuchungen kann rechtliche Verantwortung für gravierende Menschenrechtsverletzungen zugewiesen und können Täterinnen bestraft werden.⁴³ Von der Bestrafung der Verantwortlichen geht auch eine abschreckende Wirkung aus; durch die (straf-)rechtliche Aufarbeitung des Vorgefallenen soll in diesem Sinne verhindert werden, dass sich Ähnliches wiederholt.⁴⁴ Gerade in Fällen strukturell bedingter Menschenrechtsverletzungen kann durch die justizielle Feststellung der Tatsachen schließlich die Grundlage für die politische und gesellschaftliche Aufarbeitung des Geschehenen und damit letztlich auch für Versöhnung gelegt werden.⁴⁵

Eine Gerichtsminderheit im Fall *El-Masri v. Mazedonien* hat diese Überlegungen wie folgt auf den Punkt gebracht hat:

*„En réalité, la recherche de la vérité constitue la finalité objective de l'obligation de mener une enquête ainsi que la raison d'être des exigences quant à la qualité de celle-ci (transparence, diligence, indépendance, accès, divulgation des résultats et contrôle). Pour la société en général, la volonté de rechercher la vérité contribue à renforcer la confiance envers les institutions et donc l'Etat de droit. Pour les personnes concernées, la famille et les proches des victimes, l'établissement de la vérité sur les faits et la reconnaissance des violations graves des droits de l'homme et du droit humanitaire constituent une forme de réparation aussi importante – et parfois même plus importante – qu'une indemnisation [...]“*⁴⁶

⁴⁰Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2010, *El-Masri v. Mazedonien*, § 192.

⁴¹Naqvi, S. 249.

⁴²EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2010, *El-Masri v. Mazedonien*, § 192.

⁴³Zum Stellenwert dieses Aspekts vgl. Guidelines on eradicating impunity for serious human rights violations, wo in der Präambel statuiert wird, „impunity must be fought as a matter of justice for the victims, as a deterrent to prevent new violations, and to uphold the rule of law and public trust in the justice system, including where there is a legacy of serious human rights violations [...]“.

⁴⁴Vgl. Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights Through Action to Combat Impunity, Prinzipien 2 and 3.

⁴⁵Naqvi, S. 249.

⁴⁶Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2010, *El-Masri v. Mazedonien*, Concurring Opinion Tulkens, Spielmann, Sicilianos und Keller, § 6.

C. Rechtsgrundlagen des Beweisrechts der EMRK

Die Feststellung des Sachverhalts – sowohl vor mitgliedstaatlichen Gerichten⁴⁷ als auch vor dem EGMR⁴⁸ – unterliegt bestimmten „Operationsregeln“,⁴⁹ welche durch die EMRK beziehungsweise – im Verfahren vor dem EGMR – durch die EGMR-VerfO vorgegeben sind.

1. Beweisrecht in mitgliedstaatlichen Verfahren

Wie einleitend bereits erläutert, zielt die vorliegende Arbeit darauf ab, den Vorgang der Tatsachenfeststellung in den verfahrensrechtlichen Instanzenzug und die Aufgabenteilung zwischen mitgliedstaatlichen Gerichten und EGMR einzubetten. Nach dem subsidiaritätsrechtlichen Prinzip der Primärverantwortung obliegt es in erster Linie den Mitgliedstaaten, die Konventionsgarantien zu schützen. Entsprechend setzt die Individualbeschwerde an den EGMR die Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs voraus (Art. 35 Ziff. 1 EMRK). Die Durchsetzung der Konventionsrechte erfolgt zu einem großen Teil vor innerstaatlichen Verwaltungsbehörden und Gerichten und nicht vor dem EGMR. Für die Tatsachenfeststellung in diesen Verfahren ist im Grundsatz das Beweisrecht der nationalen Verfahrensordnungen anwendbar. Soweit es um die Untersuchung behaupteter Konventionsverletzungen geht, haben diese nationalen Verfahrensordnungen freilich die Vorgaben zu beachten, die sich aus der EMRK ergeben.⁵⁰

Solche Vorgaben folgen insbesondere aus Art. 13 EMRK, wonach jede Person, die in ihren in der EMRK anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, das Recht hat, bei einer innerstaatlichen Instanz eine *wirksame* Beschwerde zu erheben. Weitere spezifische Anforderungen für bestimmte Verfahrensarten ergeben sich aus Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren in „zivilrechtlichen“ Streitigkeiten) und Art. 5 Ziff. 4 EMRK (Gerichtliche Überprüfung über die Rechtmäßigkeit eines Freiheitsentzugs). Der EGMR hat schließlich Untersuchungspflichten aus verschiedenen materiellen Konventionsrechten in Verbindung mit Art. 1 EMRK abgeleitet.

Die verfahrensrechtlichen Verpflichtungen aus den materiellen Konventionsrechten sind für die Tatsachenfeststellung in den Mitgliedstaaten ebenso verbindlich wie Art. 13 EMRK. Die Verletzung von Art. 13 EMRK oder einer Untersuchungspflicht aus einem materiellen Konventionsrecht zieht im Falle eines Weiterzugs nach Straßburg die Verurteilung eines Mitgliedstaats durch den EGMR nach sich.

⁴⁷Vgl. dazu nachfolgend, II. C. 1.

⁴⁸Vgl. dazu nachfolgend, II. C. 2.

⁴⁹Zippelius, S. 93.

⁵⁰Aemisegger/Roberts, S. 1228; Lanter, S. 57.

Weil die Tatsachenfeststellung vor dem EGMR wie aufgezeigt an die Tatsachenfeststellung der innerstaatlichen Instanzen anknüpft, läge es nahe, diese nationalen Verfahrensordnungen als Teil des maßgeblichen Beweisrechts anzusehen. In diesem Sinne wäre es zwar höchst interessant, das Beweisrecht der 47 Mitgliedstaaten der EMRK im Hinblick auf die Untersuchung behaupteter Konventionsverletzungen zu vergleichen. Dies würde jedoch den Rahmen einer Dissertation sprengen und wäre wohl nur durch Einbeziehung von Autorinnen und Autoren aus den verschiedenen betroffenen Rechtsordnungen zu bewältigen.⁵¹ Es kann hier deshalb nur darum gehen, die Vorgaben darzustellen, die sich aus der EMRK für die Tatsachenfeststellung vor innerstaatlichen Behörden und Gerichten ergeben. Immerhin soll am Beispiel der Schweiz aufgezeigt werden, inwiefern die hier bestehenden Verfahrensordnungen die Anforderungen der EMRK implementiert haben; aufgrund der Rechtsprechung des EGMR zu den Verfahrensrechtsordnungen anderer Staaten wird vereinzelt auch auf anschauliche Beispiele in anderen Staaten hingewiesen.

2. Beweisrecht für das Verfahren vor dem EGMR

Was das Beweisrecht im Verfahren vor dem EGMR selbst betrifft, so ist dieses in der EMRK als dem „gerichtseinsetzenden Vertrag“⁵² nur rudimentär geregelt. Nach Art. 38 EMRK „prüft der Gerichtshof die Rechtssache mit den Vertretern der Parteien und nimmt, falls erforderlich, Ermittlungen vor [...]“. Diese Bestimmung weist dem EGMR die Aufgabe der Tatsachenfeststellung zu und verleiht ihm entsprechende Kompetenzen,⁵³ macht gleichzeitig aber auch deutlich, dass Ermittlungen nur vorzunehmen sind, wo sie erforderlich sind, etwa weil die Tatsachen in den vorgelagerten Verfahren der Konventionsstaaten mangelhaft ermittelt worden sind. Im Übrigen gibt die EMRK aber keinerlei Auskunft über die Modalitäten der Tatsachenfeststellung durch den Gerichtshof.⁵⁴

Weitere die Tatsachenfeststellung des EGMR betreffende Bestimmungen finden sich in der EGMR-VerfO. Die Befugnis des Gerichtshofs, sich selbst eine Verfahrensordnung zu geben, basiert auf Art. 25 Bst. d EMRK, wonach das Plenum des Gerichtshofs die Verfahrensordnung des Gerichtshofs beschließt. Angesichts der spärlichen beweisrechtlichen Weichenstellungen in der EMRK selbst besitzt der Gerichtshof damit große Freiheiten, was die Ausgestaltung des Beweisrechts in seinem eigenen Verfahren angeht.⁵⁵

⁵¹ Vgl. zu den methodologischen Schwierigkeiten einer solchen „diffusen“ Untersuchung der Wirkungsweise der EMRK-Vorgaben in den Verfahrensrechtsordnungen der Mitgliedstaaten Christoffersen, S. 25.

⁵² Benzing, S. 49.

⁵³ Schorm-Bernschütz, S. 47.

⁵⁴ Noch zum inhaltlich weitgehend deckungsgleichen vormaligen Art. 38 Ziff. 1 Bst. a EMRK, welcher seit 1 Juni 2010 nicht mehr in Kraft ist, Schorm-Bernschütz, S. 47.

⁵⁵ Vgl. Meyer-Ladewig, Rn. 6 zu Art. 25 EMRK.

Die Verfahrensordnung des EGMR umfasst insbesondere beweisrechtliche Bestimmungen zum Eingabeschluss (Art. 38 EGMR-VerfO), zu den Mitwirkungsrechten und -pflichten der Parteien (Art. 44A-44E EGMR-VerfO), zu den möglichen Inhalten einer Staaten- und einer Individualbeschwerde (Art. 46–47 EGMR-VerfO) und zu den Hearings, denen auch eine Tatsachenermittlungsfunktion zukommen kann (Art. 63–70 EGMR-VerfO).

Weite Teile der oben skizzierten beweisrechtlichen Fragestellungen sind damit weder in der EMRK noch in der EGMR-VerfO geregelt. Insbesondere finden sich dort keine Anhaltspunkte zu Fragen der Beweiswürdigung und des Beweismaßes, zur Prüfungsdichte des EGMR in Sachverhaltsfragen und zum Novenrecht. Der EGMR hat bezüglich dieser Fragen in seiner Rechtsprechung in Form von wiederkehrenden Leitsätzen aber konsistente Standards entwickelt, auf welche sowohl Staaten als auch Beschwerdeführerinnen in Verfahren vor dem EGMR immer wieder Bezug nehmen. Diese Leitsätze können zwar nicht als die EMRK ergänzendes Völkergewohnheitsrecht angesehen werden, stellen aber doch verbindliche prozessuale Rechtsquellen dar und sind insofern für die vorliegende Analyse miteinzubeziehen.⁵⁶ Eine wichtige Rolle insbesondere für die „Sachverhaltskognition“ und das „Novenrecht“ spielt der Subsidiaritätsgrundsatz, der das Verhältnis von nationalstaatlichen Gerichten zum EGMR ganz allgemein prägt. Im nachfolgenden Kapitel soll deshalb dessen Gehalt näher erläutert werden.

⁵⁶Umfassend zum Richterrecht als eigenständiger Rechtsquelle des Völkerprozessrechts Benzing, S. 86 ff., zusammenfassend S. 98 f.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



III. Subsidiarität im Menschenrechtsverbund der EMRK



Inhaltsverzeichnis

A. Kontextualisierung des Begriffs der Subsidiarität der EMRK.....	33
1. Begründung des Subsidiaritätsbegriffs als Rechtsprinzip.....	33
2. Das Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis Individuum – Gesellschaft – Staat.....	34
3. Subsidiarität im interinstitutionellen Verhältnis.....	38
a. Teleologische Begründung im interinstitutionellen Verhältnis.....	39
b. Formen der Subsidiarität im interinstitutionellen Kontext.....	41
4. Verwendung des Subsidiaritätsbegriffs in weiteren Zusammenhängen.....	50
5. Zusammenfassende Betrachtung zu den verschiedenen Subsidiaritätsformen.....	52
B. Subsidiarität in der EMRK.....	53
1. Vergleichende Einordnung des Subsidiaritätsbegriffs der EMRK.....	54
a. Subsidiarität als Kompetenzzuweisungsregel.....	55
b. Nationale Behörden als Subsidiaritätsverpflichtete.....	57
c. Keine <i>subsidiarité concurrence</i>	58
2. Dimensionen des Subsidiaritätsbegriffs in der EMRK.....	60
a. Subsidiarität als unverbindliche Kompetenzzuweisungsmaxime.....	61
b. Subsidiarität als an den EGMR gerichtete Kompetenzzuweisungsregel.....	62
c. Terminologische Abgrenzungen.....	64
3. Dogmatische Grundlagen und Ausprägungen des Subsidiaritätsgrundsatzes als Kompetenzzuweisungsregel.....	66
a. Frühe Rechtsprechung des EGMR.....	66
b. Anwendungsbereich des Subsidiaritätsprinzips als <i>Kompetenzzuweisungsregel</i>	69
c. Künftige Verankerung in der Präambel der EMRK.....	72
4. Bedeutung für die Tatsachenfeststellung unter der EMRK.....	74
a. Begründung des Subsidiaritätsgrundsatzes.....	77
b. Der EGMR als erstinstanzliches Tatsachengericht: Konstellationen.....	81

Der Subsidiaritätsgrundsatz ist in der Diskussion um die EMRK in aller Munde. Von den einen wird er angerufen, um eine vermeintlich unzulässige Kompetenzerweiterung des EGMR zu kritisieren,¹ von den anderen, um Eingriffe des EGMR in die nationalen Rechtsordnungen gerade zu rechtfertigen.² Dass der Subsidiaritätsgrundsatz im politischen und juristischen Diskurs zur Legitimation entgegengesetzter Positionen verwendet wird, spiegelt dessen inhaltliche Unschärfe³ und Ambivalenz wider.⁴ Teilweise wird zudem verkannt, dass es sich beim Subsidiaritätsgrundsatz nicht um eine Norm handelt, die einen absoluten Geltungsanspruch erheben würde;⁵ als *Grundsatz* oder *Prinzip* setzt Subsidiarität keine umfassende Verwirklichung voraus, sondern lässt eine graduelle Beachtung und Abwägung mit anderen Prinzipien zu.⁶ Angesichts der Unschärfen, welche der Subsidiaritätsgrundsatz in der aktuellen Diskussion um die EMRK aufweist,⁷ erscheint es sinnvoll, nachfolgend in einem ersten Schritt ein präzises juristisches Verständnis des Begriffs und seiner Tragweite unter der EMRK zu entwickeln.

Einer der Hauptgründe für die diffuse Verwendung des Subsidiaritätsbegriffs scheint darin zu bestehen, dass schon in der Ideengeschichte variierende Konzeptionen von Subsidiarität existieren.⁸ Der Grundsatz hat darüber hinaus in verschiedenen Rechtsordnungen Niederschlag gefunden und wird selbst innerhalb dieser Rechtsordnungen teilweise verschieden begründet und ausgedeutet.⁹ Der unbedachte Rückgriff auf einen uniformen, in dieser Form nicht existierenden Subsidiaritätsbegriff verdeckt vielerorts den Blick auf die Eigenheiten des Subsidiaritätsbegriffs der EMRK.¹⁰

Bevor daher auf den Gehalt des Subsidiaritätsbegriffs im Kontext der EMRK eingegangen wird¹¹ soll der Begriff kontextualisiert, sollen seine unterschiedlichen

¹ So Ständerat Caroni, S. 417 ff., über Urteile, welche die Frage aufwerfen würden, ob denn eine gerichtliche Institution richtig funktioniere und für den internationalen Bereich auf den EGMR verweist, dem mit dem 15. Zusatzprotokoll klar gemacht werde, dass er keine vierte Instanz sei. Vgl. aus dem parlamentarischen Kontext auch die Motion Lustenberger, welche den Bundesrat beauftragt, „sich auf allen relevanten Ebenen [...] vermehrt für die Einhaltung und Durchsetzung des Subsidiaritätsprinzips und die Berücksichtigung der nationalen Rechtsordnungen bei der Rechtsprechung des EGMR einzusetzen“ und das Votum von Nationalrätin Elisabeth Schneider-Schneiter in den parlamentarischen Beratungen zum Bericht des Bundesrates zu den Erfahrungen und Perspektiven des EMRK-Beitritts, Amtl. Bull. NR 2016 367. Aus der öffentlichen Diskussion vgl. Pfiffner/Bollinger, mit ausdrücklicher Bezugnahme auf den Subsidiaritätsgrundsatz.

² Vgl. Keller/Müller, Rn. 93. Vgl. zudem die Voten von Nationalrat Claude Bégli in den parlamentarischen Beratungen zum Bericht des Bundesrates zu den Erfahrungen und Perspektiven des EMRK-Beitritts, Amtl. Bull. NR 2016 365 ff.

³ Biaggini, in: BSK BV, Rn. 33 zu Art. 5a BV; spezifischer zur „Begriffsverwirrung“ unter der EMRK Christoffersen, S. 4.

⁴ Vgl. auch Leurquin-de Visscher, S. 23, die von einer „Janusköpfigkeit“ des Prinzips spricht.

⁵ Biaggini, in: BSK BV, Rn. 35 zu Art. 5a BV.

⁶ Hoffmann, S. 6. Spezifisch zum schweizerischen Recht Biaggini, BV Kommentar, Rn. 12 zu Art. 5a BV.

⁷ Zum selben Schluss kommt mit Bezug auf die *margin-of-appreciation*-Doktrin als Ausprägung des Subsidiaritätsgrundsatzes auch Arnadóttir, S. 27.

⁸ Vgl. dazu Follesdal, S. 9 ff.

⁹ In diesem Sinne wird der Subsidiaritätsprinzip schon nur für das schweizerische Staatsrecht als „schillernder“ Begriff bezeichnet, der sich als Strukturprinzip nicht eigne; vgl. Tschannen, § 6 Rn. 4.

¹⁰ Zu Recht wird daher darauf hingewiesen, dass Subsidiaritätskonzepte existieren, und nicht ein Konzept in verschiedenen Ausprägungen; vgl. Besson, S. 86 (Fn. 87).

¹¹ Vgl. dazu nachfolgend, III. B.

Bedeutungen in verschiedenen Rechtsordnungen aufgezeigt werden.¹² Diese Kontextualisierung erlaubt es, in einem zweiten Schritt eine genaue Vorstellung des Subsidiaritätsbegriffs der EMRK zu gewinnen und seine verschiedenen Wirkungsebenen darzulegen.¹³ Dem Thema der vorliegenden Arbeit entsprechend wird dabei zum Schluss des zweiten Hauptteils dieses Kapitels die Wirkungsebene der Tatsachenfeststellung in den Vordergrund gerückt.¹⁴

A. Kontextualisierung des Begriffs der Subsidiarität der EMRK

1. Begründung des Subsidiaritätsbegriffs als Rechtsprinzip

Das Konzept der Subsidiarität ist alt. Es wurzelt in der antiken Philosophie und gerade bei Aristoteles finden sich erste Ansätze, die später durch Thomas von Aquin weiterentwickelt wurden.¹⁵ Dem Inhalt nach existierte das Konzept schon lange,¹⁶ als der Begriff im 20. Jahrhundert durch die katholische Soziallehre für den heutigen Gebrauch geprägt wurde.¹⁷ Es ist hier nicht der Platz, die etymologische¹⁸ und historische¹⁹ Entwicklung des Subsidiaritätsprinzips im Einzelnen nachzuzeichnen. Anknüpfen lässt sich an den Diskurs im frühen 20. Jahrhundert. Vielerorts zitiert wird Papst Pius XI., welcher das Subsidiaritätsprinzip in der Enzyklika *Quadragesimo Anno* von 1931 wie folgt ausformulierte:

„Wenn es nämlich auch zutrifft, was ja die Geschichte deutlich bestätigt, daß unter den veränderten Verhältnissen manche Aufgaben, die früher leicht von kleineren Gemeinwesen geleistet wurden, nur mehr von großen bewältigt werden können, so muß doch allzeit unverrückbar jener höchst gewichtige sozialphilosophische Grundsatz festgehalten werden, an dem nicht zu rütteln noch zu deuteln ist: Wie dasjenige, was der Einzelmensch aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten kann, ihm nicht entzogen und der Gesellschaftstätigkeit zugewiesen werden darf, so verstößt es gegen die Gerechtigkeit, das, was die kleineren und untergeordneten Gemeinwesen leisten und zum guten Ende führen können, für die weitere und übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen; zugleich ist es überaus nachteilig und verwirrt die ganze Gesellschaftsordnung. Jedwede Gesellschaftstätigkeit ist ja ihrem Wesen und Begriff nach subsidiär; sie soll die Glieder des Sozialkörpers unterstützen, darf sie aber niemals zerschlagen oder aufsaugen.“²⁰

Diese Textstelle aus *Quadragesimo Anno* wurde nach 1931 zu einem gemeinsamen Bezugspunkt der unterschiedlichen Ausdeutungen des Subsidiaritätsprinzips.²¹

¹²Vgl. dazu nachfolgend, III. A.

¹³Vgl. dazu nachfolgend, III. B.

¹⁴Vgl. dazu nachfolgend, III. B. 4.

¹⁵Aroney, S. 9 ff.

¹⁶Szymczak, S. 19.

¹⁷Siehe dazu beispielsweise Gabriel, S. 11 ff. oder McKinley, S. 29 ff. Einige andere Autoren verweisen bezüglich der ideengeschichtlichen Herkunft des Subsidiaritätsgrundsatzes auf den Freiheitsgedanken liberaler Rechtsstaatlichkeit, vgl. Kadelbach, in: Komm. Unionsrecht, Rn. 25 zu Art. 5 EUV, m.w.H.

¹⁸Vgl. hierfür beispielsweise Hoffmann, S. 5 f. oder Leurquin-de Visscher, S. 23 f.

¹⁹Vgl. aber Miklušćák, S. 23 ff., Höffe, S. 13 ff. und Millon-Delsol, S. 9 ff.

²⁰Pius XI., Nr. 79.

²¹Isensee, S. 334.

Gemäß Papst Pius XI. begründet Subsidiarität als „sozialphilosophischer Grundsatz“ einen Handlungsvorrang der Einzelperson gegenüber jeder Gesellschaftstätigkeit: „[...] dasjenige, was der Einzelmensch aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten kann, [darf] ihm nicht entzogen und der Gesellschaftstätigkeit zugewiesen werden“. Gemäß dem personalistischen Begründungsansatz von Papst Pius XI. verfolgt das Subsidiaritätsprinzip letztlich den Zweck, Freiheit und Selbstverantwortung der Einzelperson zu wahren. Papst Pius XI. übertrug den Gedanken auf das Verhältnis zwischen Gemeinwesen verschiedener Hierarchiestufen:²² „[...] [es] verstößt gegen die Gerechtigkeit, das, was die kleineren und untergeordneten Gemeinwesen leisten und zu einem guten Ende führen können, für die [...] übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen.“

Der von Papst Pius XI. formulierte „sozialphilosophische Grundsatz“ entfaltete seither in verschiedenen Kontexten unterschiedliche Wirkungen. Verwendet wurde das Subsidiaritätsprinzip zunächst als Abgrenzungskriterium zwischen Privat- und Staatssphäre.²³ Die Begründung und Funktion des Subsidiaritätsprinzips in diesem Kontext ist allerdings nach hier vertretener Auffassung nicht deckungsgleich mit der normativen Legitimation des Subsidiaritätsgrundsatzes im Verhältnis verschiedener Gemeinwesen beziehungsweise Institutionen. Um diese letztere Form von Subsidiarität geht es aber dem Grundsatz nach im Verhältnis zwischen den innerstaatlichen Behörden und dem EGMR.²⁴ Bevor nachfolgend die „interinstitutionelle“ Ausprägung des Subsidiaritätsgedankens in den Blick genommen wird, soll anhand einzelner Bestimmungen der schweizerischen Rechtsordnung dessen Begründung im Verhältnis zwischen Individuum und Staat betrachtet werden.

2. Das Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis Individuum – Gesellschaft – Staat

Subsidiarität dient dem ursprünglichen Gedanken nach dazu, individuelle Handlungsspielräume gegen eine Vereinnahmung durch (staatliche) Kollektive abzusichern.²⁵ Anwendbar ist das Prinzip immer, wenn das Individuum einer Gemeinschaft gegenüber steht und eigenverantwortliches Handeln von Gemeinschaftstätigkeit abzugrenzen ist.²⁶ Als liberales²⁷ verfassungsrechtliches Prinzip bindet Subsidiarität die staatliche Hoheitsgewalt zugunsten der Freiheit der Einzelnen und gesellschaftlicher

²²Vgl. Hoffmann, S. 8, die aufgrund dieser Übertragung von einem „personalistischen“ Ansatz von Papst Pius XI. spricht.

²³Im belgischen Rechtsdiskurs wird der Subsidiaritätsgrundsatz in dieser Ausprägung als „subsidiarité fonctionnelle“ bezeichnet. Als Gegenstück fungiert für den Subsidiaritätsgrundsatz im interinstitutionellen Verhältnis der Begriff „subsidiarité territoriale“. Vgl. Leurquin-de Visscher, S. 24.

²⁴Vgl. Szymczak, S. 22 ff., der auf verschiedene Unterschiede in diesem Zusammenhang hinweist.

²⁵Millon-Delsol, S. 36.

²⁶Vgl. Tschannen, § 6 Rz. 4.

²⁷Vgl. D'Atena, S. 330.

Initiative zurück.²⁸ Umgekehrt werden die Einzelnen und die Gesellschaft durch das Subsidiaritätsprinzip aber auch in die Pflicht genommen, eigenverantwortlich zu handeln.²⁹

Der Wortlaut von Art. 5a BV³⁰ – eine Norm in den allgemeinen Bestimmungen der schweizerischen Bundesverfassung – ließe sich so verstehen, dass der Verfassungsgeber ein allgemeines Subsidiaritätsprinzip verankern wollte. Nach Auffassung der vorherrschenden Lehre beschlägt das Subsidiaritätsprinzip gemäß Art. 5a BV das Verhältnis zwischen den Einzelnen, der Gesellschaft und dem Staat jedoch nicht. Sein Anwendungsbereich ist vielmehr auf die Beziehungen zwischen Bund, Kantonen und Gemeinden und damit auf das Verhältnis der verschiedenen staatlichen Ebenen beschränkt.³¹ Aus ebendiesem Grund wird auch abgelehnt, unter Rückgriff auf ein allgemeines bundesverfassungsrechtliches Subsidiaritätsprinzip staatliche beziehungsweise öffentlich-rechtliche Wirtschaftstätigkeit zugunsten einer erhöhten Wirkungsmöglichkeit Privater zurückzubinden.³² Auch das Bundesgericht ist der Auffassung, dass sich Art. 5a BV „nach seiner Entstehungsgeschichte und Konzeption in erster Linie auf das Verhältnis zwischen den verschiedenen Staatsebenen“ bezieht und nicht „auf das Verhältnis zwischen Staat und Privatwirtschaft“ übertragen werden kann.³³

Das Subsidiaritätsprinzip gemäß Art. 5a BV betrifft damit nach herrschender Lehre und Rechtsprechung lediglich das interinstitutionelle Verhältnis der verschiedenen Staatsebenen. Ein allgemeines Subsidiaritätsprinzip, das neben den interinstitutionellen Verhältnissen auch die Beziehungen zwischen Staat und Individuen betreffen würde, existiert im schweizerischen Bundesverfassungsrecht – im Unterschied zum EU-Recht³⁴ und zum italienischen Verfassungsrecht³⁵ – nicht und lässt sich auch aus Art. 6 BV nicht ableiten.³⁶ Dies schließt nicht aus, dass die Bundesverfassung das Subsidiaritätsprinzip zur Regelung des Verhältnisses zwischen Staat, Individuum und Gesellschaft bereichsspezifisch – mindestens dem Gedanken nach – dennoch heranzieht; seine Geltung bleibt aber auf den jeweils einschlägigen Bereich beschränkt.³⁷

²⁸Vgl. für das schweizerische Verfassungsrecht Richli, *Rechtlicher Gehalt*, S. 58; Schweizer/Müller, in: *SG Kommentar BV*, Rn. 7 zu Art. 5a BV, mit Hinweis auf Art. 6 BV, Art. 2 Abs. 3 BV, Art. 12 BV und Art. 41 Abs. 1 BV; Tschannen, § 19 Rz. 13, mit Hinweis auf Art. 6 BV, Art. 41 Abs. 1 BV, Art. 94 Abs. 2 BV, Art. 102 Abs. 1 BV und Art. 104 Abs. 2 BV.

²⁹Diese Doppelnatur kommt insbesondere in Art. 6 BV zum Ausdruck, vgl. dazu Gächter/Reinold-Burch, in: *BSK BV*, Rn. 11 zu Art. 41 BV.

³⁰Die Bestimmung hat folgenden Wortlaut: „Bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben ist der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten.“

³¹Vgl. die Hinweise zur Entstehungsgeschichte bei Biaggini, in: *BSK BV*, Rn. 16 ff. zu Art. 5a BV.

³²Vgl. Müller, Rn. 16.

³³BGE 138 I 378 E. 8.4.

³⁴Vgl. Kadelbach, in: *Komm. Unionsrecht*, Rn. 27 zu Art. 5 EUV, mit Hinweis auf den 13. Erwägungsgrund des EUV.

³⁵Vgl. Art. 118 Abs. 4 der italienischen Verfassung, wonach der Staat, die Regionen, die Hauptstadtgemeinden, die Provinzen und die Gemeinden die selbständige Initiative der einzelnen Bürgerinnen und Bürger sowie der Bürgervereine zur Durchführung von Tätigkeiten des allgemeinen Interesses aufgrund des Subsidiaritätsprinzips stärken; Übersetzung aus D'Atena, S. 332.

³⁶Zum Ganzen Müller, Rn. 17.

³⁷Zum Ganzen Müller Jörg Paul, Rn. 17.

Als Ausdruck des Subsidiaritätsgedankens im Verhältnis zwischen Individuum und Staat können in diesem Sinne zunächst die aus den bundesverfassungsrechtlichen Grundrechten abgeleiteten staatlichen Handlungspflichten gedeutet werden. Die Grundrechte verbieten dem Staat nämlich nicht nur gewisse Eingriffe in die Privatsphäre, sondern verpflichten ihn – teils ausdrücklich (Art. 12 BV [Recht auf Hilfe in Notlagen], Art. 19 BV [Anspruch auf Grundschulunterricht], Art. 29 Abs. 3 BV [Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsbeistand im Falle der Bedürftigkeit], sog. „originäre Leistungsrechte“), teils implizit (z. B. Anspruch auf Benützung öffentlichen Grunds im Zusammenhang mit den Kommunikationsgrundrechten) – auch zu aktivem Tun.³⁸ Der moderne schweizerische Bundesstaat ist kein „Nachwächterstaat“, der sich darauf beschränken würde, die Sicherheit seiner Bürgerinnen und Bürger zu gewährleisten.³⁹ Er muss auch für eine minimale Chancengleichheit eintreten und im Interesse des Gemeinwohls Aufgaben übernehmen, welche die Kräfte der Einzelnen übersteigen.⁴⁰ Diese Verpflichtungen des Staates schließen jedoch nicht aus, dass Private selbstständig handeln. Beispielsweise können Eltern ihre Kinder trotz Art. 19 BV in privaten Institutionen beschulen lassen⁴¹ oder sogar selbst die Ausbildung organisieren.⁴² Diese Konzeption ist genuiner Ausdruck des Subsidiaritätsgrundsatzes: Private erhalten – gelegentlich unter staatlicher Aufsicht – die Möglichkeit, selbstverantwortlich zu handeln; wo sie darauf verzichten, gewährleistet der Staat die Einhaltung der Grundrechte.

In einem bereichsspezifischen Sinne kommt der Subsidiaritätsgrundsatz auch im Sozial(hilfe)recht zur Anwendung: Staatliche Hilfe soll nur dann beansprucht werden dürfen, wenn und soweit die bedürftige Person sich nicht selber helfen kann oder wenn Hilfe von dritter – privater – Seite nicht oder nicht rechtzeitig erhältlich ist.⁴³ Ein Anspruch auf Nothilfe besteht in diesem Sinne nur dann, wenn jemand „nicht in der Lage ist, für sich selbst zu sorgen“ (Art. 12 BV).⁴⁴ Laut Bundesgericht sind hilfeschuchende Personen *aufgrund des Subsidiaritätsgrundsatzes* verpflichtet, „alles

³⁸Vgl. Kiener/Kälin, S. 35 f.

³⁹Vgl. Looser, S. 21.

⁴⁰Vgl. zur Entwicklung in der Schweiz Kley, Geschichte des öffentlichen Rechts, S. 293 ff.

⁴¹In einem irischen Fall, in welchem die Gerichtsmehrheit des EGMR im Zusammenhang des sexuellen Missbrauchs von Kindern an einer privaten (kirchlich finanzierten) Schule die Verletzung positiver Schutzpflichten durch den irischen Staat bejahte, nahm die Gerichtsminderheit interessanterweise auf den Subsidiaritätsgrundsatz Bezug; vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 28. Januar 2014, *O’Keefee v. Irland*, Joint Partly Dissenting Opinion Zupančič, Gyulumyan, Kallaydjieva, De Gaetano und Wojtyczek, § 7: „The notion of a democratic society may flourish only in a State that respects the principle of subsidiarity. A democratic society may flourish only in a State that respects the principle of subsidiarity and allows the different social actors to self-regulate their activities. [...] Legislation pertaining to private education should respect the legitimate autonomy of private schools. [...] It is clear that the democratic State has to respect the education choices of the parents as well as the parents’ primary responsibility for the development and well-being of their children.“

⁴²Vgl. Kiener/Kälin, S. 466 f., wobei in solchen Fällen – selbstverständlich – eine staatliche Aufsicht erforderlich ist.

⁴³Vgl. SKOS-Richtlinien, Abschn. A. 4 zu den Grundprinzipien der Sozialhilfe.

⁴⁴Vgl. dazu auch Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Rn. 916.

Zumutbare zur Behebung der eigenen Notlage zu unternehmen“.⁴⁵ Staatliches Handeln kommt also erst in Frage, wenn trotz Wahrnehmung der Selbstverantwortung eine Notlage besteht. Als Ausdruck des Subsidiaritätsgrundsatzes zu lesen sind neben Art. 12 BV auch Art. 6 BV⁴⁶ (die bundesverfassungsrechtliche Grundsatznorm zur „individuellen und gesellschaftlichen Verantwortung“) und Art. 41 Abs. 1 BV⁴⁷ (die Sozialziele).⁴⁸ Zwar könnte gegen die Heranziehung des Begriffs der Subsidiarität im Kontext der Sozialverfassung argumentiert werden, dass die Schutzrichtung der Subsidiarität hier gewissermaßen „umgekehrt“ verläuft und nicht die Individuen vor einem ungerechtfertigten Tätigwerden des Staats geschützt werden, sondern der Staat vor einer übermäßigen (finanziellen) Inanspruchnahme durch die Privaten. In der Literatur wird jedoch zu Recht darauf hingewiesen, dass diese Normen nicht nur die Bürgerinnen in die Pflicht nehmen, sondern auch den Staat in die Schranken weisen, indem sie (den Gesetzgeber) daran erinnern, dass eine Bevormundung der Menschen zu vermeiden ist.⁴⁹ Eine ähnliche Funktion wie im Sozialrecht kommt dem Subsidiaritätsgrundsatz im Bereich grundsatzwidriger Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit (Art. 103 BV) sowie der staatlichen Förderung der Landwirtschaftsbetriebe zu (vgl. Art. 104 Abs. 2 BV).⁵⁰ Auch hier soll der Bund nur eingreifen, wenn und soweit sich die Landwirtschaftsbranche nicht selber helfen kann.⁵¹

Im Unterschied zur Bundesverfassung beziehen verschiedene kantonale Verfassungen den Subsidiaritätsgrundsatz nicht nur bereichsspezifisch auf die Verhältnisse zwischen Staat und Individuen, sondern sehen diesbezüglich eine allgemeine Geltung vor. Gemäß Art. 3 Abs. 2 KV/FR verfolgt der Staat seine Ziele „in Achtung der Freiheit und Verantwortung des Menschen sowie des Subsidiaritätsprinzips“; Art. 52 Abs. 1 KV/FR wiederholt, dass staatliches Handeln unter anderem auf dem Grundsatz der Subsidiarität beruhen müsse. Aus dem Wortlaut dieser beiden Bestimmungen wird nicht deutlich, ob neben dem offensichtlich angesprochenen Verhältnis zwischen Staat, Individuum und Gesellschaft auch das Verhältnis zwischen Kanton und Gemeinden angesprochen wird. Diesbezüglich etwas spezifischer gefasst ist beispielsweise die Zürcher Kantonsverfassung, die nur im Zusammenhang mit der Regelung des Verhältnisses zwischen Staat, Individuum und Gesellschaft ausdrücklich auf den Subsidiaritätsgrundsatz Bezug nimmt (Art. 5 KV/ZH).⁵² Während Art. 5

⁴⁵ BGE 130 I 71 E. 5.3.

⁴⁶ „Jede Person nimmt *Verantwortung für sich selber wahr* [...] [Hervorhebung durch den Verfasser].“

⁴⁷ „Bund und Kantone setzen sich *in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative* dafür ein, dass: [...] [Hervorhebung durch den Verfasser].“

⁴⁸ Vgl. Gächter/Werder, in: BSK BV, Rn. 14 ff. zu Art. 41 BV; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Rn. 911.

⁴⁹ Vgl. Mader, S. 698 f.

⁵⁰ „*Ergänzend zur zumutbaren Selbsthilfe* der Landwirtschaft [...] fördert der Bund die bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebe [Hervorhebung durch den Verfasser].“

⁵¹ Vgl. Oesch, in: BSK BV, Rn. 32 zu Art. 104 BV.

⁵² Vgl. Müller, in: Kommentar KV/ZH, Rn. 4 zu Art. 5 KV/ZH. Nicht ausdrücklich, sondern nur dem Sinne nach kommt das Subsidiaritätsprinzip in der KV/ZH bei der Regelung des Verhältnisses zwischen Kanton und Gemeinden zur Anwendung, vgl. Müller, in: Kommentar KV/ZH, Rn. 1 ff. zu Art. 97 KV/ZH.

Abs. 1 und 2 KV/ZH die Verantwortung jeder Person für sich selbst und die Nachrangigkeit staatlicher Unterstützung betonen,⁵³ regelt Art. 5 Abs. 3 KV/ZH⁵⁴ das Verhältnis zwischen Staat und Wirtschaft und statuiert im Sinne eines „Organisationsprinzips für den Wettbewerb“ den (nicht justiziablen) Vorrang privater Wirtschaftstätigkeit vor staatlicher Wirtschaftstätigkeit.⁵⁵ Einen mit Art. 5 Abs. 3 KV/ZH vergleichbaren normativen Gehalt besitzen § 4 Abs. 2 KV/LU,⁵⁶ § 5 Abs. 1 KV/SZ⁵⁷ und Art. 27 Abs. 3 KV/AR.⁵⁸

3. Subsidiarität im interinstitutionellen Verhältnis

Wie oben dargelegt regelt Subsidiarität nach dem durch Papst Pius XI. begründeten Verständnis nicht nur das Verhältnis von Individuum, Gesellschaft und Staat, sondern grenzt auch die Kompetenzbereiche von Institutionen und Gemeinwesen verschiedener Hierarchiestufen voneinander ab. In dieser Kompetenzabgrenzungsfunktion hat sich das Subsidiaritätsprinzip seither in zahlreichen föderalistischen Verfassungen und im Recht internationaler und supranationaler Organisationen niedergeschlagen.⁵⁹

Die personale Begründung des Subsidiaritätsprinzips, wie sie für die Abgrenzung der Einflussbereiche von Staat und Einzelpersonen herangezogen wird, passt indes nicht ohne Modifikationen, wenn es um den organisatorischen Aufbau eines Bundesstaats, Staatenverbunds oder die Regelung des Verhältnisses zwischen nationalen und internationalen Institutionen geht.⁶⁰ Bevor nachfolgend verschiedene Erscheinungsformen des Subsidiaritätsgrundsatzes im interinstitutionellen Verhältnis dargelegt werden, soll daher aufgezeigt werden, dass sich die teleologische Begründung des Subsidiaritätsgrundsatzes im interinstitutionellen Verhältnis von derjenigen im Verhältnis zwischen Individuum, Gesellschaft und Staat unterscheidet.

⁵³Vgl. Müller, in: Kommentar KV/ZH, Rn. 13 ff. zu Art. 5 KV/ZH.

⁵⁴„Sie [der Kanton und die Gemeinden] nehmen Aufgaben von öffentlichem Interesse wahr, soweit Private sie nicht angemessen erfüllen.“

⁵⁵Vgl. Müller, in: Kommentar KV/ZH, Rn. 22 ff. zu Art. 5 KV/ZH. Nach Müller bleibt die Leistungsfähigkeit des Subsidiaritätsbegriffs jedoch beschränkt, weil er aufgrund seiner Unbestimmtheit nicht justiziabel sei.

⁵⁶„Kanton und Gemeinden handeln nach dem Grundsatz der Subsidiarität. Sie übernehmen Aufgaben von öffentlichem Interesse, soweit Einzelne oder Organisationen sie nicht angemessen erfüllen. [...]“

⁵⁷„Der Staat nimmt Tätigkeiten von öffentlichem Interesse wahr, soweit Private diese nicht angemessen erfüllen können.“

⁵⁸„Der Kanton erfüllt nur Aufgaben, die nicht ebensogut von den Gemeinden oder von Privaten wahrgenommen werden können. [...]“ Vgl. Richli, Zweck und Aufgaben, S. 272 f., der dieser Bestimmung sogar Justiziabilität zuspricht, weil sie als verfassungsmäßiges Recht zu qualifizieren sei.

⁵⁹Vgl. für einen Streifzug unten, III. A. 3. b.

⁶⁰In Bezug auf die EMRK Szymczak, S. 23.

a. Teleologische Begründung im interinstitutionellen Verhältnis

Zuweilen wird im Sinne eines personalistischen Begründungsansatzes das Subsidiaritätsprinzip auch im interinstitutionellen Verhältnis mit „Bürgernähe“ in Verbindung gebracht.⁶¹ Es ist denn auch nicht von der Hand zu weisen, dass die Behörden von Gemeinwesen tieferer Hierarchiestufen aufgrund der örtlichen, persönlichen und auch sprachlichen Nähe den Einzelnen in der Regel eher zugänglich sind als Behörden höherer Hierarchiestufen (Gemeinden vor gliedstaatlichen Behörden; gliedstaatliche Behörden vor bundesstaatlichen Behörden; nationale Behörden vor supra- oder internationalen Behörden).⁶² Hinzu kommt, dass die Stimmkraft und die Einflussmöglichkeiten einer Einzelperson in einem kleineren Gemeinwesen naturgemäß grösser sind als in einem größeren Gemeinwesen, so dass auch das Argument der Selbstbestimmung öfters mit Subsidiarität in Verbindung gebracht wird.⁶³ Mittelbar hilft das Subsidiaritätsprinzip insofern *auch* der Entfaltung persönlicher Freiheit. Persönliche Freiheit und Mitbestimmung sind aber nur die mittelbare Folge, nicht der Zweck des Subsidiaritätsprinzips im Verhältnis zwischen verschiedenen Gemeinwesen.⁶⁴

Staatliche und völkerrechtliche Institutionen sind nämlich keine natürlichen Personen, die aus eigenem Recht des rechtlichen Schutzes ihrer Freiheit bedürften.⁶⁵ Nach einem liberalen Verständnis besitzt der Staat – und das gilt für sämtliche Institutionen auf allen Ebenen – keinen Selbstzweck, sondern legitimiert sich erst dadurch, dass er den Einzelnen die Ausübung ihrer Freiheit ermöglicht.⁶⁶ Dieser Idee folgend bestimmte der Herrenchiemseer Verfassungsentwurf von 1948 an vorderster Stelle: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen“ (Art. 1 Abs. 1). Dieser Gedanke gilt (selbstverständlich) auch dann, wenn verschiedene Staatsebenen zusammenwirken oder zu einem bestimmten Zweck eine inter- oder supranationale Organisation gegründet wird und bereichsspezifisch zu den nationalen Behörden hinzutritt. Staatliche und völkerrechtliche Institutionen existieren nur zur Verwirklichung des verfassungs- oder vertragsrechtlich vorgegebenen Zwecks, und die Aufgaben innerhalb dieser Institutionen müssen in erster Linie so verteilt werden, dass diesem Zweck Genüge getan wird. Der Subsidiaritätsgrundsatz schützt in einem Mehrebenenverbund daher nicht vorrangig die Institutionen einer bestimmten Ebene, sondern zielt darauf ab, *zweckmäßige*, und das heißt zuallererst: effiziente Strukturen zu schaffen.⁶⁷ Die

⁶¹ Vgl. Hoffmann, S. 12, die in diesem personalen Begründungsansatz eine Wertbezogenheit erblickt, welche den Subsidiaritätsgrundsatz von einer „allein im Interesse größerer Effizienz erfolgenden Dezentralisierung und [von] rein rechtstechnischen Regeln“ unterscheidet.

⁶² Vgl. Botschaft Neugestaltung des Finanzausgleichs, S. 2304 f.

⁶³ Vgl. die Darstellung und Kritik eines „föderalistischen“ Subsidiaritätsbegriffs, der diese Eigenschaften als eigentlichen Zweck des Subsidiaritätsgedankens begreift bei Follesdal, S. 11 ff.

⁶⁴ Anderer Ansicht offenbar Besson, S. 98 ff.

⁶⁵ Vgl. Schumacher, S. 292, m.w.H. Anders argumentieren würden wohl Vertreterinnen eines staatenzentrierten Verständnisses des Völkerrechts; vgl. Follesdal, S. 9, m.w.H. auf die ideengeschichtlichen Grundlagen eines solchen Subsidiaritätsverständnisses.

⁶⁶ Vgl. in Bezug auf (staatliche) Kollektive statt vieler Strenger, S. 18.

⁶⁷ Isensee, S. 373; Szymczak, S. 23. Anderer Meinung offenbar Hoffmann, S. 12.

Kompetenzen im Mehrebenenverbund sollen aufgrund des Subsidiaritätsprinzips so verteilt werden, dass das übergeordnete Ziel des Zusammenwirkens der verschiedenen Ebenen erreicht werden kann.

Daraus fließt eine zentrale Einsicht, die vielerorts vergessen geht, wenn über Subsidiarität diskutiert wird: Das Subsidiaritätsprinzip gebietet nicht nur, Aufgaben – wo möglich – auf der „tiefstmöglichen“ staatlichen Ebene zu verwirklichen, sondern kann auch vorschreiben, Aufgaben zu zentralisieren und vom Individuum zu „entfernen“, wenn dies nötig ist, um den vorgegebenen Zweck zu erfüllen. Dass der Subsidiaritätsgrundsatz im interinstitutionellen Verhältnis nicht in erster Linie einer personalen Begründung folgt, zeigt sich unter anderem am Test, der herangezogen wird, um zu klären, ob eine einmal gegebene Kompetenzordnung mit dem Subsidiaritätsgrundsatz in Einklang steht: Gefragt wird nicht, ob die übergeordnete Ebene die Freiheit der Einzelnen übermäßig einschränkt, sondern ob die Kompetenzverteilung es erlaubt, den vorgegebenen Zweck zu erreichen. Ist die Antwort negativ, gebietet das Subsidiaritätsprinzip eine Kompetenzverlagerung entweder nach „unten“ (auf die untergeordneten, gewissermaßen umfassten Ebenen) oder nach „oben“ (auf die übergeordnete, gewissermaßen umfassende Ebene).⁶⁸ Das Subsidiaritätsprinzip ist also ein dynamisches Prinzip, das sowohl in Richtung einer Zentralisierung als auch Dezentralisierung weisen kann.⁶⁹

Dennoch verhält sich das Subsidiaritätsprinzip auch im Verhältnis verschiedener Gemeinwesen nicht indifferent zur Frage, welcher institutionellen Ebene eine Aufgabe zugewiesen werden soll, es ist keine *reine* Funktionalitätsregel.⁷⁰ Der Subsidiaritätsgrundsatz etabliert die Vermutung der Zuständigkeit der tieferen Ebene,⁷¹ weil diese einer natürlichen Vermutung zufolge besser in der Lage ist, Bedürfnisse der Menschen zu identifizieren und angepasste Lösungen zu finden.⁷² Die Zuständigkeit der höheren Ebene bedarf einer Rechtfertigung, die sich am Zweck des Mehrebenenverbunds orientiert.⁷³ Es muss entweder im Sinne eines Negativtests aufgezeigt werden, dass die tiefere Ebene nicht in der Lage ist, eine Aufgabe selbstständig zu erfüllen, oder im Sinne eines Positivtests, dass die übergeordnete Ebene besser in der Lage ist, eine Aufgabe zu erfüllen.⁷⁴ Besondere Bedeutung hat dieser

⁶⁸ Halberstam, S. 34. Für das schweizerische Verfassungsrecht vgl. auch Botschaft Neugestaltung des Finanzausgleichs, S. 2305.

⁶⁹ Feichtner, Rn. 3; Richli, Rechtlicher Gehalt, S. 48; Skouris, S. 1557. Instrukтив im Rahmen des Rechts der Europäischen Union in diesem Zusammenhang Nr. 3 des mittlerweile außer Kraft gesetzten Protokolls Nr. 30 zum Amsterdamer Vertrag vom 2.10.1997 (ABIEG 1997 C 340/105): „[...] Nach dem Subsidiaritätsprinzip kann die Tätigkeit der Gemeinschaft im Rahmen ihrer Befugnisse sowohl erweitert werden, wenn die Umstände dies erfordern, als auch eingeschränkt oder eingestellt werden, wenn sie nicht mehr gerechtfertigt ist.“

⁷⁰ D`Atena, S. 327.

⁷¹ So im Kontext der EMRK auch Cameron, der unter Subsidiarität versteht, dass die Letztentscheidungsbefugnis – wo möglich – bei den nationalen Behörden verortet sein müsse („[...] final decisions should be made nationally [where possible]“).

⁷² Leurquin-de Visscher, S. 23.

⁷³ Follesdal, S. 6; Hoffmann, S. 12; Isensee, S. 351.

⁷⁴ Besson, S. 98 ff.

Begründungszwang, wenn die Beantwortung der Eignungsfrage nicht von vornherein klar ist, die Entscheidung über die Zuordnung von Kompetenzen sich mithin in einem Grauzonenbereich bewegt.

Zusammengefasst bildet der subsidiaritätsrechtliche Begründungszwang einen Wall gegen die mitunter *dysfunktionalen* Zentralisierungs- und Nivellierungstendenzen, die politisch konstruierten Mehrebenensystemen innewohnen.⁷⁵ Mittelbar werden dadurch persönliche Freiheit und demokratische Mitbestimmung gestärkt. Hauptanliegen und Orientierungspunkt bleibt dabei immer die Funktionalität der Aufgabenverteilung im Hinblick auf einen konkret vorgegebenen Verbundzweck, der seinerseits immer den Individuen zugutekommen muss.

b. Formen der Subsidiarität im interinstitutionellen Kontext

Das Subsidiaritätsprinzip hat sich im interinstitutionellen Kontext in verschiedenen Ausprägungen in bundesstaatlichen Verfassungen manifestiert.⁷⁶ In neuerer Zeit wurde das Prinzip zudem dem Gedanken nach auch in die Gründungsverträge internationaler und supranationaler Organisationen aufgenommen.⁷⁷ Eine Anknüpfung an das Subsidiaritätsprinzip auch im internationalen Recht war aufgrund der strukturellen Ähnlichkeiten⁷⁸ naheliegend: Wie im bundesstaatlichen Kontext wirken im Rahmen internationaler beziehungsweise supranationaler Organisationen die Institutionen unterschiedlicher „Ebenen“ zusammen. Den Staaten als traditionellen Akteuren des Völkerrechts sind für einzelne Aufgabenbereiche internationale beziehungsweise supranationale Institutionen hinzugeordnet, so dass diesbezüglich eine „Konkurrenzsituation“ entsteht. Es lag und liegt aufgrund dieser Parallelität in der Ausgangslage nahe, das Subsidiaritätsprinzip auch zur Abgrenzung der Kompetenzbereiche im Verhältnis zwischen nationalen und internationalen beziehungsweise supranationalen Institutionen heranzuziehen.⁷⁹

Dennoch bestehen zentrale strukturelle Unterschiede zwischen Bundesstaaten und internationalen beziehungsweise supranationalen Organisationen, die sich auch auf die Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips auswirken. Im Bundesstaat liegt die Kompetenz, verfassungsrechtlich neue Kompetenzen des Bundes zu begründen, beim Bund und damit auf der „umfassenden Ebene“.⁸⁰ Deshalb sehen bundesstaatliche Verfassungen regelmäßig einen verfahrensrechtlichen Schutz der Gliedstaaten vor einer unzumutbaren Ausweitung der Bundeskompetenzen vor. Im Unterschied dazu liegt die *Kompetenz-Kompetenz* bei internationalen und supranationalen Organisationen bei den Mitgliedstaaten und damit auf der „umfassten Ebene“.

⁷⁵ Lesenswert in diesem Zusammenhang Talmon, S. 351.

⁷⁶ Vgl. dazu Tschannen, § 6 Rn. 4.

⁷⁷ Feichtner, Rn. 21. Ausführlich zum Subsidiaritätsgrundsatz im Völkerrecht Fastenrath, S. 475 ff.

⁷⁸ Vgl. zu den „formalen Voraussetzungen“ des Anwendungsbereichs des Subsidiaritätsprinzips Calliess, in: EUV Kommentar, Rn. 22 zu Art. 5 EUV.

⁷⁹ Vgl. dazu Feichtner, Rn. 19 ff.

⁸⁰ Vgl. Haller/Kölz/Gächter, Rn. 517 f.

Eine Änderung der vertragsrechtlichen Kompetenzverteilung zwischen Staaten und internationalen Organisation bedarf gemäß dem Konsensprinzip der Zustimmung sämtlicher Mitgliedstaaten. Dies macht einen rechtlichen Schutz der Mitgliedstaaten zumindest für die primäre (vertragsrechtliche) Kompetenzzuweisung entbehrlich,⁸¹ was zur Folge hat, dass dem Subsidiaritätsgrundsatz – wo er dem Gedanken nach in Bezug auf die Kompetenzzuweisung dennoch angesprochen wird – in erster Linie legitimatorischer Charakter zukommt.⁸² In der EU findet das Subsidiaritätsprinzip gemäß Art. 5 Abs. 3 EUV aus diesem Grund keine Anwendung auf die originäre Kompetenzverteilung, bei der das Subsidiaritätsprinzip nur eine politische Leitlinie sein kann, sondern ist nur dann von rechtlicher Relevanz, wenn geteilte („konkurrierende“) Kompetenzen oder Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen in Frage stehen.⁸³

Der Sache nach geht es bei den verfassungs- und vertragsrechtlich teilweise vorgesehenen konkurrierenden Kompetenzen freilich um dieselbe Frage wie bei der eben beschriebenen „primären Kompetenzzuweisung“,⁸⁴ nämlich um die Abgrenzung der Zuständigkeiten der verschiedenen beteiligten Gemeinwesen und ihrer Institutionen. Bei konkurrierenden Kompetenzen ist die Zuständigkeitsfrage jedoch nicht von vornherein verfassungs- beziehungsweise völkervertragsrechtlich geklärt. Vielmehr geht die Zuständigkeit der untergeordneten Ebene erst unter, wenn die Kompetenz durch die übergeordnete Ebene tatsächlich ausgeübt wird.⁸⁵ Vor einem solchen Tätigwerden der übergeordneten Ebene bleibt die untergeordnete Ebene zuständig. Konkurrierende Kompetenzen sind also Kompetenzen mit *nachträglich derogatorischer* Wirkung.⁸⁶

Nicht nur bundesstaatliche Verfassungen sehen solche konkurrierenden Kompetenzen vor, sondern auch die Gründungsverträge internationaler und supranationaler Institutionen.⁸⁷ Den Bundesinstitutionen beziehungsweise den internationalen Institutionen stellt sich in Bezug auf solche konkurrierende Kompetenzen die Frage, ob sie sie ausüben und die Zuständigkeitsfrage damit zu ihren Gunsten entscheiden sollen. Der Entscheid wird verfassungs- und völkervertragsrechtlich typischerweise nicht dem freien Ermessen der übergeordneten Institutionen überlassen. Verschiedene Verfassungen und Gründungsverträge stellen die Ausübung einer konkurrierenden Kompetenz unter den Vorbehalt des Subsidiaritätsprinzips.⁸⁸ Subsidiarität ist

⁸¹ Vgl. in Bezug auf die EU Calliess, in: EUV Kommentar, Rn. 21 zu Art. 5 EUV; Skouris, S. 1551.

⁸² Vgl. Feichtner, Rn. 21, mit einigen Beispielen für völkerrechtliche Verträge, in deren Präambeln auf den Subsidiaritätsgrundsatz dem Gedanken nach Bezug genommen wird.

⁸³ Calliess, in: EUV Kommentar, Rn. 28 zu Art. 5 EUV; Kadelbach, in: Komm. Unionsrecht, Rn. 30 zu Art. 5 EUV.

⁸⁴ Vgl. das Votum von Christian Calliess im Rahmen der Subsidiaritätskonferenz „Europa fängt zu Hause an“, welche im Rahmen der österreichischen Ratspräsidentschaft am 18. und 19. April 2006 abgehalten wurde, abrufbar unter <http://www.eu2006.at/de/News/information/subsidiarity/calliess.html>. Zugegriffen am 01.03.2018.

⁸⁵ Vgl. Aubert, in: petit commentaire, Rn. 9 zu Art. 42 aBV.

⁸⁶ Vgl. zum Begriff im Kontext des Schweizerischen Bundesstaates Jaag, § 12 Rn. 31 und Waldmann/Spiess, S. 12.

⁸⁷ Vgl. insbesondere den bereits erwähnten Art. 5 Abs. 3 EUV.

⁸⁸ Vgl. dazu nachfolgend, III. A. 3. b.

in diesem Sinne verbindlich und teilweise durch gerichtliche Überprüfungsmechanismen erzwingbar.

Das Subsidiaritätsprinzip bezweckt in sämtlichen eben skizzierten Fällen die Abgrenzung der Verantwortungsbereiche der verschiedenen Ebenen eines Mehrebenenverbundes. Es kann in dieser Funktion als Kompetenzverteilungsregel⁸⁹ bezeichnet werden, welche die Frage in den Blick nimmt, welche der beiden Ebenen letztlich eine Kompetenz für einen bestimmten Handlungsbereich besitzt, und die Antwort darauf ist in der Regel ein Entweder-Oder.⁹⁰ Eine andere Funktion hat das Subsidiaritätsprinzip, wenn es um die Ausübung einer Aufgabe im einmal gesteckten Kompetenzrahmen geht. Hier geht es der Sache nach nicht um die Frage der Kompetenzabgrenzung, sondern um jene der Kompetenzausübung. Soweit im Folgenden also von Subsidiarität als Kompetenzausübungsregel⁹¹ die Rede ist, erfolgt dies nicht im Zusammenhang der konkurrierenden Kompetenzen, für welche der Begriff häufig (missverständlicherweise) gebraucht wird.⁹²

Die nachfolgenden Abschnitte veranschaulichen die beiden erwähnten Funktionen des Subsidiaritätsgrundsatzes – Regelung der Kompetenzabgrenzung und Regelung der Kompetenzausübung – anhand konkreter verfassungs- und völkerrechtlicher Beispiele. Der Blick auf die Tragweite des Prinzips in anderen Rechtsordnungen soll den Blick schärfen für die Bedeutung des Grundsatzes im europäischen Menschenrechtsschutzsystem (und insbesondere unter der EMRK).

aa. Subsidiarität als Kompetenzabgrenzungsregel

Als Kompetenzabgrenzungsregel statuiert das Subsidiaritätsprinzip, dass der übergeordnete Verband eine Aufgabe nur dann übernehmen soll, wenn er sie besser als die nachgelagerten Gebietskörperschaften (alleine oder gemeinsam) erfüllen kann.⁹³ In dieser Funktion kommt es – wie nachfolgend aufzuzeigen ist – sowohl in bundesstaatlichen Verfassungen als auch im EU-Recht vor.⁹⁴

⁸⁹Vgl. auch Biaggini, in: BSK BV, Rn. 21 zu Art. 5a BV.

⁹⁰„Echte Gemeinschaftsaufgaben“, deren Erfüllung Bund und Kantone gleichermaßen aufgetragen ist, existieren im schweizerischen Bundesverfassungsrecht bis heute nicht; vgl. Waldmann/Spiess, S. 29.

⁹¹Vgl. Biaggini, in: BSK BV, Rn. 21 zu Art. 5a BV.

⁹²Vgl. zum Beispiel die Terminologie bei Calliess, in: EUV Kommentar, Rn. 21 zu Art. 5 EUV; Kadelbach, in: Komm. Unionsrecht, Rn. 30 zu Art. 5 EUV; Schweizer/Müller, in: SG Kommentar BV, Rn. 8 zu Art. 5a BV; Skouris, S. 1551. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der Begriff der Kompetenzausübung (im Zusammenhang mit konkurrierenden Kompetenzen) von diesen Autoren in der Regel dem Begriff der (originären) Kompetenzverteilung gegenübergestellt wird, während in der vorliegenden Arbeit die Ausübung (konkurrierender) Kompetenzen und die (originäre) Kompetenzverteilung dem Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzabgrenzungsregel zugeordnet werden. Die unionsrechtliche Terminologie macht deshalb Sinn, weil die Frage der Wahrnehmung der Aufgaben in der einmal feststehenden Kompetenzordnung im Unionsrecht zumindest dem Wortlaut der Verträge nach nicht dem Subsidiaritätsprinzip, sondern dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 4 EUV) zugeordnet wird (vgl. dazu noch unten, III. A. 3. b. ca.).

⁹³Aubert, in: petit commentaire, Rn. 14 zu Art. 42 aBV; Schweizer/Müller, in: SG Kommentar BV, Rn. 10 zu Art. 5a BV.

⁹⁴Haller/Közl/Gächter, Rn. 531 f.

Im schweizerischen Verfassungsrecht statuiert Art. 5a BV, das Subsidiaritätsprinzip müsse bei der „Zuweisung [...] staatlicher Aufgaben“ beachtet werden. Für das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen wird der Grundsatz durch die Bundesverfassung weiter konkretisiert. Demnach übernimmt der Bund nur diejenigen Aufgaben, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen (Art. 43a Abs. 1 BV). Zudem muss der Bund den Kantonen ausreichend eigene Aufgaben belassen (Art. 47 Abs. 2 BV). Aufgrund der Verankerung des Subsidiaritätsprinzips im allgemeinen Teil der Bundesverfassung und des Wortlauts von Art. 5a BV beschlägt der Grundsatz auch das Verhältnis von Kantonen zu den Gemeinden.⁹⁵ In verschiedenen Kantonsverfassungen wird auf den Grundsatz – aufgrund der bundesverfassungsrechtlichen Verankerung gewissermaßen deklaratorisch – ebenfalls ausdrücklich Bezug genommen.⁹⁶ Andere Kantonsverfassungen wie die Zürcher Kantonsverfassung (vgl. dort insbesondere Art. 97) begnügen sich mit einer inhaltlichen Beschreibung des Subsidiaritätsgrundsatzes.⁹⁷

Es ist umstritten, ob das Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzzuweisungsregel⁹⁸ im Sinne von Art. 5a BV den Verfassungsgeber bei der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung bindet.⁹⁹ Einerseits wird vorgebracht, das Subsidiaritätsprinzip sei ein Verfassungsprinzip und als solches auch gegenüber dem Verfassungsgeber bindend.¹⁰⁰ Auch wenn das Subsidiaritätsprinzip in Bezug auf die Kompetenzzuweisung nur sehr eingeschränkt justiziabel sei,¹⁰¹ diene es im Prozess der Verfassungsgebung als „Maßstab für die Frage der Kompetenzverteilung [...] zwischen Bund und Kantonen“.¹⁰²

Vorherrschend ist jedoch eindeutig die gegenteilige Meinung, wonach das Subsidiaritätsprinzip für die Verfassungsgeberin nur eine staatspolitische Maxime darstellt.¹⁰³ So wird etwa vertreten, die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips sei ein Gebot politischer Klugheit, an das sich der Verfassungsgeber in der Regel halte, das für ihn aber nicht verbindlich sei, weil es ihm an Justiziabilität mangle.¹⁰⁴ Als

⁹⁵ Biaggini, in: BSK BV, Rn. 20 zu Art. 5a BV; Schweizer/Müller, in: SG Kommentar BV, Rn. 12 ff. zu Art. 5a BV.

⁹⁶ Vgl. Art. 27 Abs. 3 und Art. 100 Abs. 3 KV/AR, Art. 133 KV/GE (insbesondere Abs. 3), § 4 Abs. 2 KV/LU, § 5 Abs. 2 KV/SZ, Art. 16 KV/TI.

⁹⁷ Vgl. Müller, in: Kommentar KV/ZH, Rn. 1 ff. zu Art. 97 KV/ZH.

⁹⁸ Schweizer/Müller, in: SG Kommentar BV, Rn. 17 ff. zu Art. 5a BV.

⁹⁹ Mit einer umfassenden Übersicht über die vor 2007 vertretenen Meinungen Richli, Rechtlicher Gehalt, S. 61, S. 74 ff.

¹⁰⁰ Epiney, S. 21; Richli, Rechtlicher Gehalt, S. 61, S. 73.

¹⁰¹ Aus dem Fehlen eines gerichtlichen Überprüfungsmechanismus ergibt sich nicht zwangsläufig, dass dem Subsidiaritätsgrundsatz die Qualität eines Rechtsprinzips abzusprechen ist; vgl. dazu Waldmann/Spiess, S. 8. Waldmann/Spiess weisen dem Subsidiaritätsgrundsatz auch im Zusammenhang der primären Kompetenzverteilung durch den Verfassungsgeber mit m.E. überzeugender Begründung einen zwar nur final-programmatischen Normgehalt zu, halten jedoch dafür, dass sich dieser punktuell zu Rechtsansprüchen verdichten könne.

¹⁰² Epiney, S. 32.

¹⁰³ BGE 138 I 378 E. 8.4; vgl. auch Tschannen, § 19 Rz. 8.

¹⁰⁴ Vgl. Aubert, S. 11 (noch vor Inkrafttreten der Art. 5a und 43a BV – allerdings mit nach wie vor gültigen Aussagen).

staatspolitische Maxime habe sich das Subsidiaritätsprinzip in der schweizerischen Verfassungswirklichkeit jedoch stark niedergeschlagen,¹⁰⁵ die Staatspraxis biete reiches Anschauungsmaterial für ein Wirksamwerden des Subsidiaritätsprinzips *avant la lettre*.¹⁰⁶

Auch in Deutschland wird diskutiert, ob das Subsidiaritätsprinzip als Verfassungsprinzip in Bezug auf die Kompetenzzuweisung Geltung beansprucht.¹⁰⁷ Im Gegensatz zur Schweiz ist das Subsidiaritätsprinzip im deutschen Grundgesetz in Bezug auf die Kompetenzzuweisung durch den Verfassungsgeber nicht explizit erwähnt. Nach *Isensee* lässt sich der (deutsche) Bundesstaat aber trotz der fehlenden Verankerung in Bezug auf die Kompetenzzuweisung als „Erscheinungsform der Subsidiarität deuten und rechtfertigen“,¹⁰⁸ Subsidiarität bilde den Maßstab, an dem sich die gegebene Kompetenzordnung messen lassen müsse. Der Verfassungsgeber sei deshalb bei der Zuweisung von Kompetenzen trotz fehlender ausdrücklicher Verankerung im Grundgesetz an das Subsidiaritätsprinzip gebunden.¹⁰⁹

Tatsächlich ist die rechtliche Wirksamkeit des Subsidiaritätsprinzips als Kompetenzzuweisungsregel sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz insofern beschränkt, als keine gerichtsförmigen Mechanismen bestehen, welche *ex post* eine Überprüfung der Kompetenzverteilung am Maßstab der Subsidiarität erlauben würden. Das Fehlen solcher Mechanismen ergibt sich im Wesentlichen daraus, dass es sich bei der Kompetenzverteilung um eine politisch zu entscheidende Grundfrage des Institutionenaufbaus handelt, die durch den Verfassungsgeber und den die Verfassung interpretierenden Gesetzgeber zu entscheiden ist, jedoch der (verfassungs-)gerichtlichen Kontrolle entzogen werden soll. Diese Auffassung ist rechtspolitisch nicht unumstritten und teilweise wird diesbezüglich eine verfahrensrechtliche Stärkung der Verbindlichkeit des Subsidiaritätsprinzips vorgeschlagen.¹¹⁰ Aufgrund der fehlenden gerichtlichen Überprüfungsmechanismen kann dem Subsidiaritätsgrundsatz jedoch auch *de lege lata* nicht der Charakter eines Rechtsgrundsatzes abgesprochen werden, wenn auch sein Gehalt vorrangig programmatischer Natur ist. In Bezug auf den programmatischen Gehalt bestehen nämlich durchaus Mechanismen, die dem Grundsatz zu einer angemessenen Beachtung verhelfen.¹¹¹

¹⁰⁵ Vgl. Biaggini, in: BSK BV, Rn. 3 zu Art. 5a BV.

¹⁰⁶ Biaggini, in: BSK BV, Rn. 7 zu Art. 5a BV.

¹⁰⁷ Nicht weiter vertieft wird hier das Beispiel Italiens, dessen Verfassung in Art. 118 Abs. 1 statuiert, dass Verwaltungsaufgaben – auch im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip – in der Regel von den Gemeinden wahrzunehmen sind. Vgl. dazu D'Atena, S. 335.

¹⁰⁸ *Isensee*, S. 362. Anderer Meinung offenbar *Szymczak*, S. 27, m.w.H.

¹⁰⁹ Vgl. für die Schweiz und Deutschland *Richli*, *Rechtlicher Gehalt*, S. 61, S. 67.

¹¹⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang die Diskussion zwischen *Andreas Glaser*, *Hans-Ueli Vogt* und *Johan Rochel* in der Sendung „Kontext“ von Radio SRF vom 26. September 2016 (abrufbar unter <http://www.srf.ch/sendungen/kontext/debatte-braucht-die-schweiz-ein-verfassungsgericht>). Zugegriffen am 01.03.2018), in welcher *Johan Rochel* gerade auch zur Stärkung der rechtlichen Verbindlichkeit des Subsidiaritätsprinzips bei der Tätigkeit des Bundesgesetzgebers eine Stärkung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz forderte.

¹¹¹ Vgl. *Wathelet*, S. 20.

In diesem Sinne bestehen sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland institutionelle Schutzvorkehrungen, welche *präventiv* eine übermäßige Ausweitung der Bundeskompetenzen verhindern. In der Schweiz ist für die Begründung neuer Kompetenzen des Bundes eine Verfassungsänderung nötig (Art. 42 Abs. 1 BV), die neben der Mehrheit des Volkes auch eine Mehrheit der Stände (Kantone) voraussetzt (Art. 140 Abs. 1 Bst. a BV). Dieses Erfordernis stellt die Mitwirkung der Kantone sicher und schützt sie damit vor einem ungewollten Kompetenzverlust. In Deutschland ist eine Änderung des Grundgesetzes nur mit einer Zweidrittelmehrheit sowohl im Deutschen Bundestag als auch im Bundesrat möglich (Art. 79 Abs. 2 GG). Auch hier sind also die Länder durch die vorgeschriebene Mitwirkung „ihrer“ Parlamentskammer (des Bundesrates) vor einer unzweckmäßigen Zentralisierung der Kompetenzen durch den Verfassungsgeber geschützt. Ob man das Subsidiaritätsprinzip nun als verbindliches Rechtsprinzip bezeichnet oder als unverbindliche staatspolitische Maxime ansieht – aus den vorangegangenen Ausführungen wird deutlich, dass das Subsidiaritätsprinzip im Rahmen der primären Kompetenzzuweisung durch den Verfassungsgeber in erster Linie eine legitimatorische Funktion hat und im Prinzip nicht justiziabel ist.¹¹²

Dies gilt auch im Kontext des Völkerrechts, jedenfalls soweit Subsidiarität als „inhärentes Strukturmerkmal“ eines Mehrebenensystems betrachtet wird, wie es bei der EMRK der Fall ist.¹¹³ In gewisser Weise vergleichbar mit den oben dargestellten institutionellen Schutzmechanismen in Bundesstaaten verhindert im Völkerrecht das Konsensprinzip eine dysfunktionale Zentralisierung von Kompetenzen gegen den Willen der Mitgliedstaaten als untergeordneter Ebene. Nach dem Konsensprinzip können neue Kompetenzen internationaler Organisationen nur mit dem Einverständnis aller Mitgliedstaaten verliehen werden.¹¹⁴ Ganz grundlegend kann daher das Konsensprinzip als Ausprägung des Subsidiaritätsgedankens verstanden werden.¹¹⁵ Allerdings besteht für die Vertragsstaaten bei der Gestaltung ihrer Beziehungen keine Verpflichtung, den Subsidiaritätsgrundsatz einzuhalten; sie können auch völkerrechtliche Verträge abschließen und internationale Institutionen schaffen, deren Aufbau dem Subsidiaritätsgedanken widerspricht. In der Funktion als Kompetenzabgrenzungsregel ist das Subsidiaritätsprinzip im Völkerrecht daher kein Rechtsprinzip, sondern dient als rechtspolitisches Argument für die Änderung oder Beibehaltung einer gegebenen Kompetenzordnung.¹¹⁶ Als solches Argument hat das Subsidiaritätsprinzip in erster Linie Bedeutung im rechtspolitischen Diskurs.¹¹⁷

¹¹² Schweizer/Müller, in: SG Kommentar BV, Rn. 18 und 21 zu Art. 5a BV.

¹¹³ Statt vieler Vasel, S. 222 f

¹¹⁴ Auf einer Zwischenstufe zwischen Bundesstaat und Staatenbund befindet sich die EU; vgl. dazu Çelik, S. 82 ff.

¹¹⁵ Kritisch Follesdal, S. 24 ff.

¹¹⁶ Vgl. für das schweizerische Bundesstaatsrecht Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Rn. 1051; für das Unionsrecht Calliess, in: EUV Kommentar, Rn. 21 zu Art. 5 EUV sowie Kadelbach, in: Komm. Unionsrecht, Rn. 25 zu Art. 5 EUV, m.w.H. auf Autoren, die anderer Auffassung sind (Fn. 3, 116).

¹¹⁷ Ein anschauliches Beispiel ist die Rede von Cameron.

Anders stellt sich die Lage dar, wenn verfassungs- oder völkervertragsrechtlich konkurrierende Kompetenzen vorgesehen sind, deren Ausübung durch die Institutionen der übergeordneten Ebene unter den Vorbehalt des Subsidiaritätsgrundsatzes gestellt wird. Dieser Sonderfall ist nachfolgend in den Blick zu nehmen.

ba. Der Sonderfall der konkurrierenden Kompetenzen

In der Schweiz sieht Art. 5a BV vor, dass bei der „[...] Erfüllung staatlicher Aufgaben“ der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten ist. Nach vorherrschender Meinung ist mit dem Terminus der „Erfüllung“ nicht in erster Linie die Ausübung einer einmal beim Bund verorteten Kompetenz gemeint; das Subsidiaritätsprinzip ist in diesem Sinne kein *Übermaßverbot* bei der Ausübung einer Kompetenz, sondern stellt die *Wahrnehmung* einer konkurrierenden Kompetenz durch den Bund unter den Vorbehalt des Subsidiaritätsgrundsatzes.¹¹⁸ Justiziabel ist der Subsidiaritätsgrundsatz allerdings in der Schweiz wegen Art. 190 BV auch in Bezug auf die Wahrnehmung konkurrierender Kompetenzen nicht, zumindest soweit der Bundesgesetzgeber (und nicht der Verordnungsgeber) die Kompetenzfrage durch Ausübung einer konkurrierenden Kompetenz zugunsten des Bundes entscheidet.¹¹⁹

Demgegenüber stehen beispielsweise in Deutschland und in Kanada auch gerichtliche Durchsetzungsmechanismen zur Verfügung, um dem Subsidiaritätsprinzip in Bezug auf die Wahrnehmung einer konkurrierenden Kompetenz durch den Bund zum Durchbruch zu verhelfen: Nach Art. 72 Abs. 2 GG ist das Gesetzgebungsrecht des Bundes in den dort erwähnten Bereichen davon abhängig, dass „die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftsfreiheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht“. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits mehrfach Erlasse des Bundesgesetzgebers auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 72 Abs. 2 GG überprüft und teilweise aufgehoben.¹²⁰

Section 91 der kanadischen Verfassung ermächtigt den kanadischen Bundesgesetzgeber „to make laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces“. Gestützt auf diese Klausel hat der kanadische Supreme Court die „*national concern doctrine*“ entwickelt, welche das Gesetzgebungsrecht des Bundesstaats unter anderem davon abhängig macht, dass gliedstaatliches Versagen in einem Politikbereich zu einer Beeinträchtigung

¹¹⁸ Vgl. Schweizer/Müller, in: SG Kommentar BV, Rn. 24 zu Art. 5a BV. Zur Vorgängerbestimmung von Art. 42 Abs. 2 aBV, wonach der Bund die Aufgaben übernimmt, die einer einheitlichen Regelung bedürfen, vgl. Aubert, in: petit commentaire, Rn. 14 zu Art. 42 BV.

¹¹⁹ Vgl. Biaggini, in: BSK BV, Rn. 39 zu Art. 5a BV.

¹²⁰ Exemplarisch BVerfG 106, 62 (Altenpflegegesetz, nicht aufgehoben), BVerfG 110, 141 (strafrechtliche Sanktionierung der Züchtung gefährlicher Hunde beziehungsweise des Handels mit gefährlichen Hunden, aufgehoben).

übergeordneter Interessen führt.¹²¹ Auch hier kommt also ein Tätigwerden der übergeordneten Ebene nur in Betracht, wenn die Gliedstaaten eine Staatsaufgabe nicht selbständig gewährleisten können.

Auch im EU-Recht überwacht mit dem EuGH ein Gericht die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips in Bezug auf die Ausübung konkurrierender Kompetenzen von Union und Mitgliedstaaten (Art. 8 des Protokolls [Nr. 2] über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit in Verbindung mit Art. 263 AEUV).¹²² Art. 5 Abs. 3 EUV sieht vor: „Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind.“ Die Bestimmung bezieht sich nach der Rechtsprechung des EuGH auch auf Maßnahmen der Rechtsangleichung im Rahmen des Binnenmarkts, für dessen Funktionieren die Union nach Art. 26 Abs. 1 AEUV die erforderlichen Maßnahmen erlässt.¹²³ Weil die Kompetenz zur Verbesserung der Funktionsbedingungen des Binnenmarktes keine ausschließliche Zuständigkeit für die Regelung der wirtschaftlichen Tätigkeiten im Binnenmarkt verleiht, gilt das Subsidiaritätsprinzip auch hier.¹²⁴ Der EuGH überprüft in diesem Zusammenhang, ob das mit der Harmonisierung angestrebte Ziel allein auf mitgliedstaatlicher Ebene oder besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden kann.¹²⁵ Zusätzlich prüft er, ob das Subsidiaritätsprinzip auch im Hinblick auf die vom Unionsgesetzgeber gewählte Regelungsdichte eingehalten ist.

ca. Subsidiarität als Kompetenzausübungsregel

Genau genommen handelt es sich beim letztgenannten Prüfungspunkt des EuGH jedoch nicht um die bisher in den Blick genommene Frage, *ob* eine Unionszuständigkeit besteht beziehungsweise *ob* sie ausgeübt und damit die Zuständigkeitsfrage zugunsten der umfassenden Ebene entschieden werden soll, sondern um die Frage, *wie* die einmal bestehende Zuständigkeit auszuüben ist. Im EU-Recht ist diese Frage dem Wortlaut der Verträge nach Gegenstand des Verhältnismäßigkeitsprinzips, wie es in Art. 5 Abs. 4 EUV verankert ist: „Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehen die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus.“ Dies wirft zwangsläufig die Frage nach der Abgrenzung von Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Subsidiaritätsprinzip auf.¹²⁶

¹²¹ Exemplarisch Supreme Court of Canada, *Regina v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, 1 S.C.R. 401, IV. 23; dazu Halberstam, S. 34 ff.

¹²² Vgl. hierzu Bickenbach, S. 527.

¹²³ EuGH, C-154/04, *Alliance for Natural Health gegen Secretary of State for Health*, Slg. 2005 I-6451, Rn. 103.

¹²⁴ Skouris, S. 1554.

¹²⁵ Vgl. dazu und zum Folgenden Skouris, S. 1556.

¹²⁶ Vgl. zu dieser Diskussion auch Grosche, S. 220 f. sowie Wathelet, S. 17.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (in der deutschen Literatur auch als „Übermaßverbot“ bezeichnet)¹²⁷ zerfällt nach traditioneller Auffassung in drei Teilaspekte:¹²⁸ Staatliches Handeln muss erstens *geeignet* sein, das verfolgte öffentliche Interesse zu verwirklichen; staatliches Handeln muss zweitens *erforderlich* sein, darf also nicht weiter gehen als nötig, um das verfolgte öffentliche Interesse zu verwirklichen; drittens muss staatliches Handeln *angemessen* sein, das heißt der verfolgte Zweck darf nicht in einem Missverhältnis zu anderen betroffenen Interessen stehen. Die strukturelle Nähe des Subsidiaritätsprinzips zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz liegt auf der Hand: Insbesondere das Eignungs- und das Erforderlichkeitskriterium sind im Subsidiaritätsprinzip ebenso angelegt wie im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die übergeordnete Ebene soll gemäß dem allgemeinen Subsidiaritätsgrundsatz nur dann tätig werden, wenn sie zur Aufgabenerfüllung *besser geeignet* ist als die untergeordnete Ebene, und sie soll ihr Tätigwerden zudem auf das Notwendige beschränken.¹²⁹ Es erscheint aus dieser Perspektive durchaus richtig, von einer „intrinsic Verknüpfung“ der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit zu sprechen.¹³⁰

Hinzu kommt, dass die Stoßrichtung von Art. 5 Abs. 3 EUV und Art. 5 Abs. 4 EUV dieselbe ist: Unter der Terminologie des EUV sichern sowohl Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als auch Subsidiaritätsprinzip die Handlungsspielräume der „untergeordneten“ Institutionen ab – Subsidiarität gegenüber einer unzweckmäßigen Zentralisierung von Kompetenzen, Verhältnismäßigkeit gegenüber einer übermäßigen Ausübung von Kompetenzen. Aus diesem Grunde wird die bereits genannte Bestimmung von Art. 5 Abs. 4 EUV in der Literatur zum Unionsrecht – zusammen mit Art. 5 Abs. 2 EUV (Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung) – dem Subsidiaritätsprinzip in einem weiteren Sinne zugerechnet.¹³¹ Die Zusammenfassung unter einen einzigen Begriff macht insofern Sinn, als die drei in den Absätzen 2, 3 und 4 verankerten Grundsätze wie aufgezeigt alle auf eine zweckmäßige und autonomiewahrende Aufgabenteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten abzielen.¹³²

Auch dem schweizerischen Verfassungsrecht liegt ein breiter Subsidiaritätsbegriff zugrunde. Der Subsidiaritätsgrundsatz ist nicht nur in der Verfassungsgebung, sondern in allen Phasen der Rechtsetzung und Rechtsumsetzung zu beachten.¹³³ Weil es im Bereich der verfassungsgeberischen Kompetenzverteilung nicht justizierbar ist, richtet sich der Subsidiaritätsgrundsatz in erster Linie an den Bundesgesetzgeber in Ausübung zugewiesener Bundeskompetenzen; dieser soll die eidgenössischen Kompetenzen möglichst schonend wahrnehmen.¹³⁴ Der Bund soll sich also selbst dann, wenn er zur Regelung einer bestimmten Materie berufen ist, bezüglich Umfang und Intensität seiner Regelung am Grundsatz der Subsidiarität orientieren,

¹²⁷ Vgl. z. B. Isensee, S. 376.

¹²⁸ Vgl. zum Unionsrecht Grosche, S. 220; zur parallelen Dogmatik des schweizerischen Rechts außerdem Hofstetter, S. 64.

¹²⁹ Skouris, S. 1558.

¹³⁰ Vgl. Leurquin-de Visscher, S. 25.

¹³¹ Bickenbach, S. 526.

¹³² Horsley, S. 267.

¹³³ Schweizer/Müller, in: SG Kommentar BV, Rn. 25 zu Art. 5a BV.

¹³⁴ Tschannen, § 19 Rn. 13 ff. und § 23 Rn. 12.

und sich auf den Erlass von Grundsätzen beschränken, wenn eine detaillierte gesamtschweizerische Regelung nicht notwendig ist.¹³⁵ Dass der Bund seine ihm verfassungsrechtlich zustehenden Regelungskompetenzen in bestimmten Fällen nur teilweise oder überhaupt nicht ausgeübt und sich in anderen Fällen damit Zeit gelassen hat, wird ebenfalls als Ausdruck „gelebter Subsidiarität“ betrachtet.¹³⁶ Diesem Gedanken folgt auch das Konzept des Vollzugsföderalismus, wonach nach Möglichkeit die Umsetzung von Bundesrecht den Kantonen zu überlassen ist.¹³⁷

Im Hinblick auf ein zweckmäßiges Zusammenwirken der verschiedenen Institutionen eines Mehrebenensystems lässt sich die Frage der Kompetenzverteilung tatsächlich nicht von jener der Ausübung dieser Kompetenzen trennen.¹³⁸ Insbesondere diese Überlegung spricht dafür, die interinstitutionellen Beziehungen in ihrer Gesamtheit – sowohl was die Aufgabenverteilung als auch was die Aufgabenausübung betrifft – mit dem Konzept der Subsidiarität einzufangen.¹³⁹ Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass der Subsidiaritätsgrundsatz in einem weit verstandenen Sinn nicht nur die Allokation von Kompetenzen in einem Mehrebenensystem, sondern auch die Ausübung dieser Kompetenzen betrifft.¹⁴⁰

4. Verwendung des Subsidiaritätsbegriffs in weiteren Zusammenhängen

Der Gesetzgeber, die rechtsanwendenden Behörden und die Lehre greifen teilweise auch außerhalb der oben dargelegten Zusammenhänge auf den Subsidiaritätsbegriff zurück. Von Subsidiarität die Rede ist etwa im Prozessrecht, im strafrechtlichen Maßnahmenrecht, im Haftungsrecht oder im Opferhilferecht.

Im Prozessrecht wird der Begriff dazu verwendet, die Nachrangigkeit eines Verfahrenswegs im Verhältnis zu anderen Verfahrenswegen zu beschreiben. Eine Aufsichtsbeschwerde soll in diesem Sinne aufgrund des Subsidiaritätsgrundsatzes erst zulässig sein, wenn das in Frage stehende Verhalten der hierarchisch untergeordneten Behörde weder mit einem ordentlichen oder außerordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann.¹⁴¹ Ebenfalls subsidiär sind nach Art. 25 VwVG Feststellungsbegehren innerhalb eines verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahrens; auf

¹³⁵ Vgl. Urteil des BVGer B-8207/2010 vom 22. März 2011 E. 2.1; Biaggini, BV Kommentar, Rn. 9 zu Art. 5a BV; Schweizer/Müller, in: SG Kommentar BV, Rn. 24 zu Art. 5a BV; Wytenbach, S. 423 f.

¹³⁶ Vgl. Biaggini, in: BSK BV, Rn. 5 zu Art. 5a BV.

¹³⁷ Schweizer/Müller, in: SG Kommentar BV, Rn. 27 zu Art. 5a BV.

¹³⁸ Vgl. Feichtner, Rn. 4 und 27.

¹³⁹ Dezidiert dieser Meinung auch D'Atena, S. 333 f.

¹⁴⁰ Vgl. Follesdal, S. 4 ff. Wie noch zu zeigen sein wird, liegt auch der EMRK ein solch weiter Subsidiaritätsbegriff zugrunde.

¹⁴¹ Vgl. Bachmann, S. 1496, m.w.H. auf Rechtsprechung und Lehre zur Subsidiarität der Aufsichtsbeschwerde.

sie kann erst zurückgegriffen werden, wenn kein Leistungsbegehren zur Verfügung steht.¹⁴² Und die *subsidiäre* Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht kommt nach Art. 113 BGG erst in Frage, wenn die (ordentlichen) Beschwerdewege nicht beschritten werden können.¹⁴³

Dass der Begriff der Subsidiarität in diesen prozessrechtlichen Zusammenhängen (auch vom Gesetzgeber) herangezogen wird, ist erklärungsbedürftig. Es geht nämlich nicht um die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen von Institutionen verschiedener Hierarchiestufen, sondern um die Organisation von Verwaltungs- beziehungsweise Gerichtsverfahren und die damit zusammenhängende Systematisierung von Rechtsnormen. Im Zusammenhang rein rechtstechnischer Bestimmungen fehlt es dem Begriff der Subsidiarität also an der sonst üblichen normativen Wertung, dass einer institutionellen Ebene in Bezug auf eine in einem Mehrebenensystem anfallende Aufgabe grundsätzlich ein Handlungsvorrang zukommt.

Als rein rechtstechnische Regel wird der Subsidiaritätsgrundsatz auch im Straf-, im Opferhilfe- und im Staatshaftungsrecht angerufen: Im Strafrecht wird der Begriff der Subsidiarität dazu verwendet, den Vorrang von Strafen gegenüber Maßnahmen gemäß Art. 56 Abs. 1 Bst. a StGB zu beschreiben.¹⁴⁴ Im Opferhilferecht bezeichnet der Begriff der Subsidiarität die Nachrangigkeit von Leistungen der Opferhilfe. Diese werden nach Art. 4 Abs. 1 OHG nur dann endgültig gewährt, wenn „der Täter oder die Täterin oder eine andere verpflichtete Person oder Institution keine oder keine genügende Leistung erbringt“. In ähnlicher Weise bezeichnet der Begriff der Subsidiarität der Staatshaftung die Nachrangigkeit staatlicher Haftung, die nur dann zum Zuge kommen soll, wenn keine andere (natürliche oder juristische) Person belangt werden kann.¹⁴⁵

Gemeinsam ist all diesen dogmatischen Anknüpfungen an die Subsidiarität, dass der Begriff ohne jede Wertbezogenheit als rein *rechtstechnische* Regel gebraucht wird.¹⁴⁶ Insofern unterscheiden sie sich deutlich von den oben dargestellten Formen von Subsidiarität, die immer (und begriffsinhärent) wertbezogen sind. Es ist zumindest auf den ersten Blick nicht ersichtlich, warum im Zusammenhang solcher rechtstechnischer Regeln überhaupt auf den Begriff der Subsidiarität zurückgegriffen wird, denn es würden durchaus passendere Begriffe existieren. So wäre es beispielsweise treffender, von *Nachrangigkeit* der Aufsichtsbeschwerde zu sprechen. Die Frage braucht hier jedoch nicht vertieft zu werden, zumal der Subsidiaritätsbegriff der EMRK offensichtlich keine rein rechtstechnische Regel darstellt, sondern in vielerlei Hinsicht wertbezogen ist.

¹⁴²Vgl. statt vieler Urteil des BVGer B-835/2016 vom 28. Februar 2017 E. 1.2.2 und E. 1.2.3.

¹⁴³Im Zuge der anstehenden Reform der Bundesrechtspflege wird diskutiert, ob die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht zugunsten einer Ausweitung der ordentlichen Beschwerde an das Bundesgericht gestrichen werden soll. Nach diesbezüglich kritischen Vernehmlassungsvoten ist der Bundesrat von diesem Vorhaben jedoch wieder abgerückt; vgl. Medienmitteilung des Bundesrates zur Reform der Bundesrechtspflege.

¹⁴⁴Vgl. Weber, S. 517 ff.

¹⁴⁵Vgl. beispielsweise Art. 46 Abs. 2 KV/ZH sowie Art. 51 Abs. 3 KV/SH.

¹⁴⁶Isensee, S. 25. Vgl. für Anwendungsbeispiele aus dem deutschen Recht Hoffmann, S. 13 f.

5. Zusammenfassende Betrachtung zu den verschiedenen Subsidiaritätsformen

Der Begriff der Subsidiarität besitzt nach dem Gesagten nicht nur eine „bundesstaatliche Dimension“, sondern wird in verschiedenen Zusammenhängen angewandt. Subsidiarität kann als Ordnungsprinzip zum Tragen kommen, sobald soziale oder politische Entitäten verschiedener Hierarchiestufen für die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe in Frage kommen. Ursprünglich diene Subsidiarität dem Schutz des Individuums und grenze den persönlichen Einflussbereich von demjenigen der Gesellschafts- und Staatstätigkeit ab.¹⁴⁷ Bis heute wird Subsidiarität als Rechtsprinzip in diesem Sinne verwendet, wenn auch teilweise nur mit einem beschränkten Anwendungsbereich.¹⁴⁸ Gebräuchlicher ist heute in Anknüpfung an die Prägung des Begriffs durch Papst Pius XI. die Verwendung des Begriffs im interinstitutionellen Kontext.

Hier ist Subsidiarität anwendbar, sobald die Institutionen von Gemeinwesen verschiedener Hierarchiestufen zu einem bestimmten Zweck in einem Mehrebenensystem zusammengefasst sind und zur Erreichung dieses Zwecks die Zuständigkeiten der verschiedenen Ebenen festgelegt werden müssen.¹⁴⁹ Klassischer Anwendungsfall ist die Abgrenzung der Zuständigkeiten von Gliedstaaten und Bund im Bundesstaat. Subsidiarität hat als Rechtsprinzip aber einen viel weiteren Anwendungsbereich: Das Prinzip kann auch zum Tragen kommen, wenn in einem supranationalen Verbund wie der EU die Aufgaben zwischen Union und Mitgliedstaaten aufgeteilt werden müssen oder wenn ein internationaler Vertrag komplementär zu den innerstaatlichen Instanzen übergeordnete Institutionen etabliert. Paradigmatisches Beispiel für die Kategorie der internationalen Verträge mit überstaatlichen Durchsetzungsmechanismen ist die EMRK.

Einem weiten Begriffsverständnis folgend ist Subsidiarität zudem nicht nur anwendbar, wenn es um die Kompetenzverteilung als solche geht, sondern auch, wenn die Ausübung dieser Kompetenzen durch die verschiedenen Akteure in Frage steht. Zwar wirft eine solche Verwendung des Begriffs gewisse Abgrenzungsprobleme zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf und tatsächlich ist selbst im wissenschaftlichen Diskurs nicht immer klar, welcher Subsidiaritätsbegriff verwendet wird.¹⁵⁰ Die Verwendung eines weiten Begriffs ist jedoch dadurch gerechtfertigt, dass selbst innerhalb einer gegebenen Kompetenzordnung verschiedene Handlungsmöglichkeiten offen stehen. Erst durch die Art der Ausübung einer Kompetenz wird der Kompetenzordnung in diesem Sinne Leben verliehen.

Zentral ist jedoch, dass das Subsidiaritätsprinzip im institutionellen Zusammenhang keiner rein personalen Begründung folgt, welche eine Aufgabenkonzentrierung auf der tiefstmöglichen Ebene per se als erstrebenswert erscheinen ließe. Das

¹⁴⁷ Kley, Grundfragen, § 10 Rn. 17; Richli, Rechtlicher Gehalt, S. 58 f.

¹⁴⁸ So sieht namentlich die BV kein allgemeines Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis der Einzelnen und der Gesellschaft zum Staat vor; vgl. dazu oben, III. A. 2.

¹⁴⁹ Isensee, S. 71.

¹⁵⁰ Mit einem anschaulichen Beispiel Horsley, S. 273.

Prinzip zielt vielmehr zuallererst auf eine Aufgabenverteilung ab, welche dem vorgegebenen Verbundzweck gerecht wird. Zudem nimmt es sämtliche beteiligten Institutionen in die Pflicht, die ihnen zugewiesenen Aufgaben im Sinne des übergeordneten Verbundzwecks auch wahrzunehmen. Subsidiarität kann aus dieser Sicht ebenso für die Beibehaltung von Zuständigkeiten der untergeordneten Ebene sprechen wie für eine Verlagerung von Kompetenzen nach „oben“ auf die „weiter entfernten Institutionen“.¹⁵¹

Ungeachtet dieser vielfältigen Schattierungen wird Subsidiarität als politischer Kampfbegriff immer wieder verwendet, um eine Aufgabenverlagerung von „unten“ nach „oben“ oder die angeblich anmaßende Tätigkeit übergeordneter Institutionen anzuprangern.¹⁵² Nicht nur, aber auch diese politische Einfärbung des – an sich – juristischen Begriffs der Subsidiarität gilt es immer im Auge zu behalten, gerade auch wenn im Folgenden spezifisch von der Subsidiarität in der EMRK die Rede sein wird.

B. Subsidiarität in der EMRK

Der Subsidiaritätsgrundsatz ist in der EMRK nicht ausdrücklich verankert.¹⁵³ Dennoch bildet er nach allgemeiner Auffassung eines der Strukturelemente der EMRK und des durch die EMRK etablierten Schutzmechanismus.¹⁵⁴ Manche Autorinnen und Autoren sprechen sogar von Subsidiarität als *dem* Grundbaustein der EMRK¹⁵⁵ und sehen in Straßburg seit den „High Level Conferences on the Future of the European Court of Human Rights“ im Februar 2010 in Interlaken¹⁵⁶ sowie im April 2012 in Brighton¹⁵⁷ das „Zeitalter der Subsidiarität“ angebrochen.¹⁵⁸ In einem gewissen Kontrast zur prominenten Rolle, die dem Subsidiaritätsgrundsatz vielerorts zugebilligt

¹⁵¹ Im politischen Diskurs wird regelmäßig auf Ortsbezeichnungen wie „Brüssel“ oder „Straßburg“ Bezug genommen, was womöglich auch dazu dient, eine räumliche Distanz für die Adressatinnen „fühlbar“ zu machen.

¹⁵² Vgl. Caroni, S. 417 ff.

¹⁵³ Statt vieler Mowbray, S. 318.

¹⁵⁴ Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 15. März 2012, *Austin und andere v. Vereinigtes Königreich*, § 61 („[...] [s]ubsidiarity is at the very basis of the Convention.“). Vgl. aus der Literatur statt vieler Vassel, S. 222 f. sowie Villiger, S. 110 ff., jeweils m.w.H.

¹⁵⁵ Vgl. De Salvia, S. 130.

¹⁵⁶ Vgl. in diesem Zusammenhang Ziff. 6 der Interlaken-Deklaration und den angehängten Aktionsplan. Lesenswert in diesem Zusammenhang sind namentlich E. 9. a) und b) des Aktionsplans, wo der EGMR eingeladen wird, auf eine erneute Überprüfung der Tatsachenfeststellung und der Anwendung innerstaatlichen Rechts durch die nationalen Gerichte zu verzichten und seiner subsidiären Rolle bei der Auslegung und Anwendung der Konvention Rechnung zu tragen.

¹⁵⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang Bst. B Ziff. 11 der Brighton-Deklaration, wo der EGMR bekräftigt wird, den Subsidiaritätsgrundsatz und die *margin-of-appreciation*-Doktrin in seiner Rechtsprechung konsistent anzuwenden. In Bst. B Ziff. 12 c) der Deklaration wurde zudem beschlossen, im Sinne der Transparenz und Zugänglichkeit die Präambel um einen Hinweis auf den Subsidiaritätsgrundsatz und die *margin-of-appreciation*-Doktrin zu ergänzen.

¹⁵⁸ Vgl. Spano, S. 1 ff.

wird, steht die diffuse Verwendung des Begriffs in der Literatur, welche maßgeblich darauf zurückzuführen ist, dass der Subsidiaritätsgrundsatz – wie oben aufgezeigt – in anderen Rechtsordnungen sehr verschiedene Bedeutungen erfahren hat.¹⁵⁹

In den folgenden Abschnitten sollen vor diesem Hintergrund zunächst strukturelle Gemeinsamkeiten und Unterschiede des Subsidiaritätsgrundsatzes der EMRK zu anderen Subsidiaritätskonzeptionen herausgearbeitet werden.¹⁶⁰ Auf der Grundlage dieser vergleichenden Betrachtung aus der „Vogelperspektive“ sind dann die verschiedenen Wirkungsdimensionen des Subsidiaritätsgrundsatzes unter der EMRK¹⁶¹ sowie deren dogmatische Verankerung und normativer Gehalt zu untersuchen.¹⁶² Darauf aufbauend wird es möglich sein, die Tatsachenfeststellung unter der EMRK aus dem Blickwinkel des Subsidiaritätsgrundsatzes ein erstes Mal summarisch in den Blick zu nehmen.¹⁶³

1. Vergleichende Einordnung des Subsidiaritätsbegriffs der EMRK

Auch im Kontext der EMRK stehen sich mit dem EGMR (und dem Ministerkomitee des Europarates)¹⁶⁴ einerseits und den Behörden der Mitgliedstaaten andererseits eine „umfassende“ und eine „umfasste Ebene“¹⁶⁵ gegenüber. Die beiden Ebenen sind auf das gemeinsame Ziel ausgerichtet, die materiellen Konventionsgarantien zu schützen; sie besitzen insoweit einen gemeinsamen Aufgabenkreis.¹⁶⁶ Wie der EGMR immer wieder betont, soll dieser Schutz nicht nur auf dem Papier bestehen, sondern effektiv sein.¹⁶⁷

Das Subsidiaritätsprinzip unter der EMRK bezweckt also ein Zusammenspiel zwischen mitgliedstaatlichen Institutionen und EGMR,¹⁶⁸ das dem solchermaßen

¹⁵⁹ Vgl. dazu schon oben, III.

¹⁶⁰ Vgl. nachfolgend, III. B. 1.

¹⁶¹ Vgl. nachfolgend, III. B. 2.

¹⁶² Vgl. nachfolgend, III. B. 3.

¹⁶³ Vgl. nachfolgend, III. B. 4.

¹⁶⁴ An erster Stelle steht selbstverständlich der EGMR, auf den allein im Folgenden Bezug genommen wird. Die EMRK überbindet jedoch die Überwachung des Vollzugs der Urteile des EGMR dem Ministerkomitee des Europarates (vgl. Art. 46 Ziff. 2–5 EMRK), so dass es nicht ganz richtig wäre, allein den EGMR der „umfassenden Ebene“ des Grundrechtsverbunds der EMRK zuzuweisen.

¹⁶⁵ Zur Missverständlichkeit des Begriffs der „Ebenen“ bereits oben, I. A.

¹⁶⁶ Vgl. Hoffmann, S. 11.

¹⁶⁷ EGMR, Urteil vom 16. Juni 2017, *Kosteckas v. Litauen*, § 40.

¹⁶⁸ Nicht angesprochen durch das Subsidiaritätsprinzip unter der EMRK ist das Verhältnis der nationalen Gerichte zur nationalen Legislative beziehungsweise Exekutive. Konfrontiert mit dem Vorbringen der britischen Regierung, das *House of Lords* habe mit der Feststellung der Konventionswidrigkeit einer Gesetzesbestimmung zur Terrorismusbekämpfung zu Unrecht in die *margin of appreciation* des Parlaments und der Regierung eingegriffen, hielt die Große Kammer des EGMR

vorgegebenen Verbundzweck gerecht wird,¹⁶⁹ ohne in dysfunktionaler Art und Weise die Handlungsbefugnisse der Konventionsstaaten als primär zuständiger Ebene einzuschränken.¹⁷⁰ Der wirksame europäische Grundrechtsschutz ist gewissermaßen der Leitstern, den der Interpret oder die Interpretin der EMRK immer im Auge behalten muss. Die Orientierung an diesem Leitstern ermöglicht es überhaupt erst, dem Subsidiaritätsprinzip im Kontext der EMRK einen fassbaren Gehalt zu vermitteln. Diese Definition des Anwendungsbereichs des Subsidiaritätsgrundsatzes unter der EMRK ist an sich nichts Überraschendes, deckt er sich doch mit den in der Literatur formulierten Begründungsansätzen der Subsidiarität im interinstitutionellen Verhältnis.¹⁷¹

Die Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes im Grundrechtsverbund der EMRK weist auch im Weiteren verschiedene Parallelen zum bundesstaatlichen und supranationalen Kontext auf. So begründet er namentlich einen (zeitlichen) Handlungsvorrang der mitgliedstaatlichen Institutionen vor dem EGMR.¹⁷² Diese weit verbreitete Definition des Subsidiaritätsbegriffs der EMRK greift jedoch zu kurz und unterschlägt die teils subtilen Unterschiede zu den oben dargestellten Subsidiaritätskonzeptionen. Gerade diese Unterschiede sind es aber, die in der allgemeinen, teilweise politisch aufgeladenen Diskussion nicht immer ausreichend berücksichtigt werden. Für eine wissenschaftliche Auseinandersetzung und eine kritische Aufarbeitung dieser (politischen) Diskussion sind solche Nuancierungen aber essenziell, weshalb sie im Folgenden in den Vordergrund gerückt werden sollen.

a. Subsidiarität als Kompetenzausübungsregel

Wie oben gesehen richtet sich das Subsidiaritätsprinzip in seiner traditionellen Verwendung im interinstitutionellen Verhältnis in erster Linie an die *politischen* Organe einer umfassenden Ebene, denen als Verfassungs- beziehungsweise Gesetzgeber die Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche der verschiedenen bundesstaatlichen Ebenen obliegt.¹⁷³ In dieser Funktion wurde das Prinzip in der vorliegenden Arbeit als

fest, die *margin of appreciation* unter der EMRK betreffe nur das Verhältnis zwischen nationalen Behörden und EGMR, nicht jedoch das Verhältnis verschiedener innerstaatlicher Organe zueinander; vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 19. Februar 2009, *A. und andere v. Vereinigtes Königreich*, § 184 („The doctrine of the margin of appreciation has always been meant as a tool to define relations between the domestic authorities and the Court. It cannot have the same application to the relations between the organs or State at the domestic level.“).

¹⁶⁹ Unpräzise deshalb Mayer, in: EMRK Kommentar, Rn. 11 zur Präambel der EMRK, wonach der Subsidiaritätsgrundsatz für das Verhältnis von Konventionsrecht zu Vertragsparteienrecht eine Rolle spielen solle. Der Subsidiaritätsgrundsatz regelt lediglich das Verhältnis von nationalen Behörden zum EGMR im Rahmen der Anwendung der EMRK.

¹⁷⁰ Szymczak, S. 22, m.w.H.

¹⁷¹ Vgl. Isensee, S. 71 sowie spezifisch zur Rechtfertigung des Subsidiaritätsgrundsatzes unter der EMRK Arnadóttir, S. 39 f., m.w.H.

¹⁷² Vgl. statt vieler Breitenmoser, S. 121 sowie Interlaken Follow-Up, S. 2.

¹⁷³ Vgl. zum Ganzen oben, III. A. 3.

Kompetenzabgrenzungsregel bezeichnet. Nicht angesprochen durch das Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzabgrenzungsregel sind jedoch die Gerichte der verschiedenen bundesstaatlichen Ebenen: Sie entscheiden zwar mitunter verbindlich über die Auslegung der Normen der Kompetenzordnung und haben in diesem Zusammenhang auch darüber zu urteilen, ob die politischen Organe bei der Kompetenzverteilung den Subsidiaritätsgrundsatz eingehalten haben.¹⁷⁴ In diesen Tätigkeiten sind sie jedoch selbst nicht an den Subsidiaritätsgrundsatz gebunden und müssen subsidiaritätsrechtliche Überlegungen nur als teleologischen Gesichtspunkt bei der Auslegung der Kompetenzordnung berücksichtigen. Sie sind also regelmäßig nicht Adressaten des Subsidiaritätsgrundsatzes als *Kompetenzabgrenzungsregel*, sondern legen die auf dem Subsidiaritätsgedanken basierende Kompetenzordnung lediglich aus, um Streitfälle zu entscheiden.¹⁷⁵

Unter der EMRK nimmt der Subsidiaritätsgrundsatz als *Rechtsprinzip* demgegenüber nicht die rechtssetzenden, sondern die rechtsanwendenden Organe und mit dem EGMR namentlich ein Gericht in die Pflicht.¹⁷⁶ Als politische Urheber der Konvention sind die Vertragsstaaten gerade nicht an den Subsidiaritätsgrundsatz gebunden. Ihnen ist es nämlich – unter Vorbehalt des Konsensprinzips¹⁷⁷ – unbenommen, den Schutzmechanismus der EMRK auch im Widerspruch zum Subsidiaritätsgedanken auszugestalten. Subsidiarität ist damit aus Sicht der Vertragsstaaten in Bezug auf die Weiterentwicklung der Konvention lediglich ein Gebot politischer Klugheit, dem im Hinblick auf die Zukunft und die Legitimität des Schutzmechanismus zwar große Tragweite zukommt, das jedoch letztlich rechtlich unverbindlich bleibt.

In diesem Sinne kann dem Subsidiaritätsgrundsatz als *Kompetenzabgrenzungsregel* unter der EMRK lediglich die Qualität einer *politischen Leitmaxime* zugeschrieben werden. Rechtliche Wirkung entfaltet der Subsidiaritätsgrundsatz unter der EMRK nur als *Kompetenzausübungsregel*.¹⁷⁸ Adressat ist dabei in erster Linie der EGMR in seiner Überwachungsfunktion (Art. 19 EMRK). Mittelbar verpflichtet sind jedoch auch die nationalen rechtsanwendenden Behörden, die den Konventionsgarantien in konkreten Einzelfällen auf innerstaatlicher Ebene zum Durchbruch verhelfen müssen (Art. 1 EMRK).

¹⁷⁴ So namentlich der EuGH, das deutsche Bundesverfassungsgericht und der kanadische Supreme Court; vgl. oben, III. A. 3. b. ba.

¹⁷⁵ Zum Beispiel kann der EuGH darüber entscheiden, ob eine (gesetzgeberische) Maßnahme der EU mit dem Subsidiaritätsgrundsatz vereinbar ist und diese Maßnahme gegebenenfalls aufheben; bei der Auslegung der Unionskompetenzen ist er selbst jedoch nicht an den Subsidiaritätsgrundsatz gebunden; vgl. Kadelbach, in: Komm. Unionsrecht, Rn. 32 zu Art. 5 EUV; anderer Meinung De Búrca, S. 229 ff.

¹⁷⁶ Aus diesem Grund wird in der Literatur vertreten, die durch das 15. Zusatzprotokoll beabsichtigte Nennung des Subsidiaritätsgrundsatzes in der Präambel der EMRK „verblüffe“; vgl. Mayer, in: Kommentar EMRK, Rn. 11 zur Präambel der EMRK.

¹⁷⁷ Vgl. zum völkerrechtlichen Konsensprinzip als grundlegendem Ausdruck von Subsidiarität oben, III. A. 3.

¹⁷⁸ Vgl. für eine vergleichbare Differenzierung Feichtner, Rn. 28 f.

b. Nationale Behörden als Subsidiaritätsverpflichtete

Ausgehend vom allgemeinen politischen (und selbst juristischen) Diskurs¹⁷⁹ dürfte es manche überraschen, dass der Subsidiaritätsgrundsatz der EMRK auch die Institutionen der Konventionsstaaten in die Pflicht nimmt.¹⁸⁰ Dem liegt jedoch eine einfache Überlegung zugrunde: Das Funktionieren von institutionellen Mehrebenensystemen setzt immer voraus, dass sämtliche involvierten Akteure die ihnen zugewiesenen Aufgaben erfüllen. Soweit aus subsidiaritätsrechtlichen Überlegungen vorrangig den Institutionen der „umfassten“ Ebene Aufgaben zugewiesen werden, müssen sie diese auch tatsächlich wahrnehmen, um dem Verbundzweck Genüge zu tun. Kommen sie ihren Aufgaben nicht nach, führt dies zwangsläufig zu einem Vakuum, das die übergeordnete Ebene ausfüllen muss, um den vorgegebenen Verbundzweck zu gewährleisten.¹⁸¹

Ganz im Sinne des allgemeinen Subsidiaritätsgrundsatzes räumt der subsidiaritätsrechtlich geprägte Institutionenaufbau der EMRK den mitgliedstaatlichen Institutionen damit zwar bestimmte Freiräume ein.¹⁸² Namentlich genießen die mitgliedstaatlichen Behörden bei der Implementierung der EMRK großes Ermessen in der Abwägung verschiedener Rechtsgüter¹⁸³ und der EGMR greift in dieses Ermessen nicht ohne Not ein. Umgekehrt nimmt die EMRK ihre Mitgliedsstaaten aber in die Pflicht, die Verletzung von Konventionsgarantien nach Möglichkeit schon innerstaatlich zu beseitigen.¹⁸⁴ Einzelne Autorinnen und Autoren bezeichnen diese „Primärverpflichtung“ der mitgliedstaatlichen Institutionen als „Kehrseite“ der subsidiaritätsrechtlichen Beschränkungen, die sich der EGMR auferlegt.¹⁸⁵ Der Begriff der „Primärverpflichtungen“ macht deutlich, dass der Subsidiaritätsgrundsatz nicht nur den Handlungsspielraum der Institutionen der Konventionsstaaten absichert, sondern indirekt auch die Erfüllung ihrer durch die EMRK begründeten Pflichten einfordert und bei Missachtung eine Aufgabenverlagerung auf den EGMR gebietet.

Diese Erkenntnis steht in Einklang mit der allgemeinen Begründung des Subsidiaritätsgrundsatzes im interinstitutionellen Kontext: Im Vordergrund steht die Verwirklichung des Verbundzwecks, nicht dessen Realisierung auf der tiefstmöglichen Ebene. Der Subsidiaritätsgrundsatz der EMRK folgt insofern entgegen anderslautenden Meinungen nur mittelbar einer personalistischen (oder demokratischen)

¹⁷⁹ Vgl. dazu oben, III.

¹⁸⁰ Vgl. auch Mowbray, S. 332, S. 340.

¹⁸¹ Vgl. in allgemeiner Art und Weise Leurquin-de Visscher, S. 23; spezifisch zum Verhältnis zwischen EGMR und konventionsstaatlichen Institutionen Medienmitteilung des Bundesrates zum Stellenwert der EMRK: „[i]n dem Umfang, wie die Vertragsstaaten ihrer Verpflichtung zur Umsetzung und Anwendung der Konvention nachkommen, kann der EGMR seine Kontrolle zurücknehmen.“

¹⁸² Vgl. Wildhaber, History, S. 95.

¹⁸³ Vgl. Petzold, S. 49.

¹⁸⁴ Vgl. statt vieler EGMR, Urteil vom 10. Mai 2001, *Z. und andere v. Vereinigtes Königreich*, § 103.

¹⁸⁵ Vgl. Christoffersen, S. 5 („[...] opposite side of the coin [...]“).

Begründung.¹⁸⁶ Zwar trifft zu, dass die EMRK nicht nur eine freiheitliche, sondern auch eine demokratische Grundordnung in den Mitgliedstaaten des Europarates gewährleisten soll.¹⁸⁷ Von diesem Ziel ausgehend soll Subsidiarität dazu beitragen, im Grundrechtsverbund der EMRK die für den Schutz von demokratischer Rechtsstaatlichkeit erforderlichen institutionellen Strukturen zu gewährleisten. Letztlich ist der Schutz einer demokratisch-rechtsstaatlichen Grundordnung jedoch nur das Ziel, dem der Subsidiaritätsgrundsatz verpflichtet ist; seine Funktion ist es, im Hinblick auf dieses Ziel eine zweckmäßige Abgrenzung der Aufgaben der verschiedenen Ebenen bereitzustellen.¹⁸⁸

c. Keine *subsidiarité concurrence*

Maßgeblicher Referenzpunkt, dem sowohl die rechtsanwendenden Behörden der Mitgliedstaaten als auch der EGMR verpflichtet sind, ist wie bereits erläutert der effektive Schutz der materiellen Konventionsrechte. Die Überprüfungsbefugnis des EGMR als übergeordnete Ebene soll gemäß der Ausschöpfungsregel von Art. 35 Ziff. 1 EMRK erst eingreifen, wenn der nationale Grundrechtsschutz versagt. Der durch die EMRK implementierte Überwachungsmechanismus ersetzt die mitgliedstaatliche Obliegenheit zum Schutz von Grundrechten also nicht, sondern *ergänzt* sie.¹⁸⁹ Im Unterschied zur „Entweder-oder-Regel“ der Kompetenzabgrenzung in den untersuchten bundesstaatlichen Verfassungen und in den EU-Verträgen, für welche mitunter der instruktive Begriff der „subsidiarité concurrence“ verwendet wird,¹⁹⁰ sind unter der EMRK sowohl die nationalen Behörden als auch die Europaratsinstitutionen (namentlich der EGMR) für die Gewährleistung der Konventionsrechte zuständig.¹⁹¹ Ihre Verantwortlichkeitsbereiche schließen sich nicht etwa gegenseitig aus, sondern verhalten sich komplementär zueinander.¹⁹² Aus dieser Komplementarität ergeben sich unter der EMRK – ganz grundsätzlich gedacht – zwei Anwendungsbereiche des Subsidiaritätsgrundsatzes:

¹⁸⁶ Vgl. für eine solche Begründung aber Besson, S. 69 ff. sowie Vasel, S. 228.

¹⁸⁷ Vgl. die Präambel der EMRK, wonach die Konventionsstaaten der EMRK „ihre[n] tiefen Glauben an die Grundfreiheiten“ bekräftigten, „welche die Grundlage von Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bilden und *die am besten durch eine wahrhaft demokratische politische Ordnung sowie durch ein gemeinsames Verständnis und eine gemeinsame Achtung der diesen Grundfreiheiten zugrunde liegenden Menschenrechte gesichert* werden [Hervorhebung durch den Verfasser].“ Zum Verhältnis der EMRK zur Demokratie auch Moeckli/Raible, S. 469 ff.

¹⁸⁸ Vgl. auch Carozza, S. 66.

¹⁸⁹ Vgl. Interlaken Follow-Up, S. 2.

¹⁹⁰ Vgl. Andriantsimbazovina, S. 28 ff.

¹⁹¹ Vgl. Interlaken-Deklaration, Folgerung 2, wo von „*shared responsibility*“ die Rede ist. Missverständlich in diesem Zusammenhang Vasel, S. 226, der meint, der EGMR greife in Übereinstimmung mit dem Subsidiaritätsgedanken „erst dann ein, wenn der innerstaatliche Rechtsschutz als kleinere Ordnungseinheit vertikal erschöpft ist, dass [sic!] heißt im konkreten Fall, gemessen am konventionsrechtlichen Maßstab, versagt hat.“

¹⁹² Vgl. Besson, S. 75 ff.; Szymczak, S. 27; Tulkens, S. 399.

Zum einen stellt sich die Frage, wann welche der beiden Ebenen für den Schutz der Konventionsrechte zuständig ist; eine zeitliche Überlappung der Zuständigkeiten würde nämlich Redundanzen und damit unnötigen Zusatzaufwand für beide beteiligten Ebenen bewirken. Diesem Gesichtspunkt sind die in der EMRK formulierten Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Beschwerde an den EGMR gewidmet, wobei namentlich die Ausschöpfungsregel (Art. 35 Ziff. 1 EMRK) von besonderer Bedeutung ist. Subsidiarität als grundlegender teleologischer Referenzpunkt bei der Auslegung der Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Beschwerde an den EGMR (namentlich bezüglich Art. 35 Ziff. 1 EMRK) dient insofern einer zweckmäßigen zeitlichen *Sequenzierung* der Zuständigkeiten der verschiedenen Ebenen.

Zum anderen stellt sich aufgrund des Zusammenwirkens verschiedener Ebenen die Frage, welchen Umfang die Prüfung einer allfälligen Konventionsverletzung auf der Ebene des EGMR nach dem Durchlaufen eines innerstaatlichen Verfahrens noch einnehmen soll.¹⁹³ Tatsächlich zieht der EGMR den Subsidiaritätsgrundsatz oft heran, um im Einzelfall seine Kontrolldichte festzulegen.¹⁹⁴ Hier geht es jedoch nicht um eine zeitliche Sequenzierung der Zuständigkeiten, sondern darum, dass der EGMR angepasst an die Verhältnisse des Einzelfalls jene Kontrolldichte findet, die den effektiven Schutz der Konventionsrechte erlaubt. Besondere Bedeutung hat diese Frage, wenn aufgrund des konkret zu beurteilenden Sachverhalts und der bisherigen Rechtsprechung des EGMR nicht von vornherein klar ist, ob eine Konventionsverletzung vorliegt oder nicht.¹⁹⁵

Maßgebliches Kriterium muss hier sein, ob die Institutionen der Konventionsstaaten ihrer Verpflichtung zum Schutz der Konventionsrechte bereits nachgekommen sind. Wurde die behauptete Konventionsverletzung bereits innerstaatlich in einem fairen Verfahren umfassend geprüft und in überzeugender Art und Weise verneint, hält sich der EGMR in der Regel zurück, selbst noch eine ausgedehnte Prüfung vorzunehmen.¹⁹⁶ Umgekehrt muss der EGMR ein allfälliges Versagen der innerstaatlichen Institutionen mit einer erhöhten Prüfungsdichte gewissermaßen kompensieren, um dem Verbundzweck eines effektiven Menschenrechtsschutzes Genüge zu tun. Auch in diesem Zusammenhang wird also wieder deutlich, dass der Subsidiaritätsgrundsatz als dynamisches Prinzip sowohl für eine Zurückhaltung des EGMR als auch für dessen Einschreiten sprechen kann.¹⁹⁷

¹⁹³ Vgl. beispielsweise das insofern nur teilweise korrekte Votum von Bundesrätin Simonetta Sommaruga in den parlamentarischen Beratungen zum Bericht des Bundesrates zu den Erfahrungen und Perspektiven des EMRK-Beitritts, Amtl. Bull. NR 2016 369. Sommaruga versteht unter Subsidiarität nämlich, dass der EGMR erst zum Zuge komme, „wenn und soweit die Vertragsstaaten ihren Verpflichtungen nicht“ nachkämen. Damit gemeint ist wohl die Ausschöpfungsregel von Art. 35 Ziff. 1 EMRK. Unterschlagen wird jedoch, dass das Subsidiaritätsprinzip sich auch auf die Kontrolldichte des EGMR auswirkt.

¹⁹⁴ Vgl. Interlaken Follow-Up, S. 11.

¹⁹⁵ Vgl. Christoffersen, S. 236 ff.

¹⁹⁶ Entsprechend ist gemäß Art. 36 Ziff. 3 Bst. a EMRK eine Beschwerde für unzulässig zu erklären, wenn sie offensichtlich unbegründet ist.

¹⁹⁷ Vgl. auch Huijbers, S. 182 ff., welche diese Ambivalenz mit dem Begriffspaar der „positiven“ und „negativen Subsidiarität“ einzufangen versucht. Außerdem lesenswert Interlaken Follow-Up, S. 5 f.

2. Dimensionen des Subsidiaritätsbegriffs in der EMRK

Nach dem Gesagten lassen sich zwei Hauptdimensionen des Subsidiaritätsbegriffs unter der EMRK ausmachen. Zu unterscheiden ist zwischen Subsidiarität als (unverbindlicher) Kompetenzzuweisungsregel und Subsidiarität als (verbindlicher) Kompetenzzuweisungsregel (Abb. 1):¹⁹⁸

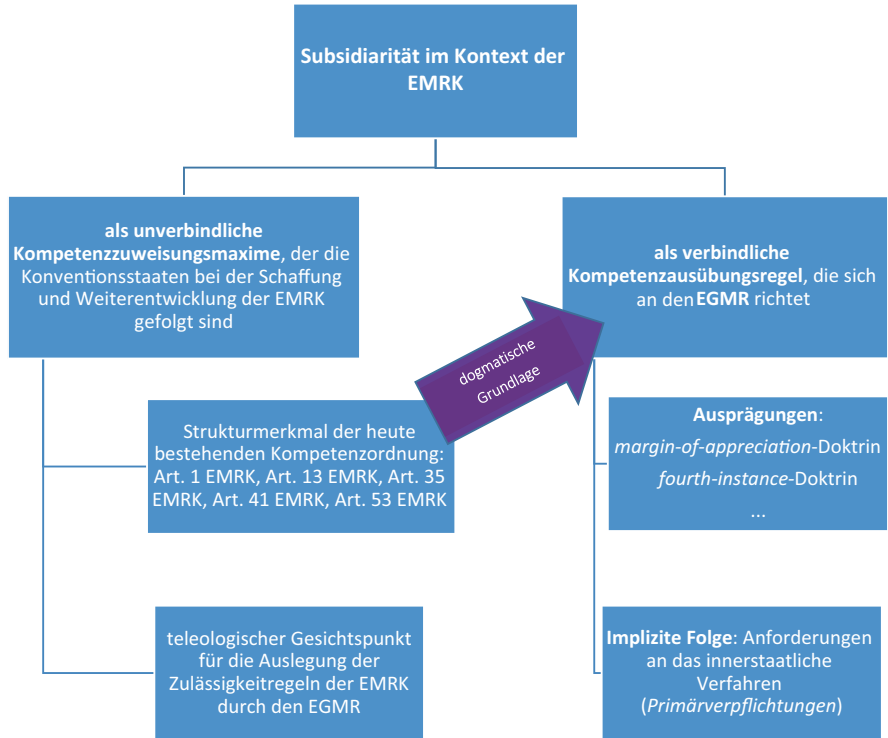


Abb. 1 Dimensionen des Subsidiaritätskonzepts unter der EMRK

¹⁹⁸ Vgl. Arnardóttir, S. 41: „The principle of subsidiarity in theory, therefore, has a systemic dimension related to the distribution of competences and tasks, and a normative dimension that guides or justifies how authority is used [...]“

a. Subsidiarität als unverbindliche Kompetenzzuweisungsmaxime

In Bezug auf die Kompetenzabgrenzung kommt Subsidiarität als politisches Leitmotiv der Konventionsstaaten in verschiedenen heute geltenden Bestimmungen zum Vorschein. Insbesondere hinsichtlich der zeitlichen Abgrenzung der Kompetenzen zwischen mitgliedstaatlichen Behörden und EGMR war der Subsidiaritätsgrundsatz offensichtlich tragender Gesichtspunkt bei der Ausarbeitung der EMRK.¹⁹⁹ Im Einzelnen ist in diesem Zusammenhang namentlich auf Art. 1 EMRK, Art. 13 EMRK in Verbindung mit Art. 35 EMRK²⁰⁰ und Art. 46 EMRK hinzuweisen.²⁰¹ Einzelne Kommentatorinnen und Kommentatoren – und auch der EGMR – haben außerdem auch in Art. 41 EMRK (gerechte Entschädigung) und Art. 53 EMRK (Wahrung anerkannter Menschenrechte, Günstigkeitsprinzip) Subsidiaritätselemente erkannt.²⁰²

Aus Art. 1 EMRK, der die „Hohen Vertragsparteien“ zur Achtung der EMRK-Garantien verpflichtet und den EGMR unerwähnt lässt, wird in der Literatur abgeleitet, dass die Gewährleistung der EMRK-Garantien in erster Linie den Vertragsstaaten obliegt²⁰³ und der durch Art. 19 EMRK eingesetzte EGMR erst eingreifen darf, wenn die nationalen Institutionen dieser Aufgabe nicht nachkommen.²⁰⁴ Konkretisiert wird diese Konzeption durch den Ausschöpfungsgrundsatz, gemäß welchem im konkreten Einzelfall erst dann Beschwerde an den EGMR erhoben werden kann, wenn alle innerstaatlichen Rechtsmittel ausgeschöpft wurden (Art. 35 Ziff. 1 EMRK)²⁰⁵ und die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 35 Ziff. 2–4 EMRK). Umgekehrt sind die Konventionsstaaten aber aufgrund von Art. 13 EMRK im Sinne des Subsidiaritätsgrundsatzes auch verpflichtet, innerstaatlich wirksame Rechtsmittel zur Durchsetzung der Konventionsgarantien zur Verfügung zu stellen.²⁰⁶ Die *pilot-judgment*-Verfahren, die der EGMR von Zeit zu Zeit durchführt, um einen Konventionsstaat auf strukturell bedingte und daher großflächige Verletzungen der EMRK aufmerksam zu machen, zielen ganz im Sinne des Subsidiaritätsgrundsatzes darauf ab, innerstaatlich Gesetzes- beziehungsweise Praxisänderungen anzustoßen, welche die rasche Beseitigung der Konventionsverletzung schon auf innerstaatlicher Ebene sicherstellen sollen.²⁰⁷

Schließlich greifen die Überwachungsbefugnisse des Ministerrats zur Einhaltung der Urteile des EGMR (Art. 46 Ziff. 2–5 EMRK) in der Regel erst ein, wenn

¹⁹⁹ Vgl. Interlaken-Deklaration, Preliminary Proposition 6.

²⁰⁰ Auf Art. 1 EMRK, Art. 13 EMRK und Art. 35 EMRK als Ausdrucksformen der Subsidiarität weist auch der EGMR regelmäßig hin; vgl. statt vieler EGMR (Große Kammer), Urteil vom 26. Oktober 2000, *Kudła v. Polen*, § 152. Mit besonderer Betonung des Zusammenspiels von Art. 13 EMRK und Art. 35 EMRK der ehemalige Präsident des EGMR Costa, La Cour, S. 77 sowie Beijer, S. 23.

²⁰¹ Vereinzelt legt der EGMR dem Subsidiaritätsgrundsatz auch ein Zusammenspiel zwischen Art. 1 EMRK und Art. 19 EMRK zugrunde, vgl. beispielsweise EGMR (Große Kammer), Urteil vom 15. März 2012, *Austin und andere v. Vereinigtes Königreich*, § 61. Dazu Vasel, S. 224.

²⁰² Vgl. Vasel, S. 226 f., m.w.H.

²⁰³ Vgl. Mayer, in: Kommentar EMRK, Rn. 12 zur Präambel der EMRK.

²⁰⁴ Vgl. Meyer-Ladewig, Rn. 1 zu Art. 19 EMRK.

²⁰⁵ Vgl. auch Costa, Relationship, S. 267; von Staden, S. 1036.

²⁰⁶ Vgl. Kuijer, S. 785.

²⁰⁷ Vgl. EGMR, Urteil vom 15. Januar 2009, *Burdov v. Russland (Nr. 2)*, § 127.

die Konventionsstaaten ihrer Pflicht zur Befolgung der Urteile (Art. 46 Ziff. 1 EMRK) nicht nachkommen. Kürzlich wurde ergänzend hierzu vertreten, dass auch die politischen Befugnisse des Europarates als Ausprägung der Subsidiarität angesehen werden können, zumal insbesondere systemische Probleme, die zu wiederholten Verurteilungen einzelner Konventionsstaaten durch den EGMR führen, auf jener (politischen) Ebene besser angegangen werden können als in den Individualverfahren vor dem EGMR.²⁰⁸

Weil der Subsidiaritätsgedanke beim Aufbau des institutionellen Arrangements der EMRK als tragender politischer Gesichtspunkt angesehen werden muss, ist er vom EGMR auch zur Auslegung der erwähnten Bestimmungen heranzuziehen. Tatsächlich wird er vom EGMR im Zusammenhang mit Art. 34 und Art. 35 EMRK immer wieder erwähnt.²⁰⁹ Insofern ist der Grundsatz funktional jedoch keine *Kompetenzausübungsregel*, sondern eine *Kompetenzabgrenzungsregel*, die den EGMR in seiner Rechtsprechungstätigkeit – und namentlich bei der Auslegung der eben erwähnten Bestimmungen – lediglich im Sinne eines teleologischen Bezugspunktes im Rahmen der Auslegung der erwähnten Bestimmungen betrifft. In der Literatur wird der Grundsatz in dieser Funktion oft als „formelle Subsidiarität“ bezeichnet.²¹⁰

Soweit rechtspolitische Kritik an diesem Institutionenaufbau geübt wird, betrifft dies allerdings in erster Linie die Vertragsstaaten als „Gesetzgeber der EMRK“ und nicht den EGMR. Es sind die Vertragsstaaten, welche durch ihre Ratifizierung der EMRK in der gegenwärtigen Form die bestehende Kompetenzordnung gutgeheißen haben und insofern die Verantwortung dafür tragen, dass der Verbundzweck erreicht wird. Auch der EGMR als Hauptinterpret der EMRK trägt durch seine Rechtsprechungstätigkeit zwar Wesentliches zur Fortentwicklung und Konkretisierung der Kompetenzordnung der EMRK bei. Man könnte sich deshalb überlegen, den EGMR in dieser Hinsicht als „wichtigen institutionellen Akteur“ zu begreifen, und ihn bei der Auslegung der Kompetenzsequenzierungsordnung der EMRK auch rechtlich an das Subsidiaritätsprinzip zu binden.²¹¹ Diese rechtliche Bindung käme für den EGMR dann namentlich bei der Auslegung der Ausschöpfungsregel und der weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen zum Tragen. Eine solche Konzeption stünde dogmatisch jedoch auf schwachen Beinen.²¹² Weil sie auch praktisch keine Auswirkungen zeitigen würde, soll diese Diskussion hier nicht vertieft werden.

b. Subsidiarität als an den EGMR gerichtete Kompetenzausübungsregel

Der Subsidiaritätsgrundsatz hat unter der EMRK aber auch einen anderen, für den EGMR und die mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte bei der Anwendung der EMRK verbindlichen *rechtlichen* Anwendungsbereich. Auch wenn bis anhin eine explizite Verankerung des Grundsatzes im Text der Konvention fehlte, fühlt sich

²⁰⁸ Vgl. de Londras, S. 46.

²⁰⁹ Vgl. Hoffmann, S. 65 ff.

²¹⁰ Vgl. Füglistaler, S. 11 f.

²¹¹ Vgl. für analoge Überlegungen in Bezug auf den EuGH De Búrca, S. 218; Horsley, S. 276.

²¹² Vgl. für diesbezügliche Kritik an Versuchen, den EuGH an den Subsidiaritätsgrundsatz zu binden Kadelbach, in: Komm. Unionsrecht, Rn. 32 zu Art. 5 EUV.

der EGMR nämlich in seiner Rechtsprechung nicht nur in der Auslegung der Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Beschwerde, sondern ganz allgemein an den Grundsatz der Subsidiarität gebunden. Als Folge dessen macht er seine Kontrolldichte im Einzelfall regelmäßig von subsidiaritätsrechtlichen Überlegungen abhängig. Insoweit fungiert Subsidiarität jedoch nicht als teleologischer Gesichtspunkt bei der Auslegung der Bestimmungen zur Kompetenzabgrenzung, sondern als vom EGMR selbst auferlegte Kompetenzausübungsregel.

Als Kompetenzausübungsregel kommt der Subsidiaritätsgrundsatz beispielsweise in der *margin-of-appreciation*-Doktrin und der *fourth-instance*-Doktrin zum Tragen – beides richterrechtlich entwickelte Konzepte, deren dogmatische Grundlagen unten noch aufzugreifen sind. In Frage steht hier nicht die Zuständigkeit des EGMR zur Überwachung der Einhaltung der Konventionsrechte in einem bestimmten Fall, sondern die Ausübung dieser Überwachungsbefugnis. Diese soll nämlich die besondere institutionelle Stellung des EGMR als internationales Gericht berücksichtigen, wobei sowohl die Eigenschaft seiner völkerrechtlichen Konstituierung als auch seine justizielle Funktion Auswirkungen zeitigt.²¹³ Die Berücksichtigung der besonderen Stellung erfolgt dabei über das (variable) Instrument der Kontrolldichte, welche der EGMR namentlich auch von der Qualität des innerstaatlichen Verfahrens abhängig macht. Unter dem Aspekt des Subsidiaritätsgrundsatzes als an den EGMR gerichtete Kompetenzausübungsregel sind deshalb auch verfahrensrechtliche Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aufzugreifen, welche in der Literatur teils unter dem Begriff der „Primärverantwortung“ abgehandelt werden.

Während die aus dem Subsidiaritätsprinzip fließenden Primärverpflichtungen der Konventionsstaaten mit Beschwerde an den EGMR durchgesetzt werden können, fehlt dem Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis zum EGMR die Justiziabilität, zumal dessen Entscheidungen nicht überprüfbar sind. Es ist gewissermaßen der EGMR als ‚letztes‘ Gericht, der sich bei der Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes als Kompetenzausübungsregel selbst überwacht.²¹⁴

Manche würden dem Subsidiaritätsgrundsatz aufgrund der mangelnden Justiziabilität den Rechtscharakter absprechen. Bei Lichte konvergiert mangelnde Justiziabilität jedoch nicht zwingend mit mangelnder Rechtsverbindlichkeit;²¹⁵ in Frage steht vielmehr die Wirksamkeit des Subsidiaritätsgrundsatzes. In diesem Zusammenhang steht es den Konventionsstaaten offen, den EGMR durch politische Stellungnahmen

²¹³ Vgl. zur (demokratischen) Legitimation gerichtsförmiger Streitschlichtungsmechanismen auf internationaler Ebene von Staden, S. 1023 ff.

²¹⁴ Gleiches gilt für den EuGH, soweit dieser sich ebenfalls dem Subsidiaritätsgrundsatz unterwirft; vgl. Horsley, 277.

²¹⁵ Diese grundlegende Unterscheidung von Justiziabilität und Rechtsverbindlichkeit hebt auch der IGH hervor, vgl. sein Urteil im *Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Urteil vom 26. Februar 2007, § 148: „[...] the fundamental distinction between the existence and binding force of obligations arising under international law and the existence of a court or tribunal with jurisdiction to resolve disputes about compliance with those obligations. The fact that there is not such a court or tribunal does not mean that the obligations do not exist.“

in den Europaratsinstitutionen zur Einhaltung des Subsidiaritätsgrundsatzes anzuhalten. Letztlich hat der EGMR selbst das größte Interesse an der Einhaltung der Subsidiarität, hängt doch seine Legitimität ganz entscheidend vom Zuspruch der Konventionsstaaten ab.²¹⁶ Damit soll nicht gesagt sein, dass der EGMR sich als unbequemer Akteur zurückhalten soll; der Blick von außen ist nötig, um mögliche Fehlentwicklungen zu korrigieren. Gerade deshalb sollte der EGMR alles daran setzen, durch eine umsichtige Rechtsprechung seine Rolle als „mensenrechtliches Gewissen“ Europas²¹⁷ zu bewahren. Die vielfachen Bezugnahmen auf den Subsidiaritätsgrundsatz in der Rechtsprechung zeigen, dass sich der EGMR der legitimitätsstiftenden Funktion des Subsidiaritätsgrundsatzes durchaus bewusst ist.²¹⁸

c. Terminologische Abgrenzungen

Bevor nachstehend auf die dogmatischen Grundlagen des Subsidiaritätsgrundsatzes in seiner Erscheinungsform als Rechtsregel zur *Kompetenzausübung durch den EGMR* eingegangen wird, erscheint es angesichts der in diesem Zusammenhang sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung teilweise synonym, teilweise mehrdeutig verwendeten Begriffe dienlich, sich einen diesbezüglichen Überblick zu verschaffen.

Die hier vorgenommene Unterscheidung zwischen Subsidiarität als (unverbindlichem) teleologischem Charakterzug der Zuständigkeitsregelungen der EMRK und Subsidiarität als (verbindlicher) an den EGMR gerichteter Kompetenzausübungsregel deckt sich inhaltlich mit der in der Literatur mitunter gebrauchten Unterscheidung zwischen formeller und materieller Subsidiarität.²¹⁹ Anders als die angestammte Terminologie macht die hier vorgenommene Unterscheidung jedoch deutlich, dass Subsidiarität in Bezug auf die Kompetenzabgrenzung zwischen dem EGMR und den nationalstaatlichen Institutionen kein eigentlicher Rechtsatz, sondern nur einer unter mehreren Gesichtspunkten ist, welche vom EGMR bei der Auslegung der Zuständigkeitsbestimmungen zu berücksichtigen sind. Die insofern nichtssagende Unterscheidung zwischen „formeller“ und „materieller“ Subsidiarität legt zu wenig offen, dass solche Unterschiede in der Rechtsverbindlichkeit des

²¹⁶ Vgl. Forowicz, S. 3 f.

²¹⁷ Vgl. Tulkens, S. 407.

²¹⁸ Vgl. Arnardóttir, S. 40, m.w.H.

²¹⁹ Vgl. Petzold, S. 60: „Subsidiarity within the legal order of the Convention has two aspects: as a procedural or functional concept it means that before appealing to the Convention institutions, any applicant must have had referred his or her complaints to all those domestic institutions which can be considered to offer an effective and adequate remedy in the circumstances of the case; as a material or substantive concept it means that when applying the Convention provisions, the Convention institutions have to make, wherever appropriate, due allowance for those legal and factual features which characterize the life of the society in the State concerned.“ So (und wohl in Anlehnung an diese Darstellung) auch De Schutter, S. 63 f., Füglistaler, S. 11 f. und Interlaken Follow-Up, S. 6.

Subsidiaritätsgrundsatzes überhaupt bestehen. Nicht zufällig wird in der Literatur in gedanklichem Rückgriff auf das „formelle“ Verständnis von Subsidiarität oft auf eine Definition des Subsidiaritätsprinzips zurückgegriffen, welche eigentlich nur auf seine Funktion als Kompetenzabgrenzungsregel passt und sich (naheliegenderweise) an den bundesstaatlichen Subsidiaritätsbegriff anlehnt.²²⁰

Im Weiteren ist der Subsidiaritätsgrundsatz als (für den EGMR verbindliche) Kompetenzausübungsregel zu unterscheiden vom Begriff des Ermessens der innerstaatlichen Behörden in der Umsetzung der EMRK (engl. *discretion*). Ermessen genießen die Konventionsstaaten schon allein aufgrund ihrer Freiheit in der Wahl der Mittel zur Umsetzung der EMRK-Garantien.²²¹ In gefestigter Rechtsprechung äußert der EGMR deshalb immer wieder, dass die EMRK nicht vorschreibt, welche Mittel die Konventionsstaaten zu ihrer Implementierung anzuwenden haben, sondern lediglich im Ergebnis Beachtung verlangt.²²² Der damit ohnehin bestehende Ermessensspielraum der Konventionsstaaten in der Anwendung der EMRK dehnt sich aber aus, wenn der EGMR in Beurteilung eines an ihn getragenen Einzelfalls seine Kontrolldichte unter Berufung auf den Subsidiaritätsgrundsatz zurückfährt.²²³

Die in diesem Zusammenhang festzustellenden begrifflichen Unsicherheiten sind maßgeblich darauf zurückzuführen, dass der Begriff der *margin of appreciation* einerseits herangezogen wird, um das Ermessen der Konventionsstaaten bei der Implementierung der Konventionsgarantien zu beschreiben (synonym zur Implementierungsfreiheit [engl. *freedom of implementation*] beziehungsweise zum englischen Begriff *discretion*), andererseits aber auch im Zusammenhang der vom EGMR gewählten Kontrolldichte verwendet und in diesem Sinne mit dem Subsidiaritätsgrundsatz (engl. *subsidiarity principle*) gleichgesetzt wird.²²⁴ Bei der Lektüre sowohl der Entscheidungen und Urteile des EGMR als auch der Literatur muss diese Mehrdeutigkeit der verschiedenen Begriffe im Auge behalten werden.

Für die Zwecke der vorliegenden Arbeit wird in Bezug auf die institutionell begründete, aber variable Prüfungsdichte des EGMR im Folgenden immer der Begriff des Subsidiaritätsgrundsatzes verwendet und die *margin-of-appreciation*-Doktrin (ebenso wie die *fourth-instance*-Doktrin) lediglich als einer von mehreren Anwendungsfällen behandelt.²²⁵ Soweit hingegen von der allgemeinen völkerrechtlichen Implementierungsfreiheit der Konventionsstaaten die Rede ist, wird im Folgenden der Terminus des Ermessens gebraucht.

²²⁰ Beispielhaft Breitenmoser. S. 121.

²²¹ Christoffersen, S. 296 ff.

²²² EGMR (Plenum), Urteil vom 23. Juli 1968, *Case „Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Languages in Education in Belgium“ v. Belgien (Merits)*, § 10 S. 31 (englische Version) beziehungsweise § 10 S. 32 (französische Version).

²²³ Mit einer diesbezüglich anschaulichen grafischen Darstellung Christoffersen, S. 239.

²²⁴ Vgl. Christoffersen, S. 236 ff.

²²⁵ Anderer Auffassung offenbar Egli, S. 725 ff., welche Subsidiarität in den Bestimmungen der EMRK verschiedentlich verankert sieht, die *margin-of-appreciation*-Doktrin hingegen als gesondertes Richterrecht betrachtet, das vom Subsidiaritätsgrundsatz zu unterscheiden sei.

3. Dogmatische Grundlagen und Ausprägungen des Subsidiaritätsgrundsatzes als Kompetenzausübungsregel

Wie bereits erwähnt worden ist, fehlt in der EMRK – zumindest bis das 15. Zusatzprotokoll in Kraft tritt²²⁶ – eine ausdrückliche Bezugnahme auf den Subsidiaritätsgrundsatz.²²⁷ Auch in den Materialien zur Entstehungsgeschichte der Konvention sucht man vergeblich nach dem Subsidiaritätsbegriff.²²⁸ Vor diesem Hintergrund fragt sich, worin die dogmatischen Grundlagen des Subsidiaritätsgrundsatzes als verbindliche Kompetenzausübungsregel zu erblicken sind.

Antworten auf diese Frage finden sich in der frühen Rechtsprechung des EGMR,²²⁹ wobei für die heutige Praxis insbesondere zwei Urteile aus den Jahren 1968²³⁰ beziehungsweise 1976²³¹ wegweisend waren. Die entscheidenden Passagen dieser Urteile sollen nachfolgend kurz skizziert werden, zumal in ihnen schon sämtliche – nachfolgend ebenfalls kurz darzulegenden – Wirkungsdimensionen des Subsidiaritätsgrundsatzes in der heutigen Praxis vorgezeichnet sind. Sodann soll die Frage in den Raum gestellt werden, ob – und gegebenenfalls inwiefern – eine mögliche zukünftige Verankerung des Subsidiaritätsgrundsatzes in der Präambel der EMRK Änderungen an der Rechtslage bewirken würde.

a. Frühe Rechtsprechung des EGMR

Im Urteil *Case „Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Languages in Education in Belgium“ v. Belgien* (1968) nahm der EGMR soweit ersichtlich erstmals ausdrücklich auf den Subsidiaritätsgrundsatz Bezug. Der EGMR hatte in jenem Fall zu beurteilen, ob die belgische Schulgesetzgebung, welche es den Kindern der Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer faktisch verunmöglichte, in ihren (mehrheitlich niederländischsprachigen) Bezirken die französischsprachigen Sekundarschulen zu besuchen, mit dem Recht auf Bildung (Art. 2 Zusatzprotokoll 1 EMRK) und dem Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK) vereinbar sei.

²²⁶ Per 1. März 2018 fehlen noch die Ratifizierungen Belgiens, Bosnien und Herzegowinas, Griechenlands, Italiens, Spaniens, und der Ukraine (siehe https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213/signatures?p_auth=dmk331Ss). Zugegriffen am 01.03.2018). Im Entwurf zu einer Kopenhagen-Deklaration werden diese Staaten ausdrücklich eingeladen, die ausstehende Ratifikation so schnell wie möglich vorzunehmen.

²²⁷ Vgl. auch Mowbray, S. 318

²²⁸ Vgl. Petzold, S. 42.

²²⁹ Zwar hatte zuvor schon die Kommission mitunter mit dem Subsidiaritätsgrundsatz argumentiert; für die heutige Praxis ist diese Rechtsprechung jedoch kaum mehr von Belang, zumal der EGMR sich in seiner späteren Praxis nie darauf bezogen hat; vgl. Christoffersen, S. 242.

²³⁰ EGMR (Plenum), Urteil vom 23. Juli 1968, *Case „Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Languages in Education in Belgium“ v. Belgien (Merits)*.

²³¹ EGMR (Plenum), Urteil vom 7. Dezember 1976, *Handyside v. Vereinigtes Königreich*.

Der EGMR hatte dabei insbesondere die Frage zu beantworten, ob die gesetzgeberische Ungleichbehandlung niederländisch- und französischsprachiger Kinder bezüglich der sprachlichen Beschulung gerechtfertigt werden könne. Der EGMR hielt fest, bei der Beantwortung dieser Frage dürfe nicht außer Acht gelassen werden, welche rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse das gesellschaftliche Zusammenleben in Belgien prägten. In Erfüllung seiner Kontrollaufgabe dürfe der Gerichtshof nicht die Rolle der zuständigen nationalen Behörden übernehmen, zumal er sonst die *subsidiäre Natur* des konventionsrechtlich installierten Durchsetzungsmechanismus aus den Augen verlieren würde.²³² Implizit geht aus dieser Urteilspassage hervor, dass der EGMR den belgischen Behörden gerade deshalb eine Beurteilungsprärogative einräumte, weil sie aufgrund der Nähe zum Geschehen besser einschätzen könnten, ob eine Ungleichbehandlung sachlich begründet sei.

Die Frage dieser Einschätzungsprärogative der nationalen Behörden stellte sich kurze Zeit später wieder. Im Fall *Handyside v. Vereinigtes Königreich* (1976) hatte der EGMR zu beurteilen, ob es mit der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 10 EMRK) vereinbar war, dass die britischen Behörden unter Berufung auf die öffentliche Moral ein für Jugendliche gedachtes Buch konfisziert hatten, das verschiedene Aspekte der Sexualität (Verhütungsmittel, Menstruation, Pornografie, Homosexualität und Abtreibung) veranschaulichte. In seinem Urteil bestätigte der EGMR zunächst den Subsidiaritätsansatz, den er im Urteil *Case „Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Languages in Education in Belgium“ v. Belgien* vorgezeichnet hatte und statuierte, es obliege in erster Linie den Konventionsstaaten, die EMRK-Garantien zu gewährleisten. Weiter hob er – unter Hinweis auf die zeitlich und räumlich stark divergierenden Moralvorstellungen zur Rolle der Sexualität in der Erziehung – hervor, dass die nationalen Behörden aufgrund ihres direkten und kontinuierlichen Kontakts mit den gesellschaftlichen Gruppierungen ihres Landes im Grundsatz besser geeignet seien, die Tragweite der Moralvorstellungen sowie die sich daraus ergebende Notwendigkeit einer Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit (vgl. Art. 10 Ziff. 2 EMRK) zu beurteilen.²³³

Es sind im Wesentlichen also zwei Argumente, welche der EGMR in den beiden Urteilen dafür anführte, aus subsidiaritätsrechtlichen Überlegungen seine eigene Kontrolldichte zugunsten eines erweiterten Beurteilungsspielraums der nationalen Behörden zurückzufahren: Einerseits die konventionsrechtlich begründete primäre Zuständigkeit der Konventionsstaaten zur Gewährleistung der Konventionsgarantien in ihrer nationalen Gesetzgebung;²³⁴ andererseits die größere räumliche, zeitliche

²³² EGMR (Plenum), Urteil vom 23. Juli 1968, *Case „Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Languages in Education in Belgium“ v. Belgien (Merits)*, § 10 S. 31 (englische Version) beziehungsweise § 10 S. 32 (französische Version).

²³³ EGMR (Plenum), Urteil vom 7. Dezember 1976, *Handyside v. Vereinigtes Königreich*, § 48.

²³⁴ Vgl. dazu oben, III. B. 2. a. Aus diesem Grund auch statuiert der EGMR regelmäßig, es sei nicht seine Aufgabe, zu beurteilen, ob die politischen Instanzen der Konventionsstaaten die unter verschiedenen konventionsrechtlich zulässigen Lösungen sachlich beste gewählt hätten; in diesem Sinne soweit ersichtlich erstmals EGMR, Urteil vom 18. Januar 1978, *Irland v. Vereinigtes Königreich*, § 214.

und persönliche Nähe der nationalen Behörden und ihre damit verbundene Kenntnis der Umstände des fraglichen Einzelfalls.

Im Urteil *Hatton v. Vereinigtes Königreich* ergänzte der EGMR den dargelegten dualen Begründungsstrang zwar um den Hinweis, die nationalen Behörden seien im Unterschied zum EGMR stärker demokratisch legitimiert.²³⁵ Im Urteil *Hirst v. Vereinigtes Königreich* hingegen relativierte er die subsidiaritätsrechtliche Bedeutung dieser demokratischen Legitimation der nationalen Behörden, indem er statuierte, im Zusammenhang des englischen Wahlrechtsausschlusses für Gefängnisinsassinnen und -insassen vermöge nur die *aktive Reflexion des Gesetzgebers* über die diesbezüglichen Anforderungen der EMRK einen erweiterten Ermessensspielraum zu begründen, nicht jedoch die unhinterfragte und passive Übernahme tradierter Rechtsbestände.²³⁶

Diese letztere Erwägung macht deutlich, dass der demokratischen Legitimation und der räumlichen, zeitlichen und persönlichen Nähe der nationalen Behörden subsidiaritätsrechtlich für sich genommen keine durchschlagende Bedeutung zukommt; als Faktoren zur Bemessung der Tragweite des Subsidiaritätsgrundsatzes sind sie vielmehr nur dann von Bedeutung, wenn sie dazu führen, dass (innerstaatlich) eine fundiertere Auseinandersetzung mit den Konventionsgarantien stattfindet, als dies auf Ebene des EGMR flächendeckend möglich wäre. Insofern konvergiert der Begründungsansatz des EGMR mit dem allgemeinen Subsidiaritätsdenken: Zwar verfügen die „untergeordneten“ nationalen Behörden unter der EMRK grundsätzlich in verschiedener Hinsicht über eine Einschätzungsprärogative, sie müssen ihrer Primärverpflichtung zum Schutze der Konventionsrechte jedoch nachkommen, weil sonst der EGMR verpflichtet ist, das entstandene Verantwortlichkeitsvakuum aufzufüllen.²³⁷

Die dargelegte doppelte Begründung des EGMR für die Geltung des Subsidiaritätsgrundsatzes als Kompetenzausübungsregel lässt auch auf dessen dogmatische Grundlagen schließen: Es ist der („formell-subsidiäre“) Institutionenaufbau der EMRK, wie er insbesondere in Art. 1 EMRK, Art. 13 EMRK, Art. 35 EMRK und Art. 46 EMRK zum Ausdruck kommt,²³⁸ welcher den EGMR auch im Sinne einer Kompetenzausübungsregel an den Subsidiaritätsgrundsatz bindet.

Aus dieser dogmatischen Herleitung folgt auch, dass der EGMR in der Beurteilung konkreter Einzelfälle nicht nur in Bezug auf die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Einschränkung der EMRK-Rechte an den Subsidiaritätsgrundsatz gebunden ist, obwohl dies zweifellos einen wichtigen Aspekt der *margin-of-appreciation*-Doktrin darstellt (vgl. dazu zum Beispiel das bereits dargelegte *Handyside*-Urteil des EGMR).²³⁹ Vielmehr gilt der Subsidiaritätsgrundsatz als Kompetenzausübungsregel ganz

²³⁵ Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 8. Juli 2003, *Hatton und andere v. Vereinigtes Königreich*, § 97.

²³⁶ Vgl. EGMR, Urteil vom 30. März 2004, *Hirst v. Vereinigtes Königreich*, § 41 (Urteil aufgehoben durch das Urteil der Großen Kammer vom 6. Oktober 2005).

²³⁷ Vgl. dazu schon oben, III. B. 1. c.

²³⁸ Vgl. dazu oben, III. B. 2. a.

²³⁹ Vgl. zu diesem Aspekt statt vieler Breitenmoser, S. 124 ff.

allgemein für die Rechtsprechungstätigkeit des EGMR. In diesem Sinne kann aufgrund der neueren Rechtsprechung des EGMR kaum mehr ein Zweifel daran bestehen, dass der Subsidiaritätsgrundsatz eine allgemeine Kompetenzausübungsregel darstellt, welche auch auf die Tatsachenfeststellung Anwendung findet. Bevor jedoch diese spezifische Wirkungsdimension des Subsidiaritätsgrundsatzes im Bereich der Tatsachenfeststellung durch den EGMR aufgegriffen werden kann, ist kurz überblicksweise darzulegen, in welcher Form sich der Subsidiaritätsgrundsatz als Kompetenzausübungsregel sonst in der Rechtsprechungstätigkeit des EGMR niederschlägt.

b. Anwendungsbereich des Subsidiaritätsprinzips als Kompetenzausübungsregel

Im politischen Diskurs um den Subsidiaritätsgrundsatz unter der EMRK wird das *lex generalis-lex specialis*-Verhältnis zwischen Subsidiaritätsgrundsatz und *margin-of-appreciation*-Doktrin nicht immer ausreichend klar beschrieben.²⁴⁰ Insofern bleibt mitunter unklar, dass die *margin-of-appreciation*-Doktrin lediglich einen der vielfältigen Anwendungsbereiche des ausgreifenderen Subsidiaritätsgrundsatzes darstellt.²⁴¹

Gemäß herrschender Lesart deckt die *margin-of-appreciation*-Doktrin nämlich nur die Frage ab, welchen materiellen Prüfungsmaßstab der EGMR bei der Prüfung einer behaupteten Konventionsverletzung im Hinblick auf eine von den innerstaatlichen Gesetzgebern²⁴² und Gerichten bereits vorgenommene Abwägung verschiedener Rechtsgüter noch anwenden soll.²⁴³ Anwendung findet sie daher vor allem im Rahmen der in der EMRK teilweise vorgesehenen Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Einschränkungen der Konventionsrechte (Art. 8 Ziff. 2, Art. 9 Ziff. 2, Art. 10 Ziff. 2, Art. 11 Ziff. 2 und Art. 15 EMRK) und bei der Frage, ob eine (vor allem gesetzge-

²⁴⁰ In diesem Sinne auch Vasel, S. 228, m.w.H. Ausdruck dieser begrifflichen Unsicherheit ist beispielsweise die Antwort des Bundesrates auf die Anfrage Gross, wo der Subsidiaritätsgrundsatz im Wesentlichen mit der *margin-of-appreciation*-Doktrin gleichgesetzt wird: „Der Gerichtshof legt die Konvention unter Berücksichtigung ihres Zieles aus, einen wirksamen Menschenrechtsschutz sicherzustellen. Dabei geht er davon aus, dass die Vertragsstaaten in der Anwendung der EMRK-Rechte über einen gewissen Ermessensspielraum verfügen (*marge d'appréciation*) [...]. Es geht also weniger darum, ob der Gerichtshof einen zu großen Ermessensspielraum hat, sondern ob er den Vertragsstaaten in der Anwendung der Konvention einen genügend großen Ermessensspielraum lässt. Die bereits erwähnten Erklärungen von Interlaken und Brighton haben auf diese Thematik Bezug genommen, indem sie die zentrale Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips als tragender Pfeiler des EMRK-Kontrollsystems unterstreichen.“

²⁴¹ In diesem Sinne schon Petzold, S. 49 ff. Vgl. aus neuerer Zeit statt vieler Carozza, S. 69 f.

²⁴² Instruktiv in diesem Zusammenhang EGMR (Große Kammer), Urteil vom 19. Juni 2006, *Hutten-Czapaska v. Polen*, Partly Dissenting Opinion zu Pančič: „[...] The Court clearly does not have, with the usual paraphernalia of constitutional law, an interest in meddling in what national legislation should or should not do. Subsidiarity is a healthy collateral effect of the simple fact that an international judicial body does not know how to, and thus does not want to, enter into the details of national legislative happenings. [...]“

²⁴³ Vgl. Petzold, S. 55 ff. sowie aus neuerer Zeit Füglistaler, S. 14.

berische) Ungleichbehandlung verschiedener Personengruppen im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK) sachlich gerechtfertigt werden kann. Herangezogen wird sie weiter bei der Abwägung verschiedener in der Konvention niedergelegter Rechte²⁴⁴ und bei der Bestimmung des Umfangs positiver staatlicher Schutzpflichten.²⁴⁵ Seltener findet sie zudem auch Beachtung, um den Schutzbereich der Konventionsgarantien zu bestimmen, so beispielsweise bei umstrittenen Wertungsfragen wie jener nach dem Beginn menschlichen Lebens im Hinblick auf die Anwendung von Art. 2 EMRK.²⁴⁶

In der Literatur wird – teilweise auch gestützt auf missverständliche Urteilsparagen des EGMR²⁴⁷ – vertreten, der Anwendungsbereich der *margin-of-appreciation*-Doktrin sei weiter gesteckt und schütze auch einen bestimmten innerstaatlichen Entscheidungsspielraum bei der Feststellung des Sachverhalts.²⁴⁸ Eine solche Interpretation ist jedoch abzulehnen, zumal sie die Grenzen zwischen den verschiedenen Anwendungsbereichen des Subsidiaritätsgrundsatzes als Kompetenzausübungsregel unter der EMRK unnötigerweise verwischt.

Die selbstauferlegte Zurückhaltung des EGMR, in seinem eigenen Verfahren von dem innerstaatlich bereits festgestellten Sachverhalt abzuweichen, ist vielmehr – zusammen mit seiner Zurückhaltung gegenüber einer abweichenden Auslegung nationalen Rechts – entweder allgemein unter den Subsidiaritätsgrundsatz als Kompetenzausübungsregel oder aber spezifischer unter die „*fourth*- und die *first-instance*-Doktrin“ zu fassen. Unter der *fourth-instance*-Doktrin²⁴⁹ hält der Gerichtshof im Sinne des Subsidiaritätsgrundsatzes regelmäßig fest, er müsse sich aufgrund seiner besonderen Stellung bei der Auslegung innerstaatlichen Rechts²⁵⁰

²⁴⁴ Beispielsweise in der Abwägung zwischen dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) und der Freiheit der Meinungsäußerung (Art. 10 EMRK) in Fällen, in denen die Frage im Raum steht, ob Pressepublikationen von Fotografien rechtmäßig oder unrechtmäßig erfolgt sind; vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 7. Februar 2012, *Von Hannover v. Deutschland* (Nr. 2), §§ 104–107. Vgl. dazu beispielsweise Nussberger, S. 180 ff.

²⁴⁵ Vgl. Greer, S. 23 ff. und Schabas, S. 79 ff.

²⁴⁶ Eine *margin of appreciation* besteht angesichts des Fehlens eines wissenschaftlichen und rechtlichen Konsenses bezüglich des Beginns menschlichen Lebens beispielsweise bezüglich der Frage, wann das in Art. 2 EMRK garantierte Recht auf Leben einsetzt; vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 8. Juli 2004, *VO v. Frankreich*, § 82; kürzlich bestätigt in EGMR, Urteil vom 9. April 2013, *Mehmet Şentürk und Bekir Şentürk v. Türkei*, § 107.

²⁴⁷ Vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 23. Februar 1984, *Luberti v. Italien*, § 27: „The Court would recall that in deciding whether an individual should be detained as a „person of unsound mind“, the national authorities are to be recognised as having a certain margin of appreciation since it is in the first place for the national authorities to evaluate the evidence adduced before them in a particular case [...]“

²⁴⁸ Vgl. Bernhardt, S. 85.

²⁴⁹ Vgl. zur *fourth-instance*-Doktrin und ihrer Bedeutung namentlich in Fällen zu Art. 6 EMRK Dahlberg, S. 84 ff.

²⁵⁰ Vgl. EGMR, Urteil vom 13. März 2012, *Karpenko v. Russland*, § 80 („[...] the Court notes that it is not its task to act as a court of appeal or, as is sometimes stated, as a court of fourth instance, in respect of the decisions taken by domestic courts. It is the role of the domestic courts to interpret and apply the relevant rules of procedural or substantive law [Hervorhebung durch den Verfasser].“). Anwendung findet die Doktrin diesbezüglich namentlich dort, wo die EMRK auf nationales

und der Würdigung der Tatsachen²⁵¹ im Verhältnis zu den innerstaatlichen Gerichten Zurückhaltung auferlegen.²⁵² Die *first-instance*-Doktrin betrifft ausschließlich die Tatsachenfeststellung und legt im Sinne einer Leitlinie fest, dass der EGMR die Rolle eines erstinstanzlichen Tatsachengerichts nur mit Zurückhaltung und nur dann einnehmen soll, wenn dies aufgrund der Umstände als unabdingbar erscheint („*where this is [...] rendered unavoidable by the circumstances of a particular case*“).²⁵³ In der Literatur wird die selbstauferlegte Zurückhaltung des EGMR bei der Auslegung innerstaatlichen Rechts auch als „*lawfulness-subsidiarity*“²⁵⁴ bezeichnet, während für den Bereich der Tatsachenfeststellung der Begriff der „*fact-subsidiarity*“²⁵⁵ verwendet wird.

Die Verwendung dieser Terminologie verfolgt nicht zuletzt den Anspruch herauszustreichen, dass es sich bei all diesen Aspekten um verschiedene Ausprägungen ein- und desselben Subsidiaritätsgrundsatzes handelt,²⁵⁶ welcher sich allgemein auf die Rechtsprechungstätigkeit des EGMR auswirkt und neben den erwähnten Bereichen daher insbesondere auch dann wirksam wird, wenn der EGMR über die Reichweite der EMRK gegenüber anderen völkerrechtlichen

Recht verweist und dieses insoweit gewissermaßen in die EMRK „inkorporiert“: Vgl. in diesem Zusammenhang namentlich Art. 5 Ziff. 1 EMRK („Jede Person hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Die Freiheit darf nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden: [folgt Aufzählung].“), Art. 6 Ziff. 1 EMRK („Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem [...] auf Gesetz beruhenden Gericht [...] verhandelt wird.“); Art. 7 Ziff. 1 EMRK („Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war.“); beachtenswert außerdem die Schrankenvorbehalte in Art. 8 Ziff. 2 EMRK, Art. 9 Ziff. 2 EMRK, Art. 10 Ziff. 2 EMRK und Art. 11 Ziff. 2 EMRK, die voraussetzen, dass eine Einschränkung „gesetzlich vorgesehen“ sein muss.

²⁵¹ Vgl. EGMR, Urteil vom 24. November 1994, *Kemmache v. Frankreich* (Nr. 3), § 44 („In principle [...] it is not the Court's role to assess itself the facts which have led a national court to adopt one decision rather than another. If it were otherwise, the Court *would be acting as a court of third or fourth instance*, which would be to disregard the limits imposed on its action [Hervorhebung durch den Verfasser].“)

²⁵² Vorläufer dieser Rechtsprechung (ohne ausdrückliche Bezugnahme auf die *fourth-instance*-Doktrin) finden sich in EGMR, Urteil vom 26. März 1985, *X und Y v. Niederlande*, § 29 („[...] it is in no way the task of the European Court of Human Rights to take the place of the competent national courts in the interpretation of domestic law [...]“) sowie EGMR (Plenum), Urteil vom 12. Juli 1988, *Schenk v. Schweiz*, § 45 („According to Article 19 [...] of the Convention, the Court's duty is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting States in the Convention. In particular, *it is not its function to deal with errors of fact or of law allegedly committed by a national court* unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention [Hervorhebung durch den Verfasser].“).

²⁵³ Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2012, *El-Masri v. Mazedonien*, § 155.

²⁵⁴ Christoffersen, S. 289 ff., wo herausgestrichen wird, dass die „*lawfulness-subsidiarity*“ sich auf sämtliche Rechtsbereiche erstreckt und namentlich auch die Auslegung von Völkerrecht durch die nationalen Gerichte erfasst.

²⁵⁵ Christoffersen, S. 276 ff.

²⁵⁶ Vgl. a.a.O., S. 276.

Rechtssätzen wie der UN-Charta²⁵⁷ oder Verordnungen der Europäischen Union²⁵⁸ entscheidet.²⁵⁹ Es ist hier nicht der Platz, die verschiedenen Dimensionen des Subsidiaritätsgrundsatzes in ihrer ganzen Vielschichtigkeit auszuleuchten. Wichtig ist aber die Erkenntnis, dass der Subsidiaritätsgrundsatz querschnittsartig verschiedenste Facetten der Rechtsprechungstätigkeit des EGMR (Art. 19 EMRK) durchzieht. Durch den Subsidiaritätsgrundsatz ist damit zweifellos auch die Tatsachenfeststellungsfunktion des EGMR angesprochen, zumal jede Rechtsanwendung – wie bereits oben aufgezeigt – die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts voraussetzt.²⁶⁰

c. Künftige Verankerung in der Präambel der EMRK

An der Brighton-Konferenz vom 19. und 20. April 2012 beschloss die Ministerkonferenz unter anderem, dass die Präambel der EMRK im Sinne der *Transparenz und Zugänglichkeit* um einen Hinweis auf den Subsidiaritätsgrundsatz und die *margin-of-appreciation*-Doktrin ergänzt werden solle.²⁶¹ Das Ministerkomitee des Europarates erteilte in der Folge seinem Lenkungsausschuss für Menschenrechte den Auftrag, einen Entwurf zu zwei Protokollen zur Ergänzung und zur Änderung der EMRK auszuarbeiten. Der Entwurf sah unter anderem vor, die Präambel der EMRK um die Erwägung zu ergänzen, „[...] qu’il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d’une marge d’appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l’Homme instituée par la présente Convention, [...]“.²⁶² Nach Ablieferung des Entwurfs durch den Lenkungsausschuss im November 2012 konsultierte das Ministerkomitee am 17. Januar 2013 den EGMR und die Parlamentarische Versammlung.²⁶³

In seiner Stellungnahme vom 6. Februar 2013 hielt der EGMR fest, aus der Entstehungsgeschichte des 15. Zusatzprotokolls werde klar, dass die Konventionsstaaten mit der Erwähnung der *margin-of-appreciation*-Doktrin die materielle Rechtslage

²⁵⁷ Vgl. dazu zuletzt EGMR (Große Kammer), Urteil vom 21. Juni 2016, *Al-Dulimi und Montana Management Inc. v. Schweiz*, welches einen (von der Gerichtsmehrheit letztlich verneinten) Normkonflikt zwischen Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) und der auf Kapitel VII der UN-Charta abgestützten Resolution 1483 des UN-Sicherheitsrates adressierte.

²⁵⁸ Vgl. grundlegend EGMR (Große Kammer), Urteil vom 30. Juni 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Irland*.

²⁵⁹ Vgl. Christoffersen, S. 319 ff., welcher sich in diesem Zusammenhang namentlich auf das Verhältnis der EMRK zu EU-Recht in Form von verbindlichen Verordnungen sowie die UN-Charta bezieht.

²⁶⁰ Vgl. dazu schon oben, II. A.

²⁶¹ Vgl. Bst. B Ziff. 12 c) der Brighton-Deklaration.

²⁶² Vgl. erläuternder Bericht der Parlamentarischen Versammlung zum 15. Zusatzprotokoll zur EMRK, Art. 1.

²⁶³ Erläuternder Bericht des EJPD zum 15. Zusatzprotokoll zur EMRK, S. 3.

nicht hätten verändern wollen; die Bezugnahme auf den Subsidiaritätsgrundsatz widerspiegle die Rechtsprechung des EGMR.²⁶⁴ Auch die Parlamentarische Versammlung hielt in ihrer Stellungnahme fest, dass die Erwähnung der *margin-of-appreciation*-Doktrin nicht über die schon bisher vom EGMR angewandte Rechtsprechung hinausgehe.²⁶⁵ Das Ministerkomitee verabschiedete das Protokoll Nr. 15 an seiner 123. Tagung und legte es am 24. Juni 2013 zur Unterzeichnung durch die Mitgliedstaaten auf.²⁶⁶

Aus der Entstehungsgeschichte wird klar, dass die Ergänzung der Präambel der EMRK um einen Hinweis auf den Subsidiaritätsgrundsatz und die *margin-of-appreciation*-Doktrin lediglich die bestehende Rechtsprechung kodifiziert und vorab dazu dient, die „Transparenz und die Zugänglichkeit der Eigenheiten des Kontrollmechanismus der EMRK zu verbessern“.^{267,268} Vor diesem Hintergrund ist nicht davon auszugehen, dass das Inkrafttreten des 15. Zusatzprotokolls in Bezug auf die Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes etwas an der bestehenden Rechtslage ändern wird.²⁶⁹

Bedauernd ist, dass die nun vorgesehene Ergänzung der EMRK nichts zur Klarstellung des dogmatischen Verhältnisses zwischen Subsidiaritätsgrundsatz und *margin-of-appreciation*-Doktrin beitragen wird, sondern – im Gegenteil – geeignet ist, zusätzliche Verwirrung zu stiften. In der Ergänzung zur Präambel wird der Subsidiaritätsgrundsatz nämlich im Wesentlichen lediglich als Strukturmerkmal der heute bestehenden Kompetenzordnung dargestellt („[...] qu’il incombe *au premier chef aux Hautes Parties contractantes* [...] de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles [...]“), seine Funktion als an den EGMR gerichtete Kompetenzausübungsregel jedoch unterschlagen. Hinzu kommt, dass die *margin-of-appreciation*-Doktrin als Ausprägung des Subsidiaritätsgrundsatzes im Sinne einer Kompetenzausübungsregel logisch auf dieselbe Stufe gestellt wird, wie der Subsidiaritätsgrundsatz, obwohl sie lediglich eine der vielfältigen Ausprägungen desselben ist. Die in den parlamentarischen Beratungen zum bundesrätlichen Bericht „40 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz. Erfahrungen und Perspektiven“ geäußerte Hoffnung, dass mit der Verankerung des Subsidiaritätsgrundsatzes in der Präambel die „*marge d’appréciation*“ der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der EMRK besser definiert sein werde,²⁷⁰ dürfte sich vor diesem Hintergrund kaum realisieren.

²⁶⁴ Vgl. Stellungnahme des EGMR zum Entwurf des 15. Zusatzprotokolls der EMRK, S. 2.

²⁶⁵ Vgl. Entwurf der Parlamentarischen Versammlung zum 15. Zusatzprotokoll der EMRK.

²⁶⁶ Zum Stand der Ratifizierungen siehe oben, III. 3., Fn. 226.

²⁶⁷ Erläuternder Bericht des EJPD zum 15. Zusatzprotokoll zur EMRK, S. 5.

²⁶⁸ Vgl. auch erläuternder Bericht der Parlamentarischen Versammlung zum 15. Zusatzprotokoll zur EMRK, S. 2.

²⁶⁹ So auch Egli, S. 725 ff., Huijbers, S. 182, sowie Schabas, S. 78 f., letzterer mit zusätzlichen Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte.

²⁷⁰ Vgl. das Votum von Nationalrat Claude Béglé in den parlamentarischen Beratungen zum Bericht des Bundesrates zu den Erfahrungen und Perspektiven des EMRK-Beitritts, Amtl. Bull NR 2016 366.

Vielmehr ist es Aufgabe des EGMR, in der zukünftigen Rechtsprechung klare Standards zur Tragweite des Subsidiaritätsgrundsatzes zu entwickeln und sie konsistent anzuwenden; auch die Wissenschaft ist dabei angerufen, aus der nur schwer überblickbaren Rechtsprechung des EGMR Leitlinien für bestimmte Fallgruppen abzuleiten. In Bezug auf die Tatsachenfeststellung soll die vorliegende Arbeit einen solchen Beitrag leisten. Bevor aber der Versuch einer solchen Systematisierung der Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK unternommen wird, soll nachfolgend als Abschluss des vorliegenden Kapitels aufgezeigt werden, welche spezifische Begründung und Bedeutung der Subsidiaritätsgrundsatz für die Tatsachenfeststellung unter der EMRK aufweist. Verbindliche Leitlinien für den Einzelfall lassen sich aus dem Subsidiaritätsgrundsatz zwar kaum ableiten, weil er als Prinzipiennorm nicht nach umfassender Verwirklichung verlangt, sondern eine graduelle Beachtung und Abwägung mit anderen Prinzipien zulässt.²⁷¹ Als dogmatischer Begründungsansatz und Maßstab für die Einordnung der richterrechtlich entwickelten Leitsätze zur Tatsachenfeststellung im Verfahren vor dem EGMR lässt er sich jedoch sehr wohl heranziehen.

4. Bedeutung für die Tatsachenfeststellung unter der EMRK

Der Subsidiaritätsgrundsatz als Kompetenzausübungsregel beschlägt – wie oben herausgearbeitet – insbesondere auch die Tatsachenfeststellung.²⁷² Im Unterschied zu innerstaatlichen Instanzengerichten, welche aufgrund der anwendbaren Verfahrensrechtsordnungen oftmals an die Sachverhaltsfeststellungen unterer Gerichte gebunden sind,²⁷³ sehen für den EGMR diesbezüglich weder die EMRK noch die EGMR-VerfO irgendwelche Beschränkungen vor.²⁷⁴ Trotz dieser umfassenden Tatsachenkognition auferlegt sich der EGMR in der Würdigung der Tatsachen im Sinne des Subsidiaritätsgrundsatzes in vielen Fällen große Zurückhaltung.²⁷⁵

²⁷¹ Vgl. oben, III.

²⁷² Vgl. statt vieler Christoffersen, S. 277; Hoffmann, S. 156; Mowbray, S. 323 f.; Schlüter, S. 47 f.

²⁷³ Vgl. für das schweizerische Bundesgericht Art. 97 BGG, wonach die Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz nur gerügt werden kann, wenn sie „offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 [BGG] beruht [...]“. Das Bundesgericht legt diese Bestimmung so aus, dass nur eine gravierende Rechtsverletzung eine Berichtigung des Sachverhalts rechtfertigt, vgl. BGE 138 II 331 E. 1.3. In der Praxis kommt hierfür namentlich eine Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV) oder des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) in einer seiner vielfältigen Ausprägungen in Frage; vgl. dazu Corboz, in: *commentaire LTF*, Rn. 9 ff. zu Art. 97 BGG.

²⁷⁴ Vgl. statt vieler EGMR, Urteil vom 25. Juli 2017, *Annenkov und andere v. Russland*, § 80.

²⁷⁵ Lesenswert zum Zusammenhang zwischen uneingeschränkter Sachverhaltskognition und selbstauferlegter richterlicher Zurückhaltung in der Kontrolle der Tatsachenfeststellung im innerstaatlichen Kontext EGMR, Urteil vom 26. April 1995, *Fischer v. Österreich*, Separate Opinion Martens, Ziff. 13: „[...] Judicial restraint [...] presupposes competence. Only a „tribunal“ which has full competence can decide, on the merits of each case, whether and to what extent it must exercise restraint. [...]“. Die Erwägung lässt sich ohne weiteres auf den EGMR übertragen, dem bezüglich Tatsachenfeststellung keine verfahrensrechtlichen Schranken auferlegt sind, der sich im

Bereits in *Klaas v. Deutschland* hob der EGMR im Sinne des Subsidiaritätsgrundsatzes – jedoch ohne seine explizite Erwähnung – hervor, es liege im Regelfall nicht in seiner Kompetenz, die Beweiswürdigung der nationalen Gerichte durch eine eigene Würdigung der Tatsachen zu ersetzen.²⁷⁶ In jenem Fall brachte die Beschwerdeführerin vor, zwei Polizisten seien anlässlich einer Verkehrskontrolle vor ihrem Wohnblock ohne jede Not und vor den Augen ihrer achtjährigen Tochter mit unverhältnismäßiger Gewalt gegen sie vorgegangen.²⁷⁷ Die Polizisten hingegen behaupteten, die Beschwerdeführerin sei von Anfang an äußerst aggressiv gewesen. Erst als die Beschwerdeführerin unter einem Vorwand versucht habe, sich einer Kontrolle durch eine Flucht in ihre Wohnung zu entziehen, hätten sie Gewalt anwenden müssen; die Behändigung und Fesselung der Beschwerdeführerin sei nötig gewesen, weil diese großen Widerstand geleistet habe, als sie aufgefordert worden sei, für eine Blutkontrolle ins Spital mitzukommen.²⁷⁸

Nach Anhörung der Nachbarin der Beschwerdeführerin, der beteiligten Polizisten und der Tochter der Beschwerdeführerin sowie einer umfassenden Würdigung dieser Zeugenaussagen kam das Regionalgericht Detmold zum Schluss, dass die Schilderungen der Polizisten glaubhaft seien und wies die Schadenersatzklage der Beschwerdeführerin ab.²⁷⁹ Das Oberlandesgericht Hamm wies eine dagegen erhobene Beschwerde ab,²⁸⁰ und das Bundesverfassungsgericht trat auf das dagegen erhobene Rechtsmittel gar nicht erst ein, weil die Beweiswürdigung durch das Oberlandesgericht Hamm weder willkürlich noch sonst verfassungswidrig erscheine.²⁸¹

Konfrontiert mit zwei unvereinbaren Tatsachenschilderungen hielt eine knappe Mehrheit der zuständigen Kammer des EGMR fest, das erstinstanzliche Gericht habe in seinem Verfahren – anders als die später befassten Gerichte, einschließlich des EGMR – einen unmittelbaren Eindruck der Glaubwürdigkeit der verschiedenen Zeuginnen und Zeugen erhalten. Angesichts des Fehlens konkreter anderslautender Beweise sei deshalb auf seine Tatsachenfeststellung abzustellen und das Vorliegen einer Verletzung von Art. 3 EMRK zu verneinen.²⁸² Die drei unterlegenen Richter hingegen hielten dafür, dass es nicht Sache der Beschwerdeführerin gewesen wäre, zu beweisen, dass sie unverhältnismäßiger Gewalt ausgesetzt gewesen sei. Vielmehr hätte ihrer Meinung nach der deutsche Staat beweisen müssen, dass die ausgeübte

Hinblick auf den Subsidiaritätsgrundsatz aber dennoch zurückhält, von der innerstaatlichen Sachverhaltsfeststellung abzuweichen.

²⁷⁶ Vgl. EGMR, Urteil vom 22. September 1993, *Klaas v. Deutschland*, § 29: „It is further recalled that it is not normally within the province of the European Court to substitute its own assessment of the facts for that of the domestic courts and, as a general rule, it is for these courts to assess the evidence before them [...]“. Bestätigt jüngst beispielsweise in EGMR, Urteil vom 16. Juni 2016, *R.D. v. Frankreich*, § 37.

²⁷⁷ Vgl. EGMR, Urteil vom 22. September 1993, *Klaas v. Deutschland*, §§ 6 f.

²⁷⁸ Vgl. EGMR, Urteil vom 22. September 1993, *Klaas v. Deutschland*, §§ 9 ff.

²⁷⁹ Vgl. EGMR, Urteil vom 22. September 1993, *Klaas v. Deutschland*, § 17.

²⁸⁰ Vgl. EGMR, Urteil vom 22. September 1993, *Klaas v. Deutschland*, § 18.

²⁸¹ Vgl. EGMR, Urteil vom 22. September 1993, *Klaas v. Deutschland*, § 19.

²⁸² Vgl. EGMR, Urteil vom 22. September 1993, *Klaas v. Deutschland*, § 30.

Gewalt verhältnismäßig gewesen sei. Dieser Beweis sei nicht erfolgt, weshalb eine Verletzung von Art. 3 EMRK anzunehmen sei.²⁸³

Der Fall *Klaas v. Deutschland* macht exemplarisch deutlich, welche zentrale Rolle der Tatsachenfeststellung für den materiellen Ausgang der Verfahren vor dem EGMR zukommt.²⁸⁴ Die obsiegende Mehrheit gewichtete die besondere institutionelle Stellung des EGMR und damit den Subsidiaritätsgrundsatz stärker als die unterliegende Minderheit. Unterschiede waren aber auch in Bezug auf die objektive Beweislast auszumachen, welche von der Mehrheit bei der Beschwerdeführerin, von der Minderheit bei den staatlichen Behörden verortet wurde.

Hatte der EGMR in *Klaas v. Deutschland* seine Zurückhaltung bei der Tatsachenfeststellung noch nicht ausdrücklich mit dem Subsidiaritätsgrundsatz verknüpft, strich er diesen Zusammenhang in der späteren Rechtsprechung auch ausdrücklich hervor. So verwies er beispielsweise in *Bartasaghi Gallo und andere v. Italien* – einem Fall zur polizeilichen Gewaltanwendung gegenüber Demonstrantinnen und Demonstranten anlässlich des G8-Gipfels in Genua im Jahr 2001 – zur Begründung seiner Zurückhaltung explizit auf den Subsidiaritätsgrundsatz: „Quant à l’appréciation des preuves, si la Cour a toujours souligné son devoir de se livrer à un examen particulièrement approfondi en cas d’allégations sur le terrain des articles 2 et 3 de la Convention [...], elle a également affirmé que, *soucieuse de respecter la nature subsidiaire de son rôle, elle n’a pas pour tâche de substituer sa propre vision des choses à celle des cours et tribunaux nationaux, auxquels il appartient en principe de peser les données recueillies par eux* [...]“²⁸⁵

Weiter präzisiert hat der EGMR die *Klaas*-Rechtsprechung, indem er festhielt, dass es aufgrund seiner subsidiären Rolle im Normalfall („*in normal circumstances*“) zwingender Gründe („*cogent elements*“)²⁸⁶ bedürfe, damit er von der Tatsachenfeststellung der innerstaatlichen Gerichte abweiche.²⁸⁷ Nur stichhaltige Beweise („*sound evidence*“), nicht hypothetische Spekulationen („*hypothetical speculation*“), vermöchten die Tatsachenfeststellung unabhängiger innerstaatlicher Gerichte in Frage zu stellen.²⁸⁸ Über diesen Leitsatz hinausgehend hielt der EGMR in jüngerer Zeit zudem fest, er dürfe die Rolle eines erstinstanzlichen Tatsachengerichts nur mit Zurückhaltung einnehmen, namentlich dann, wenn dies aufgrund der

²⁸³ Vgl. EGMR, Urteil vom 22. September 1989, *Klaas v. Deutschland*, Dissenting Opinions Pettiti, Walsh und Spielmann.

²⁸⁴ Vgl. zu dieser These schon oben, I. D. 1., I. D. 3. und II. B.

²⁸⁵ Vgl. EGMR, Urteil vom 22. Juni 2017, *Bartasaghi Gallo und andere v. Italien*, § 113 (Hervorhebung durch den Verfasser).

²⁸⁶ Etwas schwächer wirkt die französische Formulierung dieses Leitsatzes, wo „nur“ „des éléments convaincants“ vorausgesetzt werden; vgl. EGMR, Urteil vom 22. Juni 2017, *Bartasaghi Gallo und andere v. Italien*, § 113.

²⁸⁷ Vgl. statt vieler EGMR, Urteil vom 25. Juli 2017, *Annenkov und andere v. Russland*, § 80. Soweit ersichtlich findet sich dieser Leitsatz – unter Referenzierung des *Klaas*-Entscheids – erstmals in EGMR, Urteil vom 10. April 2001, *Tanli gegen Türkei*, § 110. Heute wird für diesen Leitsatz mehrheitlich rekuriert auf EGMR (Große Kammer), Urteil vom 1. Juni 2010, *Gäfen v. Deutschland*, § 93.

²⁸⁸ Vgl. EGMR, Urteil vom 15. Dezember 2016, *Khlaifia und andere v. Italien*, §§ 207–208.

Umstände des Einzelfalls unabdingbar erscheine („*where this is [...] rendered unavoidable by the circumstances of a particular case*“).²⁸⁹

Nun scheint zwar im Ausgangspunkt klar zu sein, dass der EGMR aufgrund des Subsidiaritätsgrundsatzes nicht ohne Not in die Tatsachenfeststellung der innerstaatlichen Gerichte eingreift. Wiewohl in der diesbezüglich wegweisenden *Klaas*-Entscheidung zudem einzelne Gründe für diese Zurückhaltung ausgemacht werden können, bleibt aber erläuterungsbedürftig, worin die spezifische Rolle des Subsidiaritätsgrundsatzes für die Tatsachenfeststellung vor dem EGMR bestehen könnte. Zu beantworten sind außerdem die Fragen, wann „*zwingende Gründe*“ vorliegen, welche ausnahmsweise gebieten, dass der EGMR in die innerstaatliche Tatsachenfeststellung eingreift, und welche Umstände des Einzelfalls als so „*außergewöhnlich*“ zu werten sind, dass sie ein Tätigwerden des EGMR als „*erstinstanzliches Tatsachengericht*“ erforderlich machen. In Antwort auf diese beiden Fragen sollen im vorliegenden Kapitel nur einige typische Fallkonstellationen herausgebildet werden, welche dann im weiteren Verlauf der Arbeit genauer zu untersuchen sein werden.

a. Begründung des Subsidiaritätsgrundsatzes

Gemäß der oben herausgearbeiteten allgemeinen Definition zielt der Subsidiaritätsgrundsatz unter der EMRK auf ein Zusammenspiel zwischen mitgliedstaatlichen Institutionen und EGMR ab, welches dem Verbundzweck eines effektiven Menschenrechtsschutzes gerecht wird, ohne in dysfunktionaler Art und Weise die Handlungsbefugnisse der primär verantwortlichen Konventionsstaaten einzuschränken.²⁹⁰ Diese Definition gilt *mutatis mutandis* auch für die Tatsachenfeststellung, welche – wie oben aufgezeigt²⁹¹ – ein Kernelement effektiven Menschenrechtsschutzes darstellt. Wie auch aus der Rechtsprechung des EGMR deutlich hervorgeht,²⁹² sollen in erster Linie die Konventionsstaaten im Einzelfall den maßgeblichen Sachverhalt feststellen. Der EGMR schreitet diesbezüglich nur ein, wenn und soweit die innerstaatlichen Institutionen dieser Aufgabe nicht nachgekommen sind oder nicht nachkommen konnten.

Der EGMR hat die Beurteilungsprärogative der innerstaatlichen Behörden schon im *Case „Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Languages in Education in Belgium“ v. Belgien* damit erklärt, dass sie *aufgrund ihrer Nähe zum Geschehen* im Grundsatz besser zur Entscheidung geeignet seien.²⁹³ Die zentralen

²⁸⁹ Vgl. EGMR, Urteil vom 6. Juli 2017, *Sadkov v. Ukraine*, § 90: „The Court is sensitive to the subsidiary nature of its task and recognises that it must be cautious in taking on the role of a first-instance tribunal of fact where this is not rendered unavoidable by the circumstances of a particular case. [...]“ Der Leitsatz geht in dieser Formulierung zurück auf EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2012, *El-Masri v. Mazedonien*, § 155.

²⁹⁰ Vgl. oben, III. B. 1.

²⁹¹ Vgl. oben, II. B.

²⁹² Vgl. soeben, III. B. 4.

²⁹³ Vgl. EGMR (Plenum), Urteil vom 23. Juli 1968, *Case „Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Languages in Education in Belgium“ v. Belgien (Merits)*, § 10 S. 31 (englische

Erwägungen des Urteils betrafen dort zwar in erster Linie die Frage, ob eine gesetzgeberische Ungleichbehandlung verschiedener Sprachgruppen im Lichte der speziellen Begebenheiten in Belgien *sachlich gerechtfertigt werden könne* – eine Frage, die nur mittelbar mit der Tatsachenfeststellung zu tun hat. Die dort verwendete subsidiaritätsrechtliche Rechtfertigung der Beurteilungsprärogative innerstaatlicher Instanzen lässt sich jedoch ohne weiteres auf die Aufgabe der Tatsachenfeststellung übertragen: Auch im Bereich der Tatsachenfeststellung sind die nationalen Behörden aufgrund ihrer Nähe zu den Geschehnissen für die Einschätzung des Einzelfalls im Grundsatz besser geeignet als der EGMR. Die größere Nähe zum Geschehen manifestiert sich dabei in vielfältiger Art und Weise:

Hinzuweisen ist zunächst einmal auf die größere persönliche Nähe der innerstaatlichen Entscheidungsträgerinnen zu den Parteien eines konkreten Verfahrens. Insbesondere die Verwaltungsbehörden und erstinstanzlichen Gerichte haben in ihren Verfahren in der Regel die Möglichkeit, die Betroffenen sowie allfällige Zeuginnen persönlich anzuhören und sich damit auch ein direktes Bild über ihre Glaubwürdigkeit zu machen.²⁹⁴ Dies ist in Verfahren vor dem EGMR kaum je der Fall. Zwar erlaubt das anwendbare Verfahrensrecht die persönliche Befragung der Beschwerdeführerinnen grundsätzlich (vgl. Art. 54 Abs. 5 und Art. 59 Abs. 3 EGMR-VerfO sowie Rule A1 des Annexes zur EGMR-VerfO). Solche Befragungen kommen in der Praxis aufgrund des damit verbundenen Aufwands jedoch kaum vor.²⁹⁵ In der weit überwiegenden Zahl der Fälle wird das Verfahren vielmehr schriftlich durchgeführt und nur selten – insbesondere in Verfahren vor der Großen Kammer²⁹⁶ – findet überhaupt ein Hearing statt. Diese Hearings dienen dann jedoch in der Regel nicht der Abnahme von Beweisen, sondern ermöglichen den Parteien „lediglich“, in einer Verhandlung vor dem zuständigen Spruchkörper ihren Rechtsstandpunkt darzutun und auf spezifische Fragen der beteiligten Richterinnen und Richter einzugehen.²⁹⁷ In der Regel ist es den zuständigen Richterinnen und Richtern des EGMR deshalb nicht möglich, sich einen persönlichen Eindruck über die Glaubwürdigkeit der entscheidenden Zeuginnen und Zeugen zu machen. In einzelnen Urteilen wird in

Version) beziehungsweise § 10 S. 32 (französische Version); für eine Einordnung des Urteils vgl. oben, III. B. 3. a.

²⁹⁴ Vgl. auch EGMR, Urteil vom 18. November 2014, *M.A. v. Schweiz*, Dissenting Opinion Kjølbros, § 5. Aus ähnlichen Gründen hält sich beispielsweise auch das Bundesgericht mit Eingriffen in den erstinstanzlich festgestellten Sachverhalt zurück; vgl. Aemisegger/Robert, S. 1232.

²⁹⁵ Vgl. Leach/Paraskeva/Uzelac, S. 24, wonach bis Februar 2009 insgesamt lediglich in 85 Fällen *fact-finding-hearings* durchgeführt worden seien; die Häufigkeit von Hearings dürfte seither – auch infolge der enormen Arbeitsbelastung des EGMR – eher abgenommen denn zugenommen haben.

²⁹⁶ Im Jahr 2017 haben 16 Hearings stattgefunden. Lediglich zwei davon betrafen Fälle, die in Kammerbesetzung verhandelt wurden (in den Verfahren *Big Brother Watch und andere v. Vereinigtes Königreich* sowie *Sharxi und andere v. Albanien*); alle übrigen Hearings fanden im Zusammenhang mit Verfahren vor der Großen Kammer statt. Vgl. insoweit die Übersicht auf <http://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&c=>. Zugegriffen am 01.03.2018.

²⁹⁷ Eine Ausnahme bildet insoweit in jüngerer Zeit das Fact-Finding-Hearing in den Verfahren *Al Nashiri v. Polen* (no. 28761/11) und *Husayn (Abu Zubaydah) v. Polen* (no. 7511/13) vom 3. Dezember 2013, in welchem neben verschiedenen Experten auch ein Zeuge angehört wurde. Vor 2011 wurden im Rahmen von Fact-Finding-Missionen von Gerichtsdelegationen beziehungsweise von Fact-Finding-Hearings offenbar noch regelmäßiger Zeugenbefragungen durchgeführt; vgl. dazu Leach/Paraskeva/Uzelac, S. 24 ff.

diesem Sinne denn auch festgehalten, dass die nationalen Behörden im Grundsatz besser geeignet seien, die Glaubhaftigkeit von Parteibehauptungen zu überprüfen: „As a general rule, the national authorities are best placed to assess not just the facts but, more particularly, the credibility of witnesses since it is they who have had an opportunity to see, hear and assess the demeanour of the individual concerned.“²⁹⁸

Die Distanz zur streitgegenständlichen Sache und den Parteien weist dabei zusätzlich eine sprachliche Dimension auf. Die Akten des innerstaatlichen Verfahrens – einschließlich allfälliger Befragungsprotokolle und Urteile – werden im Verfahren vor dem EGMR in der Regel nicht übersetzt.²⁹⁹ Angesichts der Vielfalt der Amtssprachen der Europaratsstaaten würde daher oftmals nur eine Minderheit des urteilenden Spruchkörpers die maßgeblichen innerstaatlichen Akten überhaupt verstehen. Zentrale Bedeutung kommt vor diesem Hintergrund den schriftlichen – und im Falle von Verfahren vor der Großen Kammer auch mündlichen – Parteivorträgen zu, welche oftmals³⁰⁰ in französischer oder englischer Sprache verfasst sind (vgl. Art. 34 Abs. 2 und 3 EGMR-VerfO) und daher in der Regel vom gesamten Spruchkörper zur Kenntnis genommen werden können. Im Falle divergierender Tatsachendarstellungen obliegt es also insbesondere der Staatenvertreterin, im Verfahren vor dem EGMR auf die Tatsachenfeststellung der innerstaatlichen Instanzen und ihre Begründung hinzuweisen. Nur über diese „Vermittlerfunktion“ ist es indirekt möglich, dass der gesamte Spruchkörper die maßgeblichen innerstaatlichen Akten zur Kenntnis nimmt. Eine eigenständige Prüfung des rechtserheblichen Sachverhalts durch den gesamten Spruchkörper aufgrund sämtlicher vorliegender Beweismittel findet jedoch nicht statt; dies spricht umso mehr für Zurückhaltung gegenüber der innerstaatlichen Tatsachenfeststellung,³⁰¹ welche zumindest von den ersten Instanzen grundsätzlich mit voller Kognition durchgeführt wird.

²⁹⁸ EGMR, Urteil vom 14. März 2017, *Ilias und Ahmed v. Ungarn*, § 114 (Fall per 1. März 2018 noch vor der Großen Kammer hängig). In diesem Sinne auch EGMR, Urteil vom 20. Juni 2017, *M.O. v. Schweiz*, § 73.

²⁹⁹ In diesem Zusammenhang danke ich dem Richtervertreter Liechtensteins, Carlo Ranzoni, sowie der an den EGMR detachierten Juristin, Camilla Mariéthoz Wyssen, herzlich für ihre Auskünfte zur Praxis des EGMR.

³⁰⁰ Die Eingaben der Beschwerdeführenden können bis zur Zustellung der Beschwerde an den betreffenden Konventionsstaat grundsätzlich in irgendeiner der Amtssprachen der Konventionsstaaten verfasst sein; ab diesem Zeitpunkt müssen sämtliche Eingaben entweder in Französisch oder Englisch verfasst sein.

³⁰¹ Vgl. in diesem Zusammenhang den kritischen Unterton der unterlegenen Minderheit gegenüber einer von den innerstaatlichen Behörden abweichenden Beweiswürdigung in Unkenntnis der dort eingereichten Beweismittel in EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. August 2016, *J.K. und andere v. Schweden*, Joint Dissenting Opinion Jäderblom, Gričco, Dedov, Kjølbro, Kucsko-Stadlmayer und Poláčková, Ziff. 4: „[...] respecting the principle of subsidiarity, it is not the Court’s task to substitute its own assessment of the facts for that of the domestic courts [...] and therefore any assessment of the relevant facts and evidence that has previously been made in the domestic context must be taken into account. As it is the Government who defend the State in the case before the Court, and as a possible violation of Article 3 is at issue, their submissions as regards the facts and the applicants’ credibility must be taken into account in the Court’s ex nunc assessment of any future risks for the applicants. All this must be done without the Court having had the opportunity to hear the applicants in person and, in this case, without any of the written evidence adduced in the domestic proceedings having been presented to all the judges.“

Von erheblichem Belang ist weiter auch die zeitliche Distanz des EGMR zu den maßgeblichen Geschehnissen. Bevor eine Beschwerdeführerin an den EGMR gelangen kann, muss sie den nationalen Instanzenzug ausschöpfen (Art. 35 Ziff. 1 EMRK). Dies nimmt in der Regel mehrere Jahre in Anspruch. Hinzu kommt die Verfahrensdauer vor dem EGMR, die sich im Normalfall ebenfalls über mehrere Jahre erstreckt. Nicht selten urteilt der EGMR deshalb über Sachverhalte, die schon mehr als ein Jahrzehnt zurückliegen. Mehrere im Jahr 2017 gesprochene Urteile zu Art. 3 EMRK betrafen beispielsweise Geschehnisse rund um den G8-Gipfel in Genua im Juli 2001.³⁰² In den 182 im Untersuchungszeitraum ergangenen Urteilen des EGMR zur Vereinbarkeit von Polizeigewalt mit Art. 3 EMRK betrug die durchschnittliche Dauer zwischen den maßgeblichen Geschehnissen und dem Urteil des EGMR fast neuneinhalb Jahre.³⁰³ Es ist offensichtlich, dass es nach einer solchen Zeitspanne aussichtslos wäre, die tatsächlichen Geschehnisse von neuem rekonstruieren zu wollen. Nicht ohne Grund verlangt der EGMR von den Konventionsstaaten bei glaubhaften Vorbringen einer Verletzung von Art. 3 EMRK die *sofortige* Einleitung einer Untersuchung, weil sonst wertvolle Zeit („precious time“) verloren ginge, und jegliche weitere Untersuchung der Geschehnisse erheblich erschwert, wenn nicht völlig verunmöglicht würde („[which makes] any further investigation of the applicant’s allegations complicated, if not impossible.“).³⁰⁴ Dieses vom EGMR gegenüber den konventionsstaatlichen Institutionen verwendete Argument gilt *mutatis mutandis* auch für den EGMR, der auch aufgrund der zeitlichen Distanz seines Verfahrens zu den maßgeblichen Geschehnissen bezüglich der Tatsachenfeststellung funktional deutlich weniger geeignet ist als die innerstaatlichen Behörden.

Schließlich ist auch auf die eingeschränkte Kapazität des EGMR hinzuweisen. Der EGMR verfügt neben den 47 Richterinnen und Richtern (vgl. Art. 20 EMRK) über rund 640 Juristinnen und Juristen.³⁰⁵ Der EGMR bewegt sich damit in der Größenordnung des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts, das mit derzeit 77 Richterinnen und Richtern zwar über mehr Richterinnenstellen, mit rund 230 Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreibern aber über deutlich weniger Juristinnenstellen verfügt.³⁰⁶ Während das Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2016 7517 Fälle erledigt hat,³⁰⁷ beläuft sich dieselbe Kennzahl für den EGMR auf 38.505 Fälle (davon 1926 durch Urteil

³⁰² Vgl. EGMR, Urteil vom 26. Oktober 2017, *Cirino und Renne v. Italien*; EGMR, Urteil vom 26. Oktober 2017, *Blair und andere v. Italien*; EGMR, Urteil vom 26. Oktober 2017, *Azzolina und andere v. Italien*. Ebenfalls aus diesem Kontext stammt – wie bereits erwähnt – EGMR, Urteil vom 22. Juni 2017, *Bartesaghi Gallo und andere v. Italien*.

³⁰³ Nicht berücksichtigt wurde für die Berechnung EGMR, Urteil vom 16. Mai 2017, *Romanescu v. Rumänien*, weil dieses aufgrund des temporalen Anwendungsbereichs der EMRK nicht die beschwerdeauslösende Misshandlung des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit dem Sturz des Ceaușescu-Regimes im Jahr 1989 zum Gegenstand haben konnte, sondern nur die erst nach der rumänischen Ratifizierung der EMRK unterlassenen Untersuchungen (vgl. in diesem Zusammenhang auch die Dissenting Opinion von Richter Wojtyczek im genannten Urteil).

³⁰⁴ Beispielhaft EGMR, Urteil vom 5. Oktober 2017, *Ostrovezecs v. Lettland*, no 36043/13, § 79.

³⁰⁵ Vgl. http://www.echr.coe.int/Documents/Registry_FRA.pdf. Zugegriffen am 01.03.2018.

³⁰⁶ Vgl. <https://www.bvger.ch/bvger/de/home/das-bundesverwaltungsgericht/richterinnen-und-gerichtsschreibende.html>. Zugegriffen am 01.03.2018.

³⁰⁷ Vgl. GB BVerG 2016, S. 1.

und 36.579 durch Unzulässigkeitsentscheidung beziehungsweise Streichung).³⁰⁸ Per 31. Dezember 2016 waren weitere 79.750 Beschwerden vor dem EGMR hängig.³⁰⁹

Allein dieses Zahlenverhältnis macht deutlich, dass der EGMR unmöglich in jedem Fall ein ausgedehntes Beweisverfahren durchführen kann. Schon allein aufgrund seiner Kapazitätsgrenzen ist es für den EGMR unumgänglich, die Aufgabe der Tatsachenfeststellung im Wesentlichen auf die innerstaatlichen Institutionen zu verlagern. Eigenständige Tatsachenfeststellungen wird er überdies auch deshalb nur in Ausnahmefällen vornehmen können, weil ihm teilweise das nötige Fachwissen fehlt: Soweit unter Art. 3 EMRK beispielsweise zu prüfen ist, ob die gesundheitliche Versorgung von Häftlingen angemessen war, fehlt dem EGMR die notwendige medizinische Expertise für eine methodisch fundierte Beurteilung.³¹⁰ Ähnliches gilt für die forensische Überprüfung der Echtheit eingereicherter Dokumente; wohl auch deshalb hat der EGMR beispielsweise im Fall *M.A. v. Schweiz* explizit offengelassen, ob ein als Beweismittel eingereichtes iranisches Urteil echt sei.³¹¹

Weil die innerstaatlichen Behörden und Gerichte funktional also in verschiedener Hinsicht besser geeignet sind, die konventionsrechtlich relevanten Tatsachen festzustellen, spricht der Subsidiaritätsgrundsatz für einen diesbezüglichen Handlungsvorrang der innerstaatlichen Behörden und Gerichte. Soweit die Aufgabe der Tatsachenfeststellung aus subsidiaritätsrechtlichen Überlegungen vorrangig den Institutionen der Konventionsstaaten zugewiesen wird, müssen sie diese im Einklang mit der allgemeinen Definition des Subsidiaritätsgrundsatzes³¹² aber auch tatsächlich wahrnehmen, um dem Verbundzweck Genüge zu tun. Kommen sie der Aufgabe nicht nach, führt dies zwangsläufig zu einem Vakuum, das der EGMR ausfüllen muss, um einen effektiven Menschenrechtsschutz zu gewährleisten.

b. Der EGMR als erstinstanzliches Tatsachengericht: Konstellationen

Grundsätzlich greift der EGMR im Einklang mit diesem subsidiaritätsrechtlichen Grundgedanken nur in Ausnahmefällen in die innerstaatlichen Tatsachenfeststellungen ein. Solche Ausnahmefälle liegen gemäß der Rechtsprechung einerseits vor, wenn „zwingende Gründe“ eine Korrektur der innerstaatlichen Tatsachenfeststellungen gebieten, andererseits, wenn die Umstände des Einzelfalls als so „außergewöhnlich“ zu werten sind, dass sie ein Tätigwerden des EGMR als „erstinstanzliches Tatsachengericht“ erforderlich machen.³¹³ Es liegt nahe, das Vorliegen „zwingender Gründe“ beziehungsweise „außergewöhnlicher Umstände“ davon abhängig zu machen, ob das innerstaatliche Verfahren so durchgeführt worden ist, dass ein plausibler Sachverhalt erstellt werden konnte. Eine Zurückhaltung des EGMR ist nämlich nur

³⁰⁸ Vgl. diesbezüglich die Statistik in GB EGMR 2016, S. 191.

³⁰⁹ Vgl. diesbezüglich die Statistik in GB EGMR 2016, S. 192.

³¹⁰ Vgl. EGMR, Urteil vom 2. Mai 2017, *Golubar v. Kroatien*, § 39; ähnlich EGMR, Urteil vom 18. Februar 2016, *Rywin v. Polen*, § 149.

³¹¹ Vgl. EGMR, Urteil vom 18. November 2014, *M.A. v. Schweiz*, § 64.

³¹² Vgl. oben, III. B. 1. b.

³¹³ Vgl. oben, III. B. 4.

angezeigt, wenn die nationalen Gerichte von ihrer funktional privilegierten Stellung Gebrauch machen und die maßgeblichen Tatsachen in methodisch nachvollziehbarer Art und Weise feststellen.

Insoweit besteht also ein enger subsidiaritätsrechtlicher Zusammenhang zwischen der Prüfungsdichte des EGMR bezüglich der Tatsachengrundlagen eines Falls einerseits und der Qualität der innerstaatlichen Tatsachenfeststellung andererseits. Im Folgenden ist deshalb zunächst aufzuzeigen, welche Anforderungen der EGMR an die innerstaatliche Tatsachenfeststellung stellt. Wie aufzuzeigen sein wird, nimmt der EGMR „zwingende Gründe“ für ein Eingreifen in die innerstaatliche Tatsachenfeststellung insbesondere dann an, wenn er gleichzeitig eine prozedurale Verletzung von Art. 3 EMRK oder eine Verletzung von Art. 13 EMRK festgestellt hat. Hand in Hand mit der Feststellung solcher zwingender Gründe geht das Tätigwerden des EGMR als „erstinstanzliches Tatsachengericht“. Es wird deshalb auch aufzuzeigen sein, welche Möglichkeiten der EGMR zur Hand hat, um innerstaatliche Versäumnisse zu kompensieren.

Der EGMR wird unter Art. 3 EMRK jedoch noch in einer zweiten Fallkonstellation wie ein „erstinstanzliches Tatsachengericht“ tätig – wenn sich nämlich der rechtserhebliche Sachverhalt seit der letzten innerstaatlichen Entscheidung derart verändert hat, dass eine neue rechtliche Würdigung daraus folgt. Wiederholt hat der EGMR in diesem Zusammenhang festgehalten, er müsse seinem Urteil die aktuellen Gegebenheiten zugrunde legen, um dem konventionsrechtlich vorgegebenen Ziel eines effektiven Menschenrechtsschutzes Genüge zu tun. Besondere Bedeutung hat diese *ex-nunc*-Rechtsprechung in *Refoulement*-Fällen, in denen die Wegweisung eines Ausländers in einen anderen Staat noch aussteht. In dieser wie in anderen Konstellationen kann es vorkommen, dass der EGMR seinem Urteil einen anderen Sachverhalt zugrunde legt als das letztinstanzliche nationale Gericht. Auch diese Fallkonstellationen sind nachfolgend dogmatisch näher zu beleuchten.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



IV. Tatsachenfeststellung im Verhältnis zwischen nationalen Gerichten und EGMR



Inhaltsverzeichnis

A. Subsidiaritätsrechtlicher Zusammenhang zwischen der Qualität des nationalen Verfahrens und der Tatsachenfeststellungsfunktion des EGMR.....	85
B. Prozedurale Anforderungen der EMRK an die Tatsachenfeststellung der nationalen Gerichte.....	87
1. Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK als dogmatische Grundlagen.....	87
a. Funktion und Verhältnis von Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK.....	87
b. Anknüpfungspunkte der prozeduralen Vorgaben aus Art. 13 und 3 EMRK.....	89
c. Allgemeine Leitsätze zur Wirksamkeit des Rechtsbehelfs.....	93
2. Systematisierung der Rechtsprechung des EGMR zu den prozeduralen Anforderungen an die innerstaatliche Tatsachenfeststellung.....	94
a. Rechtsprechung zu <i>Refoulement</i> -Fällen.....	96
b. Rechtsprechung zu Übergriffen von Staatsoffiziellen.....	101
c. Allgemeine Leitsätze.....	110
C. Variabler Kontrollmaßstab des EGMR bezüglich der innerstaatlichen Tatsachenfeststellung.....	112
1. Willkürkontrolle.....	115
2. <i>De-novo</i> -Prüfung der innerstaatlich festgestellten Tatsachen.....	117
a. Anwendungsbereich der <i>de-novo</i> -Prüfung.....	117
b. Darstellung des Wirkungsmechanismus am Beispiel zweier Fälle.....	118
3. Beweisrecht als Instrument eines effektiven Schutzes der Konventionsrechte.....	122
a. Subsidiaritätsrechtliche Begründung.....	123
b. Der Fall <i>El-Masri v. Mazedonien</i>	124
D. Subsidiaritätsrechtliche Würdigung der herrschenden Praxis des EGMR.....	127
1. Problematische Einzelfälle.....	128
a. Beweis „au-delà de tout doute raisonnable“. Der Fall <i>Ioan Pop v. Rumänien</i>	128
b. Grenzen des prozeduralen Kriteriums bei der Bemessung des Kontrollmaßstabs in Tatsachenfragen. Der Fall <i>Dembele v. Schweiz</i>	130
c. Beweislastumkehr in Grauzonenfällen. Der Fall <i>Sadkov v. Ukraine</i>	134
2. Stimmiges Gesamtbild.....	136

Im vorliegenden Kapitel soll untersucht werden, wie sich das Verhältnis von nationalstaatlichen Gerichten und EGMR im Hinblick auf die Tatsachenfeststellung konkret gestaltet. Im Vordergrund steht dabei die Frage, ob und unter welchen Umständen der EGMR von der innerstaatlichen Tatsachenfeststellung abweichen soll. Solche in der Praxis durchaus vorkommende Abweichungen beruhen teilweise auf einer von den innerstaatlichen Instanzen differierenden beweisrechtlichen Herangehensweise des EGMR. Unterschiede können sich aber wie eben erläutert¹ auch daraus ergeben, dass der EGMR mit Tatsachenbehauptungen und Beweisen konfrontiert wird, die den innerstaatlichen Gerichten nicht vorlagen; diese (auch) temporale „novenrechtliche“ Dimension bleibt vorläufig indes zugunsten einer materiellen Betrachtungsweise ausgeklammert und ist erst im nächsten Teil dieser Arbeit zu beleuchten.²

Im Hinblick auf die in diesem Kapitel einschlägige Fragestellung soll zunächst der subsidiaritätsrechtliche Zusammenhang zwischen der Qualität des innerstaatlichen Verfahrens und der beweisrechtlichen Herangehensweise des EGMR etwas ausführlicher skizziert werden.³ Wie sich zeigen wird, hängt die Kontrolldichte des EGMR in Tatsachenfragen maßgeblich von der Qualität des innerstaatlichen Verfahrens ab. Diese Qualität bemisst sich im Verfahren vor dem EGMR namentlich nach den prozeduralen Vorgaben, die sich aus der EMRK selbst ergeben. Vor diesem Hintergrund sind zunächst die Vorgaben aufzugreifen, welche der EGMR in seiner Rechtsprechung zu Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK für die innerstaatliche Tatsachenfeststellung in Fällen zu Art. 3 EMRK entwickelt hat; fokussiert wird dabei auf *Refolement*-Fälle sowie auf Fälle zu behaupteten Übergriffen von Staatsoffiziellen.⁴ Auf diesen Betrachtungen aufbauend ist aufzuzeigen, dass der Kontrollmaßstab des EGMR in Tatsachenfragen in Anknüpfung an die herausgearbeiteten prozeduralen Qualitätsmerkmale tatsächlich zwischen einer reinen Plausibilitätsprüfung und einer umfassenden *de-novo*-Prüfung oszilliert.⁵ In diesem Zusammenhang ist auch darauf einzugehen, wie der EGMR mit Beweisproblemen umgeht, die sich insbesondere dann ergeben, wenn innerstaatlich in kompletter Negation der verfahrensrechtlichen Verpflichtungen aus der EMRK überhaupt keine Untersuchung behaupteter Konventionsverletzungen stattgefunden hat.

Wie in einer abschließenden Würdigung zu zeigen sein wird, konvergiert die Praxis des EGMR in dieser wie in den übrigen Konstellationen im Grundsatz mit den Vorgaben, die sich aus dem Subsidiaritätsgrundsatz ergeben.⁶ Die Kritik, die an vereinzelt Urteilen geäußert worden ist, mag zwar im Einzelfall ihre Berechtigung haben; sie ist aber nicht geeignet, dem EGMR generell den Vorwurf zu machen, bei der Tatsachenfeststellung den Subsidiaritätsgrundsatz außer Acht zu lassen.

¹ Vgl. oben, III. B. 4. b.

² Vgl. nachfolgend, V.

³ Vgl. nachfolgend, IV. A.

⁴ Vgl. nachfolgend, IV. B.

⁵ Vgl. nachfolgend, IV. C.

⁶ Vgl. nachfolgend, IV. D.

A. Subsidiaritätsrechtlicher Zusammenhang zwischen der Qualität des nationalen Verfahrens und der Tatsachenfeststellungsfunktion des EGMR

Wie im letzten Kapitel ausgearbeitet worden ist, statuiert der Subsidiaritätsgrundsatz für den Vorgang der Tatsachenfeststellung einen Handlungsvorrang innerstaatlicher Behörden und Gerichte.⁷ Die Institutionen der Konventionsstaaten müssen der ihnen vorrangig überantworteten Aufgabe einer methodisch nachvollziehbaren Tatsachenfeststellung aufgrund des Subsidiaritätsgrundsatzes aber auch tatsächlich nachkommen. Kommen sie der Aufgabe nicht in vollem Umfang nach, ist der EGMR nicht nur berechtigt, sondern sogar gehalten, das entstandene Vakuum auszufüllen.

Der EGMR selbst hat in diesem Sinne verschiedentlich deutlich gemacht, dass er sich mit einer Korrektur der innerstaatlichen Tatsachenfeststellungen nur dann zurückhält, wenn das innerstaatliche Verfahren den von ihm definierten qualitativen Vorgaben gerecht geworden ist.⁸ Andeutungen dieses subsidiaritätsrechtlichen Zusammenhangs finden sich im Urteil *Denisenko und Bogdanchikov v. Russland* aus dem Jahr 2009.⁹

„[...] [T]he [circumstances of] the first applicant's alleged ill-treatment were rather complex. He claimed to have been beaten up after being involved in a scuffle and after an arrest which, according to some police officers, had been accompanied by the use of force against him [...]. The Court has found that the investigation into the alleged ill-treatment was beset by critical flaws and proved to be incapable of shedding light on the cause of his injuries and the circumstances accompanying their infliction. In this connection the Court reiterates that it is sensitive to the subsidiary nature of its role and recognises that it must be cautious in taking on the role of a first-instance tribunal of fact, where this is not rendered unavoidable by the circumstances of a particular case [...]. Nonetheless, where allegations are made under Article 3 of the Convention the Court must apply a particularly thorough scrutiny [...] even if certain domestic proceedings and investigations have already taken place [...].“¹⁰

Während in früheren Urteilen allgemein von einer besonders aufmerksamen Kontrolle der innerstaatlichen Tatsachenfeststellung die Rede war,¹¹ stellte der EGMR der Erwägung in *Denisenko und Bogdanchikov v. Russland* also den Hinweis voran, dass die innerstaatliche Tatsachenfeststellung ungenügend gewesen sei. Damit war die Basis dafür gelegt, die Kontrollintensität bezüglich innerstaatlicher Tatsachenfeststellung direkt von der Qualität des innerstaatlichen Verfahrens abhängig zu machen. Erstmals ausdrücklich erwähnt hat der EGMR diesen Zusammenhang soweit ersichtlich im Urteil *El-Masri v. Mazedonien*:

⁷Vgl. dazu und zum Folgenden oben, III. B. 4. a.

⁸Vgl. mit Bezug auf das *Non-Refoulement*-Gebot auch De Weck, S. 270 ff.

⁹Vgl. zuvor aber schon EGMR, Urteil vom 4. Dezember 1995, *Ribitsch v. Österreich*, Joint Dissenting Opinion Ryssdal, Matscher und Jambrek, § 1: „[...] Our conclusion: The respondent Government ordered of their own motion an inquiry which led to close scrutiny of the case by independent courts at three different levels of jurisdiction. It is not the Court's task to substitute its own assessment of the facts for that conducted by the national courts, unless these have proceeded improperly, which was not the position in the instant case.“

¹⁰EGMR, Urteil vom 12. Februar 2009, *Denisenko und Bogdanchikov v. Russland*, § 83.

¹¹Vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 26. Juli 2007, *Cozaru v. Rumänien*, § 65.

„[...] [L]a Cour, sensible à la nature subsidiaire de sa mission, reconnaît qu'elle ne peut sans de bonnes raisons assumer le rôle de juge du fait de première instance lorsque cela n'est pas rendu inévitable par les circonstances de l'affaire dont elle se trouve saisie [...]. Toutefois, lorsque des allégations sont formulées sur le terrain de l'article 3 de la Convention, elle doit se livrer à un « examen particulièrement attentif » [...], quand bien même certaines procédures et investigations auraient déjà été menées au plan interne [...]. En d'autres termes, la Cour est disposée, dans un tel contexte, à examiner d'un œil plus critique les conclusions des juridictions nationales. Pour ce faire, elle peut prendre en compte la qualité de la procédure interne et toute déficience propre à vicier le processus décisionnel [...].“¹²

In Fällen zu Art. 3 EMRK muss der EGMR demnach besonders kritischen Auges überprüfen, ob die innerstaatlichen Tatsachenfeststellungen zutreffend sind. Einzu-beziehen sind bei dieser Prüfung insbesondere auch die Qualität des innerstaatli-chen Verfahrens und allfällige Versäumnisse, die geeignet sein könnten, den Prozess der Tatsachenfeststellung zu beeinträchtigen.¹³ Der Maßstab zur Beurteilung der Qualität des innerstaatlichen Verfahrens kann dabei nur in der EMRK und nicht in den nationalen Verfahrensordnungen begründet liegen, denn der EGMR muss im Einflussbereich der Europaratsstaaten einen einheitlichen Menschenrechtsschutz gewährleisten.¹⁴

Anknüpfend an diese Logik prüft der EGMR im Rahmen seiner Urteile zu Art. 3 EMRK heute oftmals, ob die innerstaatlichen Behörden in ihren Verfahren die pro-zeduralen Anforderungen eingehalten haben, die sich namentlich aus Art. 3 oder Art. 13 EMRK ergeben.¹⁵ Ist die Antwort negativ, fließt aus dem Subsidiaritäts-grundsatz für den EGMR die Pflicht, kompensatorisch tätig zu werden und die Tat-sachen eigenständig festzustellen. Beispielsweise in *Orlov und andere v. Russland* hat der EGMR in diesem Sinne herausgestrichen, dass er sich mit einer eigenen Würdigung der Beweise stärker zurückgehalten hätte, wenn die russischen Gerichte die vorliegenden Beweise im Hinblick auf die von den Beschwerdeführern behauptete Involvierung von Staatsoffiziellen in ihre Entführung überhaupt gewürdigt hätten.¹⁶

¹²Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2012, *El-Masri v. Mazedonien*, § 155. Bestätigt im heutigen diesbezüglichen Leiturteil EGMR (Große Kammer), Urteil vom 28. September 2015, *Bouyid v. Belgien*, § 85.

¹³Bestätigt beispielsweise in EGMR, Urteil vom 26. April 2016, *Amarandei v. Rumänien*, § 141.

¹⁴Vgl. dazu schon oben, I. A. bei Fn. 13.

¹⁵EGMR, Urteil vom 6. Juli 2017, *Sadkov v. Ukraine*, § 90, mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung. Vgl. auch EGMR, Urteil vom 28. Juni 2016, *Kulyk v. Ukraine*, § 75.

¹⁶Vgl. EGMR, Urteil vom 14. März 2017, *Orlov und andere v. Russland*, § 94: „In the present case no assessment of evidence was carried out by the domestic courts. It is therefore for the Court to assess the facts of the case as presented by the parties. [...]“ Ähnliche Überlegungen finden sich in weiteren Urteilen; vgl. EGMR, Urteil vom 9. Juni 2016, *Popovi v. Bulgarien*, § 62. Vgl. für eine ähnliche Erwägung im Kontext eines Falls zur medizinischen Versorgung eines Häftlings EGMR, Urteil vom 22. März 2016, *Litvinov v. Russland*, § 85: „In the absence of an effective remedy to air complaints of inadequate medical services afforded to inmates, the Court may find itself obliged to perform a first-hand evaluation of evidence before it to determine whether the guarantees of Articles 2 or 3 of the Convention have been respected.“

Zieht man diese Herangehensweise im konkreten Einzelfall auf eine abstrakte Ebene, lässt sich die subsidiaritätsrechtliche Leitlinie für die Tatsachenfeststellung des EGMR im Verhältnis zu den nationalstaatlichen Gerichten wie folgt formulieren: Grundsätzlich stellt der EGMR auf die Tatsachenfeststellung der nationalen Gerichte ab und korrigiert diese nur im Falle von Willkür. Dies gilt jedoch nur insoweit, als die nationalen Gerichte der ihnen primär zugewiesenen Aufgabe einer methodisch nachvollziehbaren Tatsachenfeststellung nachgekommen sind. Ist solches zu verneinen, liegen jene „zwingenden Gründe“ vor, die es nach der Rechtsprechung gebieten, dass der EGMR in die innerstaatliche Tatsachenfeststellung eingreift und eigene Feststellungen trifft. Nachfolgend ist in Anbetracht dieser Zusammenhänge zu erläutern, welche Kriterien sich aus der Rechtsprechung des EGMR zur Beurteilung der Qualität innerstaatlicher Tatsachenfeststellung herauskristallisieren lassen und worauf sich diese Kriterien dogmatisch stützen.

B. Prozedurale Anforderungen der EMRK an die Tatsachenfeststellung der nationalen Gerichte

1. Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK als dogmatische Grundlagen

In Fällen zu Art. 3 EMRK fließen die prozeduralen Verpflichtungen insbesondere aus Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK selbst. In *enforced-disappearance*-Fällen leiten sich zusätzliche Untersuchungspflichten aus Art. 5 EMRK ab.¹⁷ Allerdings unterscheiden sich die Untersuchungspflichten aus dieser Bestimmung nicht kategorisch von den verfahrensrechtlichen Verpflichtungen, die sich auch aus Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK ergeben, weshalb die nachfolgenden Ausführungen – auch aufgrund der Eingrenzung des Forschungsgegenstands der vorliegenden Arbeit¹⁸ – auf letztere Bestimmungen fokussieren.

a. Funktion und Verhältnis von Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK

Wie bereits mehrfach ausgeführt, sollen die Konventionsgarantien nach der Konzeption der EMRK in erster Linie auf der Ebene der Mitgliedstaaten gewährleistet werden.¹⁹ Die Beschwerde an den EGMR ist den Verfahren in den Mitgliedstaaten nachgelagert und kommt nur *subsidiär* zur Anwendung.²⁰ Prozessualer Ausdruck dieser Grundkonzeption sind Art. 13 EMRK und Art. 35 Ziff. 1 EMRK.²¹ Nach

¹⁷Vgl. dazu und zum Folgenden van der Wilt/Lyngdorf, S. 50.

¹⁸Vgl. dazu oben, I. D.

¹⁹Vgl. oben, I. A., III. B. 1.

²⁰EGMR (Große Kammer), 26.10.2000, *Kudla v. Polen*, § 152.

²¹Breuer, in: Kommentar EMRK, Rn. 1 zu Art. 13 EMRK.

Art. 13 EMRK hat jede Person, die „in ihren in dieser Konvention anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, (...) das Recht, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben [...]“. Art. 13 EMRK als „Verfahrensgrundrecht“²² stellt mithin sicher, dass die Konventionsgarantien schon auf mitgliedstaatlicher Ebene effektiv implementiert werden.²³ Ein effektiver Schutz umfasst dabei einerseits die inhaltliche Prüfung einer behaupteten Konventionsverletzung und andererseits Wiedergutmachung, wenn eine Konventionsverletzung zu bejahen ist.²⁴ Soweit ein solcher effektiver Rechtsschutz besteht, sind Rechtssuchende dazu verpflichtet, den innerstaatlichen Instanzenzug auszuschöpfen (Art. 35 Ziff. 1 EMRK).²⁵ Zwischen Art. 13 und Art. 35 Ziff. 1 EMRK besteht insoweit ein enger Konnex.²⁶

Neben Art. 13 EMRK statuieren auch die materiellen Konventionsgarantien bestimmte Untersuchungspflichten; diese verfahrensrechtlichen Gehalte leitet der EGMR aus einer Zusammenschau von Art. 1 EMRK mit dem jeweiligen materiellen Konventionsrecht ab.²⁷ Dogmatisch tragende Begründung ist dabei – auch im Zusammenhang von Art. 3 EMRK – der Effektivitätsgrundsatz:

„[...] pour que l'interdiction [...] de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants [...] s'avère efficace en pratique, il faut qu'existe une procédure permettant [...] d'enquêter sur [...] les allégations de mauvais traitements infligés à une personne se trouvant entre [les] mains [d'agents publics].“²⁸

Art. 13 EMRK und die prozeduralen Gehalte von Art. 3 EMRK schließen sich dabei nicht etwa gegenseitig aus, sondern ergänzen sich im Hinblick auf die Sicherstellung eines effektiven verfahrensrechtlichen Schutzes der Konventionsgarantien schon auf innerstaatlicher Ebene.²⁹ Art. 13 EMRK ist dabei insofern umfassender, als er nicht nur die Fälle zu Art. 3 EMRK abdeckt, sondern auf alle Konventionsrechte anwendbar ist. Zudem verlangt er über eine effektive Untersuchung hinausgehend auch eine angemessene Wiedergutmachung.³⁰ In Bezug auf die hier interessierenden prozeduralen Vorgaben zur Untersuchung des maßgeblichen

²² Frowein/Peukert, Rn. 1 zu Art. 13 EMRK.

²³ Peters/Altwickler, S. 173; Christoffersen, S. 374, spricht von Art. 13 EMRK als „central provision concerning the implementation of the ECHR“.

²⁴ Vgl. Leach, Rn. 6553. Siehe auch EGMR, 30.10.1991, *Vilvarajah und andere v. Vereinigtes Königreich*, § 122.

²⁵ EGMR, Urteil vom 7. Juli 2015, *V.M. und andere v. Belgien*, §§ 178–179.

²⁶ Breuer, in: Kommentar EMRK, Rn. 1 zu Art. 13 EMRK; Lanter, S. 30 ff.

²⁷ Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 17. September 2014, *Mocanu und andere v. Rumänien*, § 317.

²⁸ Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 17. September 2014, *Mocanu und andere v. Rumänien*, § 316 (Hervorhebung durch den Verfasser).

²⁹ Vgl. Altermann, S. 90 ff.; De Weck, S. 276, m.w.H.

³⁰ Vgl. EGMR, Urteil vom 18. Juni 2002, *Orhan v. Türkei*, § 384. Angedeutet wird dies auch in EGMR, Urteil vom 1. Juli 2014, *Saba v. Italien*, Partly Dissenting Opinion Lemmens: „[...] il importe de faire une nette distinction entre le volet procédural de l'article 3, qui concerne l'efficacité des mesures préventives, et l'article 13, qui concerne le redressement de la violation commise.“

Sachverhalts bleibt Art. 3 EMRK (prozedural) jedoch im Verhältnis zu Art. 13 EMRK eine *lex specialis*,³¹ die denselben Anwendungsbereich und dieselbe dogmatische Tragweite aufweist.³² Es rechtfertigt sich vor diesem Hintergrund, die Bestimmungen nachfolgend in einem zu betrachten.³³

Bei der Umsetzung der prozeduralen Vorgaben aus Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK genießen die Konventionsstaaten ein großes Ermessen.³⁴ „Art. 13 does not go so far as to require any particular form of remedy, contracting states being afforded a margin of discretion in conforming to their obligations under this provision.“³⁵ Die Bestimmung schreibt den Konventionsstaaten also nicht die Mittel vor, sondern verpflichtet sie lediglich dazu, *im Ergebnis* wirksame innerstaatliche Rechtsbehelfe zur Verfügung zu stellen.³⁶ Selbiges ließe sich aufgrund der Rechtsprechung auch für den prozeduralen Gehalt von Art. 3 EMRK sagen.³⁷ Das Gegenstück zur Freiheit in der Ausgestaltung der nationalen Verfahrensordnungen bildet jedoch die Verpflichtung der Staaten, im Sinne einer *organizational duty* innerstaatliche Verfahren zur Verfügung zu stellen, die den Anforderungen von Art. 13 EMRK und dem prozeduralen Gehalt von Art. 3 EMRK gerecht werden.³⁸ Soweit derartige Verfahren fehlen, sind die Vertragsstaaten gehalten, sie zu schaffen.³⁹

b. Anknüpfungspunkte der prozeduralen Vorgaben aus Art. 13 und 3 EMRK

Die Anwendung von Art. 13 EMRK ist beschränkt auf Fälle, in denen die Verletzung materieller Konventionsgarantien in Frage steht. Ein Recht auf wirksame innerstaatliche Beschwerde besteht mit anderen Worten nur, soweit die Verletzung der Konventionsgarantien aus Abschn. I der EMRK beziehungsweise aus einem Zusatzprotokoll gerügt wird.⁴⁰ Art. 13 EMRK ist akzessorisch zu den materiellen Konventionsrechten und hat keine „unabhängige Existenz“.⁴¹ Dies gilt selbstredend auch für die prozeduralen Gehalte von Art. 3 EMRK, die zum vornherein nur zum

³¹ Vgl. EGMR, Urteil vom 12. Mai 2015, *Identoba v. Georgien*, § 106.

³² In diesem Sinne auch van der Wilt/Lyngdorf, S. 49.

³³ Dies umso mehr, als auch der EGMR nicht immer klar zu unterscheiden scheint, warum er in einem Fall Art. 3 EMRK (prozedural) oder Art. 13 EMRK prüft; vgl. EGMR, Urteil vom 12. April 2016, *M.C. und A.C. v. Rumänien*, Partly Dissenting Opinion Kūris. Aus denselben Gründen mit einem vergleichbaren Ansatz van der Wilt/Lyngdorf, S. 50.

³⁴ Peters/Altwicker, S. 173.

³⁵ EGMR, Urteil vom 30. Oktober 1991, *Vilvarajah und andere v. Vereinigtes Königreich*, § 122.

³⁶ Christoffersen, S. 302.

³⁷ Vgl. statt vieler EGMR, Urteil vom 7. März 2017, *V.K. v. Russland*, § 185.

³⁸ Christoffersen, S. 299.

³⁹ Peters/Altwicker, S. 173.

⁴⁰ Frowein/Peukert, Rn. 1 zu Art. 13 EMRK; Breuer, in: Kommentar EMRK, Rn. 11 zu Art. 13 EMRK.

⁴¹ Vgl. EGMR, Urteil vom 7. Juli 2009, *Zavoloka v. Lettland*, § 35 a).

Tragen kommen können, wenn eine materielle Verletzung von Art. 3 EMRK im Raume steht.

Für die Anwendbarkeit der prozeduralen Verpflichtungen kann allerdings nicht vorausgesetzt werden, dass schon eine Verletzung von Art. 3 EMRK festgestellt worden ist. Der Wortlaut von Art. 13 EMRK ließe eine solche Interpretation zwar zu. Schon in seiner frühen Rechtsprechung hat der EGMR jedoch klargestellt, dass Art. 13 EMRK schon im Vorfeld der Feststellung einer allfälligen materiellen Verletzung der EMRK von Bedeutung ist.⁴² Dies ist an sich selbstverständlich, dient Art. 13 EMRK doch gerade der Klärung der Frage, ob die Rüge einer Konventionsverletzung begründet ist.⁴³ Eine anderweitige Auslegung liefe überdies darauf hinaus, dass eine Beschwerde immer schon nach materiellem Konventionsrecht begründet wäre, womit Art. 13 EMRK keinen eigenständigen Anwendungsbereich besäße.⁴⁴ Aus denselben Gründen kommen auch die prozeduralen Verpflichtungen aus Art. 3 EMRK schon vor der allfälligen Feststellung einer Verletzung von Art. 3 EMRK zum Tragen.

Nach der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des EGMR ist für die Anwendbarkeit von Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK (prozedural) deshalb lediglich notwendig, dass eine Konventionsverletzung in *vertretbarer* Art und Weise *geltend gemacht* wird („lorsqu’un individu *soutient de manière défendable* avoir subi [...] un traitement contraire à l’article 3“).^{45,46} Der EGMR nimmt Vertretbarkeit an, wenn die Behauptung einer Konventionsverletzung nicht schon *prima facie* als unbegründet erscheint und sie deshalb eine vertiefte Prüfung durch die zuständigen nationalen Behörden verdient.⁴⁷ Solches ist zumindest anzunehmen, wenn eine Beschwerdeführerin detailliert über konventionsrechtlich möglicherweise problematische Geschehnisse berichtet, involvierte Personen identifizieren kann, und die Schilderungen über die Zeit hinweg konsistent bleiben.⁴⁸ Vertretbar geltend gemacht ist eine Konventionsverletzung im Falle behaupteter Übergriffe von Staatsoffiziellen beispielsweise dann, wenn durch medizinische Berichte Verletzungen dokumentiert sind, die zumindest durch eine unzulässige polizeiliche Gewaltanwendung verursacht worden sein könnten.⁴⁹

Der Spruchpraxis des EGMR lässt sich darüber hinaus entnehmen, dass Vertretbarkeit klarerweise immer anzunehmen sei, wenn eine Konventionsverletzung vorliegt (*clearly arguable*).⁵⁰ Dies hilft allerdings nur in den Fällen weiter, in denen eine materielle Konventionsverletzung schon festgestellt worden ist. Im

⁴² Grundlegend EGMR (Plenum), Urteil vom 6. September 1978, *Klass v. Deutschland*, § 64.

⁴³ Frowein/Peukert, Rn. 2 zu Art. 13 EMRK.

⁴⁴ Matscher, S. 319.

⁴⁵ Vgl. EGMR (Große Kammer), *Mocanu und andere v. Rumänien*, § 317.

⁴⁶ Vgl. zu Art. 13 EMRK EGMR, Urteil vom 25. März 1983, *Silver und andere v. Vereinigtes Königreich*, § 113.

⁴⁷ EGMR, Urteil vom 7. Juli 2015, *V.M. und andere v. Belgien*, § 188, m.w.H.

⁴⁸ Vgl. EGMR, Urteil vom 4. April 2017, *Thuvo v. Zypern*, § 139.

⁴⁹ Vgl. EGMR, Urteil vom 24. Oktober 2017, *Devyatkin v. Russland*, § 32.

⁵⁰ Vgl. statt vieler EGMR, Urteil vom 2. Juni 2015, *Ouabour v. Belgien*, § 85.

Verfahrensablauf ist die durch Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK (prozedural) bezweckte Untersuchung einer behaupteten Konventionsverletzung dieser Feststellung vorgelagert, weshalb die Rechtsprechung des EGMR den Ablauf der Prüfung einer Konventionsverletzung in gewisser Hinsicht verdreht. Dasselbe gilt für die Rechtsprechung des EGMR, aus dem Vorliegen offensichtlicher Unbegründetheit im Sinne von Art. 35 Ziff. 3 Bst. a EMRK auf die Unvertretbarkeit einer geltend gemachten Konventionsverletzung zu schließen.⁵¹ Dem wird in der Literatur entgegengehalten, dass sich die offensichtliche Unbegründetheit in vielen Fällen erst aus einer längeren rechtlichen Erörterung in einem funktionierenden innerstaatlichen Beschwerdesystem ergebe; offensichtliche Unbegründetheit im Sinne von Art. 35 Ziff. 3 Bst. a EMRK sei deshalb nicht mit der Vertretbarkeit einer geltend gemachten Konventionsverletzung gleichzusetzen.⁵²

Die dargelegte Kritik ist im Wesentlichen auf einen unterschiedlichen Standpunkt der betreffenden Autoren und des EGMR zurückzuführen. Betrachtet man die Situation *ex ante*, das heißt vor der materiellen Prüfung der vorgebrachten Behauptung einer materiellen Konventionsverletzung in den Mitgliedstaaten, implizieren Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK (prozedural) wohl schon anknüpfend an die bloße Behauptung einer Konventionsverletzung die Pflicht, wirksame Prüfungsmechanismen zur Verfügung zu stellen.⁵³ Ob die Behauptung einer Konventionsverletzung vertretbar ist, ergibt sich nämlich erst aus der Prüfung des Sachverhalts und der Rechtsfragen im jeweiligen Verfahren.⁵⁴ Der EGMR hat denn auch selbst festgehalten, Betroffene müssten die Gelegenheit erhalten, die Vertretbarkeit ihres Vorbringens einer (drohenden) Konventionsverletzung darzulegen.⁵⁵ Ohne die zumindest oberflächliche Prüfung sämtlicher Behauptungen von Konventionsverletzungen könnten die Mitgliedstaaten die vertretbaren Behauptungen nicht herausfiltern und würden folglich regelmäßig wegen Verletzungen von Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK (prozedural) verurteilt. In diesem Sinne verlangen diese Garantien von den Mitgliedstaaten nicht nur ein effektives Verfahren zur Abklärung einer vertretbar vorgebrachten Konventionsverletzung, sondern schon ein Verfahren zur Prüfung der Vertretbarkeit selbst.⁵⁶

Die Rechtsprechung des EGMR basiert dagegen auf einer *ex-post*-Betrachtung. Die Frage der Vertretbarkeit wird in einem Zeitpunkt geprüft, in dem die beschwerdeführende Person das innerstaatliche Verfahren schon durchlaufen hat und die

⁵¹ EGMR, Urteil vom 22. Juni 2006, *Gökçe und Demirel v. Türkei*, § 70; EGMR, Urteil vom 12. Dezember 2006, *Dobál v. Slowakei*, § 50.

⁵² Frowein/Peukert, Rn. 3 zu Art. 13 EMRK.

⁵³ EGMR (Plenum), Urteil vom 6. September 1978, *Klass v. Deutschland*, § 64.

⁵⁴ Vgl. auch De Weck, S. 278, welche dies als „right to a first determination“ bezeichnet.

⁵⁵ EGMR (Große Kammer), Urteil vom 21. Januar 2011, *M.S.S. v. Belgien und Griechenland*, § 389.

⁵⁶ In diese Richtung weist auch EGMR, Urteil vom 23. Juni 2016, *Kleutin v. Ukraine*, § 62, wo explizit festgehalten wird, dass die ukrainischen Behörden zumindest die vorliegenden medizinischen Berichte hätten konsultieren müssen, um herauszufinden, „whether there was a reasonable suspicion underlying the applicant’s allegation which would engage the authorities’ obligation effectively to investigate it“.

Prüfung der Zulässigkeit einer Beschwerde an den EGMR vorzunehmen ist. Offensichtliche Unbegründetheit und damit Unzulässigkeit einer Beschwerde liegt dann vor, wenn eine Konventionsverletzung schon *prima facie* ausgeschlossen werden kann.⁵⁷ Wie der EGMR zutreffend ausgeführt hat, kommt es deshalb nur in Ausnahmekonstellationen vor, dass ein in diesem Sinne materiell offensichtlich unbegründetes Vorbringen einer Konventionsverletzung zugleich vertretbar vorgebracht worden ist.⁵⁸

Es wäre also ein Fehlschluss, aus dem fehlgeschlagenen Nachweis einer Konventionsverletzung die Unvertretbarkeit der geltend gemachten Konventionsverletzung abzuleiten.⁵⁹ Aus der Akzessorietät von Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK (prozedural) folgt nicht, dass bei Nichtbeweisbarkeit einer materiellen Konventionsverletzung auch die Verletzung der prozeduralen Garantien ausgeschlossen werden kann. Es kommt regelmäßig vor, dass der EGMR eine materielle Konventionsverletzung aufgrund mangelnder Beweisbarkeit des Sachverhalts verneint, allerdings eine prozedurale Verletzung von Art. 3 EMRK oder eine solche von Art. 13 EMRK bejaht, weil die vertretbar vorgebrachte Rüge einer Konventionsverletzung nicht angemessen untersucht worden ist.⁶⁰ In solchen Fällen wird die materielle Konventionsverletzung jedoch in der Regel erst nach eingängiger Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt des Einzelfalls verneint und es liegt entsprechend materiell keine offensichtliche Unbegründetheit vor. In der Rechtsprechung ist es deshalb nur ganz vereinzelt zur Konstellation gekommen, dass eine Beschwerde in Bezug auf die Verletzung einer materiellen Konventionsgarantie als offensichtlich unbegründet abgewiesen, gleichzeitig aber eine Verletzung von Art. 13 EMRK beziehungsweise Art. 3 EMRK (prozedural) angenommen wurde.⁶¹ Die Rechtsprechung des EGMR, wonach offensichtliche Unbegründetheit einer Beschwerde in Bezug auf eine materielle Verletzung der Konvention nicht bedeutet, dass die Anwendbarkeit von Art. 13 EMRK mit Bezug auf die Behauptung dieser Verletzung immer ausgeschlossen wäre,⁶² hat damit praktisch gesehen kaum Relevanz.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die *Vertretbarkeit* der Rüge einer materiellen Konventionsverletzung in der Praxis kaum je bejaht wird, wenn offensichtliche Unbegründetheit im Sinne von Art. 35 Ziff. 3 EMRK vorliegt; Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK (prozedural) finden in solchen Fällen nur sehr selten Anwendung. Die neuere Spruchpraxis des EGMR bestätigt dieses theoretisch entwickelte Bild des Verhältnisses zwischen der materiellen Komponente von Art. 3 EMRK einerseits

⁵⁷ EGMR, Urteil vom 9. Oktober 1979, *Airey v. Irland*, § 18.

⁵⁸ EGMR (Große Kammer), Urteil vom 27. April 1988, *Boyle und Rice v. Vereinigtes Königreich*, § 54.

⁵⁹ So aber EGMR, Urteil vom 22. Juni 2006, *Gökçe und Demirel v. Türkei*, § 70.

⁶⁰ Vgl. z. B. EGMR, Urteil vom 31. Juli 2014, *Tershiyev v. Aserbaidshjan*, §§ 70, 73; EGMR, Urteil vom 6. Juni 2013, *Mohammed v. Österreich*, §§ 85, 111; EGMR, Urteil vom 26. Juli 2007, *Georgiev v. Bulgarien*, § 67; EGMR, Urteil vom 22. Mai 2001, *Sarli v. Türkei*, §§ 70, 78.

⁶¹ Vgl. aber EGMR, Urteil vom 26. Januar 2016, *Alpar v. Türkei*.

⁶² EGMR (Große Kammer), Urteil vom 27. April 1988, *Boyle und Rice v. Vereinigtes Königreich*, § 54.

und den prozeduralen Gehalten von Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK andererseits. Die prozeduralen Garantien kommen im Prinzip nur dann zum Tragen, wenn in vertretbarer Art und Weise eine materielle Verletzung von Art. 3 EMRK geltend gemacht wird. Ist diese Schwelle überschritten, kommen die Teilgehälter jedoch unabhängig voneinander zur Anwendung: In der Rechtsprechung kommt es in diesem Sinne oft vor, dass kombinierte (also prozedurale *und* materielle) Verletzungen von Art. 3 EMRK festgestellt werden.⁶³ Zuweilen wird aber unter Verneinung einer materiellen Verletzung auch nur eine prozedurale Verletzung bejaht⁶⁴ oder werden umgekehrt prozedurale Verletzungen zwar verneint, materielle Verletzungen hingegen bejaht.⁶⁵ Diese Rechtsprechung unterstreicht, dass den prozeduralen Garantien eine eigenständige Tragweite zukommt; münzt man sie auf die Tatsachenfeststellung um, kann auch insoweit von einem selbstständigen „Recht auf Wahrheit“ gesprochen werden.⁶⁶

c. Allgemeine Leitsätze zur Wirksamkeit des Rechtsbehelfs

Art. 13 EMRK verlangt seinem Wortlaut nach die Möglichkeit, bei einer *innerstaatlichen Instanz* eine *wirksame Beschwerde* zu erheben. Mit den innerstaatlichen Instanzen sind dabei nicht nur Gerichte gemeint. Nachdem der Begriff der *Beschwerde* im schweizerischen Verfahrensrecht vor allem für den Weiterzug einer Rechtssache an ein Gericht verwendet wird,⁶⁷ ist es im Zusammenhang von Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK (prozedural) für den schweizerischen Kontext wohl passender, von einem wirksamen *Rechtsbehelf* zu sprechen.⁶⁸ Im Sinne eines Leitsatzes hat der EGMR festgehalten, die Wirksamkeit eines Rechtsbehelfs nach Art. 13 EMRK

⁶³Vgl. statt vieler EGMR, Urteil vom 24. Oktober 2017, *Devyatkin v. Russland* (Fall von Polizeigewalt) sowie EGMR, Urteil vom 26. Januar 2016, *R. v. Russland (Refoulement-Fall)*.

⁶⁴Bei privaten Übergriffen kann es sich von vornherein nur um eine prozedurale Verletzung von Art. 3 EMRK handeln; interessant sind insofern nur jene Fälle, wo eine materielle Verletzung von Art. 3 EMRK auch denkbar wäre, vgl. aus jüngerer Zeit beispielsweise EGMR, Urteil vom 10. Oktober 2017, *Tarjani v. Ungarn*; EGMR, Urteil vom 13. Juni 2017, *Daşlik v. Türkei*; EGMR, Urteil vom 4. April 2017, *Thuo v. Zypern*; EGMR, Urteil vom 28. Februar 2017, *Müftüoğlu und andere v. Türkei*.

⁶⁵Vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 14. Februar 2017, *Maslova v. Russland* sowie EGMR, Urteil vom 16. Juli 2015, *Ghedir und andere v. Frankreich*.

⁶⁶Vgl. schon oben, II. B.

⁶⁷Vgl. zur Terminologie im öffentlichen Verfahrensrecht der Schweiz Kölz/Häner/Bertschi, Rn. 21. Neben dem öffentlichen Verfahrensrecht (vgl. auf Bundesebene Art. 31 VGG) findet sich der Beschwerdebegriff in der Schweiz als Bezeichnung für einen gerichtlichen Rechtsbehelf auch im Strafprozessrecht (Art. 393 ff. StPO) und im Zivilprozessrecht (Art. 319 ff. ZPO) wieder. Auch die ordentlichen Rechtsmittel an das Bundesgericht werden als Beschwerde bezeichnet (Art. 72 ff. BGG [Beschwerde in Zivilsachen], Art. 78 ff. BGG [Beschwerde in Strafsachen], Art. 82 ff. BGG [Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten]).

⁶⁸In der Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK (prozedural) braucht der EGMR die in diesem Sinne „unverfänglicheren“ Begriffe der „procédure“ beziehungsweise der „enquête officielle“; vgl. beispielsweise EGMR (Große Kammer), *Mocanu und andere v. Rumänien*, §§ 316–317.

beurteile sich nach den Kompetenzen der mit dem Rechtsbehelf befassten innerstaatlichen Instanz und den Verfahrensgarantien, die sie gewährleistet.⁶⁹ Damit ist eine vorrangig institutionell-strukturelle Komponente angesprochen. Inhaltlich verlangen die prozeduralen Garantien, dass die betreffenden Behörden sich ernsthaft darum bemühen herauszufinden, was sich zugetragen hat („s’efforc[ent] sérieusement de découvrir ce qui s’est passé [...]“).⁷⁰

Der EGMR hat sich in Anwendung dieser Leitsätze mit verschiedenen Aspekten der prozeduralen Garantien von Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK auseinandergesetzt, welche im Folgenden indes nur insoweit vertieft aufgegriffen werden, als sie die Feststellung des konventionsrechtlich maßgeblichen Sachverhalts betreffen. Zu beachten ist dabei, dass die Anforderungen mit der Schwere der behaupteten Konventionsverletzung steigen können⁷¹ und deshalb die Frage der Wirksamkeit eines Rechtsbehelfs jeweils im Einzelfall zu beurteilen ist. Die Anforderungen, welche sich aus den nachfolgenden Kriterien ergeben, können insofern variieren.⁷² Der EGMR hat überdies schon früh statuiert, dass mehrere Rechtsbehelfe, welche für sich genommen den Anforderungen von Art. 13 EMRK nicht genügen, in einer Zusammenschau als wirksam gelten können.⁷³ Dies vorausgeschickt ist im Folgenden darzustellen, welche konkreten Vorgaben sich für die Tatsachenfeststellung im innerstaatlichen Verfahren aus Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK (prozedural) ergeben.

2. Systematisierung der Rechtsprechung des EGMR zu den prozeduralen Anforderungen an die innerstaatliche Tatsachenfeststellung

Die durch Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK (prozedural) geforderte Auseinandersetzung mit der *Substanz* einer geltend gemachten Konventionsverletzung setzt auch die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts voraus.⁷⁴ Ein wirksamer Rechtsbehelf im Sinne dieser Bestimmungen liegt nur dann vor, wenn die Tatsachenfeststellung bestimmten Anforderungen genügt. Diese These lässt sich bekräftigen, wenn

⁶⁹EGMR (Plenum), Urteil vom 6. September 1978, *Klass v. Deutschland*, § 67, kürzlich wiedergegeben beispielsweise in EGMR (Große Kammer), Urteil vom 17. Juli 2014, *Case of Centre for Legal Resources on Behalf of Valentin Câmpeanu v. Rumänien*, § 149 oder EGMR, Urteil vom 12. Januar 2016, *M.R.A. und andere v. Niederlande*, § 114.

⁷⁰Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2012, *El-Masri v. Mazedonien*, § 183.

⁷¹EGMR (Große Kammer), Urteil vom 4. Juli 2006, *Ramirez Sanchez v. Frankreich*, § 165, wo aufgrund der schwerwiegenden Auswirkungen von Isolationshaft auf die Haftbedingungen eine justizielle Behörde für die Überprüfung der vorgebrachten Konventionsverletzung verlangt wurde.

⁷²Lanter, S. 42.

⁷³EGMR, Urteil vom 25. März 1983, *Silver und andere v. Vereinigtes Königreich*, § 113 c). Kritisch Breuer, in: Kommentar EMRK, Rn. 44 zu Art. 13 EMRK; Frowein/Peukert, Rn. 8 zu Art. 13 EMRK.

⁷⁴Siehe explizit EGMR, Urteil vom 13. Januar 2015, *Iustin Robertino Micu v. Rumänien*, § 107.

man sich den zeitlichen Ablauf der Durchsetzung der Konventionsrechte vor Augen führt: Aufgrund der Ausschöpfungsregel von Art. 35 Ziff. 1 EMRK verstreichen in der Regel Jahre zwischen der behaupteten Konventionsverletzung und der Möglichkeit, diese Konventionsverletzung vor dem EGMR geltend zu machen.⁷⁵ Insbesondere die Sicherstellung relevanter Beweismittel ist nach einer solchen Zeitdauer aus verschiedenen Gründen massiv erschwert. Aufgrund der von der EMRK vorgesehenen Pflicht von Beschwerdeführerinnen, zuerst die (wirksamen) innerstaatlichen Instanzen zu durchlaufen, würde der Schutz der Konventionsrechte illusorisch, wenn die EMRK keine Vorgaben zur Verantwortlichkeit für die Ermittlung der Tatsachen beziehungsweise zur Beweiserhebung machen würde.⁷⁶

In dieser Hinsicht haben Art. 3 EMRK (prozedural) und Art. 13 EMRK zumindest auch die Funktion, dem EGMR in einem allfälligen späteren Verfahren eine brauchbare Faktenbasis für seine Entscheidung zu liefern. Die Vorgaben, die sich aus Art. 13 EMRK für die Feststellung der Tatsachen im innerstaatlichen Verfahren ergeben, beziehen sich freilich nicht nur auf die Verpflichtung der Konventionsstaaten, im Hinblick auf ein allfälliges Verfahren vor dem EGMR von Amtes wegen gewisse Geschehnisse zu untersuchen (*Beweisführungslast*).⁷⁷ Wie oben dargelegt wurde, zielen Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK (prozedural) in erster Linie darauf ab, den Rechtsschutz gegen Konventionsverletzungen einschließlich einer angemessenen Wiedergutmachung bereits auf Ebene der Konventionsstaaten zu gewährleisten; nur mittelbar wird hierdurch auch eine Entlastung des EGMR bezweckt.⁷⁸ Wenn im innerstaatlichen Verfahren nun aber an sich aussagekräftige Beweismittel ohne nachvollziehbare Begründung für unzulässig erklärt werden und unberücksichtigt bleiben, kann nicht von einem wirksamen Rechtsbehelf die Rede sein, weil durch die *Unzulässigkeitsregeln* der Beweis der behaupteten Konventionsverletzung faktisch verunmöglicht wird. Dasselbe gilt für übersteigerte *Beweismaßvorschriften*, welche den Beweis der behaupteten Konventionsverletzung über Gebühr erschweren. In die Überlegungen einzubeziehen sind schließlich auch die Vorgaben, die sich aus Art. 13 EMRK und Art. 3 (prozedural) in Bezug auf die *Beweiswürdigung* und die *Beweislastverteilung* im innerstaatlichen Verfahren ergeben.

Die nachfolgende Analyse der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 13 EMRK beschränkt sich – entsprechend der Ausrichtung der Arbeit – auf Fälle mit Bezug zu Art. 3 EMRK. Ein Schwergewicht wurde auf *Refoulement*-Fälle und auf Fälle behaupteter Übergriffe von Staatsoffiziellen gelegt, weil in diesen Konstellationen die Aufgabe der Tatsachenfeststellung besonders heikle Fragen aufwirft.⁷⁹

⁷⁵Vgl. dazu oben, III. B. 4. Etwas modifiziert stellt sich die Ausgangslage in den sogleich zu besprechenden *Refoulement*-Fällen dar, weil hier eine Konventionsverletzung oftmals noch nicht erfolgt ist, sondern aufgrund einer Wegweisungsverfügung lediglich latent im Raume steht.

⁷⁶Zu diesem Aspekt wurde unter dem Titel der „Untersuchungspflichten“ der EMRK-Staaten aus Art. 13 EMRK denn auch schon einiges publiziert, vgl. z. B. Altermann, S. 70 ff. oder van der Wilt/Lyngdorf, S. 39 ff.

⁷⁷Vgl. zu diesem Begriff Saladin, S. 121.

⁷⁸Vgl. oben, III. B. 2. a.

⁷⁹Vgl. dazu schon oben, I. D. 3.

Im Schlussteil dieser Arbeit wird zu klären sein, inwiefern die gewonnenen Erkenntnisse auf weitere Fallkonstellationen unter Art. 3 EMRK sowie unter anderen Konventionsrechten übertragen werden können.

a. Rechtsprechung zu *Refoulement*-Fällen

Bereits oben ist herausgearbeitet worden, welche Wichtigkeit beweisrechtlichen Fragestellungen und damit dem innerstaatlichen Verfahren in Abschiebungsfällen zukommt.⁸⁰ Der EGMR hat die Problematik ebenfalls früh erkannt und in verschiedenen Einzelfällen konkrete Vorgaben für die Risikoprüfung im innerstaatlichen Verfahren entwickelt.⁸¹ Im kürzlich ergangenen Leitentscheid *J.K. und andere v. Schweden* hat der EGMR die Chance ergriffen, seine bis dahin in Einzelfällen entwickelten Anforderungen an das innerstaatliche Verfahren in *Refoulement*-Fällen in ihrer ganzen Vielfältigkeit darzustellen.

Der Fall betraf die Wegweisung einer irakischen Familie nach Bagdad. Die Familie machte gegen den Vollzug der Wegweisung geltend, im Irak drohe ihr aufgrund des vormaligen beruflichen Engagements des Familienvaters für die amerikanischen Streitkräfte eine Verfolgung durch die radikalen Extremisten der Al-Qaida; der irakische Staat sei diesbezüglich nicht schutzfähig.⁸² Die schwedischen Behörden anerkannten zwar, dass die Familie bis zur Beendigung des beruflichen Engagements des Familienvaters im Jahr 2008 gravierenden Übergriffen durch die Al-Qaida ausgesetzt gewesen sei. Für die darauffolgende Zeit bis zu ihrer Ausreise im Jahr 2010 beziehungsweise 2011 hätten sie jedoch nicht aufzeigen können, weiterhin einer Verfolgung ausgesetzt gewesen zu sein. Ein entsprechendes Risiko sei auch für die Zukunft zu verneinen, zumal die irakischen Behörden diesbezüglich mittlerweile schutzfähig seien.⁸³

aa. Untersuchungsgrundsatz, Mitwirkungspflichten und Zulässigkeit von Beweismitteln

Schon der Sachverhalt des Falls *J.K. und andere v. Schweden* macht deutlich, dass es zwei Aspekte sind, die im Hinblick auf die Zulässigkeit einer Abschiebung aus Sicht von Art. 3 EMRK beweisrechtlich von Bedeutung sein können: einerseits die spezifische (Verfolgungs-)Situation, der eine Person nach ihrer Rückkehr ausgesetzt wäre (hier: mögliche Übergriffe durch die Al-Qaida aufgrund des früheren beruflichen Engagements des Familienvaters); andererseits die allgemeine Situation,

⁸⁰Vgl. oben, II. A.

⁸¹Vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 11. Juli 2000, *Jabari v. Türkei*, §§ 39–41.

⁸²EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. August 2016, *J.K. und andere v. Schweden*, § 13, §§ 61–66.

⁸³EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. August 2016, *J.K. und andere v. Schweden*, §§ 14–20, §§ 67–76.

mit welcher alle Bewohnerinnen des Zielstaats konfrontiert sind (hier: das angeblich fehlende Vermögen der irakischen Sicherheitsbehörden, Schutz vor privater Verfolgung zu gewährleisten). Während spezifische Wegweisungshindernisse oftmals nur durch die Mitwirkung der Schutzsuchenden dokumentiert werden können, stehen zur Dokumentation der allgemeinen Sicherheits- und Versorgungslage in einem Zielland in der Regel zahlreiche Berichte von Regierungs- und Nichtregierungsorganisationen zur Verfügung. Entsprechend dieser Ausgangslage unterscheidet der EGMR im Hinblick auf die Beweisführungslast. Für den Nachweis einer unmenschlichen Behandlung aus individuell-spezifischen Gründen ist im Grundsatz die Schutzsuchende verantwortlich,⁸⁴ für die Beschaffung allgemeiner Lageberichte sind es die mitgliedstaatlichen Behörden.⁸⁵

Selbst wo die Beweisführungslast bei den Schutzsuchenden liegt, ergeben sich aus Art. 3 EMRK jedoch gewisse Vorgaben für die Ausgestaltung des nationalen Verfahrensrechts. Namentlich in Asylverfahren wird zur Abklärung einer potenziell mit einer Abschiebung verbundenen individuell-spezifischen Bedrohung in der Regel eine Anhörung durchgeführt.⁸⁶ Diese ist aufgrund der Vorgaben der EMRK in einer Sprache durchzuführen, die der Schutzsuchenden zugänglich ist; überhaupt ist diese über das anwendbare Verfahren so zu informieren, dass sie sich ein Bild über ihre Rechte und Pflichten machen kann.⁸⁷ Aufgrund der faktischen Schwierigkeiten von Schutzsuchenden, sich relevante Beweismittel aus dem Heimatstaat zukommen zu lassen, darf das anwendbare Verfahrensrecht überdies nicht so unflexibel ausgestaltet und angewendet werden, dass die Möglichkeit des Nachweises einer individuellen Verfolgung faktisch ausgeschlossen ist.⁸⁸ In Umsetzung dieses Leitsatzes dürfte es beispielsweise nicht zulässig sein, ein Beweismittel aufgrund zeitlicher Verspätung aus dem Recht zu weisen, wenn dieses geeignet wäre, das ernsthafte Risiko einer Verletzung von Art. 3 EMRK zu beweisen.⁸⁹ Dies bedeutet für die

⁸⁴ EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. August 2016, *J.K. und andere v. Schweden*, § 91.

⁸⁵ EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. August 2016, *J.K. und andere v. Schweden*, § 98.

⁸⁶ Vgl. für das schweizerische Asylverfahren Art. 29 AsylG.

⁸⁷ Beanstandet in EGMR, Urteil vom 14. März 2017, *Ilias und Ahmed v. Ungarn*, §§ 116, 124 (derzeit hängig vor der Großen Kammer), weil die Anhörung in einer für die Beschwerdeführerin kaum verständlichen Sprache durchgeführt worden war und die Beschwerdeführenden aufgrund ihres Illiteralismus zudem keine Möglichkeit hatten, sich ein Bild über das Verfahren zu machen.

⁸⁸ Insofern können verkürzte Asylverfahren, die sehr kurze Fristen zur Beibringung von Beweismitteln vorsehen, aus Sicht von Art. 13 und Art. 3 EMRK problematisch sein; vgl. beispielsweise die Diskussion in EGMR, Urteil vom 16. Juni 2016, *R.D. v. Frankreich*, §§ 46–64. Lesenswert außerdem EGMR, Urteil vom 19. Januar 2016, *M.D. und M.A. v. Belgien*, Dissenting Opinion Sajó: „[...] À mon avis, la violation réside dans l’approche déraisonnablement rigide et extrêmement formaliste qu’ont suivie les autorités internes dans le traitement des éléments de preuve joints aux demandes d’asile. [...]“

⁸⁹ EGMR (Große Kammer), 21.01.2011, *M.S.S. v. Belgien und Griechenland*, § 389. Die ehemalige Schweizerische Asylrekurskommission hat in ihrer Rechtsprechung zu verspäteten Beweismittelingaben im Revisionsverfahren ganz in diesem Sinne statuiert, dass das Verfahrensrecht so ausgelegt und angewendet werden muss, dass „es zu keiner Verletzung des Gebotes des Non-refoulement [...] kommt“; vgl. EMARK 1995 Nr. 9 E. 7f und 7g. Diese Rechtsprechung der ehemaligen ARK hat bis heute Bestand; vgl. zuletzt Urteil des BVerfG D-5991/2017 vom 22. Dezember 2017 E. 3.5.

nationalen Behörden, dass sie auch bei der Anwendung verfahrensrechtlicher Regelungen immer die materielle Aussagekraft eines Beweismittels im Auge behalten müssen.⁹⁰

Fasst man diese Leitsätze zur Beweisführungslast zusammen, müssen die nationalen Behörden und Gerichte grundsätzlich von Amtes wegen sämtliche Informationen berücksichtigen, die im Hinblick auf die Beurteilung der konventionsrechtlichen Zulässigkeit einer Abschiebung von Bedeutung sein können.⁹¹ Art. 3 EMRK verlangt von den nationalen Behörden zumindest in Bezug auf allgemein zugängliche Lageberichte ein Tätigwerden *proprio motu* (Untersuchungsgrundsatz). Dies impliziert nach hier vertretener Auffassung zwar nicht die Pflicht, dass die allgemein zugänglichen Informationen in jedem Entscheid einzeln aufgezählt werden müssen; erforderlich ist jedoch, dass sie zur Praxisbildung herangezogen werden und (idealerweise) zumindest in publizierten Leitentscheiden auch ausdrücklich genannt werden. Neben den Untersuchungspflichten der konventionsstaatlichen Behörden sind auch ergänzende Mitwirkungspflichten von Schutzsuchenden vorgesehen, bei deren Verletzung Schlüsse zu ihren Ungunsten gezogen werden können. Verweigert eine Schutzsuchende beispielsweise Angaben zu ihrem Herkunftsort, ist es nicht Aufgabe der nationalen Verwaltungsbehörden und Gerichte, von sich aus nach hypothetischen Wegweisungshindernissen zu forschen.⁹²

Im Fall *Ilias und Ahmed v. Ungarn* hat der EGMR eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes erkannt, weil die ungarischen Behörden in Anwendung einer Liste sicherer Drittstaaten die Wegweisung der beiden Beschwerdeführenden angeordnet hatten, ohne die zahlreich vorliegenden Berichte zu den Verhältnissen im serbischen Asylsystem zu konsultieren und das Risiko einer Kettenabschiebung zu prüfen.⁹³ In ähnlicher Weise rügte der EGMR die russischen Behörden im Fall *Allanazarova v. Russland* dafür, dass sie trotz seiner gefestigten Rechtsprechung zur bedenklichen Menschenrechtssituation in Turkmenistan und ohne Referenzierung anderslautender Berichte die Zulässigkeit der Auslieferung der Beschwerdeführerin bejaht und sich diesbezüglich mit der Begründung begnügt hatten, die Befürchtungen der Beschwerdeführerin seien vorgeschoben.⁹⁴ In einem weiteren Fall

⁹⁰ Spijkerboer, 58. Dies entspricht im Übrigen auch der Praxis des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts; vgl. Urteil des BVGer E-3839/2016 vom 31. August 2016 E. 4.2, m.w.H. auf die Rechtsprechung.

⁹¹ EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. August 2016, *J.K. und andere v. Schweden*, §§ 14–20, § 87.

⁹² Vgl. in diesem Sinne zuletzt auch das Schweizerische Bundesverwaltungsgericht, Urteil E-6279/2015 vom 15. November 2017 E. 10.

⁹³ Vgl. EGMR, Urteil vom 14. März 2017, *Ilias und Ahmed v. Ungarn*, §§ 118, 124 (derzeit hängig vor der Großen Kammer).

⁹⁴ Vgl. EGMR, Urteil vom 14. Februar 2017, *Allanazarova v. Russland*, §§ 75, 103. Ähnlich EGMR, Urteil vom 14. Februar 2017, *S.K. v. Russland*, §§ 96–98, wo beanstandet wird, dass ohne Referenzierung einschlägiger nationaler oder internationaler Berichte einfach der Schluss gezogen worden sei, die Sicherheitslage in Syrien sei nicht derart prekär, dass temporäres Asyl gewährt werden müsste; lesenswert außerdem EGMR, Urteil vom 21. Mai 2015, *Mukhitdinov v. Russland*, §§ 49–50, wo den russischen Behörden vorgeworfen wurde, der Auslieferung des Beschwerde-

(*Paposhvili v. Belgien*) kritisierte die Große Kammer die belgischen Behörden, sie hätten es im Hinblick auf Art. 3 EMRK versäumt zu prüfen, ob die dokumentierten schwerwiegenden medizinischen Probleme des Beschwerdeführers auch in Georgien behandelbar seien.⁹⁵ Auch abgesehen von diesen drei Fällen sind die prozeduralen Anforderungen, die sich aus Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK im Hinblick auf die Beweisführungslast ergeben, von großer praktischer Relevanz: Sie können insoweit als „Kernaspekt“ der beweisrechtlichen Verpflichtungen der Konventionsstaaten in *Refoulement*-Fällen bezeichnet werden.

ba. Beweislastverteilung

Von der Frage der eben angesprochenen Beweisführungslast zu unterscheiden ist die Frage der *Beweislast*.⁹⁶ In Bezug auf die *Refoulement*-Konstellation stellt sich diesbezüglich konkret die Frage, zu wessen Nachteil es sich auswirken soll, wenn keine ernsthaften Gründe nachgewiesen werden können, die annehmen lassen würden, dass die betroffene Person nach Vollzug der Abschiebung Opfer einer unmenschlichen Behandlung würde. In den allgemeinen Erwägungen des Urteils im Fall *J.K. und andere v. Schweden* rief der EGMR diesbezüglich den allgemeinen Leitsatz in Erinnerung, „[qu’] il appartient en principe au requérant de produire des éléments susceptibles de démontrer qu’il y a des raisons sérieuses de penser que, si la mesure incriminée était mise à exécution, il serait exposé à un risque réel de se voir infliger un traitement contraire à l’article 3“.⁹⁷ Die objektive Beweislast liegt damit im Grundsatz bei den Schutzsuchenden (*affirmanti incumbit probatio*).

Allerdings kommt es unter Umständen zu einer Beweislastumkehr, wenn einer Schutzsuchenden der Nachweis gelingt, dass sie in der Vergangenheit bereits Opfer unmenschlicher Behandlung geworden ist: „[L’]existence de mauvais traitements antérieurs fournit un indice solide d’un risque réel futur qu’un requérant subisse des traitements contraires à l’article 3, dans le cas où il a livré un récit des faits globalement cohérent et crédible qui concorde avec les informations provenant de sources fiables et objectives sur la situation générale dans le pays concerné. Dans ces conditions, c’est au Gouvernement qu’il incombe de dissiper les doutes éventuels au sujet de ce risque.“⁹⁸ In einer Minderheitsmeinung ist der Wortlaut dieser Urteilspassage dahingehend beanstandet worden, dass von einem *starken* (statt einem *ernsthaften*) Indiz die Rede ist, das außerdem schon entstehen soll, wenn die Schilderungen einer

führers nach Usbekistan ohne Berücksichtigung der ihnen vorgelegten Berichte zur dortigen Menschenrechtslage und in vorschnellem Vertrauen auf die Zusicherung der usbekischen Behörde zugestimmt zu haben.

⁹⁵Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2016, *Paposhvili v. Belgien*, §§ 194–207.

⁹⁶Vgl. zu diesem Begriff Saladin, S. 121.

⁹⁷EGMR (Große Kammer) Urteil vom 23. August 2016, *J.K. und andere v. Schweden*, § 91.

⁹⁸EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. August 2016, *J.K. und andere v. Schweden*, §§ 14–20, § 102.

Beschwerdeführerin *generell* als glaubhaft erscheinen. Tatsächlich wäre es im Spiegel der bisherigen Rechtsprechung richtiger gewesen zu sagen, dass ein von den konventionsstaatlichen Behörden zu widerlegendes *ernsthaftes* Indiz für eine künftige unmenschliche Behandlung erst dann vorliegt, wenn die Beschwerdeführerin eine solche für die Vergangenheit glaubhaft gemacht hat und aufgrund ihrer Schilderungen sowie der vorliegenden Lageberichte davon auszugehen ist, dass dieses Risiko auch weiterhin besteht.⁹⁹ Allerdings ist derzeit noch unklar, ob die Mehrheit des EGMR in jenem Fall tatsächlich auf eine Verschiebung der Beweislast hin zu den nationalstaatlichen Behörden abgezielt hat oder ob es sich um rein semantische Anpassungen der bisherigen Leitsätze handelt. Keine Antwort liefert diesbezüglich jedenfalls das kurz darauf ergangene Urteil im Fall *B.A.C. v. Griechenland*, in welchem der EGMR in Anwendung der Beweislastumkehr beanstandete, dass die griechischen Behörden das Asylgesuch des Beschwerdeführers erstinstanzlich ohne nähere individuelle Begründung abgewiesen hatten, obwohl in verschiedenen früheren Verfahren eine Auslieferung des Beschwerdeführers in die Türkei abgelehnt worden war.¹⁰⁰

ca. Beweiswürdigung

Im Hinblick auf die Beweiswürdigung schreibt der EGMR den nationalstaatlichen Behörden vor, dass sie im Zweifelsfall auf die Tatsachendarstellung der Schutzsuchenden abstellen müssen: „Eu égard à la situation particulière dans laquelle se trouvent souvent les demandeurs d’asile, il est fréquemment nécessaire de leur accorder le bénéfice du doute lorsque l’on apprécie la crédibilité de leurs déclarations et des documents qui les appuient.“¹⁰¹ Aufgrund der fundamentalen Rechtsgüter, die Art. 3 EMRK schützt, dürfte dieser Grundsatz nicht nur im Zusammenhang der Wegweisung von Asylsuchenden zur Anwendung gelangen (*in dubio pro refugio*).¹⁰² Vielmehr dürften Art. 3 EMRK und Art. 13 EMRK bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Abschiebung generell gebieten, in Zweifelsfällen auf jene Tatsachen abzustellen, die für die Beschwerdeführerin günstiger sind. Dies bedeutet auch, dass aufgrund vereinzelter Unstimmigkeiten in den Aussagen von Schutzsuchenden jedenfalls nicht ohne weiteres¹⁰³ auf das fehlende Risiko einer drohenden unmenschlichen Behandlung geschlossen werden darf.¹⁰⁴

⁹⁹Vgl. zum Ganzen EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. August 2016, *J.K. und andere v. Schweden*, Dissenting Opinion Ranzoni.

¹⁰⁰EGMR, Urteil vom 13. Oktober 2016, *B.A.C. v. Griechenland*, §§ 61–67.

¹⁰¹EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. August 2016, *J.K. und andere v. Schweden*, § 93.

¹⁰²Vgl. Urteil des BVGer D-7201/2006 vom 7. September 2010 E. 4.6.1.

¹⁰³Hilfreich ist jedenfalls, wenn Schutzsuchende mit allfälligen Ungereimtheiten konfrontiert werden; vgl. EGMR, Urteil vom 20. Juni 2017, *M.O. v. Schweiz*, § 78.

¹⁰⁴Vgl. EGMR, Urteil vom 10. September 2015, *R.H. v. Schweden*, Joint Dissenting Opinion Zupančič und De Gaetano.

Gewisse Kriterien hat der EGMR daneben auch für den Beweiswert allgemeiner Lageberichte von Regierungs- und Nichtregierungsorganisationen entwickelt.¹⁰⁵ Maßgebliche Kriterien sind in jenem Bereich die Unabhängigkeit, die Vertrauenswürdigkeit und die Objektivität der Urheberin eines Berichts; berücksichtigt werden soll zudem die Qualität der einem Bericht zugrunde liegenden Untersuchung und der daraus gewonnenen Schlüsse. Von erhöhtem Beweiswert sind die Darstellungen eines Berichts, wenn sie durch andere Quellen gestützt werden, wobei insoweit wohl zusätzlich verlangt werden muss, dass die Informationen unabhängig voneinander erhoben worden sind.

Soweit ersichtlich, ist in der Rechtsprechung des EGMR noch kein Staat verurteilt worden, weil dessen Behörden in Verletzung dieser konventionsrechtlich vorgeschriebenen Beweiswürdigungsregeln entschieden hätten. Insoweit kommt den Beweiswürdigungsregeln, die sich aus Art. 3 und Art. 13 EMRK ergeben, in Abschiebungsfällen in der Praxis eine kleinere Bedeutung zu als dem Untersuchungsgrundsatz und der Beweislastverteilung.

b. Rechtsprechung zu Übergriffen von Staatsoffiziellen

Bereits oben ist die hervorragende Bedeutung herausgearbeitet worden, die einer effektiven Untersuchung behaupteter Menschenrechtsverletzungen im Hinblick auf die Ermittlung der Wahrheit auch und gerade bei behaupteten Übergriffen von Staatsoffiziellen zukommt.¹⁰⁶ Daneben dienen die Untersuchungspflichten aus Art. 3 und Art. 13 EMRK in solchen Fällen insbesondere einer effektiven Durchsetzung der Rechtsbestimmungen zum Schutze vor Folter und unmenschlicher Behandlung. Sie sollen verhindern, dass sich Staatsoffizielle ihrer straf- und administrativrechtlichen Verantwortung aufgrund ihrer besonderen beruflichen Stellung entziehen können.¹⁰⁷

Wegen der Betroffenheit von Staatsoffiziellen versteht sich von selbst, dass in der Rechtsprechung des EGMR die Unabhängigkeit der untersuchenden Behörde eine besonders wichtige Rolle spielt.¹⁰⁸ Der EGMR verlangt diesbezüglich, dass die mit einer Untersuchung betrauten Personen gegenüber der behaupteten Urheberin einer Konventionsverletzung in keinem hierarchischen Weisungsverhältnis stehen¹⁰⁹

¹⁰⁵ Vgl. dazu und zum Folgenden EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. August 2016, *J.K. und andere v. Schweden*, §§ 88–89.

¹⁰⁶ Vgl. oben, II. B.

¹⁰⁷ EGMR (Große Kammer), *Mocanu und andere v. Rumänien*, § 318.

¹⁰⁸ Vgl. van der Wilt/Lyngdorf, S. 51.

¹⁰⁹ Beanstandet beispielsweise in EGMR, Urteil vom 26. April 2016, *Amarandei und andere v. Rumänien*, § 172, weil die Untersuchungsbeamten des Militärs in die militärische Struktur eingegliedert waren; vgl. auch EGMR, Urteil vom 11. Februar 2016, *Pomilyayko v. Ukraine*, § 55; EGMR, Urteil vom 24. November 2015, *Siništaj und andere v. Montenegro*, § 148.

und auch sonst nicht institutionell mit ihr verbunden sind.¹¹⁰ Kritisch sieht er auch faktische Abhängigkeitsverhältnisse.¹¹¹ Beispielsweise im Urteil *Răzvan Laurențiu Constantinescu v. Rumänien* hat sich der EGMR deshalb besorgt gezeigt, dass die ordentlichen rumänischen Strafverfolgungsbehörden bei der Untersuchung von Übergriffen von Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten aufgrund der täglichen Zusammenarbeit mit letzteren zu wenig unabhängig sein könnten.¹¹² Ein Indiz für eine fehlende faktische Unabhängigkeit erblickt der EGMR auch darin, dass ein Staatsanwalt ohne jede Begründung auf die Tatsachendarstellung beschuldigter Staatsoffizieller abgestellt hat und insofern den Verdacht mangelnder innerer Distanz aufkommen ließ.¹¹³

Der EGMR hat offen gelassen, ob unter bestimmten Umständen lediglich Gerichtsverfahren den Anforderungen von Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK (prozedural) genügen könnten, gleichzeitig aber festgehalten, dass Gerichte (auch) unter dem Blickwinkel der Unabhängigkeit hohe Gewähr für die Wirksamkeit eines Rechtsbehelfs bieten würden.¹¹⁴ Im Weiteren soll diese institutionelle Perspektive jedoch zugunsten einer Betrachtung der konkret für die Tatsachenfeststellung maßgeblichen Vorgaben aus Art. 13 EMRK und Art. 3 EMRK in den Hintergrund gerückt werden.

Im Sinne eines allgemeinen Leitsatzes verlangt der EGMR diesbezüglich für die Effektivität einer Untersuchung, „que l'enquête [soit] à la fois rapide et approfondie, ce qui signifie que les autorités doivent toujours s'efforcer sérieusement de découvrir ce qui s'est passé et qu'elles ne doivent pas s'appuyer sur des conclusions hâtives ou mal fondées pour clore l'enquête ou fonder leur décision.“¹¹⁵ Oder umgekehrt formuliert: „[...] [T]oute carence de l'enquête affaiblissant sa capacité à établir les circonstances de l'affaire ou l'identité des responsables risque de faire conclure qu'elle ne répond pas à la norme d'effectivité requise.“¹¹⁶ Nachfolgend ist in einer systematischen Aufarbeitung der Rechtsprechung des

¹¹⁰ Beanstandet beispielsweise in EGMR, Urteil vom 5. Juli 2016, *Eğitim ve Vilim Emekçileri Sendikası und andere v. Türkei*, § 80, weil die Administrativuntersuchung zur Rechtmäßigkeit der Gewaltanwendung gegenüber Demonstrantinnen und Demonstranten von Personen durchgeführt wurde, welche als Behördenleiter potenziell selbst von einem Strafverfahren hätten betroffen sein können. Vgl. auch EGMR, Urteil vom 23. Juni 2016, *Kulyk v. Ukraine*, § 107; EGMR, Urteil vom 15. März 2016, *Hoalgă und andere v. Rumänien*, § 82; EGMR, Urteil vom 7. Mai 2015, *Emin Huseynov v. Aserbaidschan*, § 74.

¹¹¹ Grundlegend zum Ganzen EGMR (Große Kammer), Urteil vom 28. September 2015, *Bouyid v. Belgien*, § 118.

¹¹² Vgl. EGMR, Urteil vom 15. März 2016, *Răzvan Laurențiu Constantinescu v. Rumänien*, § 70.

¹¹³ Vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 14. September 2017, *Matevosyan v. Armenien*, § 77.

¹¹⁴ EGMR (Große Kammer), Urteil vom 10. Mai 2001, *Z. und andere v. Vereinigtes Königreich*, § 110.

¹¹⁵ EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2012, *El-Masri v. Mazedonien*, § 183. Vgl. auch EGMR (Große Kammer), Urteil vom 28. September 2015, *Bouyid v. Belgien*, § 123.

¹¹⁶ Vgl. zum Ganzen EGMR (Große Kammer), Urteil vom 28. September 2015, *Bouyid v. Belgien*, § 120.

EGMR herauszuarbeiten, was diese Leitsätze in Bezug auf die Untersuchung des massgeblichen Sachverhalts konkret von den innerstaatlichen Behörden verlangen.

aa. Untersuchungsgrundsatz und Beschleunigungsgebot

Der EGMR erwartet von den innerstaatlichen Behörden wie gesagt, dass sie den ernsthaften Versuch unternehmen herauszufinden, was sich tatsächlich zugetragen hat.¹¹⁷ Hierfür ist zunächst einmal *von Amtes wegen* ein Verfahren zu eröffnen, das die effektive Untersuchung der behaupteten unmenschlichen Behandlung überhaupt erlaubt.¹¹⁸ Im russischen Kontext hält der EGMR in konstanter Rechtsprechung fest, dass die Eröffnung einer Voruntersuchung gemäß Art. 144 der russischen Strafprozessordnung nicht genügt, weil im Rahmen solcher Voruntersuchungen nur beschränkte Beweiserhebungen möglich sind;¹¹⁹ ungenügend ist eine solche Voruntersuchung auch deshalb, weil die Strafbestimmungen für falsches Zeugnis und Zeugnisverweigerung keine Anwendung finden.¹²⁰ Notwendig ist im Grundsatz die Durchführung einer ordentlichen Strafuntersuchung nach Art. 146 der russischen Strafprozessordnung.¹²¹ Ähnliche Vorbehalte hat der EGMR gegenüber Voruntersuchungen nach ukrainischem¹²² und rumänischem¹²³ Strafprozessrecht angebracht.

Damit eine Untersuchung als effektiv angeschaut werden kann, ist erforderlich, dass sämtliche Beweise erhoben werden, welche vernünftigerweise zur Erhellung der tatsächlichen Geschehnisse beitragen können.¹²⁴ Anzustreben ist dabei eine möglichst vollständige Rekonstruktion und Dokumentation¹²⁵ der Abläufe.¹²⁶ Der EGMR verlangt zu diesem Zweck die Befragung jener Zeuginnen und Zeugen, welche zum tatsächlichen Geschehensablauf etwas Substanzielles aussagen

¹¹⁷ EGMR (Große Kammer), *Mocanu und andere v. Rumänien*, § 325.

¹¹⁸ Vgl. EGMR, Urteil vom 26. Juli 2016, *Adam v. Slowakei*, §§ 77–78, wo der EGMR den slowakischen Behörden vorwarf, trotz Kenntnis der Misshandlungsvorwürfe nicht von Amtes wegen ein Strafverfahren aufgenommen zu haben.

¹¹⁹ Vgl. nur EGMR, Urteil vom 24. Oktober 2017, *Devyatkin v. Russland*, § 34; EGMR, Urteil vom 16. Juli 2015, *Aleksey Borisov v. Russland*, § 60; EGMR, Urteil vom 2. Mai 2017, *Olisov und andere v. Russland*, § 81.

¹²⁰ Vgl. EGMR, Urteil vom 3. Oktober 2017, *Shevtsova v. Russland*, § 42. Leitentscheid dazu ist derzeit EGMR, Urteil vom 24. Juli 2014, *Lyapin v. Russland*, namentlich §§ 133–140.

¹²¹ Vgl. EGMR, Urteil vom 15. November 2016, *Zolotarev v. Russland*, § 49.

¹²² Vgl. EGMR, Urteil vom 28. März 2017, *Grigoryan und Sergejeva v. Ukraine*, § 61.

¹²³ Vgl. EGMR, Urteil vom 31. Mai 2016, *Gheorghiuța und Alexe v. Rumänien*, § 53.

¹²⁴ EGMR (Große Kammer), *Mocanu und andere v. Rumänien*, § 319: „[L’article 3 exige] l’adoption de toutes les mesures raisonnables propres à assurer la conduite d’une enquête effective [...]“.

¹²⁵ Vgl. EGMR, Urteil vom 5. Juli 2016, *Rahmi Şahin v. Türkei*, § 45, wo die Staatsanwaltschaft auf Tatsachen abstellte, die sich nicht auf die Akten stützen ließen.

¹²⁶ Vgl. EGMR, Urteil vom 28. März 2017, *Grigoryan und Sergejeva v. Ukraine*, § 64; EGMR, Urteil vom 26. April 2017, *Seagal v. Zypern*, § 120.

können.¹²⁷ Zu befragen sind neben allen Beschuldigten¹²⁸ zumindest die Opfer der behaupteten Misshandlung.¹²⁹ Oft ist auch die Befragung von Angehörigen hilfreich, weil durch ihr Zeugnis – bei Fehlen entsprechender medizinischer Gutachten – festgestellt werden kann, ob und gegebenenfalls in welchem Zeitraum Verletzungen entstanden sind.¹³⁰ Wenn jemand behauptet in der Lage zu sein, die für eine Misshandlung verantwortlichen Beamtinnen und Beamten identifizieren zu können, ist eine Konfrontation durchzuführen.¹³¹ In Frage kommen kann daneben unter gewissen Umständen auch eine Besichtigung der Lokalitäten, namentlich wenn das Wissen um deren Beschaffenheit maßgeblich zur Aufklärung der Geschehensabläufe beitragen kann.¹³² Bestehen Videoaufnahmen von einem Vorfall, müssen diese von den untersuchenden Behörden zu Beweis Zwecken gesichert werden,¹³³ wobei zur Verhinderung von Manipulationen nur die Sicherstellung des Originals den Anforderungen aus Art. 13 und Art. 3 EMRK gerecht wird.¹³⁴

In der Regel sollten die konventionsstaatlichen Behörden in Polizeigewahrsam genommene Personen vor einer Entlassung einem Arzt oder einer Ärztin vorführen, damit diese deren Gesundheitszustand überprüfen können. Sehen die Konventionsstaaten von systematischen Haftaustrittskontrollen ab, müssen sie alle zumutbaren Schritte unternehmen, um im Falle nachträglicher Misshandlungsvorwürfe zu untersuchen, ob die Verletzungen in Polizeigewahrsam entstanden sind.¹³⁵ Verlangt ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Erhebung medizinischer Gutachten, welche neben der Dokumentation der erlittenen Verletzungen die Fragen klären können, wann diese entstanden sind und worauf sie zurückzuführen sein könnten.¹³⁶

¹²⁷ Vgl. EGMR, Urteil vom 12. Oktober 2017, *Tiziana Pennino v. Italien*, § 51; EGMR, Urteil vom 10. Oktober 2017, *Tarjani v. Ungarn*, § 57; EGMR, Urteil vom 5. Oktober 2017, *Ostroveņecs v. Lettland*, § 78.

¹²⁸ Vgl. EGMR, Urteil vom 4. Februar 2016, *Hilal Mammadov v. Aserbaidschan*, § 96, wo die aserbaidischen Behörden dafür gerügt wurden, nur vier der sieben der an der Verhaftung des Beschwerdeführers beteiligten Polizeibeamten überhaupt befragt zu haben. Zur Vorladung der Angeeschuldigten sind alle strafprozessual zulässigen Mittel anzuwenden; vgl. EGMR, Urteil vom 13. Januar 2015, *Uğur v. Türkei*, § 103.

¹²⁹ EGMR, Urteil vom 14. September 2017, *Matevosyan v. Armenien*, § 79; EGMR, Urteil vom 3. März 2016, *Kapustyak v. Ukraine*, § 80.

¹³⁰ Vgl. EGMR, Urteil vom 31. Oktober 2017, *M.F. v. Ungarn*, § 53 f.

¹³¹ Vgl. EGMR, Urteil vom 13. November 2014, *Aktürk v. Türkei*, § 41.

¹³² Vgl. EGMR, Urteil vom 2. Mai 2017, *Kondakov v. Russland*, § 33, in dem es sich aufgedrängt hätte, einen Augenschein der Treppe zu nehmen, die der Beschwerdeführer nach Darstellung der Polizeibeamten selbstverschuldet hinuntergestürzt war.

¹³³ Vgl. EGMR, Urteil vom 5. Oktober 2017, *Ostroveņecs v. Lettland*, § 77; EGMR, Urteil vom 2. Mai 2017, *Sinikov v. Russland*, § 36; EGMR, Urteil vom 24. November 2016, *Mustafa Hajili v. Aserbaidschan*, § 51.

¹³⁴ Vgl. EGMR, Urteil vom 15. März 2016, *Ciorap v. Moldawien (Nr. 5)*, §§ 65–66.

¹³⁵ Vgl. EGMR, Urteil vom 15. November 2016, *Zolotarev v. Russland*, § 50.

¹³⁶ Insoweit ungenügende medizinische Berichte lagen vor in EGMR, Urteil vom 19. September 2017, *Zolotarev v. Russland*, § 52; EGMR, Urteil vom 14. September 2017, *Matevosyan v. Armenien*, § 80; EGMR, Urteil vom 13. Juni 2017, *Daşlik v. Türkei*, §§ 58–64. Überhaupt keine medizinische Expertise in Auftrag gegeben wurde in EGMR, Urteil vom 21. Juni 2016, *Oleynik v. Russland*, § 66.

Nachträglich erhobene medizinische Gutachten müssen dabei *lege artis* angefertigt werden.¹³⁷ Namentlich müssen sie innert nützlicher Frist in Auftrag gegeben werden, damit eine plausible Erhebung der erlittenen Verletzungen überhaupt noch möglich ist.¹³⁸ Anzustreben ist, dass die betroffene Person persönlich¹³⁹ und in Abwesenheit von Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten¹⁴⁰ untersucht werden kann. Zudem müssen die begutachtenden Ärztinnen und Ärzte die Grundlagen ihrer Folgerungen darlegen und mögliche Gründe für die von einem behaupteten Misshandlungsoffer erlittenen Verletzungen aufzeigen. Werden medizinische Gutachten diesen Anforderungen nicht gerecht, können sie nicht als entscheidende Beweismittel herangezogen werden.¹⁴¹ In Frage kommt neben der Einholung von Gutachten auch die Befragung behandelnder Ärztinnen und Ärzte.¹⁴² Im Fall *Shevtsova v. Russland* rügte der EGMR die russischen Behörden dafür, dass sie die Eröffnung eines Strafverfahrens schon verweigert hatten, bevor ihnen die bereits in Auftrag gegebene medizinische Expertise überhaupt zur Kenntnis gebracht worden war.¹⁴³

Ganz generell kommt der Schnelligkeit der Anhandnahme und der Durchführung eines Verfahrens entscheidende Bedeutung zu: „[...] une réponse rapide des autorités lorsqu’il s’agit d’enquêter sur le recours illégal à la force ou sur des allégations de mauvais traitements peut généralement être considérée comme essentielle pour préserver la confiance du public dans le respect du principe de légalité et éviter toute apparence de complicité ou de tolérance relativement à des actes illégaux.“¹⁴⁴ Es geht dabei nicht nur um die Aufrechterhaltung des öffentlichen Vertrauens in die Rechtsstaatlichkeit, sondern auch um die Möglichkeit, Beweismittel zu sichern.¹⁴⁵ Der EGMR hat wiederholt unterstrichen, dass die Effektivität einer Untersuchung

¹³⁷ Vgl. EGMR, Urteil vom 16. Dezember 2014, *Mehmet Fidan v. Türkei*, § 45, wo solches verneint wurde, weil die räumlichen Dimensionen der vom Beschwerdeführer erlittenen Verletzungen nicht dokumentiert worden seien.

¹³⁸ Verspätet war ein mit dreimonatiger Verzögerung eingeholtes rechtsmedizinisches Gutachten; vgl. EGMR, Urteil vom 1. Juni 2017, *Mindadze und Nemsitsverdizde v. Georgien*, § 106. Der EGMR hat aber auch schon bei einmonatiger Verzögerung auf die Verletzung von Art. 3 EMRK (prozedural) geschlossen; vgl. EGMR, Urteil vom 21. Juni 2016, *Igoshin v. Russland*, § 68; vergleichbar sind EGMR, Urteil vom 5. Oktober 2017, *Ostrovenecs v. Lettland*, § 78; EGMR, Urteil vom 15. November 2016, *Tudoroaie v. Rumänien*, § 87.

¹³⁹ Vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 1. Juni 2017, *Mindadze und Nemsitsverdizde v. Georgien*, § 106; EGMR, Urteil vom 11. April 2017, *Morgunov v. Russland*, § 36; EGMR, Urteil vom 4. November 2014, *Flămânzeanu v. Rumänien (Nr. 2)*, § 86.

¹⁴⁰ Vgl. EGMR, Urteil vom 5. Januar 2016, *Minikayev v. Russland*, § 69.

¹⁴¹ Vgl. EGMR, Urteil vom 10. Oktober 2017, *Tarjani v. Ungarn*, § 58.

¹⁴² Vgl. EGMR, Urteil vom 25. Februar 2016, *Zyakun v. Ukraine*, § 45.

¹⁴³ Vgl. EGMR, Urteil vom 3. Oktober 2017, *Shevtsova v. Russland*, § 44.

¹⁴⁴ Vgl. EGMR (Große Kammer), *Mocanu und andere v. Rumänien*, § 323. Vgl. zum Ganzen EGMR (Große Kammer), Urteil vom 28. September 2015, *Bouyid v. Belgien*, § 121. Vergleichbar der Leitsatz in EGMR, Urteil vom 18. Oktober 2016, *Ali Aba Talipoğlu v. Türkei*, § 34: „[...] [L]a prompte réaction des autorités est capitale pour maintenir la confiance du public et son adhésion à l’Etat de droit et pour prévenir toute apparence de tolérance d’actes illégaux ou de collusion dans leur perpétration.“

¹⁴⁵ Vgl. statt vieler EGMR, Urteil vom 12. November 2015, *Zakharin und andere v. Russland*, § 68.

nur sichergestellt werden kann, wenn sie innert nützlicher Frist in die Wege geleitet wird.¹⁴⁶ Die Grenze ist deutlich überschritten, wenn die Behörden mit der Eröffnung einer Untersuchung mehr als ein Jahr zuwarten, nachdem sie Kenntnis von einem möglichen Übergriff erhalten haben.¹⁴⁷

Auch die Beweisabnahmen sind in einem angemessenen Zeitraum durchzuführen.¹⁴⁸ Im Fall *Enver Aydemir v. Türkei* beurteilte der EGMR die Einvernahme des mutmaßlichen Opfers erst einen Monat nach der Anzeige als verspätet.¹⁴⁹ Im Fall *Smolentsev v. Russland* verneinte der EGMR die Effektivität der Untersuchung, weil die beschuldigten Polizisten zu spät einvernommen worden waren – nämlich erst 2, 8 und 32 Monate nach Einreichung der Strafanzeige.¹⁵⁰ Mit den prozeduralen Vorgaben unvereinbar sein kann auch der Umstand, dass ein Verfahren immer wieder ohne triftige Gründe unterbrochen¹⁵¹ oder von Berufungsinstanzen wiederholt an die erste Instanz zurückgewiesen wird¹⁵² und deshalb unverhältnismäßig lange andauert.¹⁵³ Wird ein Verfahren zur Vervollständigung des Sachverhalts an eine untere Instanz zurückgewiesen, ist diese zur Sicherstellung der Effektivität der Untersuchung gehalten, die Weisungen der übergeordneten Instanz zu befolgen,¹⁵⁴ um eine exzessive Verlängerung des Verfahrens zu vermeiden.¹⁵⁵

Beschwert sich eine Beschwerdeführerin vor den innerstaatlichen Instanzen erst mit maßgeblicher Verspätung auf eine durch Staatsoffizielle verursachte Verletzung von Art. 3 EMRK, kann dies einen negativen Einfluss auf die Effektivität einer

¹⁴⁶ Vgl. EGMR, Urteil vom 15. November 2016, *Tudoroaie v. Rumänien*, § 89 (Einleitung der Strafuntersuchung wegen schwerer Körperverletzung acht Jahre nach dem Vorfall); EGMR, Urteil vom 24. Mai 2016, *Manzhos v. Russland*, §§ 38–40 (Einleitung der Strafuntersuchung dreieinhalb Jahre nach Kenntnis der Misshandlungsvorwürfe).

¹⁴⁷ Vgl. EGMR, Urteil vom 4. April 2017, *Thuvo v. Zypern*, § 129. Vergleichsweise knapp bemessen ist im Lichte der übrigen Rechtsprechung die einmonatige Verzögerung, welche der EGMR in einem Urteil für die Verletzung von Art. 3 EMRK hat ausreichen lassen; vgl. EGMR, Urteil vom 15. März 2016, *Ciorap v. Moldawien (Nr. 5)*, §§ 61–62.

¹⁴⁸ Vgl. EGMR, Urteil vom 15. November 2016, *Tudoroaie v. Rumänien*, § 86.

¹⁴⁹ Vgl. EGMR, Urteil vom 7. Juni 2016, *Enver Aydemir v. Türkei*, § 66.

¹⁵⁰ Vgl. EGMR, Urteil vom 25. Juli 2017, *Smolentsev v. Russland*, § 73; in einem ähnlichen Zeitrahmen bewegten sich die Einvernahmen der beschuldigten Polizisten in EGMR, Urteil vom 13. Juni 2017, *Daşlik v. Türkei*, § 57, EGMR, Urteil vom 28. April 2016, *Balajevs v. Lettland*, § 103, sowie EGMR, Urteil vom 5. Mai 2015, *Doiciu v. Rumänien*, § 63.

¹⁵¹ Vgl. EGMR, Urteil vom 16. Mai 2017, *Romanescu v. Rumänien*, § 24.

¹⁵² Vgl. EGMR, Urteil vom 13. Juni 2017, *Kosteckas v. Litauen*, § 43 (Effektivität eines Verfahrens verneint, weil nach einem mehr als viereinhalbjährigen Prozess die Verjährung eingetreten war); EGMR, Urteil vom 18. Juni 2015, *Ushakov und Ushakova v. Ukraine*, § 91 (achtmalige Rückweisung des Verfahrens).

¹⁵³ Vgl. EGMR, Urteil vom 28. Februar 2017, *Müftüoğlu und andere v. Türkei*, § 76 (17 Jahre ohne verbindliches Urteil); EGMR, Urteil vom 17. Januar 2017, *Barakhoyev v. Russland*, § 36 (neun Jahre ohne verbindliches Urteil). Der EGMR hat auch schon eine dreijährige Verfahrensdauer als überlange qualifiziert, weil keine komplexen Fragen vorgelegen hatten; vgl. EGMR, Urteil vom 9. Juni 2016, *Popovi v. Bulgarien*, § 74.

¹⁵⁴ Vgl. EGMR, Urteil vom 15. Dezember 2015, *Şerban Marinescu v. Rumänien*, § 66.

¹⁵⁵ Vgl. EGMR, Urteil vom 10. Dezember 2015, *Asllani v. Mazedonien*, §§ 62–67.

Untersuchung haben.¹⁵⁶ Ein Ausschluss der Verantwortlichkeit für eine prozedurale Verletzung von Art. 3 EMRK kann indes nur angenommen werden, wenn die Verzögerung von der Beschwerdeführerin verschuldet ist und schon *prima facie* die Feststellung der Wahrheit verhindert.¹⁵⁷ Wenn die Behörden auch ohne die ausdrückliche Meldung einer Misshandlung genügend Indizien für die Einleitung einer Untersuchung besessen hätten, können sie sich nicht auf eine verspätete Anzeige berufen.¹⁵⁸ Unverschuldet ist die Verzögerung einer Anzeige auch dann, wenn einer in Haft befindlichen Person während längerer Zeit kein Zugang zur Außenwelt gewährt wird und sie sich insofern niemandem anvertrauen kann.

Im Fall *Mindadze und Nemsitsverdidze v. Georgien* hielt der EGMR in diesem Sinne fest, dass dem Beschwerdeführer nicht vorgeworfen werden könne, dreieinhalb Wochen mit den Misshandlungsvorwürfen zugewartet zu haben: „[I]t is plausible that prior to that date he was discouraged from making any complaints as he had been left alone in the hands of police officers whom he directly accused of torture and of prison staff who, in his opinion, might have had close official links with the presumed perpetrators, all the time without any meaningful assistance from the outside world.“¹⁵⁹ Im Fall *Zolotorev v. Russland* hat der EGMR dem Beschwerdeführer umgekehrt vorgehalten, eine der behaupteten Misshandlungen nicht früher gemeldet zu haben, zumal er kurz nach dem angeblichen Vorfall mit seinen Anwälten Kontakt gehabt habe.¹⁶⁰

ba. Beweiswürdigung und Begründungspflichten

Ist ein Verfahren eröffnet worden, das grundsätzlich den Anforderungen der Effektivität gerecht wird, ist erforderlich, dass die Behörden nicht vorschnell¹⁶¹ und ohne zureichende Begründung auf die Tatsachendarstellung der beschuldigten

¹⁵⁶ Interessant in diesem Zusammenhang auch EGMR (Große Kammer), *Mocanu und andere v. Rumänien*, Partly Dissenting Opinion Silvis (gefolgt von Stretanu), Ziff. 3. In Abweichung von der Gerichtsmehrheit war Richter Silvis der Meinung, dass der EGMR auf die Beschwerde nicht hätte eintreten dürfen, soweit sie den Beschwerdeführer Stoica betraf. Seiner Meinung nach wäre Stoica nämlich verpflichtet gewesen, die Misshandlungsvorwürfe den rumänischen Behörden zeitnah zur Kenntnis zu bringen, „pour qu’ils [aurait pu] être tranchés correctement et équitablement“. Eine elfjährige Verspätung sei in dieser Hinsicht nicht zu akzeptieren.

¹⁵⁷ Vgl. EGMR, Urteil vom 4. April 2017, *Thuvo v. Zypern*, § 128 (Vorliegen einer solchen Unmöglichkeit verneint). Ähnlich EGMR, Urteil vom 23. Juni 2016, *Kulyk v. Ukraine*, §§ 104–105 (einmonatige Verzögerung des Beschwerdeführers); EGMR, Urteil vom 31. Mai 2016, *Beortegui Marinéz v. Spanien*, § 43 (Verzögerung von dreieinhalb Monaten).

¹⁵⁸ Vgl. EGMR, Urteil vom 30. April 2015, *Shamardakov v. Russland*, § 120, wo von einem „climat d’indifférence générale“ die Rede ist.

¹⁵⁹ Vgl. EGMR, Urteil vom 1. Juni 2017, *Mindadze und Nemsitsverdidze v. Georgien*, § 105.

¹⁶⁰ Vgl. EGMR, Urteil vom 19. September 2017, *Zolotorev v. Russland*, § 60.

¹⁶¹ Vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 31. Oktober 2017, *M.F. v. Ungarn*, § 52. Hier kam der EGMR zum Schluss, dass die innerstaatlichen Behörden die beschuldigten Beamten vorschnell entlastet hätten, weil deren Alibis nicht die ganze Zeit abdeckten, für die der Beschwerdeführer geltend machte, Übergriffen ausgesetzt gewesen zu sein.

Beamtinnen und Beamten abstellen.¹⁶² Vorsicht in der Würdigung der Aussagen der involvierten Staatsoffiziellen ist insbesondere deshalb geboten, weil diese selbst alles Interesse daran haben, die Tatsachen in einem für sie günstigen Licht darzustellen.¹⁶³ Schon im Grundsatz sollte daher vermieden werden, ihren Aussagen entscheidendes Gewicht beizumessen.¹⁶⁴ Besondere Zurückhaltung drängt sich jedoch auf, wenn die Tatsachendarstellungen der beschuldigten Beamtinnen und Beamten selbst inkohärent sind,¹⁶⁵ zu anderen Beweismitteln im Widerspruch stehen¹⁶⁶ oder wenn gewisse Beteiligte die Aussage verweigern und daher kein vollständiges Bild eines Vorfalls gezeichnet werden kann.¹⁶⁷ Kaum Beweiswert haben auch Aussagen von Beamtinnen und Beamten, die bis in die Einzelheiten fast wörtlich übereinstimmen, zumal Absprachen in solchen Fällen offensichtlich sind.¹⁶⁸ Im Fall *Sitnikov v. Russland* beanstandete der EGMR in Anwendung dieser Grundsätze, dass auf die Aussage des beschuldigten Ermittlers abgestellt worden war, obwohl dieser in offensichtlichem Widerspruch zu einem medizinischen Gutachten behauptet hatte, der Beschwerdeführer habe nach einer Einvernahme keine Anzeichen irgendwelcher Verletzungen aufgewiesen.¹⁶⁹

Erforderlich ist so oder anders immer, dass die Darstellung einer Beschwerdeführerin jener der beschuldigten Beamtinnen und Beamten gegenübergestellt¹⁷⁰ und

¹⁶² Vgl. EGMR, Urteil vom 4. April 2017, *Thuo v. Zypern*, § 139; EGMR, Urteil vom 12. Oktober 2017, *Tiziana Pennino v. Italien*, § 49; EGMR, Urteil vom 14. September 2017, *Matevosyan v. Armenien*, § 77; EGMR, Urteil vom 14. Juni 2016, *Stepanian v. Rumänien*, § 72; EGMR, Urteil vom 27. Januar 2015, *Ciorcan und andere v. Rumänien*, § 143.

¹⁶³ van der Wilt/Lyngdorf, S. 53.

¹⁶⁴ Vgl. EGMR, Urteil vom 2. Mai 2017, *Sitnikov v. Russland*, § 36; EGMR, Urteil vom 6. Dezember 2016, *Mikhail Nikolayev v. Russland*, § 99. Das Abstellen auf deren Darstellung ist zwar nicht per se ausgeschlossen, bedarf jedoch einer vertieften Begründung; vgl. EGMR, Urteil vom 31. Mai 2016, *Ersin Erkuş und andere v. Türkei*, § 85; EGMR, Urteil vom 5. Januar 2016, *Minikayev v. Russland*, § 68.

¹⁶⁵ Vgl. EGMR, Urteil vom 4. April 2017, *Thuo v. Zypern*, § 132; EGMR, Urteil vom 10. Oktober 2017, *Tarjani v. Ungarn*, § 57; EGMR, Urteil vom 2. Mai 2017, *Olisov und andere v. Russland*, § 84; EGMR, Urteil vom 12. Juli 2016, *Gedrimas v. Litauen*, § 82; EGMR, Urteil vom 12. November 2015, *Rustam Khodzayev v. Russland*, § 66.

¹⁶⁶ Vgl. EGMR, Urteil vom 15. Januar 2015, *Lolayev v. Russland*, § 87.

¹⁶⁷ Vgl. EGMR, Urteil vom 4. April 2017, *Thuo v. Zypern*, § 134.

¹⁶⁸ Vgl. EGMR, Urteil vom 4. Oktober 2016, *Yusiv v. Litauen*, § 73; EGMR, Urteil vom 5. Juli 2016, *Rahmi Şahin v. Türkei*, § 46; EGMR, Urteil vom 4. Februar 2016, *Hilal Mammadov v. Aserbaidschan*, § 96.

¹⁶⁹ Vgl. EGMR, Urteil vom 2. Mai 2017, *Sitnikov v. Russland*, § 36. Vergleichbar EGMR, Urteil vom 6. Dezember 2016, *Mikhail Nikolayev v. Russland*, § 99.

¹⁷⁰ Vgl. EGMR, Urteil vom 10. Oktober 2017, *Tarjani v. Ungarn*, § 56, wo der EGMR eine unausgewogene Abwägung feststellte, weil die ungarischen Behörden zur Würdigung der Aussagen des Beschwerdeführers maßgeblich auf ein medizinisches Gutachten abgestellt hatten, das ihm für den Vorfallszeitpunkt ein fehlendes Erinnerungsvermögen infolge übermäßigen Alkoholkonsums attestierte, ohne aber darzulegen, wie ein solcher Schluss mehr als vier Monate nach dem Vorfall noch möglich wäre.

substanziert¹⁷¹ Stellung bezogen wird, warum eine der Darstellungen überzeugender erscheint als die andere.¹⁷² Dabei kann es durchaus auch als Argument gelten, dass eine Beschwerdeführerin im Verlauf des Verfahrens verschiedene Versionen zu Protokoll gegeben hat; nur muss dies auch ausdrücklich in der Würdigung der Beweismittel angeführt werden.¹⁷³ Im Fall *Mustafa Hajili v. Aserbajdschan* war die prozedurale Verletzung von Art. 3 EMRK maßgeblich darauf zurückzuführen, dass in der Einstellungsverfügung des Strafverfahrens mit keinem Wort begründet worden war, warum auf die einsilbige Darstellung der Polizeibeamten abgestellt worden war anstatt auf die differenzierten Aussagen von zwei Zeugen, welche die Schilderungen des Beschwerdeführers stützten.¹⁷⁴ In *Yusiv v. Litauen* war zwar eine medizinische Expertise eingeholt worden; der dortigen Feststellung, dass die Verletzungen des Beschwerdeführers durch Einsatz eines Knüppels verursacht worden seien, war jedoch in der weiteren Untersuchung – auch bei den Befragungen der beteiligten Polizisten – keinerlei Beachtung geschenkt worden.¹⁷⁵

Bevor ein innerstaatliches Gericht zum Schluss kommt, dass die gegenüber einer Person angewendete Gewalt zulässig war, muss es zumindest festgestellt haben, welche Form von Gewalt angewendet worden ist¹⁷⁶ und ob tatsächlich eine Situation gegeben war, in der es notwendig war, sich einer Person durch Gewalt zu behändigen.¹⁷⁷ Aufgrund der Begründung eines Entscheids muss es möglich sein, die dokumentierten Verletzungen in ein Verhältnis zu setzen zum angeblichen körperlichen Widerstand einer in Polizeigewahrsam genommenen Person und zu den dokumentierten Maßnahmen der Beamtinnen und Beamten.¹⁷⁸ Ganz allgemein wird vorausgesetzt, dass eine allfällige Einstellungsverfügung in einem Strafverfahren zumindest minimal begründet wird,¹⁷⁹ was voraussetzt, dass sie eine plausible

¹⁷¹ Verneint in EGMR, Urteil vom 12. Oktober 2017, *Tiziana Pennino v. Italien*, § 46, weil nicht spezifisch abgeklärt worden war, worauf die Fraktur des Fingers der Beschwerdeführerin zurückzuführen war.

¹⁷² Vgl. EGMR, Urteil vom 4. April 2017, *Thuvo v. Zypern*, § 136.

¹⁷³ Vgl. EGMR, Urteil vom 6. Juli 2017, *Sadkov v. Ukraine*, § 97.

¹⁷⁴ Vgl. EGMR, Urteil vom 24. November 2016, *Mustafa Hajili v. Aserbajdschan*, § 52.

¹⁷⁵ Vgl. EGMR, Urteil vom 4. Oktober 2016, *Yusiv v. Litauen*, § 72.

¹⁷⁶ Vgl. EGMR, Urteil vom 4. April 2017, *Thuvo v. Zypern*, § 135.

¹⁷⁷ Vgl. EGMR, Urteil vom 24. Oktober 2017, *Devyatkin v. Russland*, §§ 33, 36; EGMR, Urteil vom 25. Juli 2017, *Annenkov und andere v. Russland*, § 98; EGMR, Urteil vom 5. Juli 2016, *Eğitim ve Vilim Emekçileri Sendikası und andere v. Türkei*, § 83; EGMR, Urteil vom 28. April 2016, *Balajevs v. Lettland*, §§ 106–107.

¹⁷⁸ Vgl. EGMR, Urteil vom 25. Juli 2017, *Annenkov und andere v. Russland*, § 97; EGMR, Urteil vom 14. März 2017, *Barysheva v. Ukraine*, § 60; EGMR, Urteil vom 23. Februar 2016, *Aleksandr Andreyev v. Russland*, § 64.

¹⁷⁹ Vgl. EGMR, Urteil vom 6. Juli 2017, *Sadkov v. Ukraine*, § 94; nicht genügend war insofern der vage Verweis auf ein „Handgemenge“, weil aufgrund medizinischer Berichte anzunehmen war, dass der Beschwerdeführer Schläge und Tritte an Kopf und Oberkörper erlitten hatte. Vgl. auch EGMR, Urteil vom 13. November 2014, *Cüneyt Polat v. Türkei*, § 43.

Erklärung für allfällig erlittene Verletzungen enthält¹⁸⁰ und sich zumindest rudimentär zur Verhältnismäßigkeit polizeilicher Gewaltanwendung äußert.¹⁸¹ Dieser Vorgabe ist nicht Genüge getan, wenn lediglich Standardformulare verwendet werden, die kaum einen Bezug zum jeweiligen Einzelfall aufweisen.¹⁸²

Auch eine antizipierte Beweiswürdigung in Form der Abweisung eines vom behaupteten Opfer gestellten Beweisantrags bedarf zumindest einer summarischen Begründung.¹⁸³ Im Fall *Nasrettin Aslan und Zeki Aslan v. Türkei* beispielsweise hat der EGMR die türkischen Behörden dafür gerügt, dass sie die plausiblen Beweisanträge der Beschwerdeführenden einfach mit der Begründung abgewiesen hatten, diese seien weder notwendig noch nützlich.¹⁸⁴

ca. Beteiligung des Opfers am Verfahren

Wiederholt hat der EGMR es schließlich für problematisch erachtet, wenn ein Strafverfahren wegen möglichen Übergriffen von Staatsoffiziellen unter Ausschluss des Opfers stattfand und damit einer „öffentlichen Kontrolle“ entzogen wurde.¹⁸⁵ Im Fall *Zinovchik v. Russland* bemängelte er in diesem Sinne, dass dem Beschwerdeführer während des laufenden Strafverfahrens keine Einsicht in die Ermittlung gewährt worden war; zudem war dieser über die vorläufige Suspendierung des Verfahrens nur mit maßgeblicher Verspätung unterrichtet worden.¹⁸⁶ Generell ist das Resultat einer Strafuntersuchung deshalb ohne Verzug auch dem möglichen Opfer eines Übergriffs mitzuteilen.¹⁸⁷ Die Beteiligung des möglichen Opfers am innerstaatlichen Verfahren hat in Bezug auf die Feststellung der maßgeblichen Tatsachen eine Kontrollfunktion.

c. Allgemeine Leitsätze

Die eben dargelegten Grundsätze beziehen sich spezifisch auf Fälle, in denen die konventionsrechtliche Zulässigkeit einer Abschiebung beziehungsweise von (körperlichem) Zwang von Staatsoffiziellen zu beurteilen ist. Sie lassen sich deshalb

¹⁸⁰ Vgl. EGMR, Urteil vom 14. März 2017, *Barysheva v. Ukraine*, § 60; EGMR, Urteil vom 16. Februar 2016, *Caracet v. Moldawien*, § 44.

¹⁸¹ Vgl. EGMR, Urteil vom 26. Januar 2016, *Alpar v. Türkei*, § 49.

¹⁸² EGMR, Urteil vom 12. Oktober 2017, *Tiziana Pennino v. Italien*, § 52.

¹⁸³ EGMR, Urteil vom 12. Oktober 2017, *Tiziana Pennino v. Italien*, § 53; EGMR, Urteil vom 31. Mai 2016, *Beortegui Marinez v. Spanien*, § 40; EGMR, Urteil vom 4. Februar 2016, *Hilal Mammadov v. Aserbaidschan*, § 96; EGMR, Urteil vom 5. Mai 2015, *Arratibel Garciandia v. Spanien*, § 38.

¹⁸⁴ Vgl. EGMR, Urteil vom 30. August 2016, *Nasrettin Aslan und Zeki Aslan v. Türkei*, § 57.

¹⁸⁵ Vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 4. Februar 2016, *Hilal Mammadov v. Aserbaidschan*, § 97.

¹⁸⁶ Vgl. EGMR, Urteil vom 9. Februar 2016, *Zinovchik v. Russland*, §§ 62–64. Ähnlich EGMR, Urteil vom 26. November 2015, *Basenko v. Ukraine*, §§ 68–71.

¹⁸⁷ EGMR, Urteil vom 12. November 2015, *Rustam Khodzayev v. Russland*, § 68.

nicht unbesehen auf andere Fallkonstellationen übertragen. Abstrakt gesprochen ist jedoch in diesen wie in anderen Fällen erforderlich, „[que] les autorités [entrepreneur toutes] [l]es démarches appropriées pour établir ce qui s’est passé [...]“.¹⁸⁸ In *Refoulement*-Fällen geht es dabei weniger um Vorfälle in der Vergangenheit als um eine Risikoprognoze für die Zukunft. Die Grundaussage bleibt jedoch dieselbe: Es sind alle angemessenen verfahrensrechtlichen Schritte anzuordnen, die zur Erhellung des rechtserheblichen Sachverhalts beitragen können; und die innerstaatlichen Urteile sind (auch) in Bezug auf den maßgeblichen Sachverhalt angemessen zu begründen.¹⁸⁹ Was dabei als angemessen anzusehen ist, ergibt sich aus den konkreten Umständen des Einzelfalls und lässt sich nur schwerlich generalisieren.

Veranschaulichen lässt sich dieser Gedanke beispielsweise an der Entwicklung neuer technischer Hilfsmittel, die zur Untersuchung (auch) von Konventionsverletzungen herangezogen werden können. Weil es heute üblich ist, gewisse Teile von Haftanstalten mit Video zu überwachen, verlangt der EGMR zu Recht, dass im Rahmen der Untersuchung möglicher Übergriffe gegenüber Häftlingen bestehende Videoaufnahmen zu konsultieren sind.¹⁹⁰ Nicht alle technischen Hilfsmittel sind jedoch derart einfach und kostengünstig zugänglich wie Videoaufnahmen. In diesem Sinne stellt sich bei der Prüfung der Angemessenheit einer Untersuchungsmaßnahme wohl auch eine Machbarkeits- und Kostenfrage. Unter dem Blickwinkel von Art. 3 EMRK kann man sich beispielsweise mit guten Gründen die Frage stellen, ob zur Untersuchung eines (privaten) Übergriffs¹⁹¹ zwingend ein Antennensuchlauf durchzuführen ist, der ohne weiteres mehrere hunderttausend Franken kosten kann.¹⁹² Antworten auf solche Fragen ergeben sich aus der Rechtsprechung des EGMR vorderhand nicht.

Jedenfalls steigen aber die Anforderungen mit der Schwere der behaupteten Konventionsverletzung.¹⁹³ Je schwerer eine mögliche Konventionsverletzung wiegt, desto eher ist die Angemessenheit (und Erforderlichkeit) auch komplexer und weitreichender Untersuchungen zu bejahen. Dies zeigt sich beispielsweise an der

¹⁸⁸ Vgl. statt vieler EGMR, Urteil vom 19. September 2017, *Zolotorev v. Russland*, § 48.

¹⁸⁹ Vgl. allgemein zur Begründungspflicht Müller Amrei, S. 23 ff.

¹⁹⁰ Vgl. EGMR, Urteil vom 5. Oktober 2017, *Ostrovenecs v. Lettland*, § 77; EGMR, Urteil vom 2. Mai 2017, *Sinikov v. Russland*, § 36; EGMR, Urteil vom 24. November 2016, *Mustafa Hajili v. Aserbaidshan*, § 51.

¹⁹¹ Vgl. zur Anwendbarkeit von Art. 3 EMRK in diesem Kontext oben, I. D. 3.

¹⁹² Vgl. Urteil des BVGer A-5625/2016 vom 20. Dezember 2017. Das Urteil betraf einen von der StA des Kantons Aargau beim EJPD in Auftrag gegebenen Antennensuchlauf im Zusammenhang der Untersuchung eines in der Schweiz medial stark beachteten Tötungsdelikts. Für den Antennensuchlauf wurde der zuständigen Staatsanwaltschaft eine Rechnung über Fr. 631.200.– gestellt. Tötungsdelikte fallen zwar nicht in den Anwendungsbereich von Art. 3 EMRK, wohl aber sexuelle Übergriffe, für welche ähnliche Untersuchungsmaßnahmen auch schon angeordnet worden sind; vgl. beispielsweise Medienmitteilung StA Luzern zum Emmener Vergewaltigungsfall.

¹⁹³ Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 4. Juli 2006, *Ramirez Sanchez v. Frankreich*, § 165, wo aufgrund der schwerwiegenden Auswirkungen von Isolationshaft auf die Haftbedingungen eine justizielle Behörde für die Überprüfung der vorgebrachten Konventionsverletzung verlangt wird.

Rechtsprechung zu *enforced-disappearance*-Fällen: Die Durchführung einer *umfassenden* Untersuchung hat hier besondere Bedeutung, weil häufig erst die fehlende Dokumentation beziehungsweise der fehlende (politische) Wille zu einer (nachträglichen) Rekonstruktion der Geschehnisse das Klima schafft, dass Personen unter Mitwirkung von Staatsoffiziellen verschwinden.¹⁹⁴ Völlig zu Recht hält der EGMR vor diesem Hintergrund fest, allein die Unterlassung einer flächendeckenden ordnungsgemäßen Dokumentierung von Inhaftierungen „must be considered a most serious failing, since it enables those responsible [...] to conceal their involvement in a crime, to cover their tracks and to escape accountability for the fate of the detainee.“¹⁹⁵

Auch diese prozedurale Verpflichtung bezieht sich freilich konkret auf *enforced-disappearance*-Fälle und kann nicht generalisiert werden. Nachfolgend soll deshalb der Blick weg vom konkreten Inhalt der konstellationsabhängigen Untersuchungspflichten unter der EMRK hin zum (generellen) subsidiaritätsrechtlichen Zusammenhang zwischen der Qualität des innerstaatlichen Verfahrens und dem Kontrollmaßstab des EGMR gerichtet werden.

C. Variabler Kontrollmaßstab des EGMR bezüglich der innerstaatlichen Tatsachenfeststellung

Das Beweisrecht des EGMR ist in der EMRK und der EGMR-VerfO nur rudimentär geregelt.¹⁹⁶ Art. 38 EMRK sieht lediglich vor, „[que] [l]a Cour examine l’affaire de façon contradictoire avec les représentants des parties et, s’il y a lieu, procède à une enquête pour la conduite efficace de laquelle les Hautes Parties contractantes intéressées fourniront toutes facilités nécessaires“. Daraus lässt sich ableiten, dass im Verfahren vor dem EGMR der Untersuchungsgrundsatz gilt; der EGMR ist also nicht an die von den Parteien eingereichten Beweismittel gebunden, sondern vielmehr befugt, sämtliche Massnahmen anzuordnen, die er zur Klärung des Sachverhalts für nötig erachtet.¹⁹⁷ Im Rahmen solcher Anordnungen sind die Konventionsstaaten gehalten, dem EGMR auf Verlangen hin Akten zu edieren.¹⁹⁸

Im Übrigen hat der EGMR das Beweisrecht im Wesentlichen durch seine Rechtsprechung entwickelt¹⁹⁹ und dabei immer wieder hervorgehoben, dass es in einem engen Konnex zu seiner Funktion stehe; allein deshalb kann das anwendbare Beweisrecht nicht mit den allgemeinen straf- oder zivilprozessualen Beweisregeln

¹⁹⁴ van der Wilt/Lyngdorf, S. 54 f.

¹⁹⁵ Vgl. EGMR, Urteil vom 5. April 2007, *Baysayeva v. Russland*, § 146.

¹⁹⁶ Vgl. dazu schon oben, II. C. 2.

¹⁹⁷ Vgl. auch Schabas, S. 805.

¹⁹⁸ Vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 26. Januar 2017, *Khamidkariyev v. Russland*, §§ 105–107.

¹⁹⁹ Vgl. überblicksweise zum Beweisrecht des EGMR Jötten, S. 136 ff.

insbesondere des *common law*²⁰⁰ verglichen werden.²⁰¹ Eine prägnante Zusammenfassung der anwendbaren Grundsätze zum Beweismass, zur Beweiswürdigung, zur Zulässigkeit von Beweismitteln und zur Beweislast findet sich im Urteil *Nasr und Ghali v. Italien*:

„[La Cour] rappelle que, pour l’appréciation des éléments de preuve, elle retient le critère de la preuve «au-delà de tout doute raisonnable». [...] Dans le cadre de la procédure devant elle, il n’existe aucun obstacle procédural à la recevabilité d’éléments de preuve ni de formules prédéfinies applicables à leur appréciation. Elle adopte les conclusions qui, à son avis, se trouvent étayées par la libre appréciation de l’ensemble des éléments de preuve, y compris les déductions qu’elle peut tirer des faits et des observations des parties. Conformément à sa jurisprudence constante, la preuve peut résulter d’un faisceau d’indices, ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants. En outre, le degré de conviction nécessaire pour parvenir à une conclusion particulière et, à cet égard, la répartition de la charge de la preuve sont intrinsèquement liés à la spécificité des faits, à la nature de l’allégation formulée et au droit conventionnel en jeu. La Cour est également attentive à la gravité d’un constat selon lequel un État contractant a violé des droits fondamentaux [...]. Par ailleurs, la Cour rappelle que la procédure prévue par la Convention ne se prête pas toujours à une application rigoureuse du principe affirmant incumbit probatio [...]. Elle renvoie à sa jurisprudence relative aux articles 2 et 3 de la Convention selon laquelle, lorsque les événements en cause sont connus exclusivement des autorités, comme dans le cas des personnes soumises à leur contrôle en garde à vue, tout dommage corporel ou décès survenu pendant cette période de détention donne lieu à de fortes présomptions de fait. La charge de la preuve pèse dans ce cas sur les autorités, qui doivent fournir une explication satisfaisante et convaincante. En l’absence d’une telle explication, la Cour est en droit de tirer des conclusions pouvant être défavorables au gouvernement défendeur [...].“²⁰²

Subsidiaritätsrechtlich ist überdies insbesondere von Interesse, über welche „Kognition“ der EGMR in Tatsachenfragen gegenüber den nationalen Instanzen verfügt.²⁰³ Aufgrund des Fehlens konkreter Vorgaben der EMRK beziehungsweise der EGMR-VerfO muss sich der EGMR diesbezüglich massgeblich am Subsidiaritätsgrundsatz orientieren. Als Strukturmerkmal der EMRK durchzieht dieser nämlich die Rechtsprechungstätigkeit des EGMR querschnittsartig und findet auch und gerade auf seine Tatsachenfeststellungsfunktion Anwendung.²⁰⁴

²⁰⁰ Vgl. dazu auch Loucaides, S. 1433 ff.

²⁰¹ Vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 23. Februar 2016, *Nasr und Ghali v. Italien*, § 219: „[La Cour] n’a toutefois jamais eu pour dessein d’emprunter la démarche des ordres juridiques nationaux qui appliquent ce critère. Il lui incombe de statuer non pas sur la culpabilité en vertu du droit pénal ou sur la responsabilité civile, mais sur la responsabilité des États contractants au regard de la Convention. La spécificité de la tâche que lui attribue l’article 19 de la Convention – assurer le respect par les Hautes Parties contractantes de leur engagement consistant à reconnaître les droits fondamentaux consacrés par cet instrument – conditionne sa façon d’aborder les questions de preuve.“

²⁰² Vgl. EGMR, Urteil vom 23. Februar 2016, *Nasr und Ghali v. Italien*, §§ 219–220.

²⁰³ Dem hier verwendeten Begriff der „Kognition“ ist insofern mit Vorsicht zu begegnen, als es sich beim EGMR nicht um ein Instanzengericht der nationalen Gerichte handelt; vgl. dazu auch oben, I. A.

²⁰⁴ Vgl. dazu oben, II. C. 2. und III. B. 4. und IV. 1.

Aus subsidiaritätsrechtlicher Sicht kommt dabei als Kriterium für die Festlegung der Kontrolldichte nur die Qualität des innerstaatlichen Verfahrens in Frage.²⁰⁵

Vor der materiellen Beurteilung eines Falls prüft der EGMR in diesem Sinne oftmals, ob die innerstaatlichen Behörden in ihren Verfahren die prozeduralen Anforderungen eingehalten haben, die sich namentlich aus Art. 3 oder Art. 13 EMRK ergeben.²⁰⁶ Ist den prozeduralen Vorgaben von Art. 3 und Art. 13 EMRK im innerstaatlichen Verfahren Genüge getan worden, stellt der EGMR in der Regel auf die Tatsachenfeststellung der nationalen Gerichte ab und korrigiert diese nur im Falle offensichtlicher Unrichtigkeit.²⁰⁷ Sind die nationalen Gerichte der ihnen primär zugewiesenen Aufgabe einer methodisch nachvollziehbaren Tatsachenfeststellung hingegen nur unzureichend oder überhaupt nicht nachgekommen, liegen jene „zwingenden Gründe“ vor, die gebieten, dass der EGMR eingreift und eigene Feststellungen trifft.²⁰⁸

Soweit ein innerstaatliches Verfahren stattgefunden hat, liegen dem EGMR in der Regel immerhin gewisse Beweise vor; zur Gewährleistung eines effektiven Schutzes der Konventionsrechte genügt in solchen Fällen oftmals eine neuerliche Prüfung der bereits innerstaatlich erhobenen Beweismittel.²⁰⁹ Die Ausgangslage präsentiert sich insoweit anders, wenn die nationalen Behörden und Gerichte die Eröffnung eines Verfahrens ganz verweigert haben. In solchen Fällen findet die Tatsachenfeststellung durch den EGMR gewissermassen im „luftleeren“ Raum und alleine aufgrund der Beweismittel statt, welche die Beschwerdeführerin einreichen konnte. Eine gewisse Abhilfe schafft in solchen Fällen der Untersuchungsgrundsatz, der es dem EGMR erlaubt, *proprio motu* weitere (öffentlich zugängliche) Informationen zu verarbeiten. Angesichts der dennoch eingeschränkten Beweiserhebungsmöglichkeiten des EGMR erfordert diese Spezialsituation kompensatorische beweisrechtliche Instrumente, welche der EGMR auf dem Wege der Rechtsprechung im Verlaufe der Zeit entwickelt hat.²¹⁰

Zur Veranschaulichung der angedeuteten Zusammenhänge genügt es vorderhand, die Rechtsprechung des EGMR zu den oben schon in den Vordergrund gerückten Abschiebungs- und Polizeigewaltfällen zu untersuchen. Die Frage des abstrakten Gehalts dieser Rechtsprechung und ihrer Ausweitung auf weitere Fallkonstellationen wird jedoch im Schlussteil der vorliegenden Arbeit noch aufzugreifen sein.²¹¹

²⁰⁵ Vgl. dazu oben, IV. A.

²⁰⁶ EGMR, Urteil vom 6. Juli 2017, *Sadkov v. Ukraine*, § 90, mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung. Vgl. auch EGMR, Urteil vom 28. Juni 2016, *Kulyk v. Ukraine*, § 75.

²⁰⁷ Vgl. dazu nachfolgend, IV. C. 1.

²⁰⁸ Vgl. dazu oben, IV. A.

²⁰⁹ Vgl. dazu nachfolgend, IV. C. 2.

²¹⁰ Vgl. dazu nachfolgend, IV. C. 3.

²¹¹ Vgl. nachfolgend, VI.

1. Willkürkontrolle

In verschiedenen in jüngerer Zeit entschiedenen *Refoulement*-Fällen kommt die prozedurale Herangehensweise des EGMR besonders gut zum Ausdruck. Anstatt aufgrund einer eigenständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts eine neuerliche Prognoseentscheidung zu treffen, prüfte der EGMR mitunter lediglich, ob das innerstaatliche Verfahren den oben herausgearbeiteten prozeduralen Anforderungen genügt hatte und unterzog die innerstaatlich festgestellten Tatsachen dann nur noch einer Willkürprüfung. Ausdrücklich geht dies aus dem Urteil im Fall *Sow v. Belgien* hervor:

„[...] [L]a Cour note qu’après un examen circonstancié et approfondi de la première demande d’asile, les instances compétentes ont conclu, d’une part, que le récit de la requérante n’était pas crédible et, d’autre part, qu’elle ne courait pas de risque d’être soumise à une ré-excision en cas de renvoi vers la Guinée. Pour arriver à une telle conclusion, le CGRA s’est basé notamment sur un rapport duquel il ressortait que la ré-excision n’était pratiquée que dans des cas déterminés en Guinée, dans lesquels la requérante ne tombait pas. En outre, sur ce point, le CCE considéra que la requérante n’avait fourni aucune information ou indication crédible ou un quelconque commencement de preuve pour établir sa crainte [...]. La Cour ne voit aucun élément du dossier ou des rapports internationaux sur la situation générale en Guinée consultés [...] permettant de penser que les conclusions auxquelles sont parvenues les instances d’asile nationales en l’espèce étaient arbitraires ou manifestement déraisonnables.“²¹²

Inhaltlich entspricht der im letzten Satz dieser Urteilspassage ausdrücklich verwendete Willkürmaßstab dem Vorgehen des EGMR in verschiedenen weiteren Fällen. Im Fall *R.M. und andere v. Frankreich*, der die Wegweisung abgewiesener tschetschenischer Asylsuchender nach Russland zum Gegenstand hatte, äusserte der EGMR in diesem Sinne, dass es angesichts der überaus detailliert begründeten Entscheidungen der innerstaatlichen Instanzen nicht seiner Funktion entspreche, „de substituer sa propre vision des faits à celle des juridictions internes.“²¹³ In einem jüngeren Schweizer Fall zur Zulässigkeit einer Wegweisung nach Eritrea hat der EGMR in ähnlicher Art und Weise festgehalten, dass die innerstaatlichen Tatsachenfeststellungen adäquat erschienen, ausreichend begründet seien und sich auf aussagekräftige Länderinformationen stützten; die innerstaatliche Entscheidung sei deshalb zu stützen.²¹⁴ Auch im Fall *Nasr und Ghali v. Italien*, der die Verschleppung eines ägyptischen Staatsangehörigen durch die CIA zum Gegenstand hatte, stellte der EGMR im Wesentlichen auf die Feststellungen der italienischen Gerichte ab.²¹⁵ Völlig zu Recht hielt er fest, dass sich die Beschwerdesache massgeblich von den Fällen *El-Masri v. Mazedonien*, *Husayn (Abu Zubaydah) v. Polen* und *Nashiri v. Polen* unterscheide,

²¹² Vgl. EGMR, Urteil vom 19. Januar 2016, *Sow v. Belgien*, § 66.

²¹³ Vgl. EGMR, Urteil vom 12. Juli 2016, *R.M. und andere v. Frankreich*, § 55.

²¹⁴ Vgl. EGMR, Urteil vom 20. Juni 2017, *M.O. v. Schweiz*, § 80. Ähnlich in der Formulierung EGMR, Urteil vom 19. Dezember 2017, *A. v. Schweiz*, § 45 sowie EGMR, Urteil vom 10. September 2015, *R.H. v. Schweden*, § 61.

²¹⁵ Vgl. EGMR, Urteil vom 23. Februar 2016, *Nasr und Ghali v. Italien*, §§ 231–234.

„[parce que] les faits de la cause ont fait l’objet d’une reconstitution par les juridictions nationales.“²¹⁶ Es dürfte keinem Zufall entsprechen, dass im Rahmen so begründeter Urteile zuweilen der Subsidiaritätsgrundsatz referenziert wird.²¹⁷

Der Willkürmaßstab in Bezug auf die Tatsachengrundlagen kommt freilich nicht nur in Abschiebungsfällen, sondern auch in Fällen von Polizeigewalt zum Tragen. Im Fall *Morgoci v. Moldawien* benannte der EGMR den angewendeten Maßstab zwar nicht; aufgrund der knappen Begründung des Urteils ist jedoch klar, dass er in der Substanz einfach auf die Feststellungen der moldawischen Gerichte abstellte, was auch deshalb unproblematisch war, weil bereits diese die Misshandlung des Beschwerdeführers anerkannt hatten.²¹⁸ Auch in seinen Urteilen zur Polizeigewalt anlässlich des G8-Gipfels in Genua im Jahr 2001 hat der EGMR ohne grosses Hinterfragen auf die Tatsachen abgestellt, die bereits von den italienischen Gerichten festgestellt worden waren. Dabei spielte wohl auch eine Rolle, dass sowohl die Beschwerdeführenden als auch die italienische Regierung diese Feststellungen akzeptierten und der Streit sich im Wesentlichen um die Frage drehte, ob die strafrechtliche Aufarbeitung durch die italienischen Behörden als effektiv angeschaut werden konnte. Der EGMR hat aber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Tatsachenfeststellungen der italienischen Gerichte differenziert ausgefallen und gut begründet worden seien²¹⁹ und *deshalb* keine triftigen Gründe für eine Abweichung vom innerstaatlich festgestellten Sachverhalt bestünden.²²⁰

Dies legt nahe, dass der Willkürmaßstab auch in Fällen von Polizeigewalt nicht nur zugunsten, sondern auch zulasten einer Beschwerdeführerin Anwendung finden kann. Bestätigt wird diese These durch den Fall *Józef Woś v. Polen*, in dem der EGMR der Einschätzung der innerstaatlichen Gerichte unter anderem deshalb zustimmte, weil in seinem eigenen Verfahren keine Beweise beigebracht worden waren, welche die Schlüsse der innerstaatlichen Instanzen hätten in Frage stellen können.²²¹ Interessant ist diese materielle Bewertung insbesondere vor dem Hintergrund der prozeduralen Erwägung, „[that] there [is no] indication that the prosecutor used his statutory discretion – which allows him to evaluate the material before him in order to decide whether or not to charge the alleged perpetrators with a criminal offence – in an arbitrary manner.“²²²

²¹⁶ Vgl. EGMR, Urteil vom 23. Februar 2016, *Nasr und Ghali v. Italien*, § 228.

²¹⁷ Vgl. EGMR, Urteil vom 20. Juni 2017, *M.O. v. Schweiz*, § 80: „Having regard to the above, and reiterating that the Convention system is founded on the principle of subsidiarity, and that it is not the Court’s task to substitute its own assessment of the facts for that of the domestic courts, which are, as a general principle, best placed to assess the evidence before them, the Court is satisfied that the assessment made by the domestic authorities was adequate, sufficiently reasoned, and supported by material originating from reliable and objective sources [...]. It endorses the assessment by the Swiss authorities that the applicant failed to substantiate that he would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 of the Convention if forced to return to Eritrea.“

²¹⁸ Vgl. EGMR, Urteil vom 12. Januar 2016, *Morgoci v. Moldawien*, § 57.

²¹⁹ Vgl. EGMR, Urteil vom 22. Juni 2017, *Bartasaghi Gallo und andere v. Italien*, § 114.

²²⁰ Vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 26. Oktober 2017, *Blair und andere v. Italien*, § 96.

²²¹ Vgl. EGMR, Urteil vom 28. Juni 2016, *Józef Woś v. Polen*, § 45.

²²² Vgl. EGMR, Urteil vom 28. Juni 2016, *Józef Woś v. Polen*, § 54.

Teilweise wird in der Rechtsprechung neben dem Willkürmaßstab das Kriterium der offensichtlichen Unrichtigkeit (*manifestly unreasonable*) als Schwelle für eine Abweichung vom innerstaatlich festgestellten Sachverhalt herangezogen.²²³ So oder anders dürfte die Schwelle für eine Abweichung aber sehr hoch angesetzt sein, wenn das innerstaatliche Verfahren den prozeduralen Vorgaben der EMRK entsprochen hat. Angelehnt an die Rechtsprechung des Bundesgerichts, dessen Kognition in Bezug auf Tatsachenfragen im Wesentlichen ebenfalls auf eine Willkürprüfung beschränkt ist (Art. 105 Abs. 2 BGG), lässt sich sagen, dass es für eine Abweichung vom innerstaatlich festgestellten Sachverhalt jedenfalls nicht genügt, dass eine andere Würdigung ebenfalls vertretbar erscheint.²²⁴

2. De-novo-Prüfung der innerstaatlich festgestellten Tatsachen

Anders präsentiert sich die Rechtslage, wenn das innerstaatliche Verfahren den prozeduralen Vorgaben aus Art. 3 und Art. 13 EMRK hinsichtlich der Tatsachenfeststellung nicht genügt hat. In einer *Concurring Opinion* ist kürzlich ausgeführt worden, dass für den EGMR nur dann Anlass besteht, die innerstaatlichen Sachverhaltsfeststellungen erneut einer vollumfänglichen Prüfung zu unterziehen, „when the national authorities have not conducted a Convention-compliant assessment of the concrete circumstances of the case [...]“²²⁵ Das Urteil betraf dabei einen Abschiebungsfall, in dem eine solche *de-novo*-Prüfung schließlich durchgeführt wurde.

a. Anwendungsbereich der *de-novo*-Prüfung

Im Lichte der obenstehenden Ausführungen zu den Implikationen des Subsidiaritätsgrundsatzes für die Tatsachenfeststellungsfunktion des EGMR²²⁶ besteht jedoch kein Grund, den beschriebenen Mechanismus auf *Refoulement*-Fälle zu beschränken. Bevor der EGMR die innerstaatlichen Sachverhaltsfeststellungen erneut einer vollumfänglichen Prüfung unterzieht, muss er demnach ganz generell zum Schluss kommen, dass die nationalen Behörden den prozeduralen Garantien der EMRK bei

²²³ Vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 2. Mai 2017, *Golubar v. Kroatien*, § 43 und EGMR, Urteil vom 20. Oktober 2015, *Balázs v. Ungarn*, § 75. Ersterer Fall betraf die Frage, ob die medizinische Versorgung eines Häftlings konventionsrechtlich adäquat gewesen sei, letzterer einen womöglich rassistisch motivierten Übergriff Privater. Im Entwurf zu einer Kopenhagen-Erklärung ist ganz Allgemein von „strong reasons“ die Rede (vgl. dort Ziff. 24).

²²⁴ Vgl. statt vieler Urteil des BGer 6B_701/2017 vom 12. Januar 2018, E. 1.2 und 2.3 (m.w.H. auf die Rechtsprechung).

²²⁵ Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. August 2016, *J.K. v. Schweden*, *Concurring Opinion Bianku*.

²²⁶ Vgl. oben, IV. A.

der Feststellung des massgeblichen Sachverhalts nicht vollumfänglich Rechnung getragen haben.²²⁷

Sobald dies aber der Fall ist, ist der EGMR nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, sämtliche ihm vorliegenden Beweismittel im Hinblick auf die in Frage stehende Konventionsverletzung einer neuerlichen Prüfung zuzuführen. Dabei kann kaum gefordert werden, dass lediglich die konkrete Unzulänglichkeit des innerstaatlichen Verfahrens ausgebessert werde; abgesehen davon, dass dies oftmals praktisch gar nicht möglich ist,²²⁸ muss aufgrund der gegenseitigen Abhängigkeit der verschiedenen beweisrechtlichen Teilschritte in jedem Fall eine neue Gesamtwürdigung aller Beweismittel Platz greifen.

In der konkludenten Umsetzung dieses Maßstabs äussert sich der EGMR bei Vorliegen einer prozeduralen Verletzung von Art. 3 oder Art. 13 EMRK in der Regel relativ ausführlich zum massgeblichen Sachverhalt und wendet mitunter spezifische Beweislastregeln an. Zum Beleg dieser These könnten alleine zu Art. 3 EMRK mehrere dutzend Urteile aus jüngerer Zeit zitiert werden.²²⁹ Für die Zwecke der vorliegenden Arbeit genügt es indessen, den Mechanismus nachfolgend anhand zweier besonders einprägsamer Fälle darzustellen.

b. Darstellung des Wirkungsmechanismus am Beispiel zweier Fälle

Der Fall *M.A. v. Schweiz* betraf die Wegweisung eines Iraners in seinen Heimatstaat.²³⁰ M.A. war 2011 in die Schweiz gelangt und hatte dort ein Asylgesuch gestellt.²³¹ Er begründete dieses im Wesentlichen damit, sich nach den iranischen Präsidentschaftswahlen vom 12. Juni 2009 bis im März 2011 verschiedentlich an regimekritischen Demonstrationen beteiligt und dabei auch gewisse organisatorische

²²⁷ Es würde sich für den EGMR deshalb generell aufdrängen, die Frage einer materiellen Verletzung von Art. 3 EMRK erst nach der Frage einer prozeduralen Verletzung von Art. 3 EMRK oder von Art. 13 EMRK zu prüfen. Der EGMR folgt dieser Denkklogik freilich nicht immer; vgl. beispielsweise zuletzt EGMR, Urteil vom 31. Oktober 2017, *M.F. v. Ungarn*.

²²⁸ Vgl. Keller/Heri, S. 741, die darauf hinweisen, dass es dem EGMR beispielsweise nicht möglich ist, Zeuginnen und Zeugen verbindlich vorzuladen. Auch abgesehen davon sind die Möglichkeiten des EGMR zur Erhebung von Beweismitteln stark beschränkt. Um nur zwei weitere Beispiele zu nennen: Die versäumte ärztliche Untersuchung kann Jahre nach einem behaupteten Übergriff nicht mehr sinnvoll nachgeholt werden; auch die mangelhafte Befragung einer Asylsuchenden zu einer möglichen Verfolgung im Heimatstaat kann auf Ebene des EGMR kaum sinnvoll durchgeführt werden.

²²⁹ Vgl. statt vieler EGMR, Urteil vom 5. Oktober 2017, *Ostrovenecs v. Lettland*; EGMR, Urteil vom 19. September 2017, *Zolotorev v. Russland*; EGMR, Urteil vom 25. Juli 2017, *Smolentsev v. Russland*; EGMR, Urteil vom 6. Juli 2017, *Sadkov v. Ukraine*; EGMR, Urteil vom 2. Mai 2017, *Olisov und andere v. Russland*; EGMR, Urteil vom 2. Mai 2017, *Sitnikov v. Russland*; EGMR, Urteil vom 2. Mai 2017, *Kondakov v. Russland*; EGMR, Urteil vom 11. April 2017, *Morgunov v. Russland*; EGMR, Urteil vom 4. April 2017, *Thuo v. Zypern*.

²³⁰ Vgl. EGMR, Urteil vom 18. November 2014, *M.A. v. Schweiz*.

²³¹ Vgl. zum Sachverhalt EGMR, Urteil vom 18. November 2014, *M.A. v. Schweiz*, §§ 7–24 und Urteil des BVGer D-2785/2013 vom 2. Juli 2013, S. 2–4.

Aufgaben übernommen zu haben. Im März 2011 seien verschiedene seiner Freunde verhaftet und im Gewahrsam der iranischen Sicherheitskräfte misshandelt worden. Er selbst sei am 10. Mai 2011 einer Verhaftung durch den Nachrichtendienst Eteelaad an seinem Wohnort in Karaj nur deshalb entgangen, weil er zufällig bei seiner Schwester in Teheran zu Besuch gewesen sei. Einer Gerichtsvorladung für den 12. Mai 2011 habe er aus Angst vor einer Inhaftierung keine Folge geleistet. Am 13. Mai 2011 hätten die Geheimdienstmitarbeiter deshalb seinen Vater in Haft genommen und während mehrerer Stunden zu seinem Verbleib befragt. Aus Angst vor Repressalien habe er sich in der Folge weiterhin bei seiner Schwester versteckt und sei im Juni 2011 illegal ausgereist.

Erstinstanzlich wurde das Asylgesuch von M.A. von den schweizerischen Asylbehörden abgewiesen und die Wegweisung angeordnet; begründet wurde die Verfügung vom 10. April 2013 im Wesentlichen mit der Unglaubhaftigkeit der Verfolgungsvorbringen von M.A. Die Gerichtsvorladung liege nur in Kopie vor und M.A. habe widersprüchliche Angaben zu zentralen Verfolgungsvorbringen gemacht; insbesondere seine Schilderungen des 10. Mai 2011 hätten im Verlaufe des Verfahrens erheblich divergiert. Mit Beschwerde vom 15. Mai 2013 hielt M.A. dem entgegen, dass seine Schilderungen des 10. Mai 2011, die er notabene im Abstand von fast zwei Jahren getätigt habe, miteinander vereinbart werden könnten. Zudem orientierte er das Bundesverwaltungsgericht darüber, dass er am 7. Mai 2013 vom Revolutionsgericht in Teheran *in absentia* zu sieben Jahren Haft und 70 Peitschenhieben verurteilt worden sei. Er übermittelte dem Gericht eine Kopie des Urteils und erklärte, seine Familienangehörigen könnten ihm das Urteil im Original derzeit nicht zustellen, weil ihr Briefverkehr womöglich überwacht werde. Gleichzeitig forderte er das Gericht auf, bei Zweifeln über die Echtheit des Urteils die Authentizität des Dokuments durch die schweizerische Botschaft in Teheran überprüfen zu lassen. Ohne eine Vernehmlassung der Vorinstanz einzuholen oder die Botschaft in Teheran zu konsultieren, wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde am 2. Juli 2013 als offensichtlich unbegründet ab. Es stellte sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, das Urteil und die Gerichtsvorladung hätten keinen Beweiswert, weil sie lediglich als Fotokopien vorlägen. In Anbetracht der Widersprüche der Aussagen von M.A. während der erstinstanzlichen Anhörungen entstehe der Eindruck, dass er die geltend gemachte Verfolgungssituation erfunden habe.²³²

Der EGMR verwarf diese Sichtweise im Wesentlichen mit zwei Argumenten: Einerseits seien die Widersprüche in den Aussagen von M.A. nicht derart grundlegend, dass sie seine gesamten Verfolgungsvorbringen in Frage stellen würden.²³³ Vor allem aber habe das Bundesverwaltungsgericht überspannte Beweisanforderungen gestellt, indem es den Kopien der Gerichtsvorladung und des Urteils des Revolutionsgerichts jeden Beweiswert abgesprochen habe. Der Beschwerdeführer habe plausibel erklärt, dass es vorläufig unmöglich sei, die Originale zu beschaffen. Insbesondere vor diesem Hintergrund sei es für das Bundesverwaltungsgericht nicht statthaft gewesen, auf eine Überprüfung der Echtheit der Dokumente gänzlich zu

²³² Vgl. Urteil des BVGer D-2785/2013 vom 2. Juli 2013, S. 7.

²³³ Vgl. EGMR, Urteil vom 18. November 2014, *M.A. v. Schweiz*, § 65.

verzichten, zumal ihm entsprechende Möglichkeiten offen gestanden hätten.²³⁴ Aus diesen – offensichtlich prozeduralen – Verfehlungen des Bundesverwaltungsgerichts schloss der EGMR nun interessanterweise, dass der Beschwerdeführer im Lichte der allgemeinen Lageberichte zur Behandlung von Oppositionellen im Iran²³⁵ nachgewiesen habe, bei einer Rückkehr ernsthaft befürchten zu müssen, einer unmenschlichen Behandlung ausgesetzt zu werden.²³⁶ Der EGMR verzichtete dabei sogar darauf, sich selbst auf die Echtheit der Gerichtsvorladung und des Urteils des Revolutionsgerichts festzulegen.²³⁷

Man kann zwar mit guten Gründen die Auffassung vertreten, dass der EGMR seine abweichende Würdigung der Aussagen von M.A. in den erstinstanzlichen Anhörungen nicht ausreichend begründet hat.²³⁸ Die neuerliche Würdigung aller Beweismittel im Lichte der ihm vorliegenden Akten ist jedoch subsidiaritätsrechtlich nicht zu beanstanden. Im Gegenteil: Aufgrund der offensichtlichen Unzulänglichkeiten im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht war der EGMR subsidiaritätsrechtlich sogar gehalten, kompensatorisch tätig zu werden. Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich mit den plausiblen Beweisanträgen von M.A. nämlich nicht einmal ansatzweise auseinandergesetzt, obwohl ihm verschiedene Wege aufgezeigt worden waren, die Authentizität der als Kopien eingereichten amtlichen Dokumente zu überprüfen. Deshalb war es dem EGMR unbenommen, *sämtliche* Beweismittel im Lichte der ihm vorliegenden Akten neu zu würdigen. Angesichts der hohen Bedeutung des nun im Original vorliegenden Urteils eines iranischen Revolutionsgerichts erschienen auch die anderen erhobenen Beweise plausibler als zuvor. Wie der Fall *M.A. v. Schweiz* insofern deutlich macht, können einzelne prozedurale Versäumnisse sich auf die Würdigung sämtlicher Beweise und damit auf das Gesamtergebnis der Tatsachenfeststellung auswirken.

Dem Fall *Zakharin und andere v. Russland* lag ein Strafverfahren wegen verschiedener Tötungsdelikte zugrunde.²³⁹ Bei einer Hausdurchsuchung am 5. September 2003 war der zweite Beschwerdeführer Pyotr Lunkin in der Wohnung eines Opfers bewaffnet aufgegriffen und zur Befragung auf eine Polizeistation gebracht worden. Dort blieb er bis zum 7. September 2003. Lunkins Angaben zufolge schlugen ihn die befragenden Polizisten auf seine (einzige) Niere und drängten ihn auf eine Fensterbank, wo er das Gleichgewicht verlor und drei Stöcke in die Tiefe fiel. Aufgrund multipler innerer und äußerer Verletzungen verbrachte er in der Folge einen Monat in der traumatologischen Abteilung des Spitals von Angarsk. Am 8. September 2003 zeigte Lunkin die Polizisten an. Die Staatsanwaltschaft der Region Irkutsk verweigerte jedoch die Eröffnung eines Strafverfahrens mit Verfügung vom 2. Oktober 2003.

²³⁴ Vgl. EGMR, Urteil vom 18. November 2014, *M.A. v. Schweiz*, §§ 66–68.

²³⁵ Vgl. EGMR, Urteil vom 18. November 2014, *M.A. v. Schweiz*, §§ 35–38.

²³⁶ Vgl. EGMR, Urteil vom 18. November 2014, *M.A. v. Schweiz*, § 64.

²³⁷ Vgl. EGMR, Urteil vom 18. November 2014, *M.A. v. Schweiz*, § 64.

²³⁸ Vgl. EGMR, Urteil vom 18. November 2014, *M.A. v. Schweiz*, Dissenting Opinion Kjølbros, § 6.

²³⁹ Vgl. zum Sachverhalt EGMR, Urteil vom 12. November 2015, *Zakharin und andere v. Russland*, §§ 5–43.

Im Verlaufe der weiteren Ermittlungen wurden Mikhail Zakharin, Vladislavovich Zyryanov und Pavel Bazhenov am 14. Oktober 2003 als Tatverdächtige verhaftet. Alle drei beklagten sich schon kurz nach ihrer Verhaftung über Misshandlungen der befragenden Beamten. Ärztliche Berichte vom 15. Oktober 2003 bescheinigten Zakharin und Zyryanov Prellungen und Schürfungen im Gesicht und am Oberkörper; zudem war Bazhenovs Nase gebrochen. Auch im weiteren Verfahren beschwerten sich Zakharin, Zyryanov und Bazhenov wiederholt über Misshandlungen von Polizeibeamten und anderen Gefängnisinsassen, die im Auftrag der Ermittler Druck auf sie ausgeübt hätten. Zakharin unternahm während dieser Zeit erfolglos zwei Suizidversuche. Zyryanov stürzte sich während einer Befragung am 11. November 2003 aus dem Fenster, weil er die Misshandlungen nicht mehr ausgehalten habe. Auf Anzeige hin verweigerte die Staatsanwaltschaft der Region Irkutsk am 20. November 2003 die Eröffnung eines Strafverfahrens gegen die Ermittler. Sie erwoh in Übereinstimmung mit den Aussagen der beteiligten Polizisten, die Verletzungen der Beschwerdeführer seien auf ihren Widerstand während der Festnahme zurückzuführen. Es seien keine weiteren Verletzungen dokumentiert, die auf Misshandlungen zurückgehen könnten. Zyryanov sei am 11. November 2003 aus dem Fenster des dritten Stocks gesprungen, weil er habe flüchten wollen.

Die Verfügung vom 20. November 2003 wurde am 4. März 2004 zwar aufgehoben und ein Strafverfahren eröffnet. Dieses verlief jedoch im Sande und wurde am 8. August 2006 eingestellt. Die Tatsachendarstellung in der Verfügung vom 20. November 2003 wurde auch im erstinstanzlichen Strafurteil gegen Zakharin und Zyryanov gestützt, als es um die Verwertbarkeit ihrer Aussagen ging. Bazhenov hatte sich zwischenzeitlich das Leben genommen; vor dem EGMR wurden seine Interessen durch seine Partnerin Natalya Batskova wahrgenommen.

Aufgrund des Ausschöpfungsgrundsatzes (Art. 35 Ziff. 1 EMRK) führte der EGMR in seinem Urteil lediglich die Misshandlungsvorwürfe von Zakharin und Zyryanov einer materiellen Prüfung zu. In Bezug auf die Effektivität der Untersuchung hielt er fest, dass die russischen Behörden mehr als vier Monate mit der Eröffnung einer Strafuntersuchung zugewartet hätten, nachdem sie von den Misshandlungsvorwürfen Kenntnis erhalten hatten.²⁴⁰ Dies habe die Möglichkeiten zur Erhebung der maßgeblichen Beweismittel erheblich eingeschränkt. Aufgrund des Versäumnisses der russischen Regierung, sämtliche Akten offenzulegen, sei zudem nicht klar, was in dem später eingestellten Strafverfahren unternommen worden sei, um dieses Versäumnis zu korrigieren. Es liege deshalb eine prozedurale Verletzung von Art. 3 EMRK vor.

Bei der Prüfung einer materiellen Verletzung von Art. 3 EMRK hielt der EGMR zunächst fest, dass auch Misshandlungsvorwürfe grundsätzlich „beyond reasonable doubt“ zu beweisen seien.²⁴¹ Allerdings komme es zu einer Beweislastumkehr, wenn eine Person nachweisen könne, dass sie in Polizeigewahrsam Verletzungen erlitten habe; diesfalls obliege es dem Staat, eine plausible Erklärung dafür zu liefern, wie

²⁴⁰ Vgl. dazu und zum Folgenden EGMR, Urteil vom 12. November 2015, *Zakharin und andere v. Russland*, §§ 66–69.

²⁴¹ Vgl. Urteil vom 12. November 2015, *Zakharin und andere v. Russland*, § 75.

die Verletzungen entstanden seien.²⁴² Nachdem aufgrund zweier Arztberichte vom 15. Oktober 2003 dokumentiert war, dass Zakharin und Zyryanov verschiedene Verletzungen erlitten hatten, die aus den Stunden ihrer Festnahme stammten, betrachtete der EGMR die Voraussetzungen für eine Anwendung der Beweislastumkehr als erfüllt. Er berücksichtigte dabei ausdrücklich auch den Umstand, dass die Untersuchung der Geschehnisse durch die russischen Behörden nicht als effektiv angeschaut werden konnte.²⁴³ Die auf die Verfügung vom 20. November 2003 gestützte Erklärung der russischen Regierung, die Verletzungen von Zakharin und Zyryanov seien auf ihren während der Verhaftung geleisteten Widerstand zurückzuführen, akzeptierte der EGMR auch deshalb nicht, weil die russische Regierung trotz Aufforderung durch den EGMR die Akten des innerstaatlichen Verfahrens nicht vollständig ediert hatte.²⁴⁴ Trotz erheblicher tatsächlicher Unsicherheiten²⁴⁵ schloss der EGMR daher neben der prozeduralen Verletzung auch auf eine materielle Verletzung von Art. 3 EMRK.²⁴⁶

3. Beweisrecht als Instrument eines effektiven Schutzes der Konventionsrechte

Das eben erläuterte Beispiel des Urteils im Fall *Zakharin und andere v. Russland* macht deutlich, dass der EGMR in bestimmten Konstellationen bereit ist, Konventionsverletzungen auch dann zu bejahen, wenn die Beweislage äußerst dünn ist.²⁴⁷ In Umkehrung des Grundsatzes *actori incumbit probatio* überbürdete der EGMR der russischen Regierung den Beweis für die Unrichtigkeit der Tatsachendarstellung der Beschwerdeführer.²⁴⁸ Weil die russische Regierung diesen Beweis nicht erbringen konnte, genügte für die Annahme einer Konventionsverletzung schon der Nachweis, dass Zakharin und Zyryanov in Polizeigewahrsam Verletzungen erlitten hatten. Ungeklärt blieb hingegen die genaue Ursache dieser Verletzungen. Faktisch kam es in diesem wie in anderen Fällen durch die Beweislastumkehr also zu einer erheblichen Herabsetzung des Beweismaßes zugunsten der Beschwerdeführenden. Funktional vergleichbar hat der EGMR in anderen Fällen dem Umstand Rechnung getragen, dass ein Konventionsstaat im Straßburger Verfahren trotz einer Anordnung nach Art. 38 EMRK die Offenlegung von Dokumenten verweigert und damit die Aufarbeitung des Geschehenen erschwert hatte; auch die

²⁴²Vgl. Urteil vom 12. November 2015, *Zakharin und andere v. Russland*, § 76.

²⁴³Vgl. Urteil vom 12. November 2015, *Zakharin und andere v. Russland*, § 78.

²⁴⁴Vgl. Urteil vom 12. November 2015, *Zakharin und andere v. Russland*, §§ 80–81.

²⁴⁵Vgl. Urteil vom 12. November 2015, *Zakharin und andere v. Russland*, § 63.

²⁴⁶Vgl. Urteil vom 12. November 2015, *Zakharin und andere v. Russland*, § 82.

²⁴⁷Vgl. dazu auch Rudolf, S. 498.

²⁴⁸Vgl. zur häufig schwammigen Differenzierung zwischen Beweislast, Beweismaß und Beweiswürdigung im Völkerrecht Kokott, *Burden of Proof*, S. 177 ff., S. 196 f., S. 207 f.

daraus gezogenen Tatsachenvermutungen hatten letztlich eine Herabsetzung des Beweismaßes zur Folge.²⁴⁹

a. Subsidiaritätsrechtliche Begründung

Der Einsatz solcher beweisrechtlicher Instrumente hängt einerseits mit der besonderen institutionellen Stellung des EGMR und andererseits mit seiner Wächterfunktion für die Konventionsrechte zusammen. Konfrontiert mit den begrenzten eigenen Möglichkeiten zur Erhebung von Beweismitteln²⁵⁰ erscheint das Vorgehen des EGMR als einzig denkbarer Weg, um den effektiven Schutz der Konventionsrechte trotz der Unzulänglichkeiten des innerstaatlichen Verfahrens sicherzustellen und das Risiko einer unzutreffenden Tatsachenfeststellung unter den Parteien angemessen zu verteilen.²⁵¹ Insoweit lässt sich sagen, dass der Einsatz der genannten Instrumente notwendig ist, um einen effektiven Menschenrechtsschutz auch dann sicherzustellen, wenn die innerstaatlichen Instanzen bei der Untersuchung der maßgeblichen Vorfälle versagen oder eine solche sogar aktiv verhindern.²⁵²

Der enge Zusammenhang zwischen der Qualität der innerstaatlichen Untersuchung und dem Einsatz besonderer beweisrechtlicher Instrumente zeigt sich an einem Prüfungsschema, das der EGMR in jüngeren Urteilen zu Misshandlungsvorfällen gegenüber den russischen Strafverfolgungsbehörden angewendet hat:²⁵³ In einem ersten Schritt prüfte er jeweils, ob den Beschwerdeführern der Nachweis gelungen war, in Polizeigewahrsam Verletzungen erlitten zu haben. War dieser Nachweis erfolgt, untersuchte er in einem zweiten Schritt, ob die innerstaatliche Untersuchung der Misshandlungsvorwürfe den prozeduralen Vorgaben von Art. 3 EMRK genügt hatte. In einem dritten Schritt hielt der EGMR dann jeweils fest, dass es der Regierung gerade *wegen* der prozeduralen Verletzung nicht gelungen sei, die Vorwürfe der Beschwerdeführer zu entkräften. In Anwendung der Beweislastumkehr und vor dem Hintergrund des Ungenügens der innerstaatlichen Untersuchung stellte er mithin auf die Tatsachendarstellung der Beschwerdeführer ab, obwohl allein aufgrund der Beweismittel kaum „au-delà de tout doute raisonnable“ auf eine Misshandlung hätte geschlossen werden können.

²⁴⁹ Vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 26. Januar 2017, *Khamidkariyev v. Russland*, §§ 105–107; EGMR, Urteil vom 2. Juni 2016, *Yunusova und Yunusov v. Aserbaidshan*, §§ 105–120.

²⁵⁰ Vgl. zu den eingeschränkten Beweiserhebungsmöglichkeiten auch EGMR (Große Kammer), Urteil vom 4. Mai 2001, *McKerr v. Vereinigtes Königreich*, §§ 116–117.

²⁵¹ Vgl. auch Keller/Heri, S. 749 f., die völlig zu Recht herausstreichen, dass der EGMR die Versäumnisse der nationalen Behörden nicht umfassend kompensieren kann.

²⁵² Vgl. zur Rechtfertigung des Einsatzes dieser beweisrechtlichen Instrumente auch Keller/Heri, S. 741, m.w.H.

²⁵³ Vgl. EGMR, Urteil vom 11. April 2017, *Morgunov v. Russland*, §§ 33–41; EGMR, Urteil vom 2. Mai 2017, *Olisov und andere v. Russland*, §§ 75–85; EGMR, Urteil vom 2. Mai 2017, *Sitnikov v. Russland*, §§ 31–41; EGMR, Urteil vom 2. Mai 2017, *Kondakov v. Russland*, §§ 26–36.

Die Begründung in diesen wie in anderen Fällen legt nahe, dass der EGMR im Falle einer zureichenden innerstaatlichen Untersuchung das Vorliegen einer plausiblen Erklärung für die Verletzungen der Beschwerdeführer bejaht und seinen Urteilen damit den von der Regierung behaupteten Sachverhalt zugrunde gelegt hätte. Die teilweise kritisierte beweisrechtliche Herangehensweise des EGMR folgt also einer genuin subsidiaritätsrechtlichen Logik: Konfrontiert mit innerstaatlichen Verfahrensmängeln wendet der EGMR Instrumente an, die zwar aus dem nationalen Verfahrensrecht nicht geläufig, im Hinblick auf einen effektiven Schutz der Konventionsrechte auf der Ebene des EGMR aber unentbehrlich sind.²⁵⁴ Diese kompensatorische Funktion des Beweisrechts des EGMR lässt sich besonders gut an einem Fall veranschaulichen, in dem die nationalen Behörden eine Aufarbeitung des Geschehenen unter Berufung auf nationale Sicherheitsinteressen *de facto* verweigert haben. Bekannt geworden ist der Fall *El-Masri v. Mazedonien* vor allem deshalb, weil er die geheimdienstliche Terrorbekämpfung und damit ein medial wie politisch stark beachtetes Thema zum Gegenstand hatte; im Hinblick auf die hier vorliegende Fragestellung interessieren jedoch vor allem die nicht minder bedeutsamen beweisrechtlichen Implikationen des Urteils.²⁵⁵

b. Der Fall *El-Masri v. Mazedonien*

Wie in vielen anderen Fällen zu Art. 3 EMRK standen sich auch im Fall *El-Masri v. Mazedonien* zwei konträre Schilderungen gegenüber: Nach Darstellung des Beschwerdeführers El-Masri hatten die mazedonischen Grenzbehörden ihm am Silvesterabend 2003 wegen Zweifeln an der Echtheit seiner Reisedokumente die Einreise nach Mazedonien verweigert.²⁵⁶ Er sei an der Grenze stundenlang durch den mazedonischen Geheimdienst verhört und dann in ein Hotel in Skopje verbracht worden. Dort sei er die nächsten Wochen von mazedonischen Agenten informell festgehalten und wiederholt befragt worden. Nach drei Wochen sei er vom Hotel an den Flughafen von Skopje gebracht und dort – gefesselt und mit verdeckten Augen – einem *rendition team* der CIA übergeben worden. Dieses habe ihn noch am Flughafen einer „medizinischen Untersuchung“ unterzogen; die Agenten hätten ihm die Kleider vom Leib geschnitten, die Unterwäsche gewaltsam entfernt und einen Gegenstand in den Anus geschoben. Als ihm die Augenbinde entfernt worden sei, habe er sich acht schwarz gekleideten und maskierten Personen gegenübergesehen. Diese hätten ihn in ein gechartertes Flugzeug geführt, ihm ein

²⁵⁴ Vgl. auch EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2012, *El-Masri v. Mazedonien*, § 151: „[...] La spécificité de la tâche que lui attribue l'article 19 de la Convention – assurer le respect par les Hautes Parties contractantes de leur engagement consistant à reconnaître les droits fondamentaux consacrés par cet instrument – conditionne sa façon d'aborder les questions de preuve. [...]“

²⁵⁵ Vgl. in diesem Sinne auch Meyer/Więckowska, Rechtsprechung 2012, S. 254 f.; Orpiszewska, S. 1189 ff.

²⁵⁶ Vgl. dazu und zum Folgenden EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2012, *El-Masri v. Mazedonien*, §§ 16–36.

Beruhigungsmittel injiziert, die Sicht verdeckt, Kopfhörer aufgesetzt und ihn daraufhin über Bagdad nach Kabul geflogen. Die nächsten Monate habe er in der Gewalt der CIA in einer stillgelegten Fabrik in der Nähe des Flughafens von Kabul verbracht, wo noch andere Terrorverdächtige während längerer Zeit informell festgehalten und unter Anwendung von Folter wiederholt verhört worden seien. Er selber habe sich dieser Behandlung mittels Hungerstreik widersetzen wollen, sei jedoch zwangsernährt worden. Ende Mai 2004, als für die CIA klar geworden sei, dass ihr keiner der gesuchten Terroristen ins Netz gegangen sei, habe man ihn nach Albanien transportiert und nahe der serbischen Grenze ausgesetzt.

El-Masris detaillierte Behauptungen konnten nach seiner Rückkehr durch verschiedene Straf- und Administrativuntersuchungen deutscher und spanischer Behörden plausibilisiert werden. Durch Aufzeichnungen von Flugdaten war beispielsweise erstellt, dass ein in den Vereinigten Staaten immatrikuliertes Flugzeug am 23. Januar 2004 ohne Fluggast von Palma de Mallorca herkommend in Skopje gelandet und von dort mit einem Passagier über Bagdad nach Kabul weitergefliegen war. Die im deutschen Strafverfahren entnommenen Haarproben El-Masris zeigten, dass sich dieser in der relevanten Zeitspanne tatsächlich in einem südasiatischen Land aufgehalten hatte; überdies stützten sie seine Behauptung, zwei Mal in den Hungerstreik getreten zu sein. Weiter vermochte El-Masri eine Skizze des Gefängnisses in Afghanistan anzufertigen, die von einem anderen dort inhaftierten Terrorverdächtigen sofort wiedererkannt wurde. Neben zahlreichen zusätzlichen Indizien konvergierten El-Masris Schilderungen aber vor allem auch mit den Ergebnissen dreier Untersuchungen von Ausschüssen der Parlamentarischen Versammlung des Europarates sowie des Europäischen Parlaments.²⁵⁷ Nach diesen Berichten war die Entführung von Terrorverdächtigen Teil eines Maßnahmenpakets, das die amerikanische Regierung nach den New Yorker Terroranschlägen vom 11. September 2001 unter dem Schlagwort des *war on terror* beschlossen hatte. El-Masris Entführung sei unter dem *extraordinary rendition programme* erfolgt, welches in seinem Ablauf stark formalisiert sei und vor allem der Informationsbeschaffung diene. Der Schweizer Europaratsabgeordnete Dick Marty beispielsweise bezeichnete das Programm als „globales Spinnennetz“, welches über Jahre hinweg durch die USA aufgebaut worden sei und an welchem verschiedene (auch europäische) Staaten mindestens in Hilfsfunktionen mitgewirkt hätten.²⁵⁸ Neben El-Masri seien zahlreiche weitere Terrorverdächtige in Länder verschleppt worden, in denen die USA *black sites* betrieben hätten. Dort seien sie unter Anwendung von Folter und ohne rechtsförmiges Verfahren während Monaten festgehalten und verhört worden, ohne auch nur ihre Angehörigen über den eigenen Verbleib informieren zu können.

Nachdem trotz dieser Last von Indizien mehrere mazedonische Verfahren ohne Ergebnis geendet hatten,²⁵⁹ stritt die mazedonische Regierung die Vorwürfe von El-Masri auch im Verfahren vor dem EGMR ab. Die Regierung negierte namentlich,

²⁵⁷ Vgl. die Marty-Berichte 2006 und 2007 sowie den Fava-Bericht.

²⁵⁸ Vgl. Marty-Bericht 2006, S. 13 ff.

²⁵⁹ Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2012, *El-Masri v. Mazedonien*, §§ 64–73.

dass ihr Geheimdienst in das *rendition programme* der CIA verwickelt gewesen sei.²⁶⁰ Zwar bestätigte sie, dass El-Masri am Silvesterabend 2003 wegen des Verdachts gefälschter Reisedokumente am Grenzübergang Tabanovče festgehalten worden sei. Nach fünf Stunden sei ihm jedoch ohne weitere Auflagen die Einreise nach Mazedonien ermöglicht worden. El-Masri sei daraufhin selbstständig nach Skopje gereist und habe dort in einem Hotel eingekcheckt. Bis zum 23. Januar 2004 habe er sich in diesem Hotel aufgehalten und dann Mazedonien am Grenzübergang Blace in Richtung Kosovo verlassen.

Aufgrund der konträren Tatsachendarstellungen fand sich der EGMR faktisch in der Rolle eines erstinstanzlichen Tatsachengerichts wieder.²⁶¹ Entsprechend widmete er einen längeren Abschnitt seines Urteils der Feststellung der maßgeblichen Tatsachen.²⁶² Weil die mazedonischen Behörden unter Berufung auf sicherheitspolitische Geheimhaltungsinteressen keine ausreichende innerstaatliche Untersuchung des Vorfalls vorgenommen hatten,²⁶³ stützte der EGMR sich dabei insbesondere auf die erwähnten indirekten Beweise, welche die Schilderungen El-Masris stützten. Überdies berücksichtigte er die beglaubigte Aussage des vormaligen mazedonischen Innenministers H.K., welcher die Schilderungen El-Masris in der Sache bestätigte, jedoch eine Verantwortung Mazedoniens für dessen Behandlung in Afghanistan abstritt.²⁶⁴

Auf Grundlage des dichten Netzes indirekter Beweise kam der EGMR zum Schluss, dass „un commencement de preuve“ die für sich genommen glaubwürdigen Schilderungen El-Masris bestätige; deshalb überbürdete er die Beweislast der mazedonischen Regierung.²⁶⁵ Diese vermochte jedoch nicht plausibel zu entkräften, dass die Geschehnisse sich so zugetragen hatten, wie El-Masri behauptete.²⁶⁶ Gestützt auf El-Masris Schilderung der maßgeblichen Tatsachen stellte der EGMR deshalb eine dreifache materielle Verletzung von Art. 3 EMRK fest: Erstens, weil El-Masri während gut drei Wochen informell in einem Hotel in Skopje festgehalten worden war, ohne dass ihm die Möglichkeit gewährt worden wäre, Angehörige zu kontaktieren oder die deutsche Botschaft zu benachrichtigen; zweitens, weil El-Masri am Flughafen von Skopje auf mazedonischem Staatsgebiet und in Anwesenheit mazedonischer Beamten dem *capture shock treatment* der CIA-Agenten

²⁶⁰ Vgl. dazu und zum Folgenden EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2012, *El-Masri v. Mazedonien*, §§ 37–41.

²⁶¹ EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2012, *El-Masri v. Mazedonien*, § 155.

²⁶² Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2012, *El-Masri v. Mazedonien*, §§ 149–167.

²⁶³ Vgl. auch EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2012, *El-Masri v. Mazedonien*, §§ 186–192, §§ 258–262. Vgl. zur Problematik der staatlichen Geheimhaltung von konventionsrechtlich relevanten Informationen unter Berufung auf öffentliche Sicherheitsinteressen auch Vedaschi, S. 177 ff.

²⁶⁴ EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2012, *El-Masri v. Mazedonien*, § 74.

²⁶⁵ EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2012, *El-Masri v. Mazedonien*, § 165.

²⁶⁶ EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2012, *El-Masri v. Mazedonien*, §§ 167–168.

ausgesetzt war; und drittens, weil seine Übergabe an die CIA eine Verletzung des *Refoulement*-Verbots darstellte.²⁶⁷

Beweisrechtlich ist der Fall *El-Masri* in verschiedener Hinsicht interessant. Er zeigt paradigmatisch auf, dass der EGMR nur beschränkt in der Lage ist, in größerem Umfang neue Beweise zu erheben. Diesbezügliche Limiten ergaben sich auch im Fall *El-Masri* vor allem aus der zeitlichen Distanz zu den maßgeblichen Geschehnissen und aus den beschränkten Beweiserhebungsmöglichkeiten des EGMR. Beispielsweise wäre es diesem nicht möglich gewesen, den ehemaligen Innenminister Mazedoniens für eine Aussage verbindlich vorzuladen; der EGMR war diesbezüglich vielmehr auf H.K.s Bereitschaft angewiesen, aufgrund des doch erheblichen internationalen Drucks von sich aus eine notariell beglaubigte schriftliche Aussage einzureichen. Die Verurteilung Mazedoniens wäre letztlich kaum möglich gewesen, wenn nicht auch deutsche Behörden und zwei Ausschüsse der Parlamentarischen Versammlung des Europarates beziehungsweise des Europäischen Parlaments sich schon vorher des Falls angenommen und die Schilderungen des Beschwerdeführers durch ein dichtes Netz von Indizien gestützt hätten.²⁶⁸ Selbst unter Zuhilfenahme dieser Indizien wäre zumindest in Bezug auf die Verwicklung mazedonischer Agenten wohl zudem kaum „*au-delà de tout doute raisonnable*“ nachgewiesen gewesen, dass sich die Geschehnisse so zugetragen hatten, wie von *El-Masri* behauptet. Hätte man die Beweislast bei *El-Masri* belassen, wäre ein solcher Beweis insbesondere an der Verweigerungshaltung der mazedonischen Behörden gescheitert. Allein diese wären nämlich aufgrund ihres anfangs ausschließlichen Zugriffs auf *El-Masri* in der Lage gewesen, aussagekräftige Dokumente zu edieren. Weil sie die Herausgabe solcher Dokumente aber unter Berufung auf sicherheitsrelevante Staatsgeheimnisse verweigerten, entstand subsidiaritätsrechtlich gesprochen jenes beweisrechtliche Vakuum, das der EGMR letztlich durch Anwendung der Beweislastumkehr und durch die Zulassung der notariell beglaubigten Aussage von H.K. als Beweismittel völlig zu Recht ausgefüllt hat.

D. Subsidiaritätsrechtliche Würdigung der herrschenden Praxis des EGMR

Wie oben aufgezeigt worden ist, hält der Subsidiaritätsgrundsatz den EGMR im Grundsatz dazu an, in seinem Verfahren auf die Tatsachenfeststellungen der nationalen Gerichte abzustellen und diese nur im Falle offensichtlicher Unrichtigkeit zu korrigieren. Solche Zurückhaltung ist jedoch nur insoweit angebracht, als die nationalen Instanzen der ihnen primär zugewiesenen Aufgabe einer methodisch nachvollziehbaren Tatsachenfeststellung nachgekommen sind. Haben sie bei der Untersuchung einer behaupteten Konventionsverletzung die prozeduralen Anforderungen

²⁶⁷ Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2012, *El-Masri v. Mazedonien*, §§ 199–223.

²⁶⁸ Vgl. in diesem Sinne auch Bernard, S. 601.

aus Art. 3 und Art. 13 EMRK hingegen außer Acht gelassen, liegen jene „zwingenden Gründe“ vor, die gebieten, dass der EGMR in die innerstaatliche Tatsachenfeststellung eingreift und eigene Feststellungen trifft.

Einzelne Urteile des EGMR wurden im Lichte dieser Grundsätze zu Recht kritisiert.²⁶⁹ Im Fall *Ioan Pop v. Rumänien* etwa hat der EGMR zugunsten der Beschwerdeführenden Tatsachen festgestellt, die kaum „au-delà de tout doute raisonnable“ bewiesen waren. Das Urteil im Fall *Dembele v. Schweiz* warf die Frage auf, ob sich eine *de-novo*-Prüfung der maßgeblichen Tatsachen wirklich in allen Fällen aufdrängt, in denen das innerstaatliche Verfahren den prozeduralen Vorgaben von Art. 3 und Art. 13 EMRK nicht genügt hat; insoweit bestünde womöglich Differenzierungsbedarf. Dies gilt auch für die Beweislastumkehr, deren Anwendung im Fall *Sadkov v. Ukraine* zu einem unbefriedigenden Resultat geführt hat. Die mitunter berechtigte Kritik an einzelnen Urteilen darf jedoch nicht dazu verleiten, das Gesamtbild aus den Augen zu verlieren. Verfolgt man in diesem Sinne die großen Linien, konvergiert die Rechtsprechung des EGMR ganz zweifellos mit den Vorgaben des Subsidiaritätsgrundsatzes.²⁷⁰

1. Problematische Einzelfälle

a. Beweis „au-delà de tout doute raisonnable“. Der Fall *Ioan Pop v. Rumänien*

Dem Fall *Ioan Pop und andere v. Rumänien* lag im Ausgangspunkt eine zivilrechtliche Streitigkeit zugrunde: Ein Zivilgericht hatte mit Urteil vom 10. November 2006 die Ausweisung der Familie Pop aus ihrer Wohnung verfügt.²⁷¹ Weil die Familie der Ausweisungsverfügung keine Folge leisten wollte, ordnete die zuständige rumänische Behörde für den 4. Juli 2007 die Zwangsexekution des Urteils an. Bei Eintreffen der Polizisten war der Zugang zur Wohnung allerdings verbarrikadiert. Der Familienvater Ioan Pop hatte die Wohnungstür elektrifiziert und sich zudem mit einer Axt und einer Keule bewaffnet. Vor den Augen der Ehefrau und des Sohnes von Ioan Pop gelang es den Polizisten, sich des Beschwerdeführers durch Einsatz massiver Gewalt zu behändigen. Anschließend wurden er und seine Ehefrau wegen des geleisteten Widerstands zum nächsten Polizeiposten gebracht. Der damals zwölfjährige Sohn blieb derweil an ihrem Wohnort zurück. Insoweit waren sich die Parteien im Sachverhalt einig; umstritten war jedoch, was in den folgenden Stunden geschah:

²⁶⁹ Vgl. dazu nachfolgend, IV. D. 1.

²⁷⁰ Vgl. dazu nachfolgend, IV. D. 2.

²⁷¹ Vgl. zum Sachverhalt EGMR, Urteil vom 6. Dezember 2016, *Ioan Pop und andere v. Rumänien*, §§ 5–34.

Die Beschwerdeführenden behaupteten im Verfahren vor dem EGMR, der Sohn sei nach der Mitnahme der Eltern fast zwölf Stunden auf sich allein gestellt gewesen und dadurch schwer traumatisiert worden.²⁷² Die rumänische Regierung hingegen machte geltend, der Sohn sei in dieser Zeit in der Obhut seiner Tanten verblieben; wenn überhaupt von einer Traumatisierung auszugehen sei, müsse diese auf das Miterleben der gewaltsamen Immobilisierung seines Vaters zurückzuführen sein.²⁷³ Die rumänische Regierung stützte sich dabei insbesondere auf die Aussagen der Zeugin C.M., die während des Strafverfahrens gegen Ioan Pop ausgesagt hatte, nach der Räumung der Wohnung die Schwestern der Beschwerdeführerin angerufen zu haben, damit sich diese um das Kind kümmerten.

Der EGMR hielt in seinem Urteil im Hinblick auf die divergierenden Tatsachenbehauptungen zunächst fest, dass die Beweislast grundsätzlich bei den Beschwerdeführenden liege und ein Beweis „au-delà de tout doute raisonnable“ erforderlich sei, dass der Sohn so lange alleingeblichen sei.²⁷⁴ Ohne sich mit allfälligen Beweisvorbringen der Beschwerdeführenden zu befassen, hielt er weiter fest, die rumänischen Gerichte hätten die Zeugenaussage von C.M. nicht gewürdigt, sondern – trotz entsprechender Beweisanträge der Familie Pop – lediglich festgehalten, dass der Sohn „unter der Aufsicht der Dorfbewohner verblieben“ sei.²⁷⁵ Diese Formulierung sei vage, unpräzise und lasse unbeantwortet, wer konkret sich während welcher Zeit um ihn gekümmert habe. Die Aussagen verschiedener Zeuginnen und Zeugen würden nahelegen, dass eine allfällige Betreuung jedenfalls nicht durch die intervenierenden Polizeibeamten sichergestellt worden sei.

Wenngleich aufgrund dieser Erwägungen nicht klar nachgewiesen schien, wer konkret sich um den Sohn gekümmert hatte, wäre zu erwarten gewesen, dass der EGMR einen über jeden vernünftigen Zweifel erhabenen Nachweis des Alleinbleibens des Sohnes und damit auch eine Verletzung von Art. 3 EMRK verneint hätte. Anders sah dies der EGMR: Ohne nähere Begründung kam er zum Schluss, „[qu’il est] suffisamment établi, que, le 4 juillet 2007, le troisième requérant a été laissé seul, pendant plusieurs heures, sans qu’il soit confié à la surveillance d’un adulte, alors que ses parents avaient été conduits au poste de police.“²⁷⁶ Diese Wendung überrascht schon für sich genommen, zumal im Urteil kein einziger Beweis für die Richtigkeit dieser Version der Geschehnisse genannt wird. Besonders unverständlich wird die Einschätzung des EGMR jedoch, wenn man die weiteren Beweismittel berücksichtigt, die ihm vorlagen: Neben C.M. hatten zwei weitere Zeugen ausgesagt, dass der Bub nach der Mitnahme seiner Eltern von Nachbarn beziehungsweise Familienangehörigen betreut worden sei.²⁷⁷

²⁷² Vgl. EGMR, Urteil vom 6. Dezember 2016, *Ioan Pop und andere v. Rumänien*, § 49.

²⁷³ Vgl. EGMR, Urteil vom 6. Dezember 2016, *Ioan Pop und andere v. Rumänien*, §§ 50–52.

²⁷⁴ Vgl. EGMR, Urteil vom 6. Dezember 2016, *Ioan Pop und andere v. Rumänien*, §§ 56–57.

²⁷⁵ Vgl. dazu und zum Folgenden EGMR, Urteil vom 6. Dezember 2016, *Ioan Pop und andere v. Rumänien*, §§ 58–59.

²⁷⁶ EGMR, Urteil vom 6. Dezember 2016, *Ioan Pop und andere v. Rumänien*, § 60.

²⁷⁷ Vgl. EGMR, Urteil vom 6. Dezember 2016, *Ioan Pop und andere v. Rumänien*, § 20.

Auch ein abweichender Richter sah dies so und kritisierte die Gerichtsmehrheit dafür, das anwendbare Beweismaß aus den Augen verloren zu haben.²⁷⁸ Die faktische Herabsetzung des Beweismaßes wirkte sich freilich auch auf die Beweislastverteilung aus: Praktisch gesehen hätte nunmehr die rumänische Regierung beweisen müssen, dass die Geschehnisse sich nicht so zugetragen hatten wie von den Beschwerdeführenden behauptet. Im Unterschied zu Geschehnissen, die sich unter der *ausschließlichen Kontrolle* von Staatsoffiziellen zutragen, bestand für eine solche Beweislastumkehr jedoch vorliegend kein plausibler Grund, zumal verschiedene unabhängige Zeuginnen und Zeugen sich zum Verbleib des Jungen geäußert hatten.

Das Vorgehen des EGMR lässt vermuten, dass im Hinblick auf ein gewünschtes Ergebnis ein Sachverhalt konstruiert worden ist, der mit der Wirklichkeit aller Wahrscheinlichkeit nach nicht zu vereinbaren ist. Abgesehen vom Vorwurf fehlender methodischer Sorgfältigkeit setzt sich der EGMR damit unnötigerweise der Vorhaltung aus, um jeden Preis Verletzungen der EMRK feststellen zu wollen und damit in gewissem Sinne vorbefasst zu sein.²⁷⁹ Unabhängig von solcher Kritik ruft der Fall *Ioan Pop und andere v. Rumänien* in Erinnerung, dass das Beweisrecht für den materiellen Ausgang der Verfahren vor dem EGMR von zentraler Bedeutung ist. Zur Sicherstellung der Akzeptanz seiner Urteile muss der EGMR besonders darauf achten, sein Beweisrecht methodisch sorgfältig anzuwenden. Gerade nationale Richterinnen und Richter, denen der EGMR zu Recht mitunter vorhält, prozedural unsorgfältig vorzugehen, sollten sich am EGMR insoweit ein Vorbild nehmen können.

b. Grenzen des prozeduralen Kriteriums bei der Bemessung des Kontrollmaßstabs in Tatsachenfragen. Der Fall *Dembele v. Schweiz*

Zumindest in der Schweiz stark beachtet wurde das Urteil des EGMR im Fall *Dembele gegen Schweiz*.²⁸⁰ Zwei Genfer Polizisten hatten am 2. Mai 2005 auf dem vormals besetzten Artamis-Areal der Stadt Genf die Identität von Kalifa Dembele überprüfen wollen, einem Staatsangehörigen von Burkina Faso. Dabei war es zu einem Handgemenge gekommen, bei welchem sich Dembele gemäß einem Gutachten des Universitätsspitals Genf vom 4. Mai 2005 das rechte Schlüsselbein gebrochen hatte.²⁸¹

²⁷⁸ Vgl. EGMR, Urteil vom 6. Dezember 2016, *Ioan Pop und andere v. Rumänien*, Partly Dissenting Opinion Sajó, § 3.

²⁷⁹ Vgl. beispielsweise Schubarth, S. 369 f., der „Menschenrechtlern“ vorwirft, „euphorisch überall Menschenrechte zu sehen und vor allem eine Verletzung dieser Rechte zu wittern“ und beim EGMR „Menschenrechtsaktivismus“ verortet.

²⁸⁰ Vgl. EGMR, Urteil vom 24. September 2013, *Dembele v. Schweiz*. Kritisch dazu auch Rüefli, S. 92 f. und Schürer, S. 515. Weitere Urteilsbesprechungen finden sich bei Meyer/Więckowska, Rechtsprechung 2013, S. 374 f. und Rietiker, S. 668 ff.

²⁸¹ EGMR, Urteil vom 24. September 2013, *Dembele v. Schweiz*, § 6.

Es folgten Strafanzeigen der Beamten gegen Dembele und von Dembele gegen die Beamten. Dembele behauptete, die Polizisten hätten ihn ohne jeden Anlass dazu gezwungen, sich auf den Boden zu legen. Als er sich dieser Aufforderung widersetzt habe, hätten die Polizisten ihn mit ihren Knüppeln zu schlagen begonnen; einer der Knüppel sei dabei geborsten.²⁸² Nach einem missratenen Fluchtversuch sei er durch den unverhältnismäßigen Einsatz von Gewalt immobilisiert worden, wobei er einen der Polizisten bei dieser Gelegenheit gebissen habe. Zudem hätten die Beamten ihn rassistisch beleidigt und mit dem Tod bedroht. Die Polizisten hingegen brachten vor, physischen Zwang erst angewendet zu haben, als Dembele sich stark gestikulierend gewiegert habe, Ausweispapiere vorzuweisen und seine Zigarette wegzwerfen.²⁸³ Durch einen einmaligen Knüppelschlag in die Kniekehle habe einer von ihnen versucht, den Beschwerdeführer zu immobilisieren. Diesem sei jedoch kurzzeitig die Flucht gelungen. Mithilfe des Einsatzes des Knüppels sei es ihnen trotz heftiger Gegenwehr jedoch kurz darauf gelungen, sich des Beschwerdeführers zu behändigen. Beide Polizisten stritten ab, Dembele rassistisch beleidigt oder bedroht zu haben.

Der zuständige Generalstaatsanwalt verfügte am 27. August 2007 ein erstes Mal die Nichtanhandnahme des Strafverfahrens gegen die beiden Polizisten; er begründete dies im Wesentlichen damit, aufgrund des Gutachtens des Universitätsspitals Genf vom 4. Mai 2005 und der Anhörungen von Dembele und der beiden Polizeibeamten lasse sich nicht erhärten, dass diese mit unverhältnismäßiger Gewalt vorgegangen seien.²⁸⁴ Die Nichtanhandnahmeverfügung wurde von der Anklagekammer mit Urteil vom 9. Januar 2008 gestützt, vom Bundesgericht hingegen am 27. November 2008 ausdrücklich mit der Begründung zurückgewiesen, dass den prozeduralen Vorgaben aus Art. 3 EMRK nicht Genüge getan worden sei.²⁸⁵ Die zuständige Instruktionsrichterin ordnete in der Folge ergänzende Beweisabnahmen an: Am 12. Oktober 2009 befragte sie den begutachtenden Arzt des Universitätsspitals Genf sowie zwei der Pfleger, mit denen der Beschwerdeführer am 2. Mai 2005 in Kontakt gekommen war. Alle drei sagten aus, dass Dembele bei seiner Kontrolle am 2. Mai 2005 neben der Fraktur des Schlüsselbeins keine weiteren Verletzungen aufgewiesen und sich auch nicht über solche beklagt habe. Der Arzt äußerte außerdem, dass Schlüsselbeinfrakturen oft durch Stürze verursacht würden. Am 2. und am 12. März 2010 folgten weitere Einvernahmen der Ehefrau und eines Freundes von Dembele. Während die Ehefrau zu Protokoll gab, ihr Ehemann habe nach dem Vorfall zahlreiche weitere Verletzungen am Kopf, am Rücken und an einem Bein aufgewiesen, äußerte der Freund, Dembele habe sich nur über den Bruch des Schlüsselbeins beklagt.

²⁸² Zur Tatsachendarstellung von Dembele EGMR, Urteil vom 24. September 2013, *Dembele v. Schweiz*, § 5.

²⁸³ Zur Tatsachendarstellung der Polizisten EGMR, Urteil vom 24. September 2013, *Dembele v. Schweiz*, § 8.

²⁸⁴ Vgl. dazu und zum Folgenden EGMR, Urteil vom 24. September 2013, *Dembele v. Schweiz*, §§ 8–29.

²⁸⁵ Vgl. Urteil des BGer 6B_110/2008 vom 27. November 2008, namentlich E. 3.

Der Generalstaatsanwalt verfügte daraufhin am 22. November 2010 erneut die Nichtanhandnahme des Strafverfahrens gegen die Polizeibeamten. Auf erneute Beschwerde hin hielt die Anklagekammer fest, das Verhalten von Dembele – namentlich sein Widerstand gegen die Personenkontrolle und der Biss gegenüber einem Polizeibeamten – habe den Einsatz von Gewalt gerechtfertigt. Sein Schlüsselbeinbruch sei aller Wahrscheinlichkeit nach auf einen Sturz im Zusammenhang mit seinem Fluchtversuch zurückzuführen, zumal gemäß dem übereinstimmenden Bericht verschiedener Zeugen keinerlei weitere Verletzungen dokumentiert seien, die auf den Einsatz von Knüppeln hätten zurückgehen können. Auf die beantragte Einholung einer Expertise zum Grund des Bruchs des Schlagstocks des einen Polizisten verzichtete die Anklagekammer, weil auch durch eine solche Expertise nicht geklärt werden könne, wie oft und wie stark der Beschwerdeführer damit geschlagen worden sei. Das Bundesgericht schützte diesen Entscheid mit Urteil vom 14. September 2011.²⁸⁶ Es hielt dabei namentlich auch fest, dass trotz des Zeitverlusts durch die Rückweisung der ersten Einstellungsverfügung letztlich die Erhebung sämtlicher relevanten Beweismittel möglich gewesen sei.²⁸⁷

Auf Beschwerde von Dembele hin stellte der EGMR sowohl eine prozedurale als auch eine materielle Verletzung von Art. 3 EMRK fest. In prozeduraler Hinsicht war eine Mehrheit von fünf Richterinnen und Richtern der Auffassung, dass die Dauer von einem Jahr und elf Monaten zwischen dem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts und der neuerlichen Einstellungsverfügung zu lange gewesen sei;²⁸⁸ außerdem sei zu Unrecht auf die Einholung eines Gutachtes zum Grund des Schlagstockbruchs verzichtet worden.²⁸⁹ In einer insofern konsequenten neuerlichen Würdigung sämtlicher Beweismittel kam der EGMR überdies mit sechs Stimmen zu einer Stimme zum Schluss, dass der Einsatz eines Schlagstocks per se nicht verhältnismäßig gewesen sei, weil der Beschwerdeführer unbewaffnet gewesen sei und zunächst nur passiven Widerstand geleistet habe.²⁹⁰

Sowohl in prozeduraler als auch in materieller Hinsicht vermag diese Begründung nicht zu überzeugen. Misst man den Sachverhalt des Falls Dembele an den Anforderungen, die der EGMR an die Tatsachenfeststellung im innerstaatlichen Verfahren stellt, präsentiert sich das schweizerische Verfahren im Hinblick auf die Implementierung der EMRK-Vorgaben geradezu als vorbildlich. Wohl musste eine erste Nichtanhandnahmeverfügung zur ergänzenden Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts vom Bundesgericht zurückgewiesen werden. Allerdings entspricht eine solche Rückweisung gerade dem rechtsstaatlichen Grundsatz, dass untere Instanzen kontrolliert werden sollen. Es ist fraglich, ob alleine aufgrund der innerstaatlichen Rückweisung einer Angelegenheit durch eine übergeordnete Instanz Zweifel am innerstaatlich festgestellten Sachverhalt angebracht sind. Im Fall *Gedrimas v.*

²⁸⁶ Vgl. Urteil des BGer 1B_105/2011 vom 14. September 2011.

²⁸⁷ Vgl. Urteil des BGer 1B_105/2011 vom 14. September 2011, E. 3.2.

²⁸⁸ Vgl. EGMR, Urteil vom 24. September 2013, *Dembele v. Schweiz*, § 66.

²⁸⁹ Vgl. EGMR, Urteil vom 24. September 2013, *Dembele v. Schweiz*, § 67.

²⁹⁰ Vgl. EGMR, Urteil vom 24. September 2013, *Dembele v. Schweiz*, § 47.

Litauen hat der EGMR denn auch festgehalten, dass nur wiederholte Rückweisungsentscheidungen („repetition of such decisions“) den Schluss auf eine mangelhafte Untersuchung zuließen.²⁹¹

Besondere Erwähnung verdient im Zusammenhang des Dembele-Verfahrens auch, dass sich das Bundesgericht in seiner Rückweisungsentscheidung ausdrücklich auf Art. 3 EMRK stützte.²⁹² In der Folge wurden im Zeitrahmen von 15 Monaten – ein Zeitrahmen, der entgegen dem Passivitätsvorwurf der Gerichtsmehrheit des EGMR²⁹³ durchaus als angemessen bezeichnet werden kann – zahlreiche zusätzliche Beweise erhoben. Neben der Anhörung unabhängiger Zeugen – dem behandelnden Arzt und den Pflägern des Universitätsspitals Genf – wurden sogar die Ehefrau und ein Freund des Beschwerdeführers befragt, welche die Geschehnisse beide nicht als Augenzeugen miterlebt hatten. Wie die abweichende Schweizer Richterin deshalb völlig zu Recht festhielt, waren damit alle vernünftigerweise zu erwartenden Beweise erhoben worden.²⁹⁴ Soweit in antizipierter Beweiswürdigung auf die Einholung eines unabhängigen Berichts zum Grund des Schlagstockbruchs verzichtet wurde, begründeten die innerstaatlichen Instanzen im Einklang mit der allgemeinen Rechtsprechung des EGMR²⁹⁵ absolut plausibel, warum hierdurch im Hinblick auf den Prozessgegenstand keine neuen Schlüsse zu erwarten seien.

Bei dieser Ausgangslage wäre m. E. eine prozedurale Verletzung von Art. 3 EMRK klar zu verneinen gewesen. Schon insoweit hätte also kein Anlass bestanden, von den wohlbegründeten Tatsachenfeststellungen der innerstaatlichen Instanzen im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit der von den beiden Polizeibeamten angewendeten Gewalt abzuweichen.²⁹⁶ Ein Anlass für eine solche Abweichung wäre m. E. freilich selbst dann zu verneinen gewesen, wenn man das Vorliegen einer prozeduralen Verletzung – wie der EGMR – bejahen wollte: Die Beweiswürdigung der innerstaatlichen Instanzen war überzeugend, und es gibt keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die vom EGMR nun vorgenommenen Feststellungen zutreffender wären als jene der nationalen Gerichte. Insofern lässt sich anhand dieses Falls paradigmatisch aufzeigen, dass selbst bei Vorliegen einer prozeduralen Verletzung nicht immer auf eine freie Tatsachenkognition des EGMR geschlossen werden darf. Namentlich wenn die prozedurale Verletzung wie hier maßgeblich auf der übermäßigen Dauer des nationalen Verfahrens beruht, ist damit noch nichts über die Qualität der Tatsachenfeststellungen der nationalen Instanzen ausgesagt.

²⁹¹ Vgl. EGMR, Urteil vom 12. Juli 2016, *Gedrimas v. Litauen*, § 83.

²⁹² Vgl. auch EGMR, Urteil vom 24. September 2013, *Dembele v. Schweiz*, Dissenting Opinion Keller, § 18: „[...] A mon avis, c’est une forme de réception parfaite de la Convention par la jurisprudence nationale qui est tout à fait dans l’esprit de la subsidiarité au sens large telle qu’inscrite dans la Déclaration de Brighton. [...]“

²⁹³ Vgl. EGMR, Urteil vom 24. September 2013, *Dembele v. Schweiz*, § 66.

²⁹⁴ Vgl. EGMR, Urteil vom 24. September 2013, *Dembele v. Schweiz*, Dissenting Opinion Keller, § 23 (unterstützt auch von Richter Sajó, vgl. dessen summarische Partly Dissenting Opinion).

²⁹⁵ Vgl. dazu oben, IV. B. 2. a. ba.

²⁹⁶ So im Ergebnis auch EGMR, Urteil vom 24. September 2013, *Dembele v. Schweiz*, Dissenting Opinion Keller, § 12.

c. Beweislastumkehr in Grauzonenfällen. Der Fall *Sadkov v. Ukraine*

Im Fall *Sadkov v. Ukraine* hatte der EGMR die Misshandlungsvorwürfe eines ukrainischen Staatsangehörigen zu beurteilen.²⁹⁷ Am Abend des 11. Juni 2004 war der ehemalige Polizeibeamte in einem nach Moldawien fahrenden Zug festgenommen worden, weil er verdächtigt worden war, an verschiedenen Raubüberfällen und einem Tötungsdelikt beteiligt gewesen zu sein. In den folgenden Verhören hatten die Ermittler nach Darstellung des Beschwerdeführers massive Gewalt gegen ihn angewandt, um ein Geständnis zu erpressen. Schon am 12. Juni 2004 zeigte er die angebliche Folter bei der zuständigen Staatsanwaltschaft an. Ein am selben Tag konsultierter Mediziner stellte verschiedene Hämatome im Gesicht und am Körper des Beschwerdeführers fest. Der Experte kam außerdem zum Schluss, dass seine „geringfügigen Verletzungen“ durch Schläge und Tritte verursacht worden sein könnten. Am 29. Juni 2004 zog der Beschwerdeführer seine Vorwürfe jedoch schriftlich zurück und gab zu Protokoll, seine Verletzungen in anderem Zusammenhang und jedenfalls nicht im Rahmen der Verhöre erlitten zu haben. Nachdem der zuständige Ermittler ihn am 30. Juni 2004 in Anwesenheit seines Anwalts befragt hatte, wurden die Ermittlungen gegen die Polizisten eingestellt. Ein Bericht des regionalen Polizeidepartements vom 17. August 2004 kam zum Schluss, dass die Polizeibeamten im Rahmen der Verhaftung des Beschwerdeführers rechtmäßigen Gebrauch von Nahkampftechniken gemacht und zudem Handschellen benutzt hätten. Später erneuerte der Beschwerdeführer seine Misshandlungsvorwürfe zwar wiederholt; sämtliche dadurch angestoßenen Verfahren wurden jedoch vorzeitig eingestellt. Bei der Einsicht seines Dossiers versuchte der Beschwerdeführer am 29. September 2005 erfolglos, die Aufzeichnung seiner Aussagen vom 29. Juni 2004 zu zerstören. Im Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer war im Hinblick auf die Verwertbarkeit seines Geständnisses erneut die Frage zu prüfen, ob er nach seiner Verhaftung misshandelt worden sei. Das Gericht verwies diesbezüglich maßgeblich auf eine Einstellungsverfügung der zuständigen Staatsanwaltschaft vom 11. Februar 2006, wonach aufgrund der Aussagen der verschiedenen beteiligten Polizeibeamten und des Rückzugs der Misshandlungsvorwürfe Ende Juni 2004 nicht von einem strafrechtlich relevanten Verhalten der Polizisten auszugehen sei.

In seinen Eintretenserwägungen kam der EGMR zum Schluss, dass weite Teile der Misshandlungsvorwürfe des Beschwerdeführers sich nicht auf Beweise stützen könnten und deshalb als offensichtlich unbegründet zurückzuweisen seien.²⁹⁸ Dies gelte insbesondere für die Vorwürfe, auch nach dem 12. Juni 2004 noch misshandelt worden zu sein. Materiell zu prüfen sei lediglich, ob er im Rahmen seiner Verhaftung vom 11. Juni 2004 oder in den darauffolgenden Verhören eine unmenschliche Behandlung erlitten habe. Auch diesbezüglich stellte der EGMR jedoch fest, dass keine Indizien dafür bestünden, dass sich die Ereignisse so zugetragen hätten wie vom Beschwerdeführer behauptet.

²⁹⁷ Vgl. zum Sachverhalt EGMR, Urteil vom 6. Juli 2017, *Sadkov v. Ukraine*, §§ 6–65.

²⁹⁸ Vgl. dazu und zum Folgenden EGMR, Urteil vom 6. Juli 2017, *Sadkov v. Ukraine*, §§ 81–84.

In seinen materiellen Erwägungen stellte der EGMR bezüglich der Untersuchung der Vorfälle vom 11. und 12. Juni 2004 zunächst eine prozedurale Verletzung von Art. 3 EMRK fest.²⁹⁹ Die Einstellungsverfügung vom 11. Februar 2006 sei ebenso wie der Bericht vom 17. August 2004 mangelhaft begründet gewesen. Namentlich sei unzureichend ausgeführt worden, wie der Beschwerdeführer im Rahmen seiner Verhaftung konkret immobilisiert worden sei, und ob die eingesetzte Gewalt als rechtmäßig qualifiziert werden könne. Zudem gehe aus den Dokumenten nicht klar hervor, welches Gewicht den Aussagen des Beschwerdeführers vom 29. und 30. Juni 2004 zugemessen worden sei. Diese Versäumnisse seien auch im Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer nicht kompensiert worden.

Diese Begründung der prozeduralen Verletzung lässt es nicht als zwangsläufig erscheinen, dass der EGMR zu einer *de-novo*-Prüfung des maßgeblichen Sachverhalts übergang, fokussierte sie doch stark auf eine ungenügende Begründung und weniger auf ein allfälliges Versäumnis, maßgebliche Beweismittel zu erheben oder diese willkürlich gewürdigt zu haben.³⁰⁰ Die Frage soll hier jedoch nicht erneut vertieft werden. Aufzugreifen ist am Beispiel des vorliegenden Falls vielmehr ein Problem, das sich aus der uniformen Anwendung der oben beschriebene Beweislastumkehr³⁰¹ auf fast alle Misshandlungsfälle ergibt, die nicht als „*manifestement infondé*“ zurückgewiesen werden. Aufgrund der Verletzungen des Beschwerdeführers, die aufgrund des Arztberichts vom 12. Juni 2004 tatsächlich „*au-delà de tout doute raisonnable*“ bewiesen waren, war nur logisch, dass der EGMR auch hier die Beweislastumkehr anwandte.³⁰² In seinen Erwägungen zum Vorliegen einer materiellen Verletzung von Art. 3 EMRK hielt der EGMR zwar fest, dass er den Tatsachendarstellungen des Beschwerdeführers keinen Glauben schenke. Allerdings sei von der Regierung nicht ausreichend dargelegt worden, dass der Gewalteinsatz gegen den Beschwerdeführer auf einer gesetzlichen Grundlage beruht habe und verhältnismäßig gewesen sei. Die ukrainische Regierung war also der Verpflichtung, ihrerseits „*au-delà de tout doute raisonnable*“ darzulegen, dass keine Misshandlung vorgelegen habe, nicht nachgekommen. Der EGMR kam deshalb zum Schluss, dass der Beschwerdeführer unmenschlich behandelt worden sei und eine Verletzung von Art. 3 EMRK vorliege.

Selbst die Gerichtsmehrheit gab mit ihrem Hinweis auf die Zweifel an den Darstellungen des Beschwerdeführers jedoch zu verstehen, dass dessen Beschwerde bezüglich Art. 3 EMRK nur knapp die Eintretensschwelle genommen hatte und verurteilte die Ukraine letztlich für einen Sachverhalt, den selbst der Beschwerdeführer nicht behauptet hatte.³⁰³ Eine Minderheit des Spruchkörpers störte sich insbesondere am letzteren Umstand und deklarierte daher alle Misshandlungsvorwürfe als

²⁹⁹ Vgl. dazu und zum Folgenden EGMR, Urteil vom 6. Juli 2017, *Sadkov v. Ukraine*, §§ 91–99.

³⁰⁰ Vgl. zur Frage, ob jede prozedurale Verletzung Anlass gibt, eine *de-novo*-Prüfung des maßgeblichen Sachverhalts durchzuführen, soeben, IV. D. 1. b.

³⁰¹ Vgl. oben, IV. C. 2. b.

³⁰² Vgl. dazu und zum Folgenden EGMR, Urteil vom 6. Juli 2017, *Sadkov v. Ukraine*, §§ 91–99.

³⁰³ Vgl. EGMR, Urteil vom 6. Juli 2017, *Sadkov v. Ukraine*, § 101.

offensichtlich unbegründet, womit weder in prozeduraler noch in materieller Hinsicht Raum für die Feststellung einer Verletzung von Art. 3 EMRK bestanden hätte.³⁰⁴ Tatsächlich zeigt der Fall *Sadkov v. Ukraine* paradigmatisch auf, dass Urteile des EGMR zu Misshandlungsvorwürfen in Polizeigewahrsam fast nur „schwarz“ oder „weiß“ ausfallen können: Entweder wird ein Fall mangels Beweisen als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen oder auf den Fall wird eingetreten und aufgrund der oftmals angewandten Beweislastumkehr dann in den allermeisten Fällen auch eine materielle Verletzung von Art. 3 EMRK bejaht.

Dies macht deutlich, dass Grauzonenfälle mit dem bestehenden beweisrechtlichen Instrumentarium nur schwierig zu erfassen sind. Womöglich läge eine Lösung des Problems darin, die Beweislastumkehr vorsichtiger anzuwenden, wenn zwar nachgewiesen ist, dass eine Beschwerdeführerin in Polizeigewahrsam Verletzungen erlitten hat, ihre Schilderung des Vorfalls jedoch vernünftigerweise nicht den tatsächlichen Begebenheiten entsprechen kann. Damit wäre ausgeschlossen, dass der EGMR einen Mitgliedstaat für einen Sachverhalt verurteilt, der selbst von einer Beschwerdeführerin nicht vorgebracht worden ist.³⁰⁵

2. *Stimmiges Gesamtbild*

In der schweizerischen Doktrin ist kritisiert worden, dass der EGMR den Sachverhalt in Einzelfällen anders würdigt als die nationalen Gerichte; die Kritik basierte dabei oftmals auf einer Analyse schweizerischer Fälle und hatte teilweise sicher auch ihre Berechtigung.³⁰⁶ Gleichzeitig ist jedoch eine Erweiterung der Perspektive notwendig. Nach Art. 19 EMRK überwacht der EGMR die effektive Durchsetzung der Konventionsgarantien im Einflussbereich aller 47 Europaratsstaaten. Dabei muss er einheitliche Standards anwenden und kann auf besondere „Sensibilitäten“ nur sehr beschränkt Rücksicht nehmen; insofern nimmt er eine umfassendere Perspektive ein als die nationalen Beobachterinnen seiner Rechtsprechung. Eine ausgewogene Würdigung der Praxis des EGMR setzt deshalb voraus, dass die entwickelten Standards in einer Gesamtsicht auf ihre Praxistauglichkeit und konsistente Anwendung überprüft werden.³⁰⁷

Zwar mag zutreffen, dass prozedurale Verletzungen von Art. 3 und Art. 13 EMRK in schweizerischen Verfahren die Ausnahme bilden.³⁰⁸ Insofern ist aus schweizerischer Perspektive auch nachvollziehbar, dass vom EGMR in Sachverhaltsfragen

³⁰⁴ Vgl. EGMR, Urteil vom 6. Juli 2017, *Sadkov v. Ukraine*, Joint Partly Dissenting Opinion Nussberger, Møse und O’Leary.

³⁰⁵ Vgl. die diesbezügliche Kritik in EGMR, Urteil vom 6. Juli 2017, *Sadkov v. Ukraine*, Joint Partly Dissenting Opinion Nussberger, Møse und O’Leary.

³⁰⁶ Vgl. beispielsweise Schürer, S. 512 ff.; Seiler, S. 257 ff.

³⁰⁷ Vgl. zur Auswahl der hier untersuchten Fälle oben, I. D.

³⁰⁸ Im Zeitraum zwischen dem 1. November 2014 und dem 31. Oktober 2017 kam es zu keiner einzigen Verurteilung wegen einer prozeduralen Verletzung von Art. 3 EMRK.

Zurückhaltung eingefordert wird.³⁰⁹ Gesamteuropäisch zeigt sich jedoch ein anderes Bild: Die zahlreichen durch den EGMR festgestellten prozeduralen Verletzungen von Art. 3 EMRK beziehungsweise Art. 13 EMRK dokumentieren, dass nicht überall der (politische) Wille und die (juristische) Expertise vorhanden sind, um Vorwürfe von Menschenrechtsverletzungen angemessen zu untersuchen. Notgedrungen führt dies in den Verfahren vor dem EGMR in vielen Fällen zu einer ausgedehnten Kontrolle der innerstaatlich bereits festgestellten Tatsachen und teilweise auch zu abweichenden Sachverhaltsannahmen des EGMR. Umgekehrt hat der EGMR seine Kontrolle der innerstaatlichen Tatsachenfeststellung aber auch verschiedentlich auf ein Minimum beschränkt, wenn das innerstaatliche Verfahren den Anforderungen von Art. 3 und Art. 13 EMRK genügt hatte. Der nicht immer ausdrücklich benannte, inhaltlich aber mittlerweile konsolidierte Willkürmaßstab führt in solchen Fällen in der Regel dazu, dass auf die Einschätzung der nationalen Gerichte abgestellt und eine materielle Verletzung von Art. 3 EMRK verneint wird. Die Praxis des EGMR konvergiert mit dem Subsidiaritätsgrundsatz, der abhängig von der Qualität des innerstaatlichen Verfahrens genauso für eine Zurückhaltung des EGMR sprechen kann, wie für eine Intervention.

So oder anders haben die vorliegenden Betrachtungen aber erneut die bedeutenden materiell-rechtlichen Implikationen des Beweisrechts des EGMR deutlich gemacht.³¹⁰ Nachdem Tatsachenfragen in der Vergangenheit offenbar von untergeordneter Bedeutung waren, sieht sich der EGMR immer häufiger mit divergierenden Tatsachenschilderungen konfrontiert. Insofern bedarf das bisher wenig ausdifferenzierte Beweisrecht des EGMR auch im Interesse der Rechtssicherheit einer Konsolidierung. Oberstes Leitmotiv muss dabei die Suche nach der materiellen Wahrheit sein. Zu berücksichtigen ist aber auch, dass der EGMR die effektive Durchsetzung von Menschenrechten gewährleisten soll und sich in seinem Verfahren in der Regel zwei ungleiche Parteien gegenüberstehen; im Hinblick auf das Beweismaß und die objektive Beweislast kann sich für das Verfahren vor dem EGMR daher eine andere Ausgestaltung des Beweisrechts aufdrängen als in nationalen Straf-, Zivil- und Verwaltungsrechtsprozessordnungen.³¹¹

Die neuere Rechtsprechung des EGMR lässt klare Anzeichen einer solchen Ausdifferenzierung erkennen. Ein Beispiel dafür ist die in der neueren Rechtsprechung entwickelte Variabilität der Prüfungsdichte in Sachverhaltsfragen. Wie im vorliegenden Kapitel ausführlich aufgezeigt worden ist, oszilliert die Prüfungsdichte des EGMR diesbezüglich abhängig von der Qualität des innerstaatlichen Verfahrens zwischen einer reinen Willkürprüfung und einer umfassenden *de-novo*-Prüfung der innerstaatlich bereits festgestellten Tatsachen. Die Variabilität des Prüfungsmaßstabs ist vom EGMR in seinen Urteilen nicht immer ausdrücklich benannt worden. Inhaltlich liegt sie aber vielen Urteilen zugrunde.³¹² Ein weiteres Beispiel für die

³⁰⁹ Pfiffner/Bollinger; Schürer, S. 519 f.

³¹⁰ Vgl. dazu schon oben, II. B.

³¹¹ Vgl. auch EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2012, *El-Masri v. Mazedonien*, § 151.

³¹² Für die Zukunft drängt sich in diesem Sinne allenfalls auf, den prozeduralen Gehalt von Art. 3 EMRK konsequent vor dem materiellen Gehalt von Art. 3 EMRK zu prüfen.

Konsolidierung des Beweisrechts des EGMR bildet die Ausdifferenzierung der Beweislastumkehr in Fällen behaupteter Misshandlungen in Polizeigewahrsam. In mehreren Urteilen aus jüngerer Zeit hat der EGMR die Anwendbarkeit dieser Beweislastumkehr verneint, weil nicht „au-delà de tout doute raisonnable“ nachgewiesen war, dass bestimmte Verletzungen in jenem Zeitraum entstanden waren, in dem sich die Beschwerdeführenden in Polizeigewahrsam befunden hatten.³¹³ Im Fall *Hentschel und Stark v. Deutschland* hat der EGMR die Beweislastumkehr nicht zugelassen, weil die Polizeikräfte trotz der Absperrung eines Fansektors in einem Fußballstadion keine ausschließliche Kontrolle über die Fans ausübten und insoweit die tragende Begründung der Beweislastumkehr – der ausschließliche Zugriff der Behörden auf eine Situation und das damit verbundene Informationsmonopol – keine Anwendung fand.³¹⁴

Es ist zu erwarten, dass sich das Beweisrecht des EGMR mit der weiter wachsenden Bedeutung der Tatsachenfeststellung in seinen Verfahren weiter ausdifferenzieren wird. Diese Konsolidierung wird wesentlich dazu beitragen, dass die beweisrechtliche Herangehensweise des EGMR – auch und gerade im Verhältnis zur hier thematisierten Tatsachenfeststellung der nationalen Gerichte – zusätzlich an Vorhersehbarkeit gewinnt. Gleichzeitig wird der EGMR aber zu Recht darauf bedacht sein, sich bei der Etablierung von Standards genug Freiraum zu belassen, um den spezifischen Anforderungen des Einzelfalls gerecht zu werden. Die Balance zwischen Rechtssicherheit und Freiräumen zur adaptierten Handhabung spezifischer Einzelfälle gilt es dabei auch zu wahren, wenn im Verfahren vor dem EGMR neue Tatsachenvorbringen und Beweise eingebracht werden. Diese bis anhin ausgeklammerte Frage bildet Gegenstand des nächsten Kapitels.

³¹³ Vgl. EGMR, Urteil vom 10. Oktober 2017, *Tarjani v. Ungarn*, § 51; EGMR, Urteil vom 13. Juni 2017, *Daşlik v. Türkei*, §§ 45–50; EGMR, Urteil vom 4. April 2017, *Thuo v. Zypern*, § 148; EGMR, Urteil vom 28. Februar 2017, *Miüftüoğlu und andere v. Türkei*, § 63.

³¹⁴ Vgl. EGMR, Urteil vom 9. November 2017, *Hentschel und Stark v. Deutschland*, § 72.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



V. Berücksichtigung neuer Beweismittel und Tatsachenvorbringen durch den EGMR



Inhaltsverzeichnis

A. Unterscheidung zwischen echten und unechten <i>Noven</i> als Ausgangspunkt.....	139
B. Umgang des EGMR mit echten <i>Noven</i>	141
1. <i>Ex-nunc</i> -Prüfung versus <i>ex-tunc</i> -Prüfung in <i>Refoulement</i> -Fällen.....	142
a. Zwei typische <i>Refoulement</i> -Konstellationen.....	142
b. Maßgebliche Tatsachengrundlage nach erfolgtem <i>Refoulement</i>	144
c. Maßgebliche Tatsachengrundlage bei ausstehender Abschiebung.....	147
2. Ableitung temporal-beweisrechtlicher Grundsätze.....	150
C. Umgang des EGMR mit unechten <i>Noven</i>	153
D. Skizze eines subsidiaritätsorientierten <i>Novenrechts</i>	156
1. Subsidiaritätsrechtliche Kritik an der heutigen Praxis des EGMR.....	157
2. Strategien zu einem subsidiaritätsorientierten Umgang mit echten <i>Noven</i>	160

A. Unterscheidung zwischen echten und unechten *Noven* als Ausgangspunkt

Der allgemeine verfahrensrechtliche Begriff der *Noven* geht auf das lateinische Wort *novum* zurück, das außerhalb des juristischen Sprachgebrauchs allgemein einen neuen Vorfall beziehungsweise im Plural (*nova*) Neuigkeiten bezeichnet. Hieran angelehnt bezeichnet der juristische *Novenbegriff* „neuen Prozess- und Urteilsstoff“.¹ Prozessrechtlich gesprochen liegen *Noven* also vor, wenn während eines hängigen Verfahrens oder aber in Rechtsmittelverfahren neue Rechtsbegehren, neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel oder neue Rechtsstandpunkte vorgebracht werden. Das *Novenrecht* legt dabei fest, inwiefern solche neue Vorbringen im

¹Vgl. dazu und zum Folgenden Gygi, S. 254.

Rahmen eines einzelnen Verfahrens beziehungsweise im Verlaufe des Instanzenzugs Berücksichtigung finden können; insofern hängt es eng – aber nicht ausschließlich – mit der verfahrensrechtlichen Regelung der Prüfungszuständigkeiten im Instanzenzug zusammen.

In Bezug auf neue Tatsachenbehauptungen wird in der prozessrechtlichen Literatur zwischen *echten* und *unechten* Noven unterschieden. Die Unterscheidung bezieht sich auf die Frage, ob die neu vorgebrachten Tatsachen beziehungsweise Beweismittel schon vor einem bestimmten – prozessrechtlich determinierten – Zeitpunkt Bestand hatten oder erst nachträglich entstanden sind.² Während der Begriff der *echten Noven* Tatsachen und Beweismittel bezeichnet, die erst nach dem maßgeblichen Zeitpunkt entstanden beziehungsweise vorgefunden worden sind, wird der Begriff der *unechten Noven* für Tatsachen und Beweismittel verwendet, die davor schon Bestand hatten.³ Praktisch relevant ist diese Unterscheidung, weil verschiedene Prozessordnungen die Zulässigkeit des neuen Vorbringens maßgeblich von der genannten Differenzierung abhängig machen.⁴

Weder die EMRK noch die EGMR-VerfO knüpfen ihrem Wortlaut nach an die Unterscheidung zwischen echten und unechten Noven an. Im Hinblick auf die teleologische Begründung des Ausschöpfungsgrundsatzes (Art. 35 Ziff. 1 EMRK) drängt sich eine solche Differenzierung jedoch – zumindest für die wissenschaftliche Systematisierung der Rechtsprechung – auf: Die Ausschöpfungsregel verfolgt im Wesentlichen nämlich den Zweck, den Staaten die Möglichkeit zu gewähren, behaupteten Verletzungen der EMRK mit eigenen Mitteln zu begegnen.⁵ Der Ausschöpfungsgrundsatz entbindet die Konventionsstaaten in diesem Sinne davon, sich vor dem EGMR verantworten zu müssen, bevor sie die Möglichkeit erhalten haben, der behaupteten Konventionsverletzung auf innerstaatlicher Ebene zu begegnen.⁶ Dies bedeutet in Bezug auf die Tatsachengrundlagen, dass die Beschwerdeführerin „den Staat ausdrücklich mit dem als konventionswidrig empfundenen Sachverhalt konfrontieren“ muss, ansonsten keine Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs angenommen werden kann.⁷

Im Hinblick auf diesen Normzweck von Art. 35 Ziff. 1 EMRK ist nun aber von maßgeblichem Unterschied, ob eine Tatsache oder ein Beweismittel schon zum

²Vgl. Kölz/Häner/Bertschi, Rn. 1019.

³Vgl. Kiener/Rütsche/Kuhn, Rn. 1992 f.

⁴Vgl. beispielsweise Art. 229 Abs. 1 der ZPO, wonach in der (erstinstanzlichen) Hauptverhandlung neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden oder gefunden worden sind (echte Noven) beziehungsweise bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven). Ungenau daher die Begriffsdefinitionen bei Kiener/Rütsche/Kuhn, Rn. 1513, weil suggeriert wird, die Unterscheidung komme nur im Verhältnis verschiedener Instanzen zum Tragen, und außer Acht gelassen wird, dass auch innerhalb des Verfahrens vor einer einzigen Instanz an diese Unterscheidung anknüpfende Bestimmungen zur Zulässigkeit neuer Tatsachenvorbringen zum Tragen kommen können.

⁵Vgl. Lanter, S. 34, m.w.H. auf die Rechtsprechung des EGMR; van der Wilt/Lyngdorf, S. 43.

⁶Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 18. Juli 1999, *Selmouni v. Frankreich*, § 74.

⁷Vgl. Lanter, S. 77.

Zeitpunkt des letzten innerstaatlichen Entscheids Bestand hatte (unechtes Novum) oder ob sie erst danach entstanden sind (echte Noven). Während es einer Beschwerdeführerin im ersten Fall grundsätzlich möglich war, die zuständigen innerstaatlichen Gerichte mit dem konventionsrechtlich maßgeblichen Sachverhalt zu konfrontieren, ist diese Möglichkeit für den zweiten Fall zu verneinen. Der EGMR tritt auf Beschwerden beziehungsweise Beschwerdeteile, die gestützt auf unechte Noven einen völlig neuen Sachverhalt geltend machen, wohl auch aus dieser Überlegung oftmals gar nicht erst ein;⁸ dies gilt zumindest dann, wenn ein effektives Rechtsmittel zur Verfügung stand, mit dem dieser Sachverhalt den innerstaatlichen Instanzen hätte unterbreitet werden können.⁹ Anders handhabt der EGMR mitunter echte Noven: Unter Berufung auf den Leitgedanken der EMRK, einen effektiven Menschenrechtsschutz zu gewährleisten, berücksichtigt er diese in gewissen Fallkonstellationen, sofern die übrigen Eintretensvoraussetzungen im Zeitpunkt des Beschwerdeeingangs gegeben waren.¹⁰ Auch wenn der Novenbegriff in der Rechtsprechung des EGMR nicht ausdrücklich auftaucht, drängt es sich vor diesem Hintergrund auf, die Differenzierung zwischen echten und unechten Noven den vorliegenden Betrachtungen zugrunde zu legen.

Angesichts der Tatsache, dass der Novenbegriff vor allem im nationalen Verfahrensrecht und dort oftmals im Zusammenhang der Tatsachenkognition im Instanzenzug verwendet wird, sei den nachfolgenden Ausführungen noch Folgendes vorangestellt: Mit der Verwendung des Novenbegriffs soll nicht suggeriert werden, dass es sich beim EGMR im Verhältnis zu den nationalen Gerichten um eine „vierte Instanz“ handelt.¹¹ Im Vordergrund steht vielmehr die Verwendung praktikabler und verständlicher Begrifflichkeiten – ein Anliegen, dem der Novenbegriff Rechnung zu tragen vermag. Die verwendete Terminologie rechtfertigt sich umso mehr, als der Novenbegriff über verschiedene Rechtsgebiete hinweg Verwendung findet und schon deshalb keine falschen Assoziationen wecken sollte.

B. Umgang des EGMR mit echten Noven

Nachfolgend ist zunächst aufzuzeigen, wie der EGMR *echte Noven* handhabt. Untersuchungsgegenstand bildet mit anderen Worten die Frage, wie der EGMR mit Tatsachen und Beweismitteln umgeht, die erst nach dem letzten innerstaatlichen Entscheid

⁸ Vgl. beispielhaft EGMR, Urteil vom 6. Juli 2017, *Sadkov v. Ukraine*, § 81, wo der EGMR gewisse Misshandlungsvorwürfe (auch) deshalb als offensichtlich unbegründet zurückwies, weil sie vor den innerstaatlichen Instanzen nicht erhoben worden seien.

⁹ Verneint beispielsweise für die unter Art. 3 EMRK vorgebrachte Rüge unmenschlicher Haftbedingungen, zumindest soweit eine Beschwerdeführerin sich noch in Haft befindet; oftmals referenziert in diesem Zusammenhang wird EGMR, Urteil vom 13. November 2014, *Papakonstantinou v. Griechenland*, § 51.

¹⁰ Vgl. dazu nachfolgend, V. B.

¹¹ Vgl. dazu oben, I. A.

entstanden sind.¹² Subsidiaritätsrechtlich ist diese Fallkonstellation insofern von Interesse, als die innerstaatlichen Instanzen sich mit diesen echten Noven (zumindest im ordentlichen Verfahren, das dem Verfahren vor dem EGMR vorgelagert war) nie auseinandersetzen konnten. Dies hat im konkreten Einzelfall zur Folge, dass die innerstaatlichen Behörden ihrer Primärverpflichtung zum Schutz der Konventionsrechte in Bezug auf diese neuen Sachverhaltselemente gar nicht nachkommen *konnten*. Es stellt sich deshalb die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit der EGMR in Ausfüllung dieses Vakuums echte Noven wie ein erstinstanzliches Tatsachengericht berücksichtigen soll.

1. Ex-nunc-Prüfung versus ex-tunc-Prüfung in Refoulement-Fällen

Die Frage der Berücksichtigung echter Noven betrifft unter Art. 3 EMRK insbesondere Fälle, in denen der EGMR die EMRK-Konformität von Maßnahmen zu prüfen hat, mit welchen eine Person durch ihren Aufenthaltsstaat zum Verlassen des Landes mindestens für eine bestimmte Dauer gezwungen wird. Selbstverständlich ist das Novenrecht neben den *Refoulement*-Fällen noch in verschiedenen weiteren Fallbereichen von Relevanz.¹³ Nichtsdestotrotz lässt sich am Beispiel der Praxis des EGMR zu Abschiebungsfällen veranschaulichen, welche Kriterien der EGMR anwendet.

a. Zwei typische *Refoulement*-Konstellationen

In der *Refoulement*-Rechtsprechung des EGMR sind im Wesentlichen zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden: Wurde die Abschiebung nach dem letzten innerstaatlichen Entscheid vollzogen, kann zum Zeitpunkt des EGMR-Urteils oftmals schon beurteilt werden, ob die innerstaatlich vorgenommene Prognoseentscheidung, dass im Falle einer Rückschiebung *kein* ernsthaftes Risiko einer unmenschlichen Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK bestehe, sich aus einer *ex-post*-Sicht faktisch als zutreffend erwiesen hat. Es stellt sich deshalb die Frage, ob der EGMR nachträglich im Zielstaat eingetretene Entwicklungen berücksichtigen darf. Konkret gesprochen: Darf die Tatsache, dass eine Person nach ihrer Abschiebung im Zielstaat eine unmenschliche Behandlung erfahren hat beziehungsweise umgekehrt eine solche gerade ausgeblieben ist, für die Prüfung der konventionsrechtlichen Zulässigkeit der Abschiebung eine Rolle spielen oder nicht? Allgemeiner gesprochen geht es hier darum, ob der EGMR eine innerstaatlich notwendigerweise unter Unsicherheitsbedingungen getroffene Prognoseentscheidung unter Berücksichtigung der darauffolgenden tatsächlichen Geschehnisse auf ihre konventionsrechtliche Rechtmäßigkeit hin überprüfen darf oder ob er diese tatsächlichen Geschehnisse ausblenden muss.

¹²Vgl. die eben vorgenommene Abgrenzung zwischen echten und unechten Noven, V. A.

¹³Vgl. dazu nachfolgend, V. B. 2.

Die zweite klassische Konstellation betrifft den Fall, dass eine innerstaatlich letztinstanzlich bestätigte Abschiebung bis zum Urteil des EGMR nicht vollzogen wird, sei es, weil der EGMR nach Eingang einer Beschwerde die Abschiebung gestützt auf Art. 39 EGMR-VerfO bis zum Vorliegen des Urteils durch eine vorsorgliche Maßnahme verboten hat,¹⁴ sei es, weil der Konventionsstaat aus eigenen Stücken vorläufig darauf verzichtet hat.¹⁵ Zwischen dem letztinstanzlichen innerstaatlichen Entscheid und dem Urteil des EGMR kann dabei relativ viel Zeit verstreichen: Der EGMR hat im Untersuchungszeitraum 51 *Refoulement*-Fälle materiell beurteilt; seine durchschnittliche Verfahrensdauer in diesen Fällen betrug rund dreieinhalb Jahre.¹⁶ In dieser Zeit kann es einer Beschwerdeführerin gelingen, neue Beweise für eine drohende Misshandlung beizubringen. Vor allem aber sind diese dreieinhalb Jahre relativ viel Zeit, wenn man beachtet, wie volatil die Situation sich in verschiedenen Zielstaaten von Abschiebungen (vor allem abgewiesener Asylsuchender) gestaltet.¹⁷ Auch hier stellt sich also die Frage, ob der EGMR die nach dem letzten innerstaatlichen Entscheid eingetretenen Entwicklungen berücksichtigen darf und soll. Nur schwebt hier im Unterschied zur ersten geschilderten Fallkonstellation weiterhin latent eine Konventionsverletzung im Raume – oder anders gesprochen: die Konventionsverletzung währt (hypothetisch) fort und kann in diesem Sinne nicht als abgeschlossen betrachtet werden.¹⁸

Nachfolgend werden die beiden Fallkategorien – materielle Prüfung einer Beschwerde durch den EGMR nach erfolgter Abschiebung einerseits und materielle Prüfung einer Beschwerde durch den EGMR vor dem Vollzug der Abschiebung

¹⁴Vgl. für einen solchen Fall statt vieler EGMR, Urteil vom 20. Juni 2017, *M.O. v. Schweiz*, § 4. Vgl. außerdem EGMR (Große Kammer), Urteil vom 4. Februar 2005, *Mamatkulov und Askarov v. Türkei*, § 69, wonach die Anordnung einer vorsorglichen Maßnahme insbesondere dann in Betracht kommt, wenn dem EGMR im Zeitpunkt des Beschwerdeeingangs nicht alle Informationen vorliegen, um eine methodisch fundierte Risikoprognose vorzunehmen.

¹⁵Vgl. für einen solchen (unter Art. 8 EMRK) geprüften Fall EGMR, Urteil vom 16. April 2013, *Udeh v. Schweiz*, und die diesbezügliche Kritik an der Unterlassung der Schweizer Behörden von Schürer, S. 517.

¹⁶Vgl. oben, I. D. 3.

¹⁷In diesem Sinne hält das schweizerische Bundesverwaltungsgericht beispielsweise in seinen Syrien-Urteilen immer wieder fest, „dass die Situation in Syrien anhaltend instabil und in stetiger Veränderung begriffen“ sei; vgl. statt vieler Urteil des BVGer D-5779/2013 vom 25. Februar 2015 E. 5.2.3 (als Referenzurteil publiziert). Nach Syrien vollzieht die Schweiz derzeit zwar keine Rückschiebungen – die Lage präsentiert sich aber in vielen (oftmals konfliktgeprägten) Entwicklungsländern nicht viel anders. In diesem Sinne hat das schweizerische Bundesverwaltungsgericht für Afghanistan in einem erst kürzlich ergangenen Referenzurteil festgestellt, die Sicherheitslage habe sich landesweit deutlich verschlechtert, vgl. Urteil des BVGer D-5800/2016 vom 13. Oktober 2017 E. 7 (zusammenfassend E. 7.6).

¹⁸Der EGMR hat bis dato jedoch offengelassen, ob es sich bei der nicht vollzogenen Abschiebung um eine „fortwährende Situation“ handelt, was implizieren würde, dass die Sechsmonatsfrist für die Einreichung der Beschwerde an den EGMR auch durch einen letztinstanzlichen innerstaatlichen Entscheid nicht zu laufen beginnen würde; vgl. EGMR, Entscheidung vom 17. Oktober 2017, *K.L. v. Schweden*, §§ 24–26.

andererseits – gesondert dargestellt. Im Vordergrund steht dabei die Frage, ob der EGMR im Sinne eines *ex-nunc*-Ansatzes in seiner Rechtsprechung auch nach dem letzten innerstaatlichen Entscheid eingetretene Entwicklungen berücksichtigt oder ob er sich auf eine *ex-tunc*-Prüfung beschränkt und die Rechtmäßigkeit der Abschiebungsverfügung im Zeitpunkt des letzten innerstaatlichen Entscheids beurteilt.¹⁹

b. Maßgebliche Tatsachengrundlage nach erfolgtem *Refoulement*

Die temporal-beweisrechtliche Herangehensweise des EGMR in *Refoulement*-Fällen *nach erfolgter Abschiebung* ist maßgeblich vom 1991 ergangenen Urteil im Fall *Cruz Varas und andere v. Schweden* geprägt, welchem der folgende Sachverhalt zugrunde lag: Zusammen mit seiner Ehefrau und dem gemeinsamen Sohn hatte der Beschwerdeführer 1987 in Schweden ein Asylgesuch gestellt und dieses im Wesentlichen mit den prekären Lebensbedingungen in seinem Heimatland Chile begründet. Die schwedischen Behörden lehnten die Asylgesuche ab, weil keine asylrechtlich relevante Verfolgung geltend gemacht worden sei; zudem wurde die Wegweisung aus Schweden verfügt. Im Zuge des kurz darauf angestoßenen Vollzugsverfahrens machte der Familienvater gegenüber den schwedischen Behörden mehrmals geltend, ihm drohe bei einer Rückkehr nach Chile politische Verfolgung. Die Gefahr resultiere einerseits daraus, dass er sich in Schweden für die radikale oppositionelle Gruppierung Patriótico Manuel Rodriguez (FPMR) eingesetzt habe. Im Laufe des Verfahrens brachte er als Hauptausreisegrund andererseits vor, schon vor seiner Ausreise aus Chile politisch verfolgt und in diesem Zusammenhang verschiedentlich misshandelt worden zu sein. Die schwedischen Behörden hielten unter Hinweis auf die Unglaubhaftigkeit dieser – ihrer Auffassung zufolge – nachgeschobenen Vorbringen an der Wegweisung fest und schoben den Beschwerdeführer am 6. Oktober 1989 ab. Die Mutter und der Sohn tauchten ab; ihr Verbleib war im Verfahren vor dem EGMR unbekannt.²⁰

Mit Blick auf den maßgeblichen Prüfungszeitpunkt hielt der EGMR in den Erwägungen des *Cruz Varas*-Urteils fest, eine allfällige konventionsrechtliche Verantwortlichkeit des abschiebenden Staates ergebe sich daraus, eine Beschwerdeführerin durch die Abschiebung dem Risiko einer unmenschlichen Behandlung ausgesetzt zu haben. Um das Bestehen dieses Risikos zu beurteilen, „il faut donc se référer par priorité aux circonstances dont l'État en cause avait ou devait avoir connaissance au moment de l'expulsion, mais cela n'empêche pas la Cour de tenir compte de renseignements ultérieurs; ils peuvent servir à confirmer ou infirmer la

¹⁹Vgl. zu den hier nicht weiter zu vertiefenden praktischen Schwierigkeiten, eine solche *ex-tunc*-Sichtweise in Kenntnis späterer Entwicklungen einzunehmen Müller Markus, S. 73 ff. und (konkret zu dieser Schwierigkeit in *Refoulement*-Fällen) van Drooghenbroeck, S. 267.

²⁰Vgl. zum ganzen Sachverhalt EGMR (Plenum), Urteil vom 20. März 1991, *Cruz Varas und andere v. Schweden*, §§ 14–33.

manière dont la Partie contractante concernée a jugé du bien-fondé des craintes d'un requérant.“²¹

Gestützt auf diese grundsätzliche *ex-tunc*-Sicht stellte der EGMR in Bezug auf den konkreten Einzelfall sodann fest, dem Beschwerdeführer sei zwar der Nachweis gelungen, irgendwann in der Vergangenheit Opfer von Misshandlung durch Angehörige des Pinochet-Regimes geworden zu sein. Allerdings hätten die schwedischen Behörden zu Recht Widersprüche in seinen Aussagen zum eigentlichen Ausreisegrund festgestellt. Angesichts des schon vor der Abschiebung angestoßenen demokratischen Wandels in Chile sei ihre Einschätzung der konventionsrechtlichen Zulässigkeit einer Abschiebung deshalb nicht zu beanstanden.²² Ergänzend wies er darauf hin, dass es dem Beschwerdeführer auch nach seiner Rückkehr nach Chile nicht gelungen sei, Beweise oder Zeugen für die von ihm geltend gemachten oppositionspolitischen Tätigkeiten zu benennen.²³

Bis heute²⁴ rekurriert der EGMR auf die Grundsätze, die er im Urteil *Cruz Varas und andere v. Schweden* erstmals abstrakt niedergelegt hat: Im Grundsatz prüft der EGMR *ex tunc*, ob mit der bereits vollzogenen Abschiebung das ernsthafte Risiko einer unmenschlichen Behandlung einherging. Maßgeblich sind mit anderen Worten im Grundsatz jene Tatsachen, die den verantwortlichen Behörden im Zeitpunkt der Abschiebung bekannt waren, beziehungsweise hätten bekannt sein müssen. Die tatsächlichen Entwicklungen nach der Abschiebung finden nur sekundär Berücksichtigung, wenn sie geeignet sind, die Rechtmäßigkeit der ursprünglichen Einschätzung des Nichtbestehens des Risikos einer unmenschlichen Behandlung durch die innerstaatlichen Behörden zu *bestätigen oder zurückzuweisen*. Wie eine Minderheit von drei Richtern im Fall *Mamatkulov und Askarov v. Türkei* zutreffend festgestellt hat, darf den nachträglichen Entwicklungen in diesem Sinne jedenfalls *kein entscheidendes Gewicht* („*not conclusive*“) zugemessen werden.²⁵ In die gleiche Richtung weist die Argumentation des EGMR im Urteil *Garabayev v. Russland*: Hier stellte er fest, die von der russischen Regierung nicht bestrittenen unmenschlichen Haftbedingungen des Beschwerdeführers in Turkmenistan „*serve to strengthen the Court's above conclusions about a violation of Article 3 by the authorities' failure to give a proper consideration to the well-grounded fears raised by the applicant*“.²⁶

²¹Vgl. EGMR (Plenum), Urteil vom 20. März 1991, *Cruz Varas und andere v. Schweden*, § 76 (Hervorhebung durch den Verfasser).

²²Vgl. EGMR (Plenum), Urteil vom 20. März 1991, *Cruz Varas und andere v. Schweden*, §§ 77–82.

²³Vgl. EGMR (Plenum), Urteil vom 20. März 1991, *Cruz Varas und andere v. Schweden*, § 158.

²⁴Vgl. zuletzt EGMR, Urteil vom 26. Januar 2017, *X v. Schweiz*, § 62 (dort allerdings nicht unter Referenzierung des Urteils im Fall *Cruz Varas und andere v. Schweden*, sondern von anderen – später ergangenen – Urteilen).

²⁵Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 4. Februar 2005, *Mamatkulov und Askarov v. Türkei*, Joint Partly Dissenting Opinion Bratza, Bonello und Hedigan, Ziff. 3.

²⁶Vgl. EGMR, Urteil vom 7. Juni 2007, *Garabayev v. Russland*, no. 38411/02, § 82 (Hervorhebung durch den Verfasser).

Die grundsätzliche *ex-tunc*-Prüfung ist maßgeblich darauf zurückzuführen, dass sich die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des abschiebenden Staates mangels effektiver Kontrolle über die Geschehnisse²⁷ im Zielland nur aus der rechtsfehlerhaften Prognoseentscheidung und der gestützt darauf vollzogenen Abschiebung ergeben kann, nicht jedoch aus der durch den Zielstaat zu verantwortenden unmenschlichen Behandlung.²⁸ Aus dem Faktum einer nach der Abschiebung erfolgten unmenschlichen Behandlung kann daher nicht auf eine Konventionsverletzung geschlossen werden, ebenso wie ausgeschlossen ist, aus dem Ausbleiben einer unmenschlichen Behandlung nach der Abschiebung unmittelbar auf die Rechtmäßigkeit der Abschiebung zu schließen. Konsequenterweise ist es in der Rechtsprechung des EGMR nach *Cruz Varas v. Schweden* deshalb vorgekommen, dass keine Verletzung von Art. 3 EMRK festgestellt worden ist, obwohl zumindest nicht ausgeschlossen werden konnte, dass es nach der Abschiebung im Zielstaat zu Misshandlungen gekommen war.²⁹ Umgekehrt sind Verletzungen von Art. 3 EMRK mitunter bejaht worden, obwohl nach der Rückschiebung keine Hinweise auf eine unmenschliche Behandlung vorlagen.³⁰

In der Umsetzung bedeutet die *ex-tunc*-Rechtsprechung, dass der EGMR für seinen Entscheid grundsätzlich auf die Tatsachenlage abstellen muss, die den innerstaatlichen Behörden im Zeitpunkt der Abschiebung zugänglich war, beziehungsweise bei richtiger Prüfung zugänglich gewesen wäre. Ähnlich wie Strafrichterinnen, die durch Beweisverwertungsverbote gesperrtes (aber letztlich doch zur Kenntnis genommenes) Beweismaterial nicht nur argumentativ, sondern auch psychologisch unberücksichtigt lassen müssen,³¹ ist der EGMR gehalten, sich in die Lage hineinzuversetzen, in welcher sich die innerstaatlichen Behörden zu einem früheren Zeitpunkt und ohne Kenntnis der späteren Entwicklungen befunden haben.

Die Begründung einiger Urteile legt nahe, dass dies eine durchaus anspruchsvolle Aufgabe ist. Verschiedentlich hat der EGMR nämlich den Entwicklungen nach der Abschiebung – anders als durch die *Cruz Varas*-Rechtsprechung vorgesehen – zumindest argumentativ großes Gewicht zugemessen: Im Fall *Mamatkulov und Askarov v.*

²⁷Vgl. zum „effective control“-Kriterium Brunner/Fuhrer, S. 93 ff.

²⁸Vgl. van Drooghenbroeck, S. 267, m.w.H.

²⁹Vgl. EGMR, Urteil vom 30. Oktober 1991, *Vilvarajah und andere v. Vereinigtes Königreich*, §§ 109–116. Für neuere Entscheide vgl. EGMR, Urteil vom 8. Juli 2014, *M.E. v. Dänemark*, §§ 62, 64 sowie EGMR, Urteil vom 21. Juli 2015, *H.S. und andere v. Zypern*, §§ 265–283 und namentlich § 282: „The Court notes that following the applicants’ deportation their representative informed the Court that the majority of the applicants had been arrested and detained upon their return to Syria. Furthermore, one applicant, M.J., claimed that he had been subjected to ill-treatment during their detention. *Even assuming, however, that he was subjected to treatment contrary to Article 3 upon his return to Syria at the time of his deportation in 2010, there was no evidence before the domestic authorities or the Court that at the material time the applicant was at risk of being subjected to such treatment* [Hervorhebung durch den Verfasser].“

³⁰Vgl. EGMR, Urteil vom 24. Februar 2009, *Ben Khemais v. Italien*, § 51 und §§ 62–64.

³¹Vgl. zu dieser Schwierigkeit das Interview bei Lorenz.

Türkei hielt der EGMR zu Ungunsten der Beschwerdeführer fest, die türkische Regierung habe medizinische Berichte von usbekischen Gefängnisärzten vorgelegt, aus welchen hervorgehe, dass die Beschwerdeführer nach wie vor unversehrt seien, und verneinte – wesentlich gestützt auf dieses Argument – eine materielle Verletzung von Art. 3 EMRK.³² Auch im Fall *Y v. Russland* erwog der EGMR, es lägen keine Beweise dafür vor, dass der Beschwerdeführer und sein Sohn nach der Abschiebung nach China Opfer einer unmenschlichen Behandlung geworden seien.³³

Umgekehrt kam der EGMR im Fall *Khamidkariyev v. Russland* zum Schluss, dass aufgrund der spärlich vorliegenden Informationen davon auszugehen sei, dass die Möglichkeiten des Beschwerdeführers, aus dem usbekischen Gefängnis Kontakt mit der Außenwelt aufzunehmen, stark eingeschränkt seien und dies die Gefahr von Misshandlungen erhöhe.³⁴ Deutlich vorsichtiger äußerte sich der EGMR im Fall *Ermakov v. Russland*, wo er unter Feststellung einer Verletzung von Art. 3 EMRK nur ergänzend darauf hinwies, die Geschehnisse nach der zwangsweisen Ausschaffung des Beschwerdeführers nach Usbekistan würden die Begründetheit der Furcht des Beschwerdeführers vor unmenschlicher Behandlung bestätigen.³⁵ Die in *Ermakov v. Russland* verwendete Formulierung („[...] the events following the applicant’s forcible return to Uzbekistan can be seen as confirming the well-foundedness of his fears. [...]“)³⁶ ist zu begrüßen, zumal sie auch argumentativ klarstellt, dass in Anknüpfung an die *Cruz Varas*-Rechtsprechung grundsätzlich eine *ex-tunc*-Sichtweise Platz greift.³⁷

c. Maßgebliche Tatsachengrundlage bei ausstehender Abschiebung

Anders präsentiert sich die Rechtslage, wenn der Abschiebungsvollzug noch aussteht. Diesbezüglicher Leitentscheid ist das Urteil des EGMR im Fall *Chahal v. Vereinigtes Königreich*, der die noch ausstehende Abschiebung einer Sikh-Familie nach Indien betraf.³⁸ Hintergrund des Falls bildete der Konflikt um die Unabhängigkeitsbestrebungen der Sikh in der indischen Provinz Punjab. Der Beschwerdeführer war im Vereinigten Königreich eine der führenden Figuren der Sikh-Gemeinschaft und in diesem Zusammenhang in verschiedene religiöse und politische Aktivitäten involviert. Nichtsdestotrotz wiesen die britischen Behörden

³²Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 4. Februar 2005, *Mamatkulov und Askarov v. Türkei*, §§ 76–77.

³³Vgl. EGMR, Urteil vom 4. Dezember 2008, *Y v. Russland*, § 89. Vgl. dazu De Weck, S. 261 f., m.w.H. auf andere Urteile des EGMR.

³⁴Vgl. EGMR, Urteil vom 26. Januar 2017, *Khamidkariyev v. Russland*, § 143.

³⁵Vgl. EGMR, Urteil vom 7. November 2013, *Ermakov v. Russland*, §§ 206–207.

³⁶Vgl. EGMR, Urteil vom 7. November 2013, *Ermakov v. Russland*, § 206.

³⁷Missverständlich die Concurring Opinion von Richter Bianku in EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. März 2016, *F.G. v. Schweden*, wo die *Cruz Varas*-Rechtsprechung mit einer *ex-nunc*-Evaluation in Verbindung gebracht wird.

³⁸EGMR (Große Kammer), Urteil vom 15. November 1996, *Chahal v. Vereinigtes Königreich*.

die Asylgesuche ab, unter anderem mit der Begründung, es sei nicht davon auszugehen, dass seine Aktivitäten in Großbritannien das Interesse der indischen Behörden geweckt hätten. Im Hinblick auf den Vollzug der Wegweisung holten die britischen Behörden zudem eine Stellungnahme der indischen Behörden ein, mit der diese zusicherten, den Beschwerdeführer nicht zu misshandeln und ihm sämtliche Rechte eines indischen Staatsbürgers zu gewähren.³⁹

Der EGMR stellte in seinem Urteil zum *Chahal*-Fall zunächst fest, dass im Unabhängigkeitskonflikt in der Provinz Punjab im Jahr 1992 ein Höhepunkt an Gewalt und Instabilität erreicht worden sei und dann eine gewisse Entspannung eingesetzt habe. Angesichts dieser dynamischen Veränderungen sei der Prüfungszeitpunkt für den Ausgang des Beschwerdeverfahrens von erheblicher Bedeutung.⁴⁰ Der Beschwerdeführer stellte sich auf den Standpunkt, maßgebend sei der Zeitpunkt des letzten innerstaatlichen Entscheids im Juni 1992.⁴¹ Die britische Regierung hingegen machte geltend, Auslöser einer allfälligen völkerrechtlichen Verantwortlichkeit sei die Abschiebung. Weil der Beschwerdeführer noch nicht abgeschoben worden sei, sei aus Sicht des Zeitpunkts des EGMR-Urteils zu beurteilen, ob mit der Abschiebung das ernsthafte Risiko einer Verletzung von Art. 3 EMRK einhergehe.⁴²

Der EGMR gab der britischen Regierung Recht und kam zum Schluss, dass das ernsthafte Risiko einer Verletzung von Art. 3 EMRK durch den EGMR *aus Sicht des Zeitpunkts seines Urteils* zu prüfen sei, wenn eine Abschiebung noch nicht vollzogen worden sei. Die Sachverhaltsumstände zum Zeitpunkt des letzten innerstaatlichen Entscheids seien nur insofern von Interesse, als sie auch ein Licht auf die Situation im Zeitpunkt des EGMR-Entscheids werfen könnten: „[...] although the historical position is of interest in so far as it may shed light on the current situation and its likely evolution, it is the present conditions which are decisive.“⁴³ Im Urteil *Salah Sheekh v. Niederlande* bezeichnete er diese Herangehensweise ausdrücklich als „*ex-nunc*-Prüfung“.⁴⁴ Der EGMR prüft echte Noven im Sinne dieser *ex-nunc*-Rechtsprechung nicht nur auf der Sachurteils-, sondern auch auf der vorgelagerten Eintretensebene. In diesem Sinne kommt es auch im Rahmen von Zulässigkeitsentscheidungen vor, dass der EGMR prüft,

³⁹Vgl. zum ganzen Sachverhalt EGMR (Große Kammer), Urteil vom 15. November 1996, *Chahal v. Vereinigtes Königreich*, §§ 14–41.

⁴⁰EGMR (Große Kammer), Urteil vom 15. November 1996, *Chahal v. Vereinigtes Königreich*, § 83.

⁴¹EGMR (Große Kammer), Urteil vom 15. November 1996, *Chahal v. Vereinigtes Königreich*, § 84.

⁴²EGMR (Große Kammer), Urteil vom 15. November 1996, *Chahal v. Vereinigtes Königreich*, § 85.

⁴³EGMR (Große Kammer), Urteil vom 15. November 1996, *Chahal v. Vereinigtes Königreich*, § 86.

⁴⁴EGMR (Große Kammer), Urteil vom 11. Januar 2007, *Salah Sheekh v. Niederlande*, § 136: „[...] This further implies that, in assessing an alleged risk of treatment contrary to Article 3 in respect of aliens facing expulsion or extradition, a full and *ex nunc* assessment is called for as the situation in a country of destination may change in the course of time [Hervorhebung im Original].“

ob die neu entstandenen beziehungsweise zugänglich gewordenen Tatsachen etwas an der Einschätzung der innerstaatlichen Gerichte zu ändern vermögen.⁴⁵

In der Umsetzung kann sich die *ex-nunc*-Praxis bei weiterhin ausstehender Abschiebung sowohl zu Gunsten als auch zu Ungunsten einer Beschwerdeführerin auswirken. Beispiel für erstere Konstellation ist der Fall *Venkadajalararma v. Niederlande*, in dem der EGMR festhielt, angesichts des in Sri Lanka angestoßenen Friedensprozesses sei nicht mehr wahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer, der für die vormalig separatistische Organisation LTTE nur Aufgaben von untergeordneter Bedeutung ausgeführt hatte, für die sri-lankischen Behörden noch von Interesse sei.⁴⁶ In ähnlicher Art und Weise kam der EGMR im Fall *Sow v. Belgien* zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin zumindest im Zeitpunkt seines eigenen Urteils nicht mehr als junge Frau gelten könne, die im Hinblick auf eine allfällige Beschneidung als besonders schutzbedürftig anzusehen wäre.⁴⁷ Im Fall *J. K. v. Schweden*, in dem die Kammer eine hypothetische Verletzung von Art. 3 EMRK noch verneint hatte, kam die Große Kammer hingegen umgekehrt auch aufgrund der kontinuierlichen Verschlechterung der Situation im Irak zum Schluss, dass dem Beschwerdeführer und seiner Familie aufgrund seiner früheren Tätigkeiten für die amerikanische Armee private Verfolgung drohe und der irakische Staat diesbezüglich nicht schutzfähig sei.⁴⁸

Mitunter ist kritisiert worden, dass der EGMR die *ex-nunc*-Sicht nicht nur zugunsten, sondern auch zulasten einer Beschwerdeführerin für maßgeblich erklärt. Hauptkritikpunkt ist, dass jede Abschiebungsentscheidung damit konventionsrechtlich zulässig werde, wenn für die Abschiebung nur der richtige Zeitpunkt abgewartet werde.⁴⁹ Impliziert wird mit dieser Kritik jedoch, die Verwaltungsbehörden und -gerichte der Konventionsstaaten würden „auf Vorrat“ Abschiebungsverfügungen erlassen, welche die Situation in den Zielländern ganz grundsätzlich nicht berücksichtigen. Dieser Vorwurf ist nicht haltbar: In einem Rechtsstaat ginge es nicht an, dass eine Abschiebung vorsorglich und entgegen der tatsächlichen Gefährdungslage für zulässig erklärt und die Entscheidung über den richtigen Zeitpunkt einfach den Vollzugsbehörden überantwortet würde. Es liegen denn auch keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, dass in den Konventionsstaaten eine solche – gegen das Legalitätsprinzip und wohl auch gegen Art. 3 EMRK (prozedural) verstoßende – Praxis vorherrschen würde. Vielmehr sind gerade in jüngster Zeit vermehrt Anstrengungen unternommen worden, rechtskräftige

⁴⁵Vgl. zuletzt EGMR, Entscheidung vom 7. November 2017, *X v. Deutschland*, § 32, wo explizit festgehalten wird, dass die Informationen, welche nach dem letztinstanzlichen deutschen Urteil (in diesem Fall des Bundesverfassungsgerichts) entstanden beziehungsweise zugänglich geworden seien, durch den EGMR auf ihren Beweiswert hin überprüft werden müssten.

⁴⁶Vgl. EGMR, Urteil vom 17. Februar 2004, *Venkadajalararma v. Niederlande*, §§ 66–68. Kritisch zur Anwendung der *ex-nunc*-Sichtweise in diesem Fall Delas, S. 266.

⁴⁷Vgl. EGMR, Urteil vom 19. Januar 2016, *Sow v. Belgien*, § 68.

⁴⁸Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. August 2016, *J.K. und andere v. Schweden*, § 113 sowie §§ 120–123.

⁴⁹Vgl. EGMR, Urteil vom 17. Februar 2004, *Venkadajalararma v. Niederlande*, Dissenting Opinion Mularoni.

Abschiebungsverfügungen zeitnah umzusetzen,⁵⁰ was auch deren „Anfälligkeit“ für eine nachträgliche Fehlerhaftigkeit erheblich verkleinert. Soweit eine Abschiebung nicht vollzogen werden kann, liegt dies in der Regel nicht an der Notwendigkeit einer Verzögerung durch die betroffenen Verwaltungsbehörden, sondern an der fehlenden Kooperation der Zielländer beziehungsweise der weggewiesenen Drittstaatsangehörigen.⁵¹ Insofern besteht kein Anlass, allfällige Veränderungen der Sicherheitslage im betreffenden Zielstaat nur zugunsten der Beschwerdeführerinnen zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund geht der EGMR zu Recht und in grundsätzlich begrüßenswerter Klarheit davon aus, bei noch nicht vollzogener Abschiebung komme in Bezug auf die Tatsachenfeststellung die *ex-nunc*-Sicht zum Tragen.

2. Ableitung temporal-beweisrechtlicher Grundsätze

In Zusammenfassung des letzten Kapitels kann gesagt werden, dass der EGMR die Rechtmäßigkeit einer bereits vollzogenen Abschiebung im Grundsatz *ex tunc* aus der Perspektive der innerstaatlichen Behörden im Zeitpunkt der Abschiebung prüft; bei einer noch ausstehenden Abschiebung legt er seiner Prüfung hingegen einen *ex-nunc*-Ansatz zugrunde.⁵² Echten Noven misst er also nur dann entscheidendes Gewicht zu, wenn die Abschiebung weiterhin ausstehend ist; ist die Abschiebung hingegen schon vollzogen worden, können echte Noven allenfalls noch ergänzend herangezogen werden, um das Ergebnis der innerstaatlichen Prognoseentscheidung zu bestätigen oder zurückzuweisen. Im Hinblick auf den hier unternommenen Versuch, allgemeine Grundsätze für den Umgang des EGMR mit echten Noven herauszuarbeiten, fragt sich nun, worin der entscheidende Unterschied zwischen der ersten Konstellation der bereits erfolgten Abschiebung und der zweiten Konstellation der weiterhin ausstehenden Abschiebung besteht.

Einen Ansatzpunkt bildet die Unterscheidung zwischen *violations instantanées* und „*violations continues*“, die in der Literatur mitunter verwendet wird.⁵³ Mit *violation instantanée* gemeint sind abgeschlossene, auf ein einzelnes Ereignis (in der Vergangenheit) zurückgehende Konventionsverletzungen. Bezüglich solcher punktueller Konventionsverletzungen wird aus dem Ausschöpfungsgrundsatz (Art. 35 Ziff. 1 EMRK) abgeleitet, dass auf den Sachverhalt im Zeitpunkt des als konventionswidrig gerügten innerstaatlichen Entscheids abzustellen sei.⁵⁴ Davon unterschieden werden *violations continues* als zeitlich fortgesetzte Konventionsverletzungen; bei der Prüfung solcher Konventionsverletzungen dürfe der EGMR auch jene Tatsachen berücksichtigen, die

⁵⁰ Vgl. für die Schweiz Botschaft Neustrukturierung Asylbereich, S. 7992 ff. Die Gesetzesrevision bezweckt insbesondere auch eine Beschleunigung des Wegweisungsvollzugs, vgl. dazu Gemperli.

⁵¹ Vgl. dazu im deutschen Kontext Fokusstudie BAMF zum Umgang mit abgelehnten Asylbewerbern in Deutschland, S. 16 ff.

⁵² Vgl. oben, V. B. 1.

⁵³ van Drooghenbroeck, S. 265 ff.

⁵⁴ van Drooghenbroeck, S. 264.

sich erst nach der ursprünglichen Entscheidung ergeben hätten. Falls die Konventionsverletzung auch im Zeitpunkt des Verfahrens vor dem EGMR noch fortwirke, dürften in diesem Sinne auch jene Tatsachen berücksichtigt werden, die sich erst nach dem letzten innerstaatlichen Entscheid ergeben hätten.⁵⁵ In der hier verwendeten Terminologie bedeutet diese dogmatische Differenzierung zwischen *violations instantanées* und *violations continues*, dass echte Noven im Verfahren vor dem EGMR insoweit Berücksichtigung finden dürften, als die Konventionsverletzung auch nach dem letzten innerstaatlichen Entscheid noch fortgedauert hat. Eine *ex-nunc*-Sicht käme hingegen nur dann in Betracht, wenn die Konventionsverletzung auch im Zeitpunkt des Urteils noch fort dauert.

Anders als die eben dargelegte Terminologie suggeriert, liegt das entscheidende Argument für die Berücksichtigung echter Noven jedoch nicht darin, dass es sich bei der geltend gemachten Konventionsverletzung um einen *Dauersachverhalt* handelt. Entscheidend ist vielmehr, dass die Konventionsverletzung während des Verfahrens vor dem EGMR beziehungsweise im Zeitpunkt des EGMR-Urteils weiterhin latent im Raume steht. Deutlich macht dies gerade das hier vertieft analysierte Beispiel der noch nicht vollzogenen Abschiebungen. Die gegen Art. 3 EMRK verstoßende Abschiebung könnte aufgrund ihrer zeitlichen Konzentration nämlich nur den *violations instantanées* zugeordnet werden.⁵⁶ Nichtsdestotrotz beurteilt der EGMR die (hypothetische) Rechtmäßigkeit noch nicht vollzogener Abschiebungen *ex nunc*, weil aufgrund der rechtskräftigen innerstaatlichen Abschiebungsverfügung jederzeit die Realisierung der konventionsrechtlich unter Umständen unzulässigen Abschiebung möglich ist.

Nun bildet die noch nicht vollzogene Abschiebung in der Rechtsprechung des EGMR zwar insofern einen Spezialfall, als sich dieser sonst kaum mit hypothetischen zukünftigen Konventionsverletzungen auseinandersetzt.⁵⁷ Nichtsdestotrotz macht die Fallkonstellation exemplarisch deutlich, dass es nicht das Charakteristikum des Dauersachverhalts ist, das die Berücksichtigung echter Noven rechtfertigt, sondern der Umstand einer weiterhin latent im Raume stehenden Konventionsverletzung. Diese Überlegung lässt sich ohne weiteres auf jene Dauersachverhalte übertragen, die sich auch während des Verfahrens vor dem EGMR noch aktualisieren und insofern konventionsrechtlich latent problematisch bleiben.⁵⁸

Zu nennen sind in diesem Zusammenhang zunächst Fälle behaupteter unmenschlicher Haftbedingungen.⁵⁹ Dabei handelt es sich angesichts der zeitlich fortgesetzten

⁵⁵ van Drooghenbroeck, S. 264 f.

⁵⁶ Der EGMR seinerseits hat bis dato offengelassen, ob es sich bei der nicht vollzogenen Abschiebung um eine „fortwährende Situation“ handelt. Er hatte die Frage jedoch nicht im Zusammenhang des Ausschöpfungsgrundsatzes (Art. 35 Ziff. 1 EMRK) zu behandeln, sondern im Zusammenhang des Beginns des Fristenlaufs der Sechsmonatsfrist (ebenfalls Art. 35 Ziff. 1 EMRK); vgl. EGMR, Entscheidung vom 17. Oktober 2017, *K.L. v. Schweden*, §§ 24–26.

⁵⁷ Vgl. EGMR (Plenum), Urteil vom 7. Juli 1989, *Soering v. Vereinigtes Königreich*, § 90.

⁵⁸ Vgl. die Darstellung der nachfolgend erwähnten Fälle *Lopez Ostra v. Spanien* und *Rieme v. Schweden* bei van Drooghenbroeck, S. 266 f.

⁵⁹ Diese fallen ebenfalls unter Art. 3 EMRK; vgl dazu oben, I. D. 3.

Haft zweifellos um Dauersachverhalte; die Berücksichtigung echter Noven ist gleichwohl nur denkbar, wenn und soweit die Beschwerdeführerin den beanstandeten Haftbedingungen auch während des Verfahrens vor dem EGMR noch ausgesetzt war. Veranschaulichen lässt sich diese Logik anhand des kürzlich beurteilten Falls *Ābele v. Lettland*: Der Beschwerdeführer war 2008 wegen eines Tötungsdelikts zu 15,5 Jahren Haft verurteilt worden. Mit einer Beschwerde an den EGMR im Jahr 2012 rügte er aufgrund der Haftbedingungen im Gefängnis „Brasa“ eine Verletzung von Art. 3 EMRK. Der EGMR berücksichtigte in seinem Urteil auch die Geschehnisse nach Erhebung der Beschwerde,⁶⁰ dies jedoch nur bis zum 7. September 2016, als der Beschwerdeführer in ein Gefängnis im lettischen Jēkabpils überführt wurde.⁶¹

Eine weitere klassische Konstellation fortdauernder und im Moment des EGMR-Urteils weiterhin latent vorhandener möglicher Konventionsverletzungen betrifft Immissionen von Industrie- und Verkehrsanlagen. Der Fall *López Ostra v. Spanien* betraf gesundheitsschädigende Emissionen einer Abfallverbrennungsanlage, die mit staatlichen Zuschüssen und auf öffentlichem Grund direkt in einem Wohngebiet gebaut worden war und zum Zeitpunkt des EGMR-Urteils weiterhin betrieben wurde.⁶² Der EGMR hielt angesichts der fortdauernden Situation ausdrücklich fest, er könne auch Tatsachen (in diesem Fall medizinische Berichte und technische Expertisen) berücksichtigen, die erst nach Einreichung der Beschwerde und nach der Eintretensentscheidung entstanden seien.⁶³ Auch im Fall *Hatton und andere v. Vereinigtes Königreich*, der Lärmimmissionen am Flughafen Heathrow nach dem 1993 revidierten Flugregime zum Gegenstand hatte, stellte der EGMR maßgeblich auf einen 1998 – und damit erst nach Beschwerdeeingang – erschienenen Bericht ab.⁶⁴

Veranschaulichen lässt sich die dargestellte Logik schließlich auch anhand familienrechtlicher Fälle, in denen der EGMR aus dem Blickwinkel von Art. 8 EMRK die Rechtmäßigkeit weiterhin wirksamer innerstaatlicher Entscheidungen zur Kindsunterbringung zu beurteilen hat. Paradigmatisches Beispiel in diesem Zusammenhang bildet der Fall *Neulinger und Shuruk v. Schweiz*, der die bundesgerichtlich angeordnete Rückführung eines Kindes zu seinem von der Mutter geschiedenen Vater nach Israel zum Gegenstand hatte.⁶⁵ Während eine Kammer des EGMR im Januar 2009 noch zum Ergebnis gekommen war, dass eine Rückführung mit dem Kindeswohl zu vereinbaren sei und auch der Mutter eine Rückkehr nach Israel zugemutet werden könne, kam die Große Kammer eineinhalb Jahre später unter ausdrücklichem Hinweis auf die Entwicklungen seit dem Bundesgerichtsurteil im Jahr

⁶⁰Vgl. EGMR, Urteil vom 5. Oktober 2017, *Ābele v. Lettland*, beispielsweise §§ 13, 16, 18–19, 35.

⁶¹Vgl. EGMR, Urteil vom 5. Oktober 2017, *Ābele v. Lettland*, § 31.

⁶²Vgl. EGMR, Urteil vom 9. Dezember 1994, *López Ostra v. Spanien*, §§ 7–9.

⁶³Vgl. EGMR, Urteil vom 9. Dezember 1994, *López Ostra v. Spanien*, §§ 44–46.

⁶⁴Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 8. Juli 2003, *Hatton und andere v. Vereinigtes Königreich*, § 126 (und insbesondere den Verweis auf § 60).

⁶⁵Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 6. Juli 2010, *Neulinger und Shuruk v. Schweiz*. Gleichgelagerte Fragestellungen haben den EGMR schon in seiner frühesten Rechtsprechung beschäftigt, vgl. EGMR, Urteil vom 22. April 1992, *Rieme v. Schweden*, namentlich §§ 50–51.

Berücksichtigung echter Noven in Verfahren vor dem EGMR

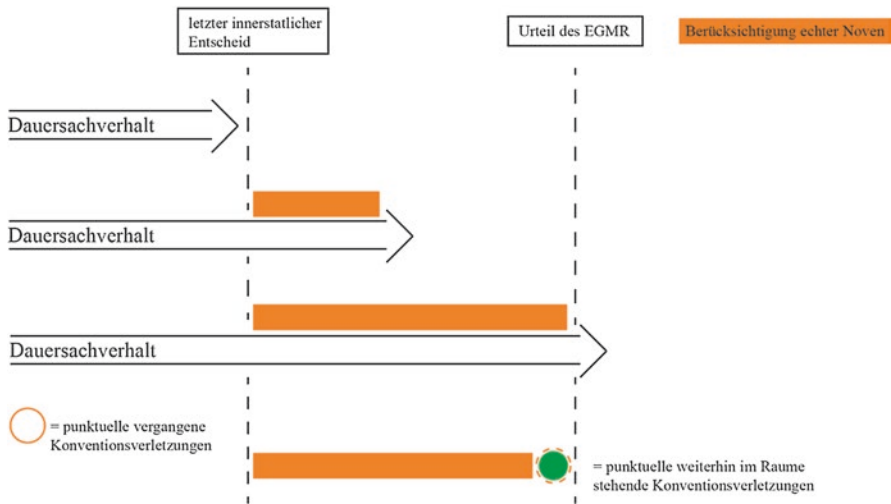


Abb. 1 Schematisierung der Rechtsprechung des EGMR zur Berücksichtigung echter Noven

2007⁶⁶ zum gegenteiligen Schluss und verurteilte die Schweiz wegen einer Verletzung von Art. 8 EMRK.⁶⁷

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass der EGMR echte Noven berücksichtigt, wenn und soweit diese (behauptete) Konventionsverletzungen betreffen, die während des Verfahrens vor dem EGMR weiterhin latent wirksam waren beziehungsweise in naher Zukunft wirksam zu werden drohen. Keine Berücksichtigung finden echte Noven hingegen dann, wenn eine punktuelle in der Vergangenheit liegende Konventionsverletzung im Raume steht beziehungsweise wenn ein Dauersachverhalt bereits während des innerstaatlichen Verfahrens geendet hat.⁶⁸ Bildlich lassen sich diese Grundsätze wie folgt darstellen (Abb. 1):

C. Umgang des EGMR mit unechten Noven

Der EGMR hat die Frage, inwieweit er seinen Urteilen unechte Noven zugrunde legen soll, bis anhin – soweit ersichtlich – nie abstrakt erörtert. Dies ist letztlich wohl dem Umstand geschuldet, dass es im Verfahren vor dem EGMR nur selten zu Situationen kommt, in denen unechte Noven im Sinne *neu vorgebracht*, aber

⁶⁶Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 6. Juli 2010, *Neulinger und Shuruk v. Schweiz*, § 145.

⁶⁷Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 6. Juli 2010, *Neulinger und Shuruk v. Schweiz*, § 151. Vgl. zu diesem Fall auch Schürer, S. 516 f.

⁶⁸Dies gilt zumindest dann, wenn das nationale Verfahren den prozeduralen Anforderungen von Art. 3 und Art. 13 EMRK genügt hat.

schon während des innerstaatlichen Verfahrens bestandener Tatsachenbehauptungen materiell überhaupt eine Rolle spielen können:

Nie *neu vorgebracht* im Sinne der eben in Erinnerung gerufenen Definition sind Tatsachenbehauptungen, die eine Beschwerdeführerin schon den nationalen Instanzen vorgetragen hat. Kommen die nationalen Instanzen aufgrund ihrer Beweiswürdigung zu anderen Tatsachenfeststellungen und hält die Beschwerdeführerin im Verfahren vor dem EGMR an ihrer Schilderung der Geschehnisse fest, liegen in diesem Sinne keine unechten Noven vor.⁶⁹ Von unechten Noven kann aber auch dann nicht die Rede sein, wenn eine Beschwerdeführerin unter Auslassung der innerstaatlichen Instanzen direkt an den EGMR gelangt; in diesem Fall fehlt es an dem begriffsnotwendigen *innerstaatlichen Verfahren*, in dem die betreffenden Tatsachenbehauptungen hätten vorgebracht werden können. Dies gilt nicht nur für den Fall, dass der EGMR auf eine Beschwerde aufgrund des Ausschöpfungsgrundsatzes (Art. 35 Ziff. 1 EMRK) gar nicht erst eintritt.⁷⁰ Unechte Noven liegen auch dann nicht vor, wenn der EGMR das Vorliegen eines effektiven Rechtsbehelfs verneint und die (erstmalig vorgebrachten) Tatsachenbehauptungen einer inhaltlichen Prüfung zuführt.⁷¹

Unechte Noven liegen hingegen vor, wenn eine Beschwerdeführerin nach Durchlaufen des innerstaatlichen Instanzenzugs an den EGMR gelangt, im innerstaatlichen Verfahren aber nicht sämtliche Tatsachen und Beweismittel vorgebracht hat, die für sie gesprochen hätten. Es liegt auf der Hand, dass diese Konstellation selten ist, weil Beschwerdeführerinnen der innerstaatliche Rechtsschutz eher zugänglich ist als das Verfahren vor dem EGMR und sie daher im Regelfall alles Interesse daran haben, sämtliche für sie sprechenden Argumente ins nationale Verfahren einzubringen. Nichtsdestotrotz ist es vereinzelt vorgekommen, dass Beschwerdeführerinnen die innerstaatlichen Instanzen zwar mit einem konventionsrechtlich relevanten Sachverhalt konfrontiert hatten, diesen dann aber in der Beschwerde an den EGMR um neue, vorbestehende Tatsachenbehauptungen erweiterten. Beispiele hierfür sind die kürzlich entschiedenen Fälle *Sadkov v. Ukraine* und *F.G. v. Schweden*.

Im Fall *Sadkov v. Ukraine* hatte der Beschwerdeführer schon im innerstaatlichen Verfahren vorgebracht, nach einer Verhaftung im Juni 2014 von den diensthabenden

⁶⁹ In Frage steht hier vielmehr die bereits abgehandelte Frage, wann der EGMR auf Basis des auch den innerstaatlichen Gerichten vorliegenden Beweismaterials von den nationalen Tatsachenfeststellungen abweichen soll; vgl. dazu oben, IV.

⁷⁰ Vgl. in diesem Sinne kürzlich EGMR, Entscheidung vom 20. Juli 2017, *Atanasov v. Bulgarien* und *Apostolov v. Bulgarien*, mit welcher der EGMR aufgrund von Änderungen der bulgarischen Verfahrensordnung in Abweichung von der früheren Rechtsprechung davon ausging, dass effektive innerstaatliche Rechtsbehelfe zur Verfügung standen, um sich über unmenschliche Haftbedingungen zu beschweren. Davon zu unterscheiden ist EGMR, Urteil vom 5. Oktober 2017, *Kormev v. Bulgarien*; hier trat der EGMR auf die Beschwerde ein, weil der Schriftenwechsel vor dem EGMR noch durchgeführt worden war, bevor die Gesetzesänderungen in Kraft getreten waren (vgl. § 42).

⁷¹ Vgl. oben, V.A. Das Einschreiten des EGMR im Falle unzureichender innerstaatlicher Tatsachenfeststellung ist subsidiaritätsrechtlich gleichwohl von Interesse; aus diesem Grund auch ist es oben schon abgehandelt worden, vgl. IV. C. 2.

Polizisten geschlagen worden zu sein, um ein Geständnis von ihm zu erwirken.⁷² Im Verfahren vor dem EGMR brachte er jedoch über diesen Vorwurf hinausgehend vor, die Polizisten hätten ihn sexuell missbraucht, mit Nadelstichen und Elektroschocks malträtiert, an einer Metallstange aufgehängt und ihm mit einer Gasmasken die Luft abgeschnitten.⁷³ Diese neuen Tatsachenvorbringen hielt der EGMR aufgrund der Verspätung jedoch für unglaublich; er wies das Vorbringen als offensichtlich unbegründet zurück und trat auf die Beschwerde insoweit gar nicht erst ein.⁷⁴

Im Fall *F.G. v. Schweden* hatte der Beschwerdeführer im ordentlichen Asylverfahren ausdrücklich darauf verzichtet, seine Konversion zum Christentum als möglichen Grund für eine zukünftige Verfolgung im Iran geltend zu machen.⁷⁵ Als er im Rahmen eines außerordentlichen Rechtsmittels auf seinen Verzicht zurückkam, verweigerten die schwedischen Behörden eine inhaltliche Prüfung des Vorbringens, weil es sich nicht um eine „neue Tatsache“ handle.⁷⁶ Bis zuletzt befassten sich die schwedischen Behörden deshalb inhaltlich nicht mit der Frage, ob aus der Konversion für den Fall einer Abschiebung das ernsthafte Risiko einer Verletzung von Art. 3 EMRK hervorgehe. Im Verfahren vor dem EGMR handelte es sich beim Vorbringen der Konversion insofern um ein unechtes Novum, das der Beschwerdeführer zudem mit zahlreichen Beweismitteln unterfütterte, die er den schwedischen Behörden nicht unterbreitet hatte.⁷⁷ Der EGMR enthielt sich vor diesem Hintergrund einer inhaltlichen Prüfung der Beweismittel, hielt aber fest, „qu’il appartient [aux autorités suédoises] de prendre en considération ces éléments, ainsi que toute évolution pouvant intervenir dans la situation générale en Iran et les circonstances propres au cas du requérant“.⁷⁸

Sowohl im Fall *Sadkov v. Ukraine* als auch im Fall *F.G. v. Schweden* unterzog der EGMR die unechten Noven also keiner eigenständigen inhaltlichen Würdigung. Das Urteilsdispositiv der beiden Urteile unterscheidet sich jedoch maßgeblich: Im Fall *Sadkov v. Ukraine* trat der EGMR auf die Beschwerde gar nicht erst ein, soweit diese auf unechten Noven basierte. Im Fall *F.G. v. Schweden* kam er hingegen zum Schluss, dass eine Verletzung von Art. 3 EMRK vorliegen würde, wenn die schwedischen Behörden vor einer allfälligen Abschiebung in den Iran nicht *ex nunc* die Frage beantworten würden, ob aufgrund der Konversion des Beschwerdeführers das ernsthafte Risiko einer unmenschlichen Behandlung bestehe.

Zwar kann das Urteilsdispositiv im Fall *F.G. v. Schweden* streng gesehen nicht als Rückweisung an die innerstaatlichen Instanzen verstanden werden, weil sich der EGMR nicht in den nationalen Instanzenzug einordnet.⁷⁹ Inhaltlich entspricht das

⁷²Vgl. EGMR, Urteil vom 6. Juli 2017, *Sadkov v. Ukraine*, § 12.

⁷³Vgl. EGMR, Urteil vom 6. Juli 2017, *Sadkov v. Ukraine*, § 10.

⁷⁴Vgl. EGMR, Urteil vom 6. Juli 2017, *Sadkov v. Ukraine*, § 84. Vgl. für einen vergleichbaren Fall, auf den der EGMR indes in Anwendung des Ausschöpfungsgrundsatzes (Art. 35 Ziff. 1 EMRK) teilweise nicht eintrat EGMR, Urteil vom 20. Oktober 2015, *Şakar und andere v. Türkei*, §§ 44–46.

⁷⁵Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. März 2016, *F.G. v. Schweden*, §§ 152–153.

⁷⁶Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. März 2016, *F.G. v. Schweden*, §§ 154–155.

⁷⁷Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. März 2016, *F.G. v. Schweden*, § 157.

⁷⁸Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. März 2016, *F.G. v. Schweden*, § 157.

⁷⁹Vgl. oben, I.A.

Vorgehen des EGMR aber einer Rückweisung der Sache an die innerstaatlichen Instanzen zur erneuten Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts. Eine solche „Rückweisung“ dürfte wohl der allgemeinen Herangehensweise entsprechen, wenn eine Beschwerdeführerin dem EGMR unechte Noven vorträgt, die auf eine weiterhin bestehende oder drohende Konventionsverletzung hindeuten. Auch in Bezug auf unechte Noven spielt also die bereits bei den echten Noven vorgenommene Unterscheidung zwischen Konventionsverletzungen, die im Zeitpunkt des EGMR-Urteils abgeschlossen sind, und solchen, die weiterhin latent im Raume stehen. Nur bei letzteren kommt eine „Rückweisung“ in Betracht (Konstellation von *F.G. v. Schweden*). Beziehen sich die unechten Noven hingegen auf einen Vorgang, der schon während des innerstaatlichen Verfahrens abgeschlossen war, tritt der EGMR in der Regel auf die Beschwerde gar nicht erst ein (Konstellation von *Sadkov v. Ukraine*). Dies gilt zumindest solange, als es einer Beschwerdeführerin zumutbar gewesen wäre, die unechten Noven schon im innerstaatlichen Verfahren vorzubringen.

D. Skizze eines subsidiaritätsorientierten Novenrechts

Der eben skizzierte Umgang des EGMR mit unechten Noven konvergiert mit dem Subsidiaritätsgrundsatz: Bevor eine Beschwerdeführerin an den EGMR gelangt, muss sie die nationalen Instanzen mit dem maßgeblichen Sachverhalt konfrontieren, damit diese eine allfällige Konventionsverletzung schon auf innerstaatlicher Ebene beseitigen können. Selbst wenn weiterhin eine Konventionsverletzung droht, enthält sich der EGMR deshalb einer eigentlichen inhaltlichen Prüfung des unechten Novums und „übergibt“ die Sache wieder den nationalen Instanzen, die das unechte Novum im Rahmen eines Revisionsverfahrens aber auch tatsächlich prüfen müssen, wollen sie den konventionsrechtlichen Vorgaben nachkommen. Diese Herangehensweise des EGMR ist wohl maßgeblich der Überlegung geschuldet, dass es – im Regelfall – in der Macht der Beschwerdeführerin gestanden hätte, die innerstaatlichen Behörden mit dem als konventionswidrig gerügten Sachverhalt zu befassen. Wo dies nicht der Fall ist, weil die nationale Justiz in der Aufarbeitung der behaupteten Konventionsverletzung versagt hat, steht einer Berücksichtigung unechter Noven nichts im Wege.⁸⁰

Subsidiaritätsrechtlich schwieriger zu beurteilen ist der Umgang des EGMR mit echten Noven. Dass hier neue – womöglich rechtserhebliche – Tatsachen dazugekommen sind, kann weder der Beschwerdeführerin noch dem betreffenden Konventionsstaat angelastet werden, sondern ist dem Zeitablauf geschuldet. Der EGMR befindet sich hier zumindest auf den ersten Blick in einem Spannungsfeld: Gibt er dem effektiven

⁸⁰Vgl. beispielsweise EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2010, *El-Masri v. Mazedonien*, wo der EGMR aufgrund des Versagens der mazedonischen Justiz geradezu gezwungen war, auch Beweise zu berücksichtigen, die der Beschwerdeführer nicht hatte ins nationale Verfahren einbringen können.

Schutz der Konventionsgarantien Vorrang und prüft die Beschwerde auch in Bezug auf die echten Noven? Oder gibt er dem Subsidiaritätsgrundsatz Vorrang und geht in Bezug auf die echten Noven von der Nichtausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs aus, weil sich die nationalen Behörden nie mit dem konventionsrechtlich letztlich maßgeblichen Sachverhalt beschäftigen konnten? Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, vermag dieses Entweder-Oder-Schema⁸¹ die komplexe Rechtslage nur unzureichend zu erfassen. Nach einer subsidiaritätsrechtlichen Würdigung des bisherigen Umgangs des EGMR mit echten Noven ist deshalb der Versuch zu unternehmen, alternative Strategien für den Umgang des EGMR mit echten Noven zu entwerfen.

1. Subsidiaritätsrechtliche Kritik an der heutigen Praxis des EGMR

Wie oben aufgezeigt worden ist, weist die EMRK die Aufgabe der Tatsachenfeststellung aus subsidiaritätsrechtlichen Überlegungen vorrangig den Institutionen der Konventionsstaaten zu; diese müssen dieser Aufgabe aber auch tatsächlich nachkommen, um dem Verbundzweck Genüge zu tun. Kommen sie der Aufgabe nicht nach, führt dies zwangsläufig zu einem Vakuum, das der EGMR ausfüllen muss, um einen effektiven Menschenrechtsschutz zu gewährleisten.⁸² Werden im Verlaufe eines Verfahrens vor dem EGMR echte Noven entscheidungsrelevant, liegt auf den ersten Blick ein solches Vakuum vor: Die neuen Tatsachen konnten im ausgeschöpften innerstaatlichen Verfahren aufgrund des Zeitablaufs keine Berücksichtigung finden; ein effektiver innerstaatlicher Schutz der Konventionsrechte war insoweit gar nicht möglich. Der EGMR hat daraus zumindest für weiterhin latent im Raume stehende Konventionsverletzungen den Schluss gezogen, seinen eigenen Urteilen eine *ex-nunc*-Sicht zugrunde zu legen. In solchen Fällen rückt der EGMR durch die Berücksichtigung der echten Noven funktional in die Nähe eines „first-instance [immigration] tribunal“.⁸³ Nach hier vertretener Ansicht ist diese *ex-nunc*-Praxis zwar klar und einfach zu handhaben; subsidiaritätsrechtlich gesehen ist sie jedoch nicht unproblematisch.⁸⁴

⁸¹ Mit einem solchen Verständnis offenbar auch Schürer, S. 516.

⁸² Allgemein hierzu oben, III. B. 4.

⁸³ Vgl. die Rede von Jean-Paul Costa, ehemaliger Präsidenten des EGMR, gehalten anlässlich der Eröffnung des Gerichtsjahres 2011 am 28. Januar 2011, in: GB EGMR 2011, S. 35 ff., insbesondere S. 40.

⁸⁴ Vgl. in diesem Sinne auch De Weck, S. 269 sowie Delas, S. 272 f. (beide im Hinblick auf die *ex-nunc*-Praxis des EGMR in Fällen nicht vollzogener Abschiebungen). Die subsidiaritätsrechtliche Problematik wurde auch von Nationalrat Claude Béglé in den parlamentarischen Beratungen zum Bericht des Bundesrates zu den Erfahrungen und Perspektiven des EMRK-Beitritts thematisiert, vgl. Amtl. Bull NR 2016 366: „[...] la Cour accepte de considérer des faits postérieurs au jugement national, au risque de décrédibiliser les décisions nationales. Un tel procédé risque d'accroître l'insécurité du droit et est donc peu compatible avec le principe de subsidiarité.“

Das Bestehen eines durch den EGMR auszufüllenden Vakuums kann nämlich nicht ohne weiteres angenommen werden. Vielerorts bestehen verfahrensrechtliche Mechanismen, die es erlauben würden, nachträgliche erhebliche Veränderungen der Sachlage (auch während eines am EGMR hängigen Verfahrens) einer innerstaatlichen Prüfung zuzuführen.⁸⁵ Die schweizerische Rechtsprechung beispielsweise hat aus dem verfassungsrechtlichen Verbot der Rechtsverweigerung (Art. 4 aBV) schon vor Jahrzehnten einen allgemeinen Anspruch auf Wiedererwägung abgeleitet, „si les circonstances se sont modifiées dans une mesure notable depuis la première décision“.⁸⁶ Dieser Anspruch besteht nicht nur, aber insbesondere auch für abgewiesene Asylsuchende, die auf entsprechendes Gesuch hin im Rahmen eines Wiedererwägungsverfahrens (Art. 111b AsylG) neu entstandene Vollzugshindernisse ebenso einer Prüfung zuführen können,⁸⁷ wie im Rahmen eines Zweitasyugesuchs (Art. 111c AsylG) die Prüfung neuer (beziehungsweise neu entstandener) Asylgründe möglich ist.⁸⁸ Mechanismen zur Prüfung neuer Tatsachen bestehen derweil nicht nur in der Schweiz, sondern auch in anderen Konventionsstaaten: Im Fall *Nasseri v. Vereinigtes Königreich* hat der EGMR eine Beschwerde aus seiner Fallliste gestrichen, weil die britischen Behörden dem Beschwerdeführer in einem zweiten Asylverfahren internationalen Schutz gewährt hatten.⁸⁹

Dabei wäre es zu kurz gegriffen, das Bestehen eines effektiven innerstaatlichen Wiedererwägungsverfahrens nur als Angelegenheit des nationalen Verfahrensrechts zu begreifen. Die in der Schweiz und anderswo bestehenden Wiedererwägungsverfahren bilden vielmehr die Vorgaben ab, die sich für die Konventionsstaaten aus der Konvention selbst ergeben: Art. 1 EMRK und Art. 13 EMRK (und wohl auch die materiellen Konventionsgarantien) verlangen von den Konventionsstaaten nämlich, Verfahrenswege bereitzustellen, die eine Prüfung und allfällige Beseitigung behaupteter Konventionsverletzungen schon auf innerstaatlicher Ebene erlauben.⁹⁰ Diese Vorgabe gilt auch und gerade für Sachverhaltselemente, die erst während oder nach Abschluss eines Verfahrens entstehen und die im Hinblick auf eine weiterhin

⁸⁵Vgl. mit Bezug zur Schweiz Aemisegger, S. 74 f.

⁸⁶BGE 100 Ib 368 E. 3a. Vgl. zur dogmatischen Herleitung des Anspruchs unter der neuen Bundesverfassung BGE 136 II 177 E. 2.1.

⁸⁷Vgl. noch aus der Rechtsprechung der ARK EMARK 1993/25 E. 3b. Zur Abgrenzung des Wiedererwägungsgesuchs (ausdrücklich normiert in Art. 111b AsylG) vom Folgeasyugesuch (ausdrücklich normiert in Art. 111c AsylG), das ebenfalls die Prüfung von echten Noven erlaubt, die im Hinblick auf Art. 3 EMRK von Relevanz sein können vgl. BVGE 2014/39 E. 4.4 und 4.6.

⁸⁸Vgl. für einen Schweizer Fall, in dem der EGMR nach Eröffnung eines neuerlichen Asylverfahrens eine Beschwerde aus seiner Fallliste gestrichen hat EGMR, Entscheidung vom 18. Oktober 2016, *M.G. und M.T. v. Schweiz*, §§ 24–31.

⁸⁹Vgl. EGMR, Entscheidung vom 5. November 2015, *Nasseri v. Vereinigtes Königreich*, §§ 17–20.

⁹⁰Vgl. zur Bedeutung dieser Vorgaben für den maßgeblichen Prüfungszeitpunkt im innerstaatlichen Abschiebungsverfahren Spijkerboer, S. 57 ff.

latent im Raum stehende Konventionsverletzung von Relevanz sein können.⁹¹ Dabei kann den Behörden aus Praktikabilitätsüberlegungen nicht die Pflicht auferlegt werden, von Amtes wegen tätig zu werden; vielmehr ist es den von einer rechtskräftigen Abschiebungsverfügung betroffenen Personen zuzumuten, ein entsprechendes Gesuch an die zuständigen Behörden zu richten. Allerdings ist für die Effektivität des Rechtsmittels erforderlich, dass aufgrund einer gefestigten Praxis oder entsprechender Gesetzesbestimmungen ein Anspruch auf eine materielle Prüfung der neuen Sachverhaltselemente besteht und dass diese in jenem Verfahren auch tatsächlich berücksichtigt werden. Kommen die Staaten ihrer diesbezüglichen Pflicht nach und besteht innerstaatlich die Möglichkeit, die echten Noven einer effektiven Prüfung zuzuführen, besteht aber subsidiaritätsrechtlich gesprochen kein Vakuum, das der EGMR zur Gewährleistung eines effektiven Menschenrechtsschutzes ausfüllen müsste; das gilt selbst dann, wenn er im konkreten Einzelfall auf die übrigen (nicht auf die echten Noven) gestützten Beschwerdeteile eingetreten ist.⁹² Durch eine Prüfung der echten Noven setzt sich der EGMR vielmehr an die Stelle der nationalen Behörden, ohne dass dafür wirklicher Anlass besteht.

Ein gutes Beispiel für die subsidiaritätsrechtliche Problematik der heutigen Herangehensweise des EGMR bildet der Fall *Mohammed v. Österreich*. Der Beschwerdeführer hatte 2010 in Österreich ein Asylgesuch gestellt. Das österreichische Bundesasylamt war im Januar 2011 zum Schluss gekommen, dass gemäß der (damals noch anwendbaren) Dublin-II-VO die ungarischen Behörden für die Prüfung des Asylgesuchs zuständig seien, wies das Asylgesuch daher ab und ordnete die Wegweisung des Beschwerdeführers nach Ungarn an. Dieser gelangte ein gutes Jahr später an den EGMR; parallel zum Verfahren vor dem EGMR wurde auf seinen Antrag hin zudem ein zweites Asylverfahren in Österreich eröffnet, das im Wesentlichen die auch medial in der Zwischenzeit in den Fokus gerückten problematischen Verhältnisse des ungarischen Asylsystems zum Gegenstand hatte.⁹³ Ohne das Ergebnis dieses zweiten Asylverfahrens abzuwarten, entschied der EGMR, dass eine Abschiebung nach Ungarn materiell keine Verletzung von Art. 3 EMRK zur Folge hätte.⁹⁴ Eine Minderheit von zwei Richterinnen und einem Richter teilte zwar diese Auffassung, hielt in einer *Concurring Opinion* jedoch fest, dass sie bevorzugt hätten, den

⁹¹ Aus diesem Grund auch hat das Bundesgericht festgehalten, es könne nicht von vornherein ausgeschlossen werden, „dass für die Anwendung von Art. 25 Abs. 3 BV und Art. 3 EMRK rechtserhebliche Sachverhaltselemente im Laufe des Verfahrens eine selbst ungeachtet des bundesgesetzlich verankerten Verbots (echter) Noven (Art. 99 Abs. 1 BGG) zu berücksichtigende Veränderung erfahren können [...], würde doch andernfalls eine im Lichte von Art. 3 EMRK unvollständige Sachverhaltsfeststellung einer Verletzung dieser Bestimmung gleichkommen [...]“. Vgl. Urteil des BGER 2C_791/2016 vom 26. September 2016, E. 3.3.

⁹² In diesem Sinne wohl auch EGMR, Urteil vom 18. November 2014, *M.A. v. Schweiz*, Dissenting Opinion Kjølbros, § 6.

⁹³ Vgl. dazu und zu den weiteren in Österreich eröffneten EGMR, Urteil vom 6. Juni 2013, *Mohammed v. Österreich*, §§ 6–17.

⁹⁴ EGMR, Urteil vom 6. Juni 2013, *Mohammed v. Österreich*, §§ 91–110.

Ausgang des zweiten österreichischen Asylverfahrens abzuwarten, und es den österreichischen Behörden damit zu ermöglichen, auch aktuelle Entwicklungen im ungarischen Asylsystem und dazu publizierte Berichte zu berücksichtigen. Ausdrücklich nahmen sie in diesem Zusammenhang auch auf das diesbezügliche funktionelle Verhältnis zwischen EGMR und nationalen Gerichten Bezug: „This [das Abwarten der innerstaatlichen Entscheidung] would [...] have ensured greater co-operation between the Court and the national authorities in terms of shared responsibility as the latter are better placed to analyse and decide such matters in the first place.“⁹⁵

Zu den subsidiaritätsrechtlichen Überlegungen kommen handfeste Praktikabilitätsprobleme: Die Aufgabe der Tatsachenfeststellung ist allgemein äußerst zeit- und personalintensiv. Wie der ehemalige Präsident des EGMR, Jean-Paul Costa, in einer 2011 gehaltenen Rede ausgeführt hat, beansprucht der *ex-nunc*-Ansatz des EGMR in *Refoulement*-Fällen angesichts der ohnehin bestehenden Ressourcenknappheit am EGMR „[...] an excessive portion of its time and human resources, to the detriment of the examination of cases on the merits“.⁹⁶ Der Aufwand ist aus subsidiaritätsrechtlicher Sicht zwar nicht zu beanstanden, wenn und soweit nur durch den *ex-nunc*-Ansatz ein effektiver Schutz der Konventionsrechte sichergestellt werden kann. Nicht nachzuvollziehen ist die Inkaufnahme der Überbelastung durch Anwendung einer *ex-nunc*-Optik jedoch, wenn auf nationaler Ebene Verfahren bereitstehen würden oder sogar angehoben worden sind, die eine Berücksichtigung der echten Noven im Hinblick auf einen effektiven Schutz von Art. 3 EMRK erlauben.

2. Strategien zu einem subsidiaritätsorientierten Umgang mit echten Noven

Einen Denkanstoß für einen alternativen Umgang des EGMR mit echten Noven bietet das von Richter Bianku im Fall *J.K. und andere v. Schweden* in einer *Concurring Opinion* entwickelte Zwei-Stufen-Vorgehen.⁹⁷ Bianku plädierte dort dafür, dass der EGMR die maßgeblichen Tatsachengrundlagen in Abschiebungsfällen nur dann erneut einer vollumfänglichen Prüfung unterziehe, „when the national authorities have not conducted a Convention-compliant assessment of the concrete circumstances of the case [...]“.⁹⁸ Bevor der EGMR eine *de-novo*-Prüfung durchführt, muss er nach dieser Logik zum Schluss kommen, dass die nationalen Behörden den prozeduralen Garantien der EMRK bei der Feststellung des

⁹⁵Vgl. EGMR, Urteil vom 6. Juni 2013, *Mohammed v. Österreich*, Concurring Opinion Berro-Lefèvre, Laffranque und Møse, Ziff. 7.

⁹⁶Vgl. die Rede von Jean-Paul Costa, ehemaliger Präsident des EGMR, gehalten anlässlich der Eröffnung des Gerichtsjahres 2011 am 28. Januar 2011, in: GB EGMR 2011, S. 35 ff., insbesondere S. 40.

⁹⁷Vgl. dazu schon oben, IV. C. 2.

⁹⁸Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. August 2016, *J.K. v. Schweden*, Concurring Opinion Bianku.

Sachverhalts nicht vollumfänglich Rechnung getragen haben. Zwar wendet Bianku sein Prüfschema auf echte Noven ausdrücklich nicht an: „I do not rule out the possibility that the Court might deem it necessary to conduct an ex novo analysis itself, on account of a change of circumstances, after the national authorities have reached their conclusions.“⁹⁹ Sein Vorschlag lässt sich jedoch *mutatis mutandis* auch auf diese Konstellation übertragen.

Wie oben gesehen garantiert Art. 3 EMRK in prozeduraler Hinsicht, dass innerstaatlich Verfahrenswege bestehen, mit welchen einer maßgeblichen Veränderung des mit einer Abschiebung verbundenen Risikos Rechnung getragen werden kann.¹⁰⁰ Im Sinne der *Bianku*-Logik könnte der EGMR deshalb im Hinblick auf ihm vorgelegte echte Noven zunächst untersuchen, ob innerstaatliche Verfahrenswege bestehen, mit welchen eine Beschwerdeführerin diese einer (im Hinblick auf die Anforderungen von Art. 3 EMRK *effektiven*) Prüfung durch die nationalen Behörden zuführen könnte. Der Umgang mit den echten Noven im Verfahren vor dem EGMR würde sich nun maßgeblich danach richten, ob der EGMR diese Frage bejahen könnte oder verneinen müsste:

Wäre die Frage zu bejahen, müsste er sich im Grundsatz auf eine Prüfung der Beschwerde aus Sicht des Zeitpunkts des letztinstanzlichen innerstaatlichen Entscheids beschränken.¹⁰¹ Der Beschwerdeführerin stünde jedoch offen, ein innerstaatliches Wiedererwägungsverfahren anzustoßen und nach Abschluss jenes Verfahrens eine weitere Beschwerde an den EGMR zu richten. Sofern der EGMR zu diesem Zeitpunkt noch nicht über die ursprüngliche Beschwerde entschieden hätte, würde es sich aufdrängen, die beiden Verfahren zu vereinigen. Maßgeblich wäre dann der Zeitpunkt des letzten innerstaatlichen Entscheids. Wäre die Frage hingegen zu verneinen, könnte der EGMR einerseits auf eine prozedurale Verletzung von Art. 3 EMRK schließen. Andererseits wäre er subsidiaritätsrechtlich gesehen nicht nur befugt, sondern sogar gehalten, eine vollumfängliche *de-novo*-Prüfung aus Sicht des Zeitpunkts seines Urteils durchzuführen, weil ein effektiver Schutz der Konventionsrechte aufgrund der Defizienzen des innerstaatlichen Verfahrensrechts nur so sichergestellt werden könnte.

Ein solches gestuftes Vorgehen erfordert vom EGMR die Untersuchung der Kompatibilität der nationalen Verfahrensordnungen mit den Vorgaben der EMRK. Dies ist jedoch keine Aufgabe, die dem EGMR fremd wäre: Bei der Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen ist er im Hinblick auf den Ausschöpfungsgrundsatz (Art. 35 Ziff. 1 EMRK) im Gegenteil sogar oft zur Prüfung der Frage berufen, ob eine Beschwerdeführerin effektive innerstaatliche Rechtsmittel zur Verfügung gehabt hätte oder aber zu Recht direkt an den EGMR gelangt ist.¹⁰² Ganz abgesehen davon ist es

⁹⁹ Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. August 2016, *J.K. v. Schweden*, Concurring Opinion Bianku.

¹⁰⁰ Vgl. oben, V. B. 1.

¹⁰¹ Auch in der Rechtsprechung des EGMR gibt es Anzeichen für einen solchen Paradigmenwechsel; vgl. (allerdings zu Art. 4 EMRK) EGMR, Urteil vom 20. Juni 2017, *M.O. v. Schweiz*, §§ 87–93.

¹⁰² Vgl. Lanter, S. 63 ff.

für den EGMR im Hinblick auf die Bewältigung seiner Geschäftslast unabdingbar, dass innerstaatliche Verfahrenswege bestehen, die eine Beschwerde an den EGMR entbehrlich machen; soweit die nationalen Verfahrensrechtsordnungen keine *ex-nunc*-Prüfungen zulassen, könnte die Feststellung einer prozeduralen Verletzung von Art. 3 EMRK die betreffenden Konventionsstaaten dazu bewegen, solche Verfahren zu schaffen.¹⁰³ Dieser Anreiz besteht nicht, wenn der EGMR sich unbesehen effektiver innerstaatlicher Rechtsmittel an die Stelle der nationalen Behörden stellt und in allen Fällen *ex nunc* die Rechtmäßigkeit ihrer Handlungen überprüft. Die vorgeschlagene Neukonzeption im Umgang mit echten Noven könnte daher auch maßgeblich dazu beitragen, den EGMR von der Aufgabe eigenständiger Tatsachenfeststellung zu entlasten.¹⁰⁴

¹⁰³ Erfolgreich war die Feststellung prozeduraler Verletzung beispielsweise im Falle Bulgariens, das lange Zeit keine effektiven Verfahrenswege im Zusammenhang mit der Rüge unmenschlicher Haftbedingungen kannte (vgl. EGMR, Urteil vom 27. Januar 2015, *Neshkov und andere v. Bulgarien*, §§ 177–213 und §§ 281–289); nach Feststellung einer Verletzung von Art. 3 EMRK in jenem Verfahren hat der bulgarische Gesetzgeber sein Verfahrensrecht an die Vorgaben des EGMR angepasst, was Beschwerdeführerinnen in Zukunft verpflichtet, zunächst innerstaatlich vorzugehen; vgl. EGMR, Entscheidung vom 20. Juli 2017, *Atanasov v. Bulgarien und Apostolov v. Bulgarien*.

¹⁰⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang die allgemeinen Überlegungen von Helfer, S. 133 ff. und S. 142 ff.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



VI. Zusammenfassende Schlussbetrachtungen



Im Zentrum der öffentlichen Diskussion um die EMRK stand von allem Anfang an die Suche nach einem Ausgleich zwischen den vermeintlichen Antagonismen eines effektiven internationalen Menschenrechtsschutzes und nationaler Souveränität.¹ Bei der Ausarbeitung der EMRK wurde in diesem Sinne insbesondere diskutiert, wie sich die Schaffung eines internationalen Rechtsschutzmechanismus auf den bis dahin vorrangig nationalen Menschenrechtsschutz auswirken würde. In der Schweiz beispielsweise befürchteten Gegnerinnen eines EMRK-Beitritts die Überlagerung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Grundrechten und damit eine „Entthronung von Lausanne“.² Befürchtet wurde in der Schweiz und andernorts aber auch eine unzumutbare Einengung der Entscheidungsbefugnisse nationaler Verfassungs- und Gesetzgebungsorgane.³ Kurz: Schon in der Phase der Ausarbeitung beschäftigte die Frage, welche normativen Implikationen das institutionelle Arrangement der EMRK für die europäischen Grundrechtsordnungen zeitigen würde. Diese Diskussion ist seither nie mehr abgerissen, sondern hat wohl noch an Bedeutung gewonnen. Seit einigen Jahren wird unter zunehmender Referenzierung des Subsidiaritätsgrundsatzes insbesondere debattiert, wie der EGMR die EMRK angesichts seiner besonderen Stellung auslegen soll.⁴ Nur am Rande thematisiert wird hingegen die an sich logisch vorgelagerte Frage, welchen Sachverhalt er seinen Urteilen zugrunde legen soll.

¹ Vgl. dazu und zum Folgenden Christoffersen, S. 7 ff.

² Vgl. Kreis, S. 62 f. Vgl. zur Diskussion in der Schweiz vor Beitritt zur EMRK außerdem Seiler, S. 224.

³ Vgl. zur Diskussion im Vereinigten Königreich Thurnheer, S. 135 ff.

⁴ Vgl. statt vieler Arai-Takahashi; Legg.

Diese Schwerpunktsetzung hängt damit zusammen, dass die Rechtsprechung des EGMR nur schwer überblickbar ist. Entsprechend wird in der Doktrin zur EMRK auf Straßburger Urteile fokussiert, die gesellschaftspolitisch von großer Tragweite sind.⁵ In den Mittelpunkt des Interesses gerückt werden dabei insbesondere die normativen Implikationen dieser Urteile für die europäischen Grundrechtsordnungen; konkret entschiedene Sachverhalte und damit auch die Frage der Tatsachenfeststellung rücken demgegenüber in den Hintergrund. Wenig Beachtung gefunden hat die Frage der Tatsachenfeststellung davon abgesehen aber auch deshalb, weil der Sachverhalt in den Verfahren vor dem EGMR vor noch nicht allzu langer Zeit nur selten umstritten war.⁶ Eine Analyse neuerer Urteile legt jedoch nahe, dass sich an diesem Bild einiges geändert hat: Gerade unter Art. 3 EMRK streiten sich die Parteien heute oftmals weniger über die Auslegung der Konventionsgarantien als über die Frage, was sich in Tat und Wahrheit zugetragen hat. Die Frage der Tatsachenfeststellung rückt so in den Mittelpunkt des Interesses von Lehre und Rechtsprechung.

Die Verschiebung des Interesses ist zu begrüßen, denn die Bedeutung der Tatsachenfeststellung für einen effektiven Schutz der Konventionsgarantien kann gar nicht unterschätzt werden.⁷ Wie alle individualrechtlich ausgestalteten Rechtsschutzmechanismen basieren die nationalen und internationalen Gerichtsverfahren zum Schutz der Konventionsrechte auf einer beweisrechtlich gesteuerten Feststellung der maßgeblichen Tatsachen. Primärer Zweck eines jeden Beweisrechts ist es dabei, die effektiven Gegebenheiten und Geschehnisse möglichst objektiv zu rekonstruieren und damit das Risiko einer fehlerhaften Rechtsanwendung auf ein Minimum zu reduzieren. Weil Gerichte durch ihre Urteile eine zumindest juristische Wahrheit konstruieren, sollen sie sämtliche für ihre Entscheidung erheblichen Tatsachen kennen. Diese Wahrheitsermittlungsfunktion des Beweisrechts hat eine besondere Bedeutung, wenn ein Gericht Vorgänge beurteilt, bei denen die Einzelperson der Staatsgewalt mehr oder weniger schutzlos ausgeliefert war: Angesichts des Machtgefälles zwischen dem Individuum und den mit Zwangsbefugnissen ausgestatteten staatlichen Organen besteht in diesem Zusammenhang nämlich die besondere Gefahr, dass auf Kosten individueller Rechte wahrheitsverzerrende staatliche Narrative konstruiert werden.⁸ Es ist eine der zentralen Funktionen der EMRK, für solche Konstellationen einen griffigen überstaatlichen Rechtsschutz zu schaffen.⁹

⁵ So beispielsweise das Urteil zum französischen Burkaverbot, das auch in der Schweiz starke Beachtung gefunden hat; vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 1. Juli 2014, *S.A.S. v. Frankreich*.

⁶ Vgl. Drzemczewski, S. 124.

⁷ Vgl. dazu und zum Folgenden oben, II. A.

⁸ Vgl. zum Missbrauch des Terrorismusnarrativs zur Diskreditierung von (politischen) Gegnerinnen und Gegnern Jackson, S. 394 ff.

⁹ Vgl. Wildhaber, *Europäischer Grundrechtsschutz*, S. 689, der von einem „letzten Auffangnetz“ spricht.

Der von der EMRK bezweckte effektive Menschenrechtsschutz verlangt also, dass behauptete Konventionsverletzungen angemessen untersucht werden.¹⁰ In diesem Sinne hat der EGMR in seiner jüngeren Rechtsprechung aus den materiellen Konventionsgarantien und Art. 13 EMRK (zuletzt auch unter dem Stichwort eines „Rechts auf Wahrheit“)¹¹ zahlreiche prozedurale Vorgaben entwickelt, welche den nationalen Behörden und Gerichten Untersuchungspflichten überbürden. Andererseits nehmen Tatfragen auch in den Urteilen des EGMR immer mehr Raum ein. Die Rechtsprechung des EGMR widerspiegelt insofern die wachsende Bedeutung der Tatsachenfeststellung: Gerade wo es um die menschenrechtlich geschützten Kernbereiche der Persönlichkeit geht, darf auch in Zeiten von *fake news* kein Platz bestehen für einen Realitätsbegriff, der lediglich an „überzeugende Kommunikation und glaubwürdig erzählte Geschichten“ anknüpft.¹²

Zwischen den konventionsrechtlich statuierten Untersuchungspflichten der innerstaatlichen Behörden und der Tatsachenfeststellung auf Ebene des EGMR besteht dabei ein engerer rechtlicher Zusammenhang, als dies auf den ersten Blick erscheinen mag. Zwar ist der EGMR völkerrechtlich konstituiert und kann im Verhältnis zu den nationalen Gerichten schon deshalb nicht als Instanzengericht betrachtet werden. Insofern kann auch seine Sachverhaltskognition nicht durch nationales Verfahrensrecht eingeschränkt sein. Weil dem Verfahren vor dem EGMR aber aufgrund des Ausschöpfungsgrundsatzes (Art. 35 Ziff. 1 EMRK) fast immer ein nationales Verfahren vorangeht, sind die nationalen Instanzen auch im Bereich der Tatsachenfeststellung mit dem EGMR verbunden. Meist bewegt sich die Sachverhaltsfeststellung des EGMR also nicht im „luftleeren Raum“; vielmehr kann der EGMR auf die Feststellungen nationaler Gerichte zurückgreifen. Die seit jeher diskutierte Frage des Verhältnisses zwischen nationalen Behörden und Gerichten einerseits und dem EGMR andererseits stellt sich also nicht nur mit Blick auf die materielle Auslegung der Konventionsgarantien, sondern auch bezüglich der im Einzelfall vorgelagerten Feststellung der maßgeblichen Tatsachen. Es ist diese zuletzt angesprochene Frage des Verhältnisses zwischen nationalen Gerichten und EGMR bezüglich der Tatsachenfeststellung, die vorliegend Gegenstand der Untersuchung war.

Zur Klärung dieser Frage wurde in der vorliegenden Arbeit aufgrund des Fehlens konkreter Bestimmungen auf den Subsidiaritätsgrundsatz zurückgegriffen.¹³ Diese dogmatische Fundierung rechtfertigt sich, weil allgemein anerkannt ist, dass der Subsidiaritätsgrundsatz im Sinne eines „Grundbausteins“ die gesamte

¹⁰Vgl. dazu und zum Folgenden oben, II. B.

¹¹Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2010, *El-Masri v. Mazedonien*, § 191.

¹²Ein solcher Wahrheitsbegriff scheint beispielsweise in der folgenden, vom Evolutionsbiologen Barnaby Marsh formulierten „Edge Question“ auf: „How much of what we call ‚reality‘ is ultimately grounded and instantiated in convincing communication and storytelling?“. Vgl. zu dieser und anderen „Edge Questions“ <https://www.edge.org/the-last-question-8>. Zugegriffen am 01.03.2018.

¹³Vgl. oben, II. C. 2.

Rechtsprechungstätigkeit des EGMR durchzieht und insbesondere über dessen Verhältnis zu den nationalen Institutionen bestimmt. Gleichzeitig ist die Anknüpfung an den Subsidiaritätsbegriff schwierig, weil in der Diskussion um die EMRK und auch in der Rechtsprechung des EGMR der dogmatische Gehalt des Grundsatzes nicht immer klar fassbar ist. Zur Präzisierung des Gehalts des Subsidiaritätsgrundsatzes unter der EMRK wurde vorliegend ein vergleichender Ansatz gewählt: In der Kontrastierung zu anderen dogmatischen Ausprägungen des Subsidiaritätsgrundsatzes sollten gleichsam die Konturen des konventionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips deutlicher herausgestrichen werden.¹⁴ Im Rechtsvergleich sind dabei namentlich zwei Dimensionen des Subsidiaritätsgrundsatzes zu unterscheiden: Ursprünglich diente er vorrangig dem Schutz des Individuums und grenzte den persönlichen Einflussbereich von demjenigen der Gesellschafts- und Staatstätigkeit ab. Gebräuchlich ist heute überdies vor allem die Verwendung des Begriffs im interinstitutionellen – und namentlich bundesstaatlichen – Kontext. In diesem letzteren Zusammenhang bezweckt der Subsidiaritätsgrundsatz in erster Linie die zweckmäßige Abgrenzung der Kompetenzbereiche verschiedener miteinander verbundener Gemeinwesen.

Intuitiv liegt auf der Hand, dass dem Subsidiaritätsgrundsatz in der EMRK eine interinstitutionelle Bedeutung zukommt.¹⁵ Auch in der EMRK stehen sich mit dem EGMR einerseits und den Behörden der Mitgliedstaaten andererseits nämlich eine „umfassende“ und eine „umfasste Ebene“ gegenüber. Die beiden Ebenen sind auf das gemeinsame Ziel eines effektiven Schutzes der materiellen EMRK-Garantien ausgerichtet und besitzen insoweit einen gemeinsamen Aufgabenkreis. Das Subsidiaritätsprinzip unter der EMRK bezweckt ein Zusammenspiel zwischen mitgliedstaatlichen Institutionen und EGMR, das dem solchermaßen vorgegebenen Verbundzweck gerecht wird, ohne in dysfunktionaler Art und Weise die Handlungsbefugnisse der Konventionsstaaten als primär zuständiger Ebene einzuschränken. Der wirksame europäische Grundrechtsschutz ist also gewissermaßen der Leitstern, den die Interpretin der EMRK immer im Auge behalten muss, um dem Subsidiaritätsgrundsatz einen fassbaren Gehalt zu verleihen. Anders als im bundesstaatlichen Kontext adressiert der konventionsrechtliche Subsidiaritätsgrundsatz mit dem EGMR auf der „umfassenden Ebene“ jedoch ein Gericht und kein Legislativorgan. Als Gericht entscheidet der EGMR Einzelfälle; im Unterschied zu den sonst angesprochenen Rechtsetzungsorganen fehlt ihm die Befugnis, abstrakt eine Kompetenzordnung zu erlassen. Eine Definition des Subsidiaritätsgrundsatzes in Anlehnung an die im bundesstaatlichen Kontext dominierende Kompetenzabgrenzungsfunktion ist für die EMRK deshalb unbrauchbar. Rechtliche Bedeutung hat der Subsidiaritätsgrundsatz unter der EMRK vielmehr als Kompetenzausübungsregel, die sich in erster Linie an den EGMR richtet, mittelbar aber auch auf das innerstaatliche Verfahren durchschlägt. Inhaltlich verlangt der Subsidiaritätsgrundsatz, dass der EGMR in seiner Rechtsprechungstätigkeit seine

¹⁴Vgl. dazu und zum Folgenden oben, III. A.

¹⁵Vgl. dazu und zum Folgenden oben, III. B.

besondere Stellung als internationales Gericht berücksichtigt und nur einschreitet, wenn und soweit die nationalen Behörden ihrer Primärverpflichtung zum Schutz der Konventionsrechte nicht nachgekommen sind oder nicht nachkommen konnten. Zurückhaltung ist dabei insbesondere angezeigt, wenn die nationalen Instanzen besser geeignet sind, eine bestimmte konventionsrechtlich vorgesehene Funktion auszuüben.

Gerade für die konventionsrechtliche Teilaufgabe der Tatsachenfeststellung sind die nationalen Instanzen dabei aufgrund ihrer Nähe zum Einzelfall deutlich besser ausgestattet als der EGMR.¹⁶ Die größere Nähe zum Einzelfall manifestiert sich dabei in vielfältiger Art und Weise: Beispielsweise finden im innerstaatlichen Verfahren oftmals Befragungen der Parteien und Anhörungen allfälliger Zeuginnen statt; auf der Ebene des EGMR kommt es jedoch nur in Einzelfällen zu Einnahmen und dem EGMR fehlt insoweit der persönliche Eindruck der Streitbeteiligten. Auch sonst ist der EGMR nur beschränkt in der Lage, zur Klärung des maßgeblichen Sachverhalts ein Beweisverfahren durchzuführen. Neben den limitierten personellen Ressourcen spielt dabei insbesondere eine Rolle, dass das Verfahren vor dem EGMR in der Regel erst Jahre nach dem beanstandeten Vorfall angestoßen wird und bestimmte Beweise zu diesem Zeitpunkt gar nicht mehr erhoben werden können. Der EGMR entscheidet daher vielfach auf Grundlage jener Akten, die schon im innerstaatlichen Verfahren vorlagen. Soweit diese Akten weder in Englisch noch in Französisch abgefasst sind, tritt für den EGMR zusätzlich zu seinen beschränkten Beweiserhebungsmöglichkeiten ein Sprachenproblem auf: Angesichts der Vielfalt der Amtssprachen der Europaratsstaaten verstünde oftmals nur eine Minderheit des urteilenden Spruchkörpers die maßgeblichen innerstaatlichen Akten, so dass auch die von den nationalen Gerichten abweichende Würdigung von Beweismitteln besonderer Begründung bedarf.

Weil die innerstaatlichen Instanzen also im Grundsatz besser geeignet sind, die konventionsrechtlich maßgeblichen Tatsachen festzustellen, spricht der Subsidiaritätsgrundsatz für einen diesbezüglichen Handlungsvorrang der innerstaatlichen Behörden und Gerichte.¹⁷ Umgekehrt müssen die nationalen Institutionen ihrer diesbezüglichen Aufgabe im Sinne einer Primärverpflichtung aber auch tatsächlich nachkommen, um dem Verbundzweck Genüge zu tun. Versäumen sie in der Beurteilung des Einzelfalls eine methodisch nachvollziehbare Sachverhaltsfeststellung, entsteht subsidiaritätsrechtlich gesprochen jenes Vakuum, das der EGMR ausfüllen muss, um einen effektiven Menschenrechtsschutz zu gewährleisten. Grundsätzlich greift der EGMR im Einklang mit diesem subsidiaritätsrechtlichen Grundgedanken nur in Ausnahmefällen in die innerstaatlichen Tatsachenfeststellungen ein. Solche Ausnahmefälle liegen gemäß der Rechtsprechung einerseits vor, wenn „zwingende Gründe“ eine Korrektur der innerstaatlichen Tatsachenfeststellungen gebieten, andererseits, wenn die Umstände des Einzelfalls als so „außergewöhnlich“ zu werten sind, dass sie

¹⁶Vgl. dazu und zum Folgenden oben, III. B. 4. a.

¹⁷Vgl. dazu und zum Folgenden oben, III. B. 4. b.

ein Tätigwerden des EGMR als „erstinstanzliches Tatsachengericht“ erforderlich machen.

Heruntergebrochen auf den konkreten Einzelfall bedeutet dies, dass der EGMR seine „Tatsachenkognition“ maßgeblich von der Qualität der innerstaatlichen Sachverhaltsfeststellungen abhängig machen muss.¹⁸ Maßstab für die Qualität des innerstaatlichen Verfahrens bilden dabei die zahlreichen prozeduralen Garantien, die der EGMR in seiner neueren Rechtsprechung aus Art. 13 EMRK und aus verschiedenen materiellen Konventionsgarantien abgeleitet hat.¹⁹ Nach diesen konventionsrechtlichen Vorgaben sind innerstaatlich alle angemessenen verfahrensrechtlichen Schritte in die Wege zu leiten, die zur Erhellung des rechtserheblichen Sachverhalts beitragen können; zudem sind die innerstaatlichen Urteile (auch) in Bezug auf den maßgeblichen Sachverhalt angemessen zu begründen.²⁰ Es besteht kein Grund, diese Vorgaben nur auf Fälle zu Art. 3 EMRK zu beschränken, zumal sich das vom EGMR entwickelte „Recht auf Wahrheit“ ausdrücklich auf Art. 13 EMRK und damit auf ein allgemeines, auf alle materiellen Konventionsgarantien anwendbares Verfahrensgrundrecht stützt.

Wenn die innerstaatlichen Behörden ihr Verfahren in Einklang mit den konventionsrechtlichen Vorgaben durchgeführt haben, darf der EGMR nur in Ausnahmefällen in deren Tatsachenfeststellungen eingreifen.²¹ Wie die Auswertung der EGMR-Praxis zu Art. 3 EMRK zeigt, verwendet der EGMR in dieser Konstellation zumindest implizit oft tatsächlich einen Willkürmaßstab. Die dogmatische Fundierung dieses Maßstabs im konventionsrechtlichen Subsidiaritätsgrundsatz legt nahe, dass eine Abweichung des EGMR vom innerstaatlich festgestellten Sachverhalt ganz allgemein – und nicht nur in Fällen zu Art. 3 EMRK – „strong reasons“²² voraussetzt, wenn die prozeduralen Gehalte der EMRK im nationalen Verfahren beachtet worden sind. Umgekehrt rechtfertigt der Subsidiaritätsgrundsatz aber auch eine umfassende *de-novo*-Prüfung der innerstaatlich festgestellten Tatsachen, wenn die nationalen Behörden den prozeduralen Garantien der EMRK im innerstaatlichen Verfahren nicht gefolgt sind.²³ In diesem Fall ist der EGMR nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, sämtliche ihm vorliegenden Beweismittel im Hinblick auf die in Frage stehende Konventionsverletzung einer neuerlichen Prüfung zuzuführen. Die Anwendung spezifischer Beweisinstrumente – beispielsweise der Beweislastumkehr – erscheint angesichts der eingeschränkten Beweiserhebungsmöglichkeiten des EGMR als einzig denkbarer Weg, um den effektiven Schutz der Konventionsrechte trotz der Unzulänglichkeiten des

¹⁸Vgl. dazu oben, IV. A.

¹⁹Vgl. dazu und zum Folgenden oben, IV. B.

²⁰Vgl. dazu oben, IV. B. 2. c.

²¹Vgl. dazu und zum Folgenden oben, IV. C. 1.

²²Entwurf zu einer Kopenhagen-Deklaration, Ziff. 24.

²³Vgl. dazu und zum Folgenden oben, IV. C. 2.

innerstaatlichen Verfahrens sicherzustellen und das Risiko einer unzutreffenden Tatsachenfeststellung unter den Parteien angemessen zu verteilen.²⁴

Gesondert zu betrachten ist die Frage, ob neue Tatsachenvorbringen durch den EGMR berücksichtigt werden dürfen. Im Hinblick auf den Normzweck des Ausschöpfungsgrundsatzes (Art. 35 Ziff. 1 EMRK) ist diesbezüglich ein maßgeblicher Unterschied zu machen zwischen Tatsachen und Beweismitteln, die schon zum Zeitpunkt des letzten innerstaatlichen Entscheids Bestand hatten (unechte Noven) und solchen, die erst danach entstanden sind (echte Noven).²⁵ Während es einer Beschwerdeführerin im ersten Fall nämlich grundsätzlich möglich war, die zuständigen innerstaatlichen Gerichte mit dem konventionsrechtlich maßgeblichen Sachverhalt zu konfrontieren, ist diese Möglichkeit für den zweiten Fall zu verneinen. Der EGMR tritt auf Beschwerden, die gestützt auf unechte Noven einen völlig neuen Sachverhalt geltend machen, wohl auch aus dieser Überlegung oftmals gar nicht erst ein; dies gilt zumindest dann, wenn ein effektives Rechtsmittel zur Verfügung stand, mit dem der neu vorgebrachte Sachverhalt den innerstaatlichen Instanzen hätte unterbreitet werden können.²⁶

Anders handhabt der EGMR mitunter echte Noven: Unter Berufung auf den Leitgedanken der EMRK, einen effektiven Menschenrechtsschutz zu gewährleisten, berücksichtigt er diese, wenn und soweit sie (behauptete) Konventionsverletzungen betreffen, die während des Verfahrens vor dem EGMR weiterhin latent wirksam waren, beziehungsweise in naher Zukunft wirksam zu werden drohen.²⁷ Häufigstes Beispiel für eine solche Situation sind die zahlreichen Abschiebungsfälle, in denen die nationale Abschiebungsverfügung zwar rechtskräftig geworden ist, der Vollzug jedoch noch aussteht: Hier prüft der EGMR *ex nunc*, ob mit einer Abschiebung das ernsthafte Risiko einer unmenschlichen Behandlung einherginge. Er berücksichtigt also auch Tatsachen, von denen die nationalen Gerichte zum Zeitpunkt ihres Entscheids gar nicht wissen konnten. Diese Praxis ist nach hier vertretener Auffassung subsidiaritätsrechtlich zu undifferenziert:²⁸ Wo nämlich innerstaatliche Verfahren bestehen, die es erlauben würden, erhebliche nachträgliche Veränderungen der Sachlage einer innerstaatlichen Prüfung zuzuführen, besteht kein Vakuum, das der EGMR ausfüllen müsste. Die Existenz innerstaatlicher Wiedererwägungsverfahren ist dabei nicht nur eine Angelegenheit des nationalen Verfahrensrechts. Die in der Schweiz und anderswo bestehenden Wiedererwägungsverfahren bilden vielmehr die Vorgaben ab, die sich für die Konventionsstaaten aus der Konvention selbst ergeben: Namentlich Art. 1 EMRK und Art. 13 EMRK verlangen von den Konventionsstaaten nämlich, Verfahrenswege bereitzustellen, die eine Prüfung und allfällige Beseitigung behaupteter Konventionsverletzungen

²⁴ Vgl. dazu oben, IV. C. 3.

²⁵ Vgl. dazu oben, V. A.

²⁶ Vgl. dazu oben, V. C.

²⁷ Vgl. dazu und zum Folgenden oben, V. B.

²⁸ Vgl. dazu und zum Folgenden oben, V. D.

schon auf innerstaatlicher Ebene erlauben. Der EGMR könnte deshalb zunächst untersuchen, ob innerstaatliche Verfahrenswege bestehen, mit welchen eine Beschwerdeführerin echte Noven einer effektiven Prüfung durch die nationalen Behörden zuführen könnte. Soweit dies zu bejahen wäre, müsste der EGMR die echten Noven in seinem Verfahren im Grundsatz ausblenden.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



Summary

“Subsidiarity” is one of the key notions of the current academic discourse around the European Convention of Human Rights (ECHR). Besides its widely recognized implications on substantive law, this concept also heavily impacts certain aspects of procedural law. This present book is dedicated to the procedural dimension of subsidiarity and aims to elucidate the relation between national courts and the European Court of Human Rights (ECtHR) with regards to the establishment of relevant facts of a case. Two specific issues need to be addressed in this context: How should the ECtHR consider facts which have emerged (or been referred to by the applicant) only after the completion of national proceedings? Should the ECtHR depart from the facts established by national courts, and, if so, under what circumstances?

Literaturverzeichnis

- Aemisegger Heinz, Zur Umsetzung der EMRK durch das Bundesgericht, in: Ehrenzeller/Roberto/Schaffhauser (Hrsg.), EMRK und die Schweiz, St. Gallen 2010, S. 43 ff.
- Aemisegger Heinz/Robert Florence Michèle, Sachverhaltsfeststellung und Sachverhaltsüberprüfung, AJP 2015, S. 1223 ff.
- Altermann Kolja, Ermittlungspflichten der Staaten aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, Baden-Baden 2006
- Altwicker Tilmann/Peters Anne, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., München 2012
- Andriantsimbazovina Joël, La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme, Revue des affaires européennes 1998, S. 28 ff.
- Arai-Takahashi Yutaka, The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, New York 2001
- Arnardóttir Oddný Mjöll, Rethinking the Two Margins of Appreciation, European Constitutional Law Review 2016 (12), S. 27 ff.
- Aroney Nicholas, Subsidiarity in the Writings of Aristotle and Aquinas, in: Evans/Zimmermann (Hrsg.), Global Perspectives on Subsidiarity, Dordrecht/Heidelberg/New York/London 2014, S. 9 ff.
- Aubert Jean-François, Le principe de subsidiarité dans la Constitution fédérale de 1999, in: Bolle (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Basel/Genf 2000, S. 3 ff.
- Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 1999 (*Bearbeiter/Bearbeiterin, in: petit commentaire*)
- Auer Andreas/Malinverni Giorgio/Hottelier Michel, Droit constitutionnel suisse, Vol. II: Les droits fondamentaux, 3. Aufl., Bern 2013
- Bachmann Gregor, Aufsichtsbeschwerde: Zeit für eine Praxisänderung?, AJP 2015, S. 1491 ff.
- Beijer Malu, The limits of fundamental rights protection by the EU: the scope for the development of positive obligations, Cambridge 2017
- Benzing Markus, Das Beweisrecht vor internationalen Gerichten und Schiedsgerichten in zwischenstaatlichen Streitigkeiten, Heidelberg/Dordrecht/London/New York 2010
- Beriger Julian-Ivan/Brunner Arthur, Das Non-Refoulement-Prinzip als Hinderungsgrund für Dublin-Überstellungen, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: Bernet/Gertsch/Haragana/Schister (Hrsg.), Mobilität, St. Gallen 2015, S. 195 ff.

- Bernard Frédéric, Défis contemporains – Droits de l’homme et terrorisme, in: Hertig Randall/Hottelier (Hrsg.), Introduction aux droits de l’homme, Zürich 2014, S. 592 ff.
- Bernhardt Rudolf, Internationaler Menschenrechtsschutz und nationaler Gestaltungsspielraum, in: Bernhardt/Geck/Jaenicke/Steinberger (Hrsg.), Völkerrecht als Rechtsordnung – Internationale Gerichtsbarkeit – Menschenrechte: Festschrift für Hermann Mosler, Berlin 1983, S. 75 ff.
- Besson Samantha, Subsidiarity in International Human Rights Law – What is Subsidiarity about Human Rights?, The American Journal of Jurisprudence 2016, S. 69 ff.
- Biaggini Giovanni, Einige Gedanken zum interjudikativen Dialog aus rechtswissenschaftlicher Sicht, EuGRZ 2014, S. 29 f. (*Interjudikativer Dialog*)
- Biaggini Giovanni, Grenzen und Tücken juristischer Metaphorik, ZBl 116/2015, S. 509 f. (*Grenzen und Tücken*)
- Biaggini Giovanni, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (*BV Kommentar*)
- Bickenbach Christian, Das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 EUV und seine Kontrolle, EuR 2013, S. 523 ff.
- Binder Anja Martina, Expertenwissen und Verfahrensgarantien – Dargestellt an den verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf Bundesebene, Zürich 2016
- Bothe Michael, Verification of Facts, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Stand 10. Juni 2015), <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e1127?rkey=E9KBWg&result=1&prd=EPIL>> (01.03.2018)
- Breitenmoser Stephan, Subsidiarität und Interessensabwägung im Rahmen der EGMR-Rechtsprechung, in: Breitenmoser/Ehrenzeller/Sassòli/Stoffen/Wagner Pfeifer, Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Zürich/St. Gallen 2007, S. 119 ff.
- Brower Charles N., The Anatomy of Fact-Finding Before International Tribunals, in: Lillich (Hrsg.), Fact-Finding before International Tribunals, Ardsley-on-Hudson 1992, S. 147 ff.
- Brunner Arthur/Fuhrer Corina, Wie weit reicht die extraterritoriale Grundrechtsbindung des Nachrichtendienstes? Kritische Betrachtung von Art. 35 Abs. 3 E-NDG, in: Marschner/Zumsteg (Hrsg.), Risiko und Verantwortlichkeit, Zürich 2016, S. 89 ff.
- Calliess Christian/Ruffert Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV Kommentar. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta, Band 1, 4. Aufl., München 2011 (*Bearbeiter/Bearbeiterin, in: EUV Kommentar*)
- Cameron David, Speech on the European Court of Human Rights, Rede gehalten am 25. Januar 2012. Abgerufen von <<https://www.gov.uk/government/speeches/speech-on-the-european-court-of-human-rights>> (01.03.2018)
- Caroni Andrea, Reaktionen des Gesetzgebers auf Impulse der Rechtsprechung, LeGes 2016, S. 413 ff.
- Carozza Paolo G., Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law, The American Journal of International Law 2003 (1), S. 38 ff.
- Çelik Hüseyin, Europäisches Mehrebenen-Legislativsystem. Beteiligung nationaler Parlamente und Auswirkungen auf die repräsentative Demokratie, Zürich 2016
- Christoffersen Jonas, Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights, Leiden/Boston 2009
- Corboz Bernard/Wurzbürger Alain/Ferrari Pierre/Frésard Jean-Maurice/Aubry Girardin Florence (Hrsg.), Commentaire de la LTF, 2. Aufl., Bern 2014 (*Bearbeiter/Bearbeiterin, in: commentaire LTF*)
- Costa Jean-Paul, La Cour européenne des droits de l’homme – Des juges pour la liberté, 2. Aufl., Paris 2017 (*La Cour*)
- Costa Jean-Paul, The Relationship between the European Court of Human Rights and the national courts, European Human Rights Law Review 2013, S. 264 ff. (*Relationship*)
- D’Atena Antonio, Die Subsidiarität: Werte und Regeln, in: Blankenagel/Pernice/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt – Liber Amicorum für Peter Häberle, Tübingen 2004, S. 327 ff.
- Dahlberg Maija, ‘It is not its task to Act as a Court of Fourth Instance’: The Case of the European Court of Human Rights, European Journal of Legal Studies 2014 (2), S. 84 ff.

- De Búrca Gráinne, The Principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor, *Journal of Common Market Studies* 1998, S. 217 ff.
- de Londras Fiona, Dual Functionality and the Persistent Frailty of the European Court of Human Rights, *European Human Rights Law Review* 2013, S. 38 ff.
- De Salvia Michele, Analysis of the Court's case-law in 2001, *Human Rights Law Journal* 2002, S. 130 ff.
- De Schutter Olivier, La subsidiarité dans la convention européenne des droits de l'homme : la dimension procédurale, in: Verdussen (Hrsg.), *L'Europe de la Subsidiarité*, Brüssel 2000, S. 63 ff.
- De Weck Fanny, Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture, Leiden/Boston 2016
- Delas Olivier, Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme: de la consécration à la contestation, Brüssel 2011
- Drzemczewski Andrew, Fact-Finding as Part of Effective Implementation: the Strasbourg Experience, in: Bayefski (Hrsg.), *The UN Human Rights Treaty System in the 21st Century*, Den Haag 2000, S. 115 ff.
- Egli Patricia, Preambles in International Treaty Law: With a Special Reference to the European Convention on Human Rights after the Brighton Conference, *AJP* 2013, S. 717 ff.
- Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus (Hrsg.), *St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (*Bearbeiter/Bearbeiterin, in: SG Kommentar BV*)
- Epiney Astrid, Subsidiarität als verfassungsrechtlicher Grundsatz, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Rapports présentés au XIV^{ème} congrès international du droit comparé, Zürich 1994, S. 9 ff.
- Fabbrini Federico, The European court of human rights, extraordinary renditions and the right to the truth: Ensuring accountability for gross human rights violations committed in the fight against terrorism, *Human Rights Law Review* 2013, S. 1 ff.
- Fastenrath Ulrich, Subsidiarität im Völkerrecht, in: Blickle/Hüglin/Wyduckel (Hrsg.), *Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft*, Berlin 2002 (Beiheft zur Zeitschrift *Rechtstheorie*), S. 475 ff.
- Feichtner Isabel, Subsidiarity, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Stand Oktober 2007), <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e1477?rskey=Imfq5f&result=1&prd=EPIL>> (01.03.2018)
- Fitzpatrick Joan, Human Rights Fact-Finding, in: Bayefski (Hrsg.), *The UN Human Rights Treaty System in the 21st Century*, Leiden u.a. 2000, S. 65 ff.
- Follesdal Andreas, The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law, *Global Governance as Public Authority – Jean Monnet Working Paper 12/11*. Abgerufen von <<http://www.jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2014/12/JMWP12Follesdal.pdf>> (01.03.2018)
- Forowicz Magdalena, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford 2010
- Frei Nula, Menschenhandelsopfer im Asylverfahren, in: Achermann/Amarelle/Caroni/Epiney/Kälin/Uebersax (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2014/2015*, Bern 2015, S. 25 ff.
- Frowein Jochen Abr./Peukert Wolfgang, *Europäische Menschenrechtskonvention*, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009
- Füglister Gabriel, The Principle of Subsidiarity and the Margin of Appreciation in the European Court of Human Rights' Post-2011 Jurisprudence, *Cahier de l'Institut' de hautes études en administration publique* 295/2016, Lausanne 2016
- Gabriel Karl, Die Wurzeln des Subsidiaritätsprinzips in der katholischen Soziallehre, in: Haratsch (Hrsg.), *Das Subsidiaritätsprinzip – Ein Element des europäischen Verfassungsrechts*, Berlin 2014, S. 11 ff.
- Garlicki Lech, Broniowski and After: On the Dual Nature of „Pilot Judgments“, in: Cafisch/Callewaert/Liddell/Mahoney/Villiger (Hrsg.), *Human Rights – Strasbourg Views: Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Kehl am Rhein 2007, S. 177 ff.

- Gebauer Katharina, Parallele Grund- und Menschenrechtsschutzsysteme in Europa? Ein Vergleich der Europäischen Menschenrechtskonvention und des Straßburger Gerichtshofs mit dem Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft und dem Luxemburger Gerichtshof, Berlin 2007
- Geiser Thomas, Wir sind der Wahrheit verpflichtet, aber welcher? Die formelle und materielle Wahrheit im familienrechtlichen Verfahren, in: Ludewig/Baumer/Tavor (Hrsg.), Aussagepsychologie für die Rechtspraxis – zwischen Wahrheit und Lüge, Zürich/St. Gallen 2017, S. 289 ff.
- Gemperli Simon, Flüchtlingskrise überlagert Abstimmungskampf, NZZ vom 21. März 2016. Abgerufen von <<https://www.nzz.ch/schweiz/fluechtlingskrise-ueberlagert-abstimmungskampf-1.18716599>> (28.2.2018)
- Greer Steven M., The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights, Strasbourg 2000
- Grosche Nils, Rechtsfortbildung im Unionsrecht, Tübingen 2011
- Gygi Fritz, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983
- Haefliger Arthur/Schürmann Frank, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 2014
- Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016
- Haider Dominik, The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights, Leiden 2013
- Halberstam Daniel, Federal Powers and the Principle of Subsidiarity, in: Amar/Tushnet (Hrsg.), Global Perspectives on Constitutional Law, New York 2009, S. 34 ff.
- Haller Walter/Kölz Alfred/Gächter Thomas, Allgemeines Staatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2013
- Häner Isabelle/Rüssli Markus/Schwarzenbach Evi (Hrsg.), Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich 2007 (*Bearbeiter/Bearbeiterin, in: Kommentar KV/ZH*)
- Heaton-Armstrong Anthony/Shepherd Eric/Gudjonsson Gisli H./Wolchover David, Witness Testimony, Psychological, Investigative and Evidential Perspectives, Oxford 2010
- Helfer Laurence R., Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime, The European Journal of International Law 2008, S. 125 ff.
- Hertig Randall Maya, Der grundrechtliche Dialog der Gerichte in Europa, EuGRZ 2014, S. 5 ff.
- Höffe Otfried, Subsidiarität als Gesellschafts- und Staatsprinzip, Swiss Political Science Review 1998, S. 1 ff.
- Hoffmann Irene, Der Grundsatz der Subsidiarität im Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention, Frankfurt am Main 2007
- Hofstetter David, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV), Zürich 2014a
- Horsley Thomas, Subsidiarity and the European Court of Justice: Missing Pieces in the Subsidiarity Jigsaw?, Journal of Common Market Studies 2012, S. 267 ff.
- Huijbers Leonie M., The European Court of Human Rights' procedural approach in the age of subsidiarity, Cambridge International Law Journal 2017, S. 177 ff.
- Isensee Josef, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2. Aufl., Berlin 2001
- Jaag Tobias, Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.) Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich 2015, S. 149 ff.
- Jackson Richard, Constructing Enemies: ‚Islamic Terrorism‘ in Political and Academic Discourse, Government and Opposition 2007, S. 394 ff.
- Jötten Sara, Enforced Disappearances und EMRK, Berlin 2012
- Karpenstein Ulrich/Mayer Franz C. (Hrsg.), Kommentar zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., München 2015 (*Bearbeiter/Bearbeiterin, in: Kommentar EMRK*)
- Kaufmann Martin, Beweisführung und Beweiswürdigung, Tatsachenfeststellung im schweizerischen Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozess, Zürich/St. Gallen 2009 (*Beweisführung und Beweiswürdigung*)
- Kaufmann Martin, Bewiesen? Gedanken zu Beweislast – Beweismass – Beweiswürdigung, AJP 2003, S. 1199 ff. (*Bewiesen?*)

- Kazazi Mojtaba, *Burdens of Proof and Related Issues – A Study on Evidence Before International Tribunals*, Den Haag/London/Boston 1996
- Keller Helen/Heri Corina, *Enforced Disappearance and the European Court of Human Rights*, *Journal of International Criminal Justice* 2014, S. 735 ff.
- Keller Helen/Müller Amrei, *Das Zusammenspiel von Bundesgericht und EGMR analysiert aus dem Blickwinkel der Subsidiarität, «Justice – Justiz – Giustizia»* 2012/1
- Keller Helen/Weber Yannick, *Folgen für den Grundrechtsschutz und verfassungsrechtliche Gültigkeit der „Selbstbestimmungsinitiative“*, *AJP* 2016, S. 1007 ff.
- Kiener Regina/Kälin Walter, *Grundrechte*, 2. Aufl., Bern 2013
- Kiener Regina/Rütsche Bernhard/Kuhn Mathias, *Öffentliches Verfahrensrecht*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015
- Kley Andreas, *Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015 (*Geschichte des öffentlichen Rechts*)
- Kley Andreas, *Grundfragen der Bundesstaatlichkeit*, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.) *Staatsrecht*, 2. Aufl., Zürich 2015, S. 125 ff. (*Grundfragen*)
- Kokott Juliane, *Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten*, Berlin 1993 (*Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen*)
- Kokott Juliane, *The Burdens of Proof in Comparative and International Human Rights Law*, Den Haag 1998 (*Burdens of Proof*)
- Kölz Alfred/Häner Isabelle/Bertschi Martin, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013
- Kreis Georg, *Die Schweiz und die Europäische Menschenrechtskonvention*, in: *Altermatt/Casasus (Hrsg.), 50 Jahre Engagement der Schweiz im Europarat 1963-2013*, Zürich 2013, S. 59 ff.
- Kuijer Martin, *The Right to a Fair Trial and the Council of Europe's Efforts to Ensure Effective Remedies on a Domestic Level for Excessively Lengthy Proceedings*, *Human Rights Law Review* 2013a, S. 779 ff.
- Lanter Markus, *Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs (Art. 35 Ziff. 1 EMRK). Die Rechtslage in der Schweiz nach der Reform der Bundesrechtspflege*, Zürich 2008
- Leach Philip, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 4. Aufl., Oxford 2017
- Leach Philip/Paraskeva Costas/Uzelac Gordana, *International Human Rights & Fact Finding – An Analysis of the fact-finding missions conducted by the European Commission and Court of Human Rights*, London 2009
- Legg Andrew, *The margin of appreciation in international human rights law: deference and proportionality*, Oxford 2012
- Leurquin-de Visscher Françoise, *Existe-t-il un principe de subsidiarité ?*, in: *Delpérée (Hrsg.), Le principe de subsidiarité*, Brüssel/Paris 2000, S. 21 ff.
- Looser Martin, *Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen. Eine Bestandesaufnahme unter Berücksichtigung der amerikanischen und deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*, Zürich/St. Gallen 2001
- Lorenz Pia, *„Wichtige Rechtsfragen am falschen Sachverhalt aufgehängt“ – Interview mit Prof. Dr. Matthias Jahn*, *Legal Tribune Online* vom 1. Juni 2010. Abgerufen von <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/egmr-verfahren-gaefgen-gegen-deutschland-wichtige-rechtsfragen-am-falschen-sachverhalt-aufgehaengt/> (28.02.2018)
- Loucaides Loukis G., *Standards of Proof in Proceedings under the European Convention of Human Rights*, in: *Présence Du Droit Public et des Droits de L'Homme: mélanges offerts à Jacques Vélu*, Vol. 3, Bruylant 1992, S. 1431 ff.
- Ludewig Revital/Baumer Sonja/Tavor Daphna, *Einführung in die Aussagepsychologie – Wie können aussagepsychologische Erkenntnisse Richtern und Staatsanwälten helfen?*, in: *Ludewig/Baumer/Tavor (Hrsg.), Aussagepsychologie für die Rechtspraxis – zwischen Wahrheit und Lüge*, Zürich/St. Gallen 2017, S. 17 ff.
- Mader Luzius, *Die Sozial- und Umweltverfassung*, *AJP* 1999, S. 698 ff.
- Matscher Franz, *Zur Funktion und Tragweite der Bestimmung des Art. 13 EMRK*, in: *Böckstiegel/Folz/Mössner/Zemanek (Hrsg.), Völkerrecht, Recht der internationalen Organisationen, Weltwirtschaftsrecht: Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Köln 1988, S. 315 ff.

- McKinley Brennan Patrick, Subsidiarity in the Tradition of Catholic Social Doctrine, in: Evans/Zimmermann (Hrsg.), *Global Perspectives on Subsidiarity*, Dordrecht/Heidelberg/New York/London 2014, S. 29 ff.
- Meyer Frank/Więckowska Marta, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2012, *forumpoenale* 2013, S. 241 ff. (*Rechtsprechung 2012*)
- Meyer Frank/Więckowska Marta, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2013b (Teil 1), *forumpoenale* 6/2014, S. 369 ff. (*Rechtsprechung 2013*)
- Meyer-Ladewig Jens, *Europäische Menschenrechtskonvention Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden 2017
- Miklušček Pavel, Subsidiarität in der katholischen Kirche, in: Blickle/Hüglin/Wyduckel (Hrsg.), *Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft*, Berlin 2002 (Beiheft zur Zeitschrift *Rechtstheorie*), S. 25 ff.
- Millon-Delsol Chantal, *Le principe de subsidiarité*, Paris 1993
- Moeckli Daniel/Raible Lea, Die direkte Demokratie in der Rechtsprechung des EGMR, in: Good/Platipodis (Hrsg.), *Direkte Demokratie – Herausforderungen zwischen Politik und Recht*, Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Bern 2013, S. 469 ff.
- Mowbray Alastair, Subsidiarity and the European Convention on Human Rights, *Human Rights Law Review* 2015, S. 313 ff.
- Müller Amrei, Oslo – Strasbourg – back to Oslo and/or into Wider Europe? The ECtHR's Engagement with the Decisions of Norwegian Courts for Strengthening the Convention System as a Cooperative System, *Nordic Journal of Human Rights* 2015, S. 11 ff.
- Müller Jörg Paul, Zur Relevanz des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 5a BV im Verhältnis der SRG zu privaten Anbietern, *Jusletter* vom 6. März 2017
- Müller Markus, *Verhältnismässigkeit. Gedanken zu einem Zauberwürfel*, Bern 2013
- Musliu Nagihan, Schweizer Recht statt fremder Richter? Eine Analyse zur möglichen Umsetzungsproblematik bei Annahme der Selbstbestimmungsinitiative, in: Marschner/Zumsteg (Hrsg.), *Risiko und Verantwortlichkeit*, Zürich 2016, S. 45 ff.
- Naqvi Yasmin, The right to the truth in international law: fact or fiction?, *International Review of the Red Cross* 2006, S. 245 ff.
- Nussberger Angelika, Subsidiarity in the Control of Decisions Based on Proportionality: An Analysis of the Basis of the Implementation of the ECtHR Judgments into German Law, in: Seibert-Fohr/Villiger (Hrsg.), *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*, Baden-Baden 2014, S. 165 ff.
- Orpizewska Marta A., *El-Masri v. Former Yugoslav Republic of Macedonia: Implications for the CIA Extraordinary Rendition Program*, *North Carolina Journal of International Law* 2014, S. 1165 ff.
- Ossenbühl Fritz, Die richterliche Kontrolle von Prognoseentscheidungen der Verwaltung, in: Erichsen/Hoppe/von Mutius (Hrsg.), *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes: Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag*, Köln 1985, S. 731 ff.
- Petzold Herbert, The Convention and the Principle of Subsidiarity, in: Macdonald/Matscher/Petzold (Hrsg.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht/Boston/London 1993, S. 41 ff.
- Piffner Brigitte/Bollinger Susanne, Ausufernde Interpretation der Menschenrechte, *NZZ* vom 2. Februar 2012. Abgerufen von <https://www.nzz.ch/ausufernde_interpretation_der_menschenrechte-1.14748269> (28.02.2018)
- Pius XI., *Quadragesimo anno*, Übersetzung der Katholisch-Theologischen Fakultät der Universität Innsbruck. Abgerufen von <<http://www.uibk.ac.at/theol/leseraum/texte/319.html>> (27.10.2015)
- Rhinow René/Koller Heinrich/Kiss Christina/Thurnherr Daniela/Brühl-Moser Denise, *Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege*, 3. Aufl., Basel 2014
- Richli Paul, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips, *ZSR* 2007 I, S. 47 ff. (*Rechtlicher Gehalt*)
- Richli Paul, Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, *ZSR* 1998 II, S. 139 ff. (*Zweck und Aufgaben*)

- Rietiker Daniel, Kommentierte Chronik der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Fällen gegen die Schweiz im Jahr 2013, AJP 2015, S. 668 ff.
- Rudolf Beate, Beweisprobleme in Verfahren wegen Verletzung von Art. 3 EMRK/Zugleich Anmerkung zum Urteil des EGMR vom 04.12.1995 im Fall Ribitsch gegen Österreich, EuGRZ 1996, S. 497 ff.
- Rüefli Anna, Verurteilung der Schweiz wegen unverhältnismässiger Polizeigewalt und unsorgfältiger Untersuchung der behaupteten Verletzung von Art. 3 EMRK, Sicherheit & Recht 2014, S. 87 ff.
- Saladin Peter, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel 1979
- Schabas William A., The European Convention on Human Rights – a Commentary, Oxford 2015
- Schilling Jan Moritz, Deutscher Grundrechtsschutz zwischen staatlicher Souveränität und menschenrechtlicher Europäisierung, Tübingen 2010
- Schlüter Alix, Beweisrechtliche Implikationen der margin of appreciation-Doktrin, Archiv des Völkerrechts 2016, S. 41 ff.
- Schmid Andreas, Schweiz soll Misshandlung eines Tamilen in Kauf genommen haben, NZZ vom 25. Februar 2014. Abgerufen von <<https://www.nzz.ch/schweiz/tamilen-ausschaffung-strassburg-beschwerde-1.18250922>> (28.02.2018)
- Schorm-Bernschütz Rebecca, Die Tatsachenfeststellung im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, Münster 2004
- Schubarth Martin, Gedanken über Freiheit und Unabhängigkeit, Anwaltsrevue 2013b, S. 366 ff.
- Schumacher Rainer, Unsere Bundesverfassung: Ist sie uns fremd geworden?, Anwaltsrevue 2016, S. 285 ff.
- Schürer Stefan, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Tatsacheninstanz – Zur Bedeutung divergierender Tatsachenfeststellungen durch den EGMR am Beispiel einiger Schweizer Fälle, EuGRZ 2014, S. 512 ff.
- Seiler Hansjörg, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte: Hüter der Menschenrechte, Appellationsinstanz oder Verfassungsgeber?, ZBl 113/2012, S. 223 ff.
- Skouris Vassilios, Das Subsidiaritätsprinzip und seine Bedeutung in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, in: Breitenmoser/Ehrenzeller/Sassöli/Stoffel/Wagner Pfeifer (Hrsg.), Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Zürich/St. Gallen 2007, S. 1547 ff.
- Sonderegger Linus/Kneer Anne, Das asylrechtliche Beschwerdeverfahren, Jusletter vom 14. März 2016
- Spano Robert, Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity, Human Rights Law Review 2014, S. 1 ff.
- Spijkerboer Thomas, Subsidiarity and ‚Arguability‘: the European Court of Human Rights’ Case Law on Judicial Review in Asylum Cases, International Journal of Refugee Law 2009, S. 48 ff.
- Springer Josephine, Die margin of appreciation: Entwurf einer Dogmatik monokausaler richterlicher Zurückhaltung für den europäischen Menschenrechtsschutz, Berlin 2018
- Strenger Carlo, Abenteuer Freiheit, Berlin 2017
- Szymczak David, Rapport Introductif: Le Principe de Subsidiarité dans tous ses États, in: Sudre (Hrsg.), Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l’homme, Brüssel 2014, S. 15 ff.
- Talmon Jacob L., Die Geschichte der totalitären Demokratie – Band I: Die Ursprünge der totalitären Demokratie, Göttingen 2013
- Thurnheer Simon, Demonstrationsfreiheit in England und in der Schweiz: eine vergleichende Untersuchung und ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik, Zürich 2010
- Tulkens Françoise, Conclusions générales, in: Sudre (Hrsg.), Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l’homme, Brüssel 2014, S. 397 ff.
- Turkut Emre, Has the European Court of Human Rights Turned a Blind Eye to Alleged Rights Abuses in Turkey?, Blog of the European Journal of International Law, Beitrag vom 28. Dezember 2016. Abgerufen von <<https://www.ejiltalk.org/has-the-european-court-of-human-rights-turned-a-blind-eye-to-alleged-rights-abuses-in-turkey/>> (20.12.2017)

- van der Wilt Harmen/Lyngdorf Sandra, Procedural Obligations Under the European Convention on Human Rights: Useful Guidelines for the Assessment of ‚Unwillingness‘ and ‚Inability‘ in the Context of the Complementarity Principle, *International Criminal Law Review* 2009, S. 39 ff.
- van Drooghenbroeck Sébastien, La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l‘homme : prendre l‘idée simple au sérieux, Brüssel 2001
- Vasel Johann Justus, Regionaler Menschenrechtsschutz als Emanzipationsprozess – Grundlagen, Strukturen und Eigenarten des europäischen und interamerikanischen Menschenrechtsschutzsystems, Berlin 2017
- Vedaschi Arianna, State Secret Privilege versus Human Rights: Lessons from the European Court of Human Rights Ruling on the Abu Omar Case, *European Constitutional Law Review* 2007, S. 166 ff.
- Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999
- von der Groeben Hans/Schwarze Jürgen/Hatje Armin (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015 (*Bearbeiter/Bearbeiterin, in: Komm. Unionsrecht*)
- von Staden Andreas, The Democratic Legitimacy of Judicial Review Beyond the State: Normative Subsidiarity and Judicial Standards of Review, *International Journal of Constitutional Law* 2012, S. 1023 ff.
- Voßkuhle Andreas, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, S. 1 ff. (*Europäischer Verfassungsgerichtsverbund*)
- Voßkuhle Andreas, Pyramide oder Mobile? – Menschenrechtsschutz durch die europäischen Verfassungsgerichte, EuGRZ 2014, S. 165 ff. (*Pyramide oder Mobile?*)
- Waldmann Bernhard/Epiney Astrid/Belser Wyss Eva Maria (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015a (*Bearbeiter/Bearbeiterin, in: BSK BV*)
- Waldmann Bernhard/Spiess Angelika, Aufgaben- und Kompetenzverteilung im schweizerischen Bundesstaat, Typologie der Aufgaben und Kompetenzen von Bund und Kantonen, Gutachten im Auftrag der Konferenz der Kantonsregierungen von Dezember 2015b. Abgerufen von <http://www.unifr.ch/ius/assets/files/Institus/IST_Federalisme/files/Forschung/Gutachten_final.pdf> (1.3.2018)
- Wathelet Melchior, Propos Liminaires, in: Delpérée (Hrsg.), Le principe de subsidiarité, Brüssel/Paris 2000, S. 17 ff.
- Weber Jonas, Zur Bedeutung der Grundsätze von Art. 56 StGB für die Anordnung stationärer Massnahmen, in: Berner Gedanken zum Recht – Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, S. 517 ff.
- Wildhaber Luzius, Ein Überdenken des Zustands und der Zukunft des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, EuGRZ 2009a, S. 541 ff. (*Überdenken*)
- Wildhaber Luzius, Eine verfassungsrechtliche Zukunft für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte? EuGRZ 2002, S. 569 ff. (*Verfassungsrechtliche Zukunft*)
- Wildhaber Luzius, Europäischer Grundrechtsschutz aus der Sicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, EuGRZ 2005, S. 689 ff. (*Europäischer Grundrechtsschutz*)
- Wildhaber Luzius, Pilot Judgments in Cases of Structural or Systemic Problems on the National Level, in: Wolftrum/Deutsch (Hrsg.), The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: The Problems and Possible Solutions, Berlin/Heidelberg 2009b, S. 69 ff. (*Pilot Judgments*)
- Wildhaber Luzius, The European Court of Human Rights 1998-2006 – History, Achievements, Reform, Kehl am Rhein/Strasbourg/Arlington 2006 (*History*)
- Winkler Günther, Das Recht und die Rechtswissenschaft, Überlegungen zu einem empirisch-rationalen juristischen Denken aus den Perspektiven von Raum und Zeit, Wien 2014
- Wytenbach Judith, Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundesstaaten – Gleichzeitig ein Beitrag zur grundrechtlichen Ordnung im Föderalismus, Zürich 2017
- Zippelius Reinhold, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl., München 2006

Urteilsverzeichnis

Vorbemerkung: Das nachfolgende Verzeichnis enthält lediglich die in dieser Arbeit verwendeten Urteile und Entscheide des EGMR. In den Fussnoten wird auf die Nennung der Urteilsnummern verzichtet. Für die Periode zwischen dem 1. November 2014 und dem 31. Oktober 2017 sind über die hier genannten Urteile hinausgehend sämtliche Urteile des EGMR zu Art. 3 EMRK in einer zusätzlichen Excel-Datei ausgewertet worden. Verschiedene in dieser Arbeit erhobene Daten (Bildung von Fallkonstellationen, Berechnung der durchschnittlichen Verfahrensdauer für bestimmte Fallkonstellationen) basieren auf dieser Excel-Datei, die bei Bedarf über die E-Mail-Adresse des Lehrstuhls von Prof. Dr. Andreas Glaser (Ist.glaser@rwi.uzh.ch) bezogen werden kann. In dieser Arbeit verwendete Urteile anderer Gerichte sind in den Fussnoten vollständig ausgewiesen und bilden daher nicht Gegenstand des vorliegenden Urteilsverzeichnisses.

- EGMR (Plenum), Urteil vom 23. Juli 1968, *Case „Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Languages in Education in Belgium“ v. Belgien (Merits)*, no. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 und 2126/64
- EGMR (Plenum), Urteil vom 7. Dezember 1976, *Handyside v. Vereinigtes Königreich*, no. 5493/72
- EGMR, Urteil vom 18. Januar 1978a, *Irland v. Vereinigtes Königreich*, no. 5310/71
- EGMR (Plenum), Urteil vom 6. September 1978b, *Klass v. Deutschland*, no. 5029/71
- EGMR, Urteil vom 9. Oktober 1979, *Airey v. Irland*, no. 6289/73
- Urteil vom 25. März 1983, *Silver und andere v. Vereinigtes Königreich*, no. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 und 7136/75
- EGMR, Urteil vom 23. Februar 1984, *Luberti v. Italien*, no. 9019/80
- EGMR, Urteil vom 26. März 1985, *X und Y v. Niederlande*, no. 8978/80
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 27. April 1988a, *Boyle und Rice v. Vereinigtes Königreich*, no. 9659/82 und 9658/82
- EGMR (Plenum), Urteil vom 12. Juli 1988b, *Schenk v. Schweiz*, no. 10862/84
- EGMR (Plenum), Urteil vom 7. Juli 1989, *Soering v. Vereinigtes Königreich*, no. 14038/88
- EGMR, Urteil vom 18. Februar 1991a, *Moustaquim v. Belgien*, no. 12313/86
- EGMR (Plenum), Urteil vom 20. März 1991b, *Cruz Varas und andere v. Schweden*, no. 15576/89
- EGMR, Urteil vom 30. Oktober 1991c, *Vilvarajah und andere v. Vereinigtes Königreich*, no. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 und 13448/87
- EGMR, Urteil vom 22. April 1992, *Rieme v. Schweden*, no. 12366/86
- EGMR, Urteil vom 22. September 1993, *Klaas v. Deutschland*, no. 15743/89
- EGMR, Urteil vom 24. November 1994a, *Kemmache v. Frankreich (Nr. 3)*, no. 17621/91
- EGMR, Urteil vom 9. Dezember 1994b, *López Ostra v. Spanien*, no. 16798/90
- EGMR, Urteil vom 26. April 1995a, *Fischer v. Österreich*, no. 16922/90
- EGMR, Urteil vom 4. Dezember 1995b, *Ribitsch v. Österreich*, no. 18896/91
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 15. November 1996, *Chahal v. Vereinigtes Königreich*, no. 22414/93
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 18. Juli 1999, *Selmouni v. Frankreich*, no. 25803/94
- EGMR, Urteil vom 11. Juli 2000a, *Jabari v. Türkei*, no. 40035/98
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 26. Oktober 2000b, *Kudla v. Polen*, no. 30210/96
- EGMR, Urteil vom 10. April 2001a, *Tanli gegen Türkei*, no. 26129/95
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 4. Mai 2001b, *McKerr v. Vereinigtes Königreich*, no. 28883/95
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 10. Mai 2001c, *Z. und andere v. Vereinigtes Königreich*, no. 29392/95
- EGMR, Urteil vom 22. Mai 2001d, *Sarli v. Türkei*, no. 24490/94
- EGMR, Urteil vom 18. Juni 2002, *Orhan v. Türkei*, no. 25656/94
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 8. Juli 2003a, *Hatton und andere v. Vereinigtes Königreich*, no. 36022/97

- EGMR, Urteil vom 4. Dezember 2003b, *M.C. v. Bulgarien*, no. 39272/98
- EGMR, Urteil vom 17. Februar 2004a, *Ipek v. Turkey*, Nr. 25760/94
- EGMR, Urteil vom 17. Februar 2004b, *Venkadajalararma v. Niederlande*, no. 58510/00
- EGMR, Urteil vom 30. März 2004c, *Hirst v. Vereinigtes Königreich*, no. 74025/01
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 8. Juli 2004d, *VO v. Frankreich*, no. 53924/00
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 4. Februar 2005a, *Mamatkulov und Askarov v. Türkei*, no. 46827/99 und 46951/99
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 30. Juni 2005b, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Irland*, no. 45036/98
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 19. Juni 2006a, *Hutten-Czapska v. Polen*, no. 35014/97
- EGMR, Urteil vom 22. Juni 2006b, *Gökçe und Demirel v. Türkei*, no. 51839/99
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 4. Juli 2006c, *Ramirez Sanchez v. Frankreich*, no. 59450/00
- EGMR, Urteil vom 12. Dezember 2006d, *Dobál v. Slowakei*, no. 65422/01
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 11. Januar 2007a, *Salah Sheekh v. Niederlande*, no. 1948/04
- EGMR, Urteil vom 5. April 2007b, *Baysayeva v. Russland*, no. 74237/01
- EGMR, Urteil vom 7. Juni 2007c, *Garabayev v. Russland*, no. 38411/02
- EGMR, Urteil vom 26. Juli 2007d, *Cozaru v. Rumänien*, no. 48254/99
- EGMR, Urteil vom 26. Juli 2007e, *Georgiev v. Bulgarien*, no. 61507/00
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 28. Februar 2008a, *Saadi v. Italien*, no. 37201/06
- EGMR, Urteil vom 4. Dezember 2008b, *Y v. Russland*, no. 20113/07
- EGMR, Urteil vom 15. Januar 2009a, *Burdov v. Russland (Nr. 2)*, no. 33509/04
- EGMR, Urteil vom 12. Februar 2009b, *Denisenko und Bogdanchikov v. Russland*, no. 3811/12
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 19. Februar 2009c, *A. und andere v. Vereinigtes Königreich*, no. 3455/05
- EGMR, Urteil vom 24. Februar 2009d, *Ben Khemais v. Italien*, no. 246/07
- EGMR, Urteil vom 7. Juli 2009e, *Zavoloka v. Lettland*, no. 58447/00
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 1. Juni 2010a, *Gäffgen v. Deutschland*, no. 22987/05
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 6. Juli 2010b, *Neulinger und Shuruk v. Schweiz*, no. 41615/07
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 21. Januar 2011a, *M.S.S. v. Belgien und Griechenland*, no. 30696/09
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 7. Februar 2012a, *Von Hannover v. Deutschland (Nr. 2)*, no. 40660/08 und 60641/08
- EGMR, Urteil vom 13. März 2012b, *Karpenko v. Russland*, no. 5605/04
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 15. März 2012c, *Austin und andere v. Vereinigtes Königreich*, no. 39692/09, 40713/09 und 41008/09
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2012d, *El-Masri v. Mazedonien*, no. 39630/09
- EGMR, Urteil vom 9. April 2013a, *Mehmet Şentürk und Bekir Şentürk v. Türkei*, no. 13423/09
- EGMR, Urteil vom 16. April 2013b, *Udeh v. Schweiz*, no. 12020/09
- EGMR, Urteil vom 6. Juni 2013c, *Mohammed v. Österreich*, no. 2283/12
- EGMR, Urteil vom 24. September 2013d, *Dembele v. Schweiz*, no. 74010/11
- EGMR, Urteil vom 7. November 2013e, *Ermakov v. Russland*, no. 43615/10
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 28. Januar 2014a, *O'Keefee v. Irland*, no. 35810/09
- EGMR, Urteil vom 1. Juli 2014b, *Saba v. Italien*, no. 36629/10
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 1. Juli 2014c, *S.A.S. v. Frankreich*, no. 43835/11
- EGMR, Urteil vom 8. Juli 2014d, *M.E. v. Dänemark*, no. 58363/10
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 17. Juli 2014e, *Case of Centre for Legal Resources on Behalf of Valentin Câmpeanu v. Rumänien*, no. 47848/08
- EGMR, Urteil vom 24. Juli 2014f, *Husayn (Abu Zubaydah) v. Polen*, no. 7511/13
- EGMR, Urteil vom 24. Juli 2014g, *Al Nashiri v. Polen*, no. 28761/11
- EGMR, Urteil vom 24. Juli 2014h, *Lyapin v. Russland*, no. 46956/09
- EGMR, Urteil vom 31. Juli 2014i, *Tershiyev v. Aserbaidshan*, no. 10226/13
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 17. September 2014j, *Mocanu und andere v. Rumänien*, no. 10865/09, 45886/07 und 32431/08

- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 4. November 2014k, *Tarakhel v. Schweiz*, no. 29217/12
- EGMR, Urteil vom 4. November 2014l, *Manolov v. Bulgarien*, no. 23810/05
- EGMR, Urteil vom 4. November 2014m, *Flămînzeanu v. Rumänien (Nr. 2)*, no. 12717/09
- EGMR, Urteil vom 13. November 2014n, *Bodein v. Frankreich*, no. 40014/10
- EGMR, Urteil vom 13. November 2014o, *Aktürk v. Türkei*, no. 70945/10
- EGMR, Urteil vom 13. November 2014p, *Papakonstantinou v. Griechenland*, no. 50765/11
- EGMR, Urteil vom 13. November 2014q, *Cüneyt Polat v. Türkei*, no. 32211/07
- EGMR, Urteil vom 18. November 2014r, *M.A. v. Schweiz*, no. 52589/13
- EGMR, Urteil vom 16. Dezember 2014s, *Mehmet Fidan v. Türkei*, no. 64969/10
- EGMR, Urteil vom 13. Januar 2015a, *Elberte v. Lettland*, no. 61243/08
- EGMR, Urteil vom 13. Januar 2015b, *Iustin Robertino Micu v. Rumänien*, no. 41040/11
- EGMR, Urteil vom 13. Januar 2015c, *Uğur v. Türkei*, no. 37308/05
- EGMR, Urteil vom 15. Januar 2015d, *Lolayev v. Russland*, no. 58040/08
- EGMR, Urteil vom 27. Januar 2015e, *Ciorcan und andere v. Rumänien*, no. 29414/09 und 44841/09
- EGMR, Urteil vom 27. Januar 2015f, *Neshkov und andere v. Bulgarien*, no. 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 und 9717/13
- EGMR, Urteil vom 5. Februar 2015g, *Razzakov v. Russland*, no. 57519/09
- EGMR, Urteil vom 19. Februar 2015h, *M.S. v. Kroatien (Nr. 2)*, no. 75450/12
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 12. März 2015i, *Muršić v. Kroatien*, no. 7334/13
- EGMR, Urteil vom 19. März 2015j, *Kulik v. Ukraine*, no. 10397/10
- EGMR, Urteil vom 26. März 2015k, *Zhebrailova und andere v. Russland*, no. 40166/07
- EGMR, Urteil vom 7. April 2015l, *Cestaro v. Italien*, no. 6884/11
- EGMR, Urteil vom 30. April 2015m, *Shamardakov v. Russland*, no. 13810/04
- EGMR, Urteil vom 5. Mai 2015n, *Arratibel Garcandia v. Spanien*, no. 58488/13
- EGMR, Urteil vom 5. Mai 2015o, *Doiciu v. Rumänien*, no. 1454/09
- EGMR, Urteil vom 7. Mai 2015p, *Emin Huseynov v. Aserbaidschan*, no. 59135/09
- EGMR, Urteil vom 12. Mai 2015q, *Identoba und andere v. Georgien*, no. 73235/12
- EGMR, Urteil vom 21. Mai 2015r, *Mukhitdinov v. Russland*, no. 20999/14
- EGMR, Urteil vom 2. Juni 2015s, *Ouabour v. Belgien*, no. 26417/10
- EGMR, Urteil vom 18. Juni 2015t, *Ushakov und Ushakova v. Ukraine*, no. 10705/12
- EGMR, Urteil vom 7. Juli 2015u, *V.M. und andere v. Belgien*, no. 60125/11
- EGMR, Urteil vom 16. Juli 2015v, *Ghedir und andere v. Frankreich*, no. 20579/12
- EGMR, Urteil vom 16. Juli 2015w, *Aleksey Borisov v. Russland*, no. 12008/06
- EGMR, Urteil vom 21. Juli 2015x, *H.S. und andere v. Zypern*, no. 41753/10
- EGMR, Urteil vom 10. September 2015y, *R.H. v. Schweden*, no. 4601/14
- EGMR, Urteil vom 15. September 2015z, *Kaytan v. Türkei*, no. 27422/05
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 28. September 2015aa, *Bouyid v. Belgien*, no. 23380/09
- EGMR, Urteil vom 13. Oktober 2015ab, *Akkoyunlu v. Türkei*, no. 7505/06
- EGMR, Urteil vom 20. Oktober 2015ac, *Dilek Aslan v. Türkei*, no. 34364/08
- EGMR, Urteil vom 20. Oktober 2015ad, *Balázs v. Ungarn*, no. 15529/12
- EGMR, Urteil vom 20. Oktober 2015ae, *Şakar und andere v. Türkei*, no. 38062/08
- EGMR, Entscheidung vom 5. November 2015af, *Nasseri v. Vereinigtes Königreich*, no. 24239/09
- EGMR, Urteil vom 12. November 2015ag, *Rustam Khodzayev v. Russland*, no. 21049/06
- EGMR, Urteil vom 12. November 2015ah, *Zakharin und andere v. Russland*, no. 22458/04
- EGMR, Urteil vom 24. November 2015ai, *Siništaj und andere v. Montenegro*, no. 1451/10, 7260/10 und 7382/10
- EGMR, Urteil vom 26. November 2015aj, *Basenko v. Ukraine*, no. 24213/08
- EGMR, Urteil vom 10. Dezember 2015ak, *Asllani v. Mazedonien*, no. 24058/13
- EGMR, Urteil vom 15. Dezember 2015al, *Gurban v. Türkei*, no. 4947/04
- EGMR, Urteil vom 15. Dezember 2015am, *Şerban Marinescu v. Rumänien*, no. 68842/13
- EGMR, Urteil vom 5. Januar 2016a, *Minikayev v. Russland*, no. 630/08
- EGMR, Urteil vom 12. Januar 2016b, *Morgoci v. Moldawien*, no. 13421/06
- EGMR, Urteil vom 12. Januar 2016c, *M.R.A. und andere v. Niederlande*, no. 46856/07

- EGMR, Urteil vom 19. Januar 2016d, *M.D. und M.A. v. Belgien*, no. 58689/12
- EGMR, Urteil vom 19. Januar 2016e, *Sow v. Belgien*, no. 27081/13
- EGMR, Urteil vom 26. Januar 2016f, *R. v. Russland*, no. 11916/15
- EGMR, Urteil vom 26. Januar 2016g, *Alpar v. Türkei*, no. 22643/07
- EGMR, Urteil vom 2. Februar 2016h, *Muhacir Çiçek und andere v. Türkei*, no. 41465/09
- EGMR, Urteil vom 4. Februar 2016i, *Hilal Mammadov v. Aserbajdschan*, no. 81553/12
- EGMR, Urteil vom 9. Februar 2016j, *Zinovchik v. Russland*, no. 27217/06
- EGMR, Urteil vom 11. Februar 2016k, *Pomilyayko v. Ukraine*, no. 60426/11
- EGMR, Urteil vom 16. Februar 2016l, *Świderski v. Polen*, no. 5532/10
- EGMR, Urteil vom 16. Februar 2016m, *Govedarski v. Bulgarien*, no. 34957/12
- EGMR, Urteil vom 16. Februar 2016n, *Caracet v. Moldawien*, no. 16031/10
- EGMR, Urteil vom 18. Februar 2016o, *Rywin v. Polen*, no. 6091/06
- EGMR, Urteil vom 23. Februar 2016p, *Nasr und Ghali v. Italien*, no. 4483/09
- EGMR, Urteil vom 23. Februar 2016q, *Aleksandr Andreyev v. Russland*, no. 2281/06
- EGMR, Urteil vom 25. Februar 2016r, *Zyakun v. Ukraine*, no. 34006/07
- EGMR, Urteil vom 3. März 2016s, *Kapustyak v. Ukraine*, no. 26230/11
- EGMR, Urteil vom 15. März 2016t, *Hoalgă und andere v. Rumänien*, no. 76672/12
- EGMR, Urteil vom 15. März 2016u, *Răzvan Laurențiu Constantinescu v. Rumänien*, no. 59254/13
- EGMR, Urteil vom 15. März 2016v, *Ciorap v. Moldawien (Nr. 5)*, no. 7232/07
- EGMR, Urteil vom 17. März 2016w, *Zakshevskiy v. Ukraine*, no. 7193/04
- EGMR, Urteil vom 22. März 2016x, *Kars und andere v. Türkei*, no. 66568/09
- EGMR, Urteil vom 22. März 2016y, *Litvinov v. Russland*, no. 32863/13
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. März 2016z, *F.G. v. Schweden*, no. 43611/11
- EGMR, Urteil vom 24. März 2016aa, *Korneykova und Korneykov v. Ukraine*, no. 56660/12
- EGMR, Urteil vom 29. März 2016ab, *Okolisan v. Moldawien*, no. 33200/11
- EGMR, Urteil vom 7. April 2016ac, *Ali Cheema und andere v. Griechenland*, no. 7059/14
- EGMR, Urteil vom 12. April 2016ad, *M.C. und A.C. v. Rumänien*, no. 12060/12
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 26. April 2016ae, *Murray v. Niederlande*, no. 10511/10
- EGMR, Urteil vom 26. April 2016af, *Cangöz und andere v. Türkei*, no. 7469/06
- EGMR, Urteil vom 26. April 2016ag, *Amarandei und andere v. Rumänien*, no. 1443/10
- EGMR, Urteil vom 28. April 2016ah, *Balajevs v. Lettland*, no. 8347/07
- EGMR, Urteil vom 24. Mai 2016ai, *Süleyman Çelebi und andere v. Türkei*, no. 37273/10
- EGMR, Urteil vom 24. Mai 2016aj, *Matiošaitis und andere v. Litauen*, no. 22662/13, 51059/13, 58823/13, 59692/13, 59700/13, 60115/13, 69425/13 und 72824/13
- EGMR, Urteil vom 24. Mai 2016ak, *Manzhos v. Russland*, no. 64752/09
- EGMR, Urteil vom 31. Mai 2016al, *Beortegui Marinez v. Spanien*, no. 36286/14
- EGMR, Urteil vom 31. Mai 2016am, *Gheorghiu und Alexe v. Rumänien*, no. 32163/13
- EGMR, Urteil vom 31. Mai 2016an, *Ersin Erkuş und andere v. Türkei*, no. 40952/07
- EGMR, Urteil vom 2. Juni 2016ao, *Yunusova und Yunusov v. Aserbajdschan*, no. 59620/14
- EGMR, Urteil vom 7. Juni 2016ap, *Enver Aydemir v. Türkei*, no. 26012/11
- EGMR, Urteil vom 9. Juni 2016aq, *Popovi v. Bulgarien*, no. 39651/11
- EGMR, Urteil vom 14. Juni 2016ar, *Pugžys v. Polen*, no. 446/10
- EGMR, Urteil vom 14. Juni 2016as, *Stepanian v. Rumänien*, no. 60103/11
- EGMR, Urteil vom 16. Juni 2016at, *R.D. v. Frankreich*, no. 34638/14
- Urteil vom 21. Juni 2016, *Eze v. Rumänien*, no. 80529/13
- EGMR, Urteil vom 21. Juni 2016au, *G. v. Russland*, no. 42526/07
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 21. Juni 2016av, *Al-Dulimi und Montana Management Inc. v. Schweiz*, no. 5809/08
- EGMR, Urteil vom 21. Juni 2016aw, *Oleynik v. Russland*, no. 23559/07
- EGMR, Urteil vom 21. Juni 2016ax, *Igoshin v. Russland*, no. 21062/07
- EGMR, Urteil vom 23. Juni 2016ay, *Kleutin v. Ukraine*, no. 5911/05
- EGMR, Urteil vom 28. Juni 2016az, *Józef Woś v. Polen*, no. 6058/10
- EGMR, Urteil vom 28. Juni 2016ba, *Kulyk v. Ukraine*, no. 30760/06

- EGMR, Urteil vom 5. Juli 2016bb, *Eğitim ve Vilim Emekçileri Sendikası und andere v. Türkei*, no. 20347/07
- EGMR, Urteil vom 5. Juli 2016bc, *A.M. v. Niederlande*, no. 29094/09
- EGMR, Urteil vom 5. Juli 2016bd, *Rahmi Şahin v. Türkei*, no. 39041/10
- EGMR, Urteil vom 7. Juli 2016be, *R.V. v. Frankreich*, no. 78514/14
- EGMR, Urteil vom 12. Juli 2016bf, *R.M. und andere v. Frankreich*, no. 33201/11
- EGMR, Urteil vom 12. Juli 2016bg, *Gedrimas v. Litauen*, no. 21048/12
- EGMR, Urteil vom 26. Juli 2016bh, *Adam v. Slowakei*, no. 68066/12
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. August 2016bi, *J.K. und andere v. Schweden*, no. 59166/12
- EGMR, Urteil vom 30. August 2016bj, *Nasrettin Aslan und Zeki Aslan v. Türkei*, no. 17850/11
- EGMR, Urteil vom 1. September 2016bk, *Svitlana Atamanyuk und andere v. Ukraine*, no. 36314/06, 36285/06, 36290/06 und 36311/06
- EGMR, Urteil vom 4. Oktober 2016bl, *T.P. und A.T. v. Ungarn*, no. 37871/14 und 73986/14
- EGMR, Urteil vom 4. Oktober 2016bm, *Yusiv v. Litauen*, no. 55894/13
- EGMR, Urteil vom 13. Oktober 2016bn, *B.A.C. v. Griechenland*, no. 11981/15
- EGMR, Entscheidung vom 18. Oktober 2016bo, *M.G. und M.T. v. Schweiz*, no. 26456/14
- EGMR, Urteil vom 18. Oktober 2016bp, *Ali Aba Talipoğlu v. Türkei*, no. 16408/10
- EGMR, Urteil vom 15. November 2016bq, *Zolotarev v. Russland*, no. 43083/06
- EGMR, Urteil vom 15. November 2016br, *Tudoroaie v. Rumänien*, no. 37665/12
- EGMR, Urteil vom 22. November 2016bs, *Ortsuyeva und andere v. Russland*, no. 3340/08 und 24689/10
- EGMR, Urteil vom 24. November 2016bt, *Mustafa Hajili v. Aserbaidshan*, no. 42119/12
- EGMR, Urteil vom 6. Dezember 2016bu, *Ioan Pop und andere v. Rumänien*, no. 52924/09
- EGMR, Urteil vom 6. Dezember 2016bv, *Mikhail Nikolayev v. Russland*, no. 40192/06
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2016bw, *Paposhvili v. Belgien*, no. 41738/10
- EGMR, Urteil vom 15. Dezember 2016bx, *Khlaifia und andere v. Italien*, no. 16483/12
- EGMR, Urteil vom 20. Dezember 2016by, *Shioshvili und andere v. Russland*, no. 19356/07
- EGMR (Große Kammer), Urteil vom 17. Januar 2017a, *Hutchinson v. Vereinigtes Königreich*, no. 57592/08
- EGMR, Urteil vom 17. Januar 2017b, *Barakhoyev v. Russland*, no. 8516/08
- EGMR, Urteil vom 26. Januar 2017c, *X v. Schweiz*, no. 16744/14
- EGMR, Urteil vom 26. Januar 2017d, *Khamidkariyev v. Russland*, no. 42332/14
- EGMR, Urteil vom 31. Januar 2017e, *Vorontsov und andere v. Russland*, no. 59655/14, 25771/15 und 7238/15
- EGMR, Urteil vom 14. Februar 2017f, *Allanazarova v. Russland*, no. 46721/15
- EGMR, Urteil vom 14. Februar 2017g, *Maslova v. Russland*, no. 15980/12
- EGMR, Urteil vom 14. Februar 2017h, *S.K. v. Russland*, no. 52722/15
- EGMR, Urteil vom 21. Februar 2017i, *Kushtova und andere v. Russland (Nr. 2)*, no. 60806/08
- EGMR, Urteil vom 28. Februar 2017j, *Müftüoğlu und andere v. Türkei*, no. 34520/10, 34733/10 und 34745/10
- EGMR, Urteil vom 7. März 2017k, *V.K. v. Russland*, no. 68059/13
- EGMR, 14. März 2017l, *Ilias und Ahmed v. Ungarn*, no. 47287/15
- EGMR, Urteil vom 14. März 2017m, *Orlov und andere v. Russland*, no. 5632/10
- EGMR, Urteil vom 14. März 2017n, *Barysheva v. Ukraine*, no. 9505/12
- EGMR, Urteil vom 21. März 2017o, *Michał Korgul v. Polen*, no. 36140/11
- EGMR, Urteil vom 28. März 2017p, *Grigoryan und Sergeyeva v. Ukraine*, no. 63409/11
- EGMR, Urteil vom 4. April 2017q, *Thuvo v. Zypern*, no. 3869/07
- EGMR, Urteil vom 11. April 2017r, *Morgunov v. Russland*, no. 32546/08
- EGMR, Urteil vom 26. April 2017s, *Seagal v. Zypern*, no. 50756/13
- EGMR, Urteil vom 2. Mai 2017t, *B.V. v. Belgien*, no. 61030/08
- EGMR, Urteil vom 2. Mai 2017u, *Golubar v. Kroatien*, no. 21951/15
- EGMR, Urteil vom 2. Mai 2017v, *Olisov und andere v. Russland*, no. 10825/09, 12412/14 und 35192/14

- EGMR, Urteil vom 2. Mai 2017w, *Kondakov v. Russland*, no. 31632/10
- EGMR, Urteil vom 2. Mai 2017x, *Sitnikov v. Russland*, no. 14769/09
- EGMR, Urteil vom 16. Mai 2017y, *Romanescu v. Rumänien*, no. 78375/11
- EGMR, Urteil vom 30. Mai 2017z, *N.A. v. Schweiz*, no. 50364/14
- EGMR, Urteil vom 30. Mai 2017aa, *A.I. v. Schweiz*, no. 23378/15
- EGMR, Urteil vom 1. Juni 2017ab, *Mindadze und Nemsitsverdidze v. Georgien*, no. 21571/05
- EGMR, Urteil vom 13. Juni 2017ac, *Daşlik v. Türkei*, no. 38305/07
- EGMR, Urteil vom 13. Juni 2017ad, *Kosteckas v. Litauen*, no. 960/13
- EGMR, Urteil vom 20. Juni 2017ae, *M.O. v. Schweiz*, no. 41282/16
- EGMR, Urteil vom 22. Juni 2017af, *Bartesaghi Gallo und andere v. Italien*, no. 12131/13 und 43390/13
- EGMR, Urteil vom 6. Juli 2017ag, *Sadkov v. Ukraine*, no. 21987/05
- EGMR, Entscheidung vom 20. Juli 2017ah, *Atanasov v. Bulgarien und Apostolov v. Bulgarien*, no. 65540/16 und 22368/17
- EGMR, Urteil vom 25. Juli 2017ai, *Annenkov und andere v. Russland*, no. 31475/10
- EGMR, Urteil vom 25. Juli 2017aj, *Smolentsev v. Russland*, no. 46349/09
- EGMR, Urteil vom 14. September 2017ak, *Matevosyan v. Armenien*, no. 52316/09
- EGMR, Urteil vom 19. September 2017al, *Zolotorev v. Russland*, no. 13408/07
- EGMR, Urteil vom 3. Oktober 2017am, *Alexandru Enache v. Rumänien*, no. 16986/12
- EGMR, Urteil vom 3. Oktober 2017an *D.M.D v. Rumänien*, no. 23022/13
- EGMR, Urteil vom 3. Oktober 2017ao, *Shevtsova v. Russland*, no. 36620/07
- EGMR, Urteil vom 5. Oktober 2017ap, *Ābele v. Lettland*, no. 60429/12 und 72760/12
- EGMR, Urteil vom 5. Oktober 2017aq, *Kormev v. Bulgarien*, no. 39014/12
- EGMR, Urteil vom 5. Oktober 2017ar, *Ostrovenecs v. Lettland*, no. 36043/13
- EGMR, Urteil vom 10. Oktober 2017as, *Tarjani v. Ungarn* no. 29609/16
- EGMR, Entscheidung vom 17. Oktober 2017at, *K.L. v. Schweden*, no. 25141/16
- EGMR, Urteil vom 24. Oktober 2017au, *Devyatkin v. Russland*, no. 40384/06
- EGMR, Urteil vom 26. Oktober 2017av, *Cirino und Renne v. Italien*, no. 2539/13 und 4705/13
- EGMR, Urteil vom 26. Oktober 2017aw, *Blair und andere v. Italien*, no. 1442/14
- EGMR, Urteil vom 26. Oktober 2017ax, *Azzolina und andere v. Italien*, no. 28923/09 und 67599/10
- EGMR, Urteil vom 31. Oktober 2017ay, *M.F. v. Ungarn*, no. 45855/12
- EGMR, Entscheidung vom 7. November 2017az, *X v. Deutschland*, no. 54646/17
- EGMR, Urteil vom 9. November 2017ba, *Hentschel und Stark v. Deutschland*, no. 47274/15
- EGMR, Urteil vom 19. Dezember 2017bb, *A. v. Schweiz*, no. 60342/16

Materialienverzeichnis

- Antwort des Bundesrates vom 28. August 2013 auf die Anfrage von Nationalrat Andreas Gross, Die Schweiz und die Rechtsprechung des EGMR, Geschäftsnummer 13.1037. Abgerufen von <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20131037>> (01.03.2018) (*Antwort des Bundesrates auf die Anfrage Gross*)
- Bericht des Bundesrates vom 19. November 2014 in Erfüllung des Postulats Stöckli 13.4187 vom 12. Dezember 2013, 40 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz: Erfahrungen und Perspektiven, BBl 2015 357 ff. (*Bericht des Bundesrates zu den Erfahrungen und Perspektiven des EMRK-Beitritts*)
- Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Asylgesetzes (Neustrukturierung des Asylbereichs) vom 3. September 2014, BBl 2014 7991 (*Botschaft Neustrukturierung Asylbereich*)
- Botschaft des Bundesrates zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen vom 14. November 2001, BBl 2001 2291 (*Botschaft Neugestaltung des Finanzausgleichs*)

EJPD, Erläuternder Bericht zur Genehmigung des Protokolls Nr. 15 zur Änderung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 13. August 2014. Abgerufen von <<https://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/bj/aktuell/news/2014/2014-08-13/vn-ber-d.pdf>> (01.03.2018) (*Erläuternder Bericht des EJPD zum 15. Zusatzprotokoll zur EMRK*)
 Motion 15.3335 von Nationalrat Ruedi Lustenberger vom 20. März 2015, Für eine stärkere Berücksichtigung der nationalen Rechtsordnungen am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (angenommen vom Nationalrat am 19. Juni 2015 und vom Ständerat am 15. Dezember 2015) (*Motion Lustenberger*)

Berichte, Medienmitteilungen und Soft Law

I Quellen zur Schweiz

BVGer, Geschäftsbericht 2016. Abgerufen von <<https://www.bvger.ch/bvger/de/home/medien/publikationen.html>> (01.03.2018) (*GB BVGer 2016*)
 Medienmitteilung der Staatsanwaltschaft des Kantons Luzern vom 15. Januar 2018, Vergewaltigung in Emmen: Alle Hinweise aus der Bevölkerung überprüft – Täter nicht gefasst. Abgerufen von <https://newsletter.lu.ch/inxmail/html_mail.jsp?id=0&email=newsletter.lu.ch&mail-ref=000cdiy000fru000000000fyzpbcwpyl> (01.03.2018) (*Medienmitteilung StA Luzern zum Emmener Vergewaltigungsfall*)
 Medienmitteilung des Bundesrates vom 19. November 2014, EMRK – zentraler Baustein einer europäischen Wertegemeinschaft. Abgerufen von <www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-55282.html> (01.03.2018) (*Medienmitteilung des Bundesrates zum Stellenwert der EMRK*)
 Medienmitteilung des Bundesrates vom 6. September 2017, Bundesrat will Bundesgericht als oberste Rechtsprechungsbehörde stärken. Abgerufen von <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-67993.html>> (01.03.2018) (*Medienmitteilung des Bundesrates zur Reform der Bundesrechtspflege*)
 SKOS, Richtlinien zuhanden der Sozialhilfeorgane des Bundes, der Kantone, der Gemeinden sowie der Organisationen der privaten Sozialhilfe i.d.F. vom 1. Januar 2017. Abgerufen von <<https://richtlinien.skos.ch/>> (28.02.2018). (*SKOS-Richtlinien*)

II Internationale Quellen

BAMF, Umgang mit abgelehnten Asylbewerbern in Deutschland, Fokusstudie der deutschen nationalen Kontaktstelle für das Europäische Migrationsnetzwerk, Working Paper 69, 2016. Abgerufen von <https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/EMN/Studien/wp69-emn-umgang-abgelehnten-asylbewerbern.pdf?__blob=publicationFile> (01.03.2018) (*Fokusstudie BAMF zum Umgang mit abgelehnten Asylbewerbern in Deutschland*)
 ECOSOC, Kommission für Menschenrechte, Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights Through Action to Combat Impunity vom 8. Februar 2005, UN Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1. Abgerufen von <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/00/PDF/G0510900.pdf?OpenElement>> (28.02.2018) (*Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights Through Action to Combat Impunity*)
 EGMR, Analysis of Statistics 2016bz. Abgerufen von <http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2016_ENG.pdf> (20.12.2017). (*EGMR-Statistik 2016*)

- EGMR, Avis de la cour sur le projet de protocole n° 15 à la Convention européenne des droits de l'homme, verabschiedet am 6. Februar 2013f. Abgerufen von <http://www.echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_15_Court_Opinion_FRA.pdf> (28.02.2018) (*Stellungnahme des EGMR zum Entwurf des 15. Zusatzprotokolls der EMRK*)
- EGMR, Rapport Annuel 2011b. Abgerufen von <https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2011_FRA.pdf> (20.12.2017) (*GB EGMR 2011*)
- EGMR, Rapport Annuel 2016ca. Abgerufen von <https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2016_FRA.pdf> (01.03.2018) (*GB EGMR 2016*)
- Europäisches Parlament, Nichtständiger Ausschuss zur behaupteten Nutzung europäischer Staaten durch die CIA für die Beförderung und das rechtswidrige Festhalten von Gefangenen (Berichterstatter Claudio Fava), Bericht vom 30. Januar 2007 über die behauptete Nutzung europäischer Staaten durch die CIA für die Beförderung und das rechtswidrige Festhalten von Gefangenen (2006/2200 [INI]). Abgerufen von <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2007-0020+0+DOC+XML+V0//DE>> (01.03.2018) (*Fava-Bericht*)
- High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Interlaken Declaration vom 19. Februar 2010. Abgerufen von <http://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf> (28.02.2018). (*Interlaken-Deklaration*)
- High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Brighton Declaration vom 19. und 20. April 2011. Abgerufen von <http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf> (28.02.2018). (*Brighton-Deklaration*)
- High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights vom 12. und 13. April 2018, Draft Copenhagen Declaration. Abgerufen von <https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/media/dokumenter/nyheder/draft_copenhagen_declaration_05.02.18.pdf> (28.02.2018). (*Entwurf zu einer Kopenhagen-Deklaration*)
- Ministerkomitee des Europarates, Guidelines on eradicating impunity for serious human rights violations vom 30. März 2011. Abgerufen von <<https://rm.coe.int/16805cd111>> (28.02.2018) (*Guidelines on eradicating impunity for serious human rights violations*)
- Parlamentarische Versammlung des Europarates, Ausschuss für Rechtsfragen und Menschenrechte (Berichterstatter Dick Marty), Bericht vom 12. Juni 2006, Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states. Abgerufen von <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=11527>> (01.03.2018) (*Marty-Bericht 2006*)
- Parlamentarische Versammlung des Europarates, Ausschuss für Rechtsfragen und Menschenrechte (Berichterstatter Dick Marty), Bericht vom 11. Juni 2007, Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member states: second report. Abgerufen von <<https://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/2007/edoc11302.htm>> (01.03.2018) (*Marty-Bericht 2007*)
- Parlamentarische Versammlung des Europarates, Avis 283 (2013) vom 26. April 2013: Projet de Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Abgerufen von <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-Doc-Details-FR.asp?FileID=19723&lang=FR>> (28.2.2018) (*Entwurf der Parlamentarischen Versammlung zum 15. Zusatzprotokoll der EMRK*)
- Rechtsdienst des EGMR, Interlaken Follow-Up – Principle of Subsidiarity. Abgerufen von <http://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_Follow-up_ENG.pdf> (28.02.2018). (*Interlaken Follow-Up*)
- Série des traités du Conseil de l'Europe – n° 213, Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Rapport explicatif. Abgerufen von <http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_explanatory_report_FRA.pdf> (28.02.2018a) (*Erläuternder Bericht der Parlamentarischen Versammlung zum 15. Zusatzprotokoll zur EMRK*)
- Série des traités du Conseil de l'Europe – n° 213, Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Art. 1. Abgerufen von <http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_FRA.pdf> (01.03.2018b) (*15. Zusatzprotokoll zur EMRK*)

Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht

Hrsg.: A. von Bogdandy, A. Peters

Bde. 27–59 erschienen im Carl Heymanns Verlag KG Köln, Berlin (Bestellung an: Max-Planck-Institut für Völkerrecht, Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg); ab Band 60 im Springer-Verlag GmbH

-
- 283 Arthur *Brunner*: **Subsidiaritätsgrundsatz und Tatsachenfeststellung unter der Europäischen Menschenrechtskonvention**. 2019. XVII, 188 Seiten. Geb. € 53,49
- 282 Maria Pia *Carazo Ortiz*: **Das Länderberichtsverfahren der Interamerikanischen Kommission für Menschenrechte**, 2019. X, 470 Seiten. Geb. € 109,99.
- 281 Romy *Klimke*: **Schädliche und kulturelle Praktiken im internationalen und regionalen Menschenrechtsschutz**. 2019. XX, 430 Seiten. Geb. € 99,99
- 280 Elisabeth *Veronika Henn*: **International Human Rights Law and Structural Discrimination**. 2019. X, 223 Seiten. Geb. € 99,99
- 279 Eike *Blitz*: **Auswirkungen des Meeresspiegelanstiegs auf maritime Grenzen**. 2019. XIII, 296 Seiten. Geb. € 89,99
- 278 Anna Katharina *Strub*: **Hassrede und Freiheit der Meinungsäußerung**. 2019. XV, 472 Seiten. Geb. € 109,99
- 277 Franziska *Sucker*: **Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht**. 2018. XXIV, 635 Seiten. Geb. € 109,99
- 276 Clemens *Matteis*: **Die Konstitutionalisierung des Völkerrechts aus systemtheoretischer Sichtweise**. 2018. XXIV, 557 Seiten. Geb. € 109,99
- 275 Aydin *Atilgan*: **Global Constitutionalism**. 2018. X, 312 Seiten. Geb. € 114,99 zzgl. landesüblicher MwSt.
- 274 Andreas *Kolb*: **The UN Security Council Members' Responsibility to Protect**. 2018. XXI 624 Seiten. Geb. € 199,99 zzgl. landesüblicher MwSt.
- 273 Matthias *Goldmann*, Silvia *Steininger* (eds.): **Democracy and Financial Order: Legal Perspectives**. 2018. V, 230 Seiten. Geb. € 114,99 zzgl. landesüblicher MwSt.
- 272 Jochen *Rauber*: **Strukturwandel als Prinzipienwandel**. 2018. XXXIV, 970 Seiten. Geb. € 159,99
- 271 Anja *Höfelmeier*: **Die Vollstreckungsimmunität der Staaten im Wandel des Völkerrechts**. 2018. XX, 356 Seiten. Geb. € 89,99
- 270 Rudolf *Bernhardt*, Karin *Oellers-Frahm*: **Das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**. 2018. XII, 344 Seiten. Geb. € 89,99
- 269 Philine *Webling*: **Wasserrechte am Nil**. 2018. XVI, 351 Seiten. Geb. € 84,99
- 268 Katharina *Berner*: **Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Domestic Courts**. 2018. XLV, 298 Seiten. Geb. € 114,99 zzgl. landesüblicher MwSt.
- 267 Josephine *Asche*: **Die Margin of Appreciation**. 2018. XII, 255 Seiten. Geb. € 84,99
- 266 Nele *Yang*: **Die Leitentscheidung**. 2018. XI, 362 Seiten. Geb. € 84,99
- 265 Roya *Sangi*: **Die auswärtige Gewalt des Europäischen Parlaments**. 2018. XV, 179 Seiten. Geb. € 69,99
- 264 Anna *Krueger*: **Die Bindung der Dritten Welt an das postkoloniale Völkerrecht**. 2018. XII, 434 Seiten. Geb. € 89,99
- 263 Björnstjern *Baade*: **Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Diskurswächter**. 2017. XVIII, 543 Seiten. Geb. € 99,99
- 262 Felix *Lange*: **Praxisorientierung und Gemeinschaftskonzeption**. 2017. XIV, 403 Seiten. Geb. € 94,99
- 261 Johanna Elisabeth *Dickschen*: **Empfehlungen und Leitlinien als Handlungsform der Europäischen Finanzaufsichtsbehörden**. 2017. XIX, 277 Seiten. Geb. € 84,99
- 260 Mohamed *Assakkali*: **Europäische Union und Internationaler Währungsfonds**. 2017. XV, 516 Seiten. Geb. € 99,99
- 259 Franziska *Paefgen*: **Der von Art. 8 EMRK gewährleistete Schutz vor staatlichen Eingriffen in die Persönlichkeitsrechte im Internet**. 2017. XV, 220 Seiten. Geb. € 69,99
- 258 Tim René *Salomon*: **Die internationale Strafverfolgungsstrategie gegenüber somalischen Piraten**. 2017. XXXII, 743 Seiten. Geb. € 129,99
- 257 Jelena *Bäumler*: **Das Schädigungsverbot im Völkerrecht**. 2017. XIX, 379 Seiten. Geb. € 89,99
- 256 Christopher *Peters*: **Praxis Internationaler Organisationen - Vertragswandel und völkerrechtlicher Ordnungsrahmen**. 2016. XXVIII, 498 Seiten. Geb. € 99,99
- 255 Nicole *Appel*: **Das internationale Kooperationsrecht der Europäischen Union**. 2016. XVIII, 608 Seiten. Geb. € 109,99
- 254 Christian *Woblfahrt*: **Die Vermutung unmittelbarer Wirkung des Unionsrechts**. 2016. XIX, 300 Seiten. Geb. € 84,99

- 253 Katja Göcke: **Indigene Landrechte im internationalen Vergleich**. 2016. XVII, 818 Seiten. Geb. € 139,99
- 252 Julia Heesen: **Interne Abkommen**. 2015. XXI, 473 Seiten. Geb. € 94,99
- 251 Matthias Goldmann: **Internationale öffentliche Gewalt**. 2015. XXIX, 636 Seiten. Geb. € 109,99
- 250 Isabelle Ley: **Opposition im Völkerrecht**. 2014. XXIII, 452 Seiten. Geb. € 94,99
- 249 Matthias Kottmann: **Introvertierte Rechtsgemeinschaft**. 2014. XII, 352 Seiten. Geb. € 84,99
- 248 Jelena von Achenbach: **Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union**. 2014. XVI, 522 Seiten. Geb. € 94,99
- 247 Jürgen Friedrich: **International Environmental "soft law"**. 2014. XXI, 503 Seiten. Geb. € 94,99 zzgl. landesüblicher MwSt.
- 246 Anuscheh Farabat: **Progressive Inklusion**. 2014. XXIV, 429 Seiten. Geb. € 94,99
- 245 Christina Binder: **Die Grenzen der Vertragstreue im Völkerrecht**. 2013. XL, 770 Seiten. Geb. € 119,99
- 244 Cornelia Hagedorn: **Legitime Strategien der Dissensbewältigung in demokratischen Staaten**. 2013. XX, 551 Seiten. Geb. € 99,99
- 243 Marianne Klumpp: **Schiedsgerichtsbarkeit und Ständiges Revisionsgericht des Mercosur**. 2013. XX, 512 Seiten. Geb. € 94,99
- 242 Karen Kaiser (Hrsg.): **Der Vertrag von Lissabon vor dem Bundesverfassungsgericht**. 2013. XX, 1635 Seiten. Geb. € 199,99
- 241 Dominik Steiger: **Das völkerrechtliche Folterverbot und der "Krieg gegen den Terror"**. 2013. XXX, 821 Seiten. Geb. € 139,99
- 240 Silja Vöneky, Britta Beylage-Haarmann, Anja Höfelmeier, Anna-Katharina Hübler (Hrsg.): **Ethik und Recht - Die Ethisierung des Rechts/Ethics and Law - The Ethicalization of Law**. 2013. XVIII, 456 Seiten. Geb. € 94,99
- 239 Rüdiger Wolfrum, Ina Gätzschmann (eds.): **International Dispute Settlement: Room for Innovations?** 2013. XIV, 445 Seiten. Geb. € 94,95 zzgl. landesüblicher MwSt.
- 238 Isabel Röcker: **Die Pflicht zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung nationalen Rechts**. 2013. XXIII, 410 Seiten. Geb. € 89,95
- 237 Maike Kuhn: **Die Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik im Mehrebenensystem**. 2012. XIII, 325 Seiten. Geb. € 79,95
- 236 Armin von Bogdandy, Ingo Venzke (eds.): **International Judicial Lawmaking**. 2012. XVII, 509 Seiten. Geb. € 94,95 zzgl. landesüblicher MwSt.
- 235 Susanne Wasum-Rainer, Ingo Winkelmann, Katrin Tiroch (eds.): **Arctic Science, International Law and Climate Change**. 2012. XIX, 374 Seiten. Geb. € 84,95 zzgl. landesüblicher MwSt.
- 234 Mirja A. Trilsch: **Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht**. 2012. XIX, 559 Seiten. Geb. € 99,95
- 233 Anja Seibert-Fohr (ed.): **Judicial Independence in Transition**. 2012. XIII, 1378 Seiten. Geb. € 169,95 zzgl. landesüblicher MwSt.
- 232 Sandra Stabl: **Schutzpflichten im Völkerrecht - Ansatz einer Dogmatik**. 2012. XXX, 505 Seiten. Geb. € 94,95
- 231 Thomas Kleinlein: **Konstitutionalisierung im Völkerrecht**. 2012. XLII, 940 Seiten. Geb. € 149,95
- 230 Roland Otto: **Targeted Killings and International Law**. 2012. XVIII, 661 Seiten. Geb. € 109,95 zzgl. landesüblicher MwSt.
- 229 Nele Matz-Lück, Mathias Hong (Hrsg.): **Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem - Konkurrenzen und Interferenzen**. 2012. VIII, 394 Seiten. Geb. € 89,95
- 228 Matthias Ruffert, Sebastian Steinecke: **The Global Administrative Law of Science**, 2011. IX, 140 Seiten. Geb. € 59,95 zzgl. landesüblicher MwSt.
- 227 Sebastian Pritzkow: **Das völkerrechtliche Verhältnis zwischen der EU und Russland im Energiesektor**. 2011. XXIV, 304 Seiten. Geb. € 79,95
- 226 Sarah Wolf: **Unterseeische Rohrleitungen und Meeresumweltschutz**. 2011. XXIII, 442 Seiten. Geb. € 94,95
- 225 Clemens Feinängl: **Hoheitsgewalt im Völkerrecht**. 2011. XXVI, 418 Seiten. Geb. € 89,95
- 224 David Barthel: **Die neue Sicherheits- und Verteidigungsarchitektur der Afrikanischen Union**. 2011. XXV, 443 Seiten. Geb. € 94,95
- 223 Tilmann Altewicker: **Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz**. 2011. XXX, 549 Seiten. Geb. € 99,95
- 222 Stephan Bitter: **Die Sanktion im Recht der Europäischen Union**. 2011. XV, 351 Seiten. Geb. € 84,95
- 221 Holger Hestermeyer, Nele Matz-Lück, Anja Seibert-Fohr, Silja Vöneky (eds.): **Law of the Sea in Dialogue**. 2011. XII, 189 Seiten. Geb. € 69,95 zzgl. landesüblicher MwSt.
- 220 Jan Scheffler: **Die Europäische Union als rechtlich-institutioneller Akteur im System der Vereinten Nationen**. 2011. XXXV, 918 Seiten. Geb. € 149,95