

ZAR-Abhandlungen

Professor Dr. *Christoph Gusy*, Mainz

Zur Bedeutung von Art. 3 EMRK im Ausländerrecht

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat in einer Serie von Entscheidungen zur Bedeutung des Art. 3 EMRK im Ausländerrecht Stellung genommen.¹ Sie befassen sich insbesondere mit der Frage, in welchen Fällen die Entfernung eines Ausländers aus dem Gebiet eines Staats als »unmenschliche Behandlung« anzusehen ist. Diese Entscheidungen sollen im folgenden analysiert werden.

1. Das Verbot unmenschlicher Behandlung

Das Verbot »unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung« ist als Menschenrecht sowohl universal (Art. 7 Internationaler Pakt über Bürgerliche und Politische Rechte)² als auch regional in Europa³ anerkannt. Der praktisch identische Wortlaut der genannten Konventionen deutet darauf hin, daß über die Anerkennung jenes Menschenrechts zwischen den Staaten im Grundsatz Einigkeit besteht. Daß dieser Konsens sich offenbar mehr auf den Grundsatz als auf dessen Anwendung bezieht, zeigt ebenso deutlich der alljährlich erscheinende Bericht über die Folter.⁴

1.1. Grundfragen der Auslegung des Art. 3 EMRK

Der Bestimmung des Art. 3 EMRK kommt im Kontext der Menschenrechtskonventionen elementare Bedeutung zu. Dies zeigt sich schon darin, daß die Garantie keinem Einschränkungsvorbehalt unterliegt. Sie zählt sogar zu den wenigen Menschenrechten, welche gemäß Art. 15 Abs. 2 EMRK notstandsfest sind.

Bereits frühzeitig ist die Garantie der Menschenwürde im Völkerrecht als »Grundlage der Menschenrechte« bezeichnet worden.⁵ Doch orientiert sich die Auslegung des Art. 3 EMRK weniger an abstrakten Menschenwürdetraditionen oder -theorien. Sie geht vielmehr von einem bewußt pragmatischen, auf praktische Rechtsanwendung gerichteten Ansatz aus.⁶ Ihre Grundlage ist systematischer Art: Das Verbot der »Folter oder der unmenschlichen oder erniedrigenden Strafe oder Behandlung« wird aus einem bewußt strafprozessualen Ansatz heraus begriffen: Es geht nicht um die Verwirklichung der Menschenwürde im allgemeinen, sondern lediglich um die Verbürgung eines ihrer wichtigsten Teilbereiche. Der Schutzbereich betrifft den Schutz des Einzelnen in der Situation des wohl existenziellsten staatlichen Eingriffs in seine Rechte, nämlich primär die Situation der Aufklärung und Verfolgung von Straftaten durch den Staat. Hier ist der Betroffene – insbesondere, wenn er sich im Gewahrsam befindet – dem Zugriff der Staatsorgane in besonderer Weise ausgesetzt. Der faktischen Situation dieser

besonderen Eingriffsmöglichkeiten entspricht die Notwendigkeit eines besonderen rechtlichen Schutzes. Von hier aus wird nicht nur der Schutzbereich des Folterverbots und derjenige des Verbots der unmenschlichen Strafe, sondern auch derjenige der unmenschlichen »Behandlung« konkretisiert. Es geht nicht um jeden denkbaren staatlichen Eingriff in die Menschenwürde, sondern um den Schutz vor solcher »unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung«, welche einer derartigen »Strafe« oder der Folter gleichkommt.⁷

Daß mit dieser systematischen Grundlage allerdings noch keineswegs hinreichende Klarheit über den Schutzbereich des Verbots der unmenschlichen Behandlung gewonnen ist, zeigt insbesondere der Streit um den Begriff der Folter in Art. 1 UN-Folterkonvention.⁸ Dieser Streit gewann zwar im politisch wie rechtlich homogeneren Kreis der Mitgliedstaaten des Europarats nicht dieselbe Bedeutung wie in den Vereinten Nationen. Doch zeigt die Handhabung des Art. 3 EMRK in der Praxis, daß die Auslegung der dort verwendeten Rechtsbegriffe nicht unumstritten ist. Die Bestimmung wird nach herrschendem Verständnis nicht statisch verstanden. Vielmehr seien Begriffe wie »unmenschlich« oder »erniedrigend« nicht stets und überall gleich zu begreifen, sondern auf der Grundlage der Entwicklung des rechtlichen und sozialen Standards in den Mitgliedstaaten auszulegen. Daraus folgt die Forderung nach einer dynamischen Interpretation.⁹ Danach sei es nicht angängig, etwa bei einem historischen Verständnis stehenzubleiben,

1 In jüngerer Zeit EGMR, NJW 1990, 2183; 1991, 3079; NVwZ 1992, 869.

2 V. 19.12.1966, BGBl. 1973 II 1553. Dazu *Nowak*, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte, 1989, S. 133. S. schon zuvor als Art. 5 AEMR v. 10.12.1948 als politische Deklaration; später das Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe v. 10.12.1984, BGBl. 1990 II 246.

3 Neben Art. 3 EMRK siehe auch das Europäische Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe v. 26.11.1987, BGBl. 1989 II 946. Siehe auch Art. 5 der Amerikanischen Konvention über Menschenrechte v. 22.11.1969; abgedr. etwa bei *Partsch*, Menschenrechte – Dokumente und Deklarationen, 1991, S. 358.

4 Hrsg: *Amnesty International*.

5 *Verdross* in *Fschr. Cassin I*, 1969, S. 417.

6 Ausführliche Darstellung bei *Rosenmayr* in *Ermacora/Nowak/Tretter*, Die EMRK, 1983, S. 139. Grundlegend *Stavropoulos*, Das Verbot der Folter und der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung oder Strafe im gegenwärtigen Völkerrecht, insbesondere nach Art. 3 EMRK, 1976.

7 Klassisch die dissenting opinion von *Fitzmaurice*, European Court of Human Rights, Series A (im folgenden: EGMR-A), Bd. 25, S. 117.

8 Siehe oben Fn. 2. Zum Folterverbot der EMRK Cohn, Virginia Journal of International Law 11, 159; *Spjut*, 73 AJIL (1979), 267.

9 EGMR, NJW 1990, 2183, 2186: »Jedenfalls ist die Konvention ein lebendiges Übereinkommen, das im Lichte der gegenwärtigen Bedingungen interpretiert werden muß.« Grundlegend für den deutschen Sprachraum wohl *Frowein*, EuGRZ 1980, 231, 234.

welches die Menschenrechtsverletzungen der Nationalsozialisten in den Konzentrationslagern als alleinigen Vergleichsmaßstab nehme. Vielmehr sei es erforderlich, den »jeweils geltenden Standard der europäischen öffentlichen Ordnung« entsprechend heranzuziehen.

1.2. Einzelfragen der Auslegung des Art. 3 EMRK

In der Praxis haben sich zu Art. 3 EMRK bislang eher wenig Anwendungsfälle gefunden. Der Grund hierfür liegt gerade in dem elementaren Charakter der Garantie. Der rechtliche und soziale Standard der Mitgliedstaaten des Europarats ist in der Regel so weit fortgeschritten, daß Eingriffe in den Schutzbereich jenes Rechts von den Konventionsorganen nur äußerst selten bejaht worden sind. Soweit einzelne Verletzungen gerügt wurden, waren meist andere Garantien der EMRK als speziellere Normen heranzuziehen, so daß die Anwendbarkeit des Art. 3 EMRK schon aus Rechtsgründen zu verneinen war. Insbesondere sind Maßnahmen, welche nach anderen Bestimmungen der EMRK implizit oder explizit zugelassen sind, jedenfalls als solche keine Verletzungen des Art. 3 EMRK. Das gilt etwa für die Verhängung von Haft selbst (Art. 5 EMRK)¹⁰ oder der Todesstrafe (Art. 2 Abs. 1 EMRK)¹¹, aber auch für zulässige Eingriffe in die Garantien aus Art. 8 EMRK¹² oder die Einreisefreiheit.¹³ Gegenstand einzelner Entscheidungen, welche zum Verbot unmenschlicher Behandlung ergingen, waren primär staatliche¹⁴ Maßnahmen¹⁵ während der Untersuchungs- oder der Strafhaft.¹⁶ Aus dieser Praxis entstammen die grundlegenden Feststellungen der Konventionsorgane zum Verständnis der »unmenschlichen Behandlung«.

Bei dieser Gelegenheit wurde der Begriff der »unmenschlichen Behandlung« für die Konvention definiert. Die Kommission umschrieb ihn »mindestens« als »Behandlung, die absichtlich schwere psychische oder physische Leiden verursacht, die in der bestimmten Situation ungerechtfertigt sind.«¹⁷ Die relative Offenheit des Begriffs infolge der zahlreichen unbestimmten Merkmale ermöglichte in der Folgezeit dem EGMR eine sowohl vorsichtig ausweitende als auch differenzierende Betrachtungsweise, welche nicht nur die Intention der jeweiligen Maßnahmen (»absichtlich«, »ungerechtfertigt«), sondern auch deren konkrete Wirkung auf die Betroffenen zum Maßstab nahm. Dabei seien »alle Umstände des Falles, insbesondere die Dauer, die physischen und psychischen Folgen und in bestimmten Fällen das Geschlecht, das Alter und der Gesundheitszustand des Betroffenen« heranzuziehen.¹⁸ Trotz solcher partieller Differenzierungen blieb das maßgebliche Kriterium eher zweifelhaft: Während die Praxis des Gerichtshofs vorwiegend auf den Aspekt der Zufügung von Leiden besonderer Intensität und Grausamkeit abzustellen scheint, stellt die Kommission wohl vorrangig die Zwangswirkung auf den Willen des Betroffenen in den Vordergrund.¹⁹ Von diesen Feststellungen aus wurden zwar bestimmte Maßnahmen in griechischen²⁰ und türkischen²¹ Gefängnissen übereinstimmend als Folter angesehen. Dagegen blieb auf der genannten Grundlage die Bewertung von Maßnahmen gegen nordirische Häftlinge in britischen Gefängnissen zwischen Kommission und Gerichtshof jedenfalls in Einzelfragen strittig.²² Von mindestens ebenso weitreichender Bedeutung für das Verständnis der »unmenschlichen Behandlung« war eine andere Feststellung der

Kommission im Griechenland-Fall: Danach sei Folter immer auch unmenschliche und erniedrigende Behandlung; eine unmenschliche beziehe stets auch eine erniedrigende Behandlung ein. Damit waren für die systematische Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale zwei Grundzüge vorgegeben: (1) Das Verständnis der drei verwendeten Rechtsbegriffe als konzentrische, sich stets erweiternde Kreise, wobei derjenige der Folter der engste, derjenige der erniedrigenden Behandlung der weiteste sein soll. (2) Die Orientierung der drei Rechtsbegriffe aufeinander: Wenn die Auslegung des jeweils weiteren Begriffs diejenige der jeweils engeren Begriffe umfassen soll, so muß der weitere Begriff immer auch im Hinblick auf den engeren ausgelegt werden. Dies schließt es aus, etwa einen vom Folterverbot völlig unabhängigen Begriff der »unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung« zu bilden.²³ Maßgeblich sei auch hier die Entwicklung der rechtlichen Standards in Europa. So könne eine Maßnahme, die früher üblich und zulässig gewesen sei, infolge gewandelter rechtlicher oder tatsächlicher Verhältnisse gegen Art. 3 EMRK verstoßen.²⁴ Zentraler Anwendungsfall dieser Entscheidungspraxis wurde die Prügelstrafe, die bei gerichtlicher Verhängung²⁵ wie auch in der Schule²⁶ als erniedrigende und damit unzulässige Behandlung angesehen wurde.

1.3. Zusammenfassung

Die insgesamt relativ wenigen praktischen Anwendungsfälle des Art. 3 EMRK lassen einige Auslegungsgrundsätze erkennen. Danach erscheint das Verbot der unmenschlichen Behandlung als subsidiäre Garantie gegenüber den sonstigen,

10 Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR), Decisions and Reports (DR) 1, 54; 46, 231.

11 EKMR, DR 37, 158; siehe auch das Protokoll Nr. 6 zur EMRK v. 28.4.1983, BGBl. 1988 II 663.

12 EKMR, EuGRZ 1978, 518; DR 29, 5; 50, 268.

13 EKMR, DR 13, 17.

14 Wenn die menschenunwürdigen Zustände vom Betroffenen selbst herbeigeführt worden waren, wurde ein Verstoß gegen Art. 3 EMRK verneint; siehe die Feststellungen der EKMR bei *Frowein/Peukert*, EMRK, 1985, Art. 3 Rn. 16.

15 Dabei mußten die Maßnahmen dem Staat zurechenbar sein; einzelne Exzesse »auf der mittleren oder unteren Ebene der Hierarchie« reichen nicht aus, wenn der Staat willens und in der Lage ist, seinen materiellen Verpflichtungen aus Art. 3 EMRK zu genügen; EKMR, EuGRZ 1976, 378. Zur Beweislast EKMR, DR 4, 4.

16 Frühe Feststellungen betrafen insbesondere die Verhältnisse in Griechenland unter der Militärdiktatur. Zu diesen Verhältnissen eindrucksvoll *Korovessis*, Die Menschenwürde, 1981; *Fallaci*, Ein Mann, 1982.

17 EKMR, Yearbook of the European Convention on Human Rights 12, 186.

18 EGMR, EuGRZ 1979, 149, 153 (Nr. 162).

19 Siehe aber auch EKMR, Collection of Decisions of the European Commission on Human Rights (CD) 44, 45, wonach eine Behandlung nur dann als »erniedrigend« angesehen werden könne, wenn sie ein »gewisses Maß an Rohheit« erreichte. Dazu sollen jedenfalls Drohungen allein nicht zählen; EKMR, CD 42, 30.

20 Siehe oben Fn. 16.

21 Kommission bei *Frowein/Peukert* (Fn. 14), Rn. 4.

22 EGMR, EuGRZ 1979, 149; weiter EKMR, Yearbook 19, 512, 792. In einzelnen Maßnahmen sahen allerdings beide übereinstimmend einen Verstoß gegen das Folterverbot. Zur Entscheidungspraxis über Haftbedingungen in anderen Mitgliedstaaten des Europarats *Frowein/Peukert* (Fn. 14), Rn. 10 ff.; *Rosenmayr* (Fn. 6), S. 157, 166.

23 Deutlich etwa bei der EKMR, Yearbook 19, 528, 928, wo die für eine »erniedrigende Behandlung« erforderliche Schwere der Maßnahme verneint wurde.

24 EGMR, EuGRZ 1979, 164.

25 EGMR ebd.

26 EKMR, EuGRZ 1983, 430. Anders bei bloßer Drohung mit Prügel EGMR, EuGRZ 1982, 153.

meist spezielleren Menschenrechten. Ersteres ist einschlägig, wenn letztere nicht greifen. Umgekehrt gilt aber auch: Was in den spezielleren Garantien ausdrücklich erlaubt ist, ist keine menschenunwürdige Behandlung. Vielmehr müssen dann im Einzelfall weitere Umstände hinzukommen, welche die Unvereinbarkeit mit der Menschenwürdegarantie erst begründen.

Das Verständnis des Art. 3 EMRK ist ein dynamisches. Es basiert auf den in den Mitgliedstaaten erreichten rechtlichen, sozialen und kulturellen Standards. Dadurch können Handlungen, die früher nicht als unmenschliche qualifiziert wurden, unter gewandelten Verhältnissen als Verstoß gegen Art. 3 EMRK erscheinen.

Die drei Rechtsbegriffe des Art. 3 EMRK (Folter; unmenschliche Behandlung oder Strafe; erniedrigende Behandlung oder Strafe) werden als konzentrische Rechtsbegriffe verstanden, unter welchen die Folter der engste, die erniedrigende Behandlung der weiteste ist. Dadurch werden die unmenschliche und die erniedrigende Behandlung begrifflich in die Nähe der Folter gerückt, was zu einem engen Begriffsverständnis Anlaß geben kann, wie es eher in der Praxis des EuGH als in derjenigen der Kommission aufscheint. Ob jenes Konzept auch Konsequenzen für die Zulässigkeit der genannten Maßnahmen hat – etwa danach, daß Folter stets unzulässig ist; eine »bloß« erniedrigende Behandlung aber in Einzelfällen durch wesentliche Belange der Allgemeinheit gerechtfertigt werden kann –, ist der bisherigen Praxis jedenfalls nicht mit hinreichender Eindeutigkeit zu entnehmen.

2. Die Bedeutung des Art. 3 EMRK im Ausländerrecht

Da Verletzungen des Art. 3 EMRK in den Mitgliedstaaten des Europarats selten festgestellt werden konnten, kommt der Entscheidungspraxis zum Ausländerrecht für das Verständnis gerade dieses Menschenrechts qualitativ wie quantitativ prägende Bedeutung zu.²⁷ Immer wieder ging es um die Frage, ob ein Ausländer in einen Staat ausgewiesen, abgeschoben²⁸ oder ausgeliefert werden darf, in welchem ihm Folter, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung drohen. Die Rechtsprechung der Mitgliedstaaten wie die Konventionsorgane haben sich in einer erheblichen Zahl von Fällen mit dieser Frage befaßt. Dabei haben sie den Anwendungsbereich der Konvention insofern praktisch über die Grenzen des Europarats hinaus ausgedehnt. Gilt die EMRK prinzipiell nur in den Mitgliedstaaten, so erhält sie mittelbare Wirkungen auch für andere Staaten, wenn sich deren Staatsangehörige gegen Maßnahmen zu ihrer Rückschaffung auf die Garantien der Konvention berufen können.²⁹ Am Anfang waren es einzelne deutsche Gerichte, welche die Bedeutung der Konvention im Ausländerrecht erkannten und bejahten.³⁰ Wenig später sind auch die Konventionsorgane dieser Ansicht gefolgt.³¹

2.1. Art. 3 EMRK und das Recht auf Asyl

Die EMRK enthält keinen Anspruch auf politisches Asyl.³² Von diesem Ausgangspunkt ist die Kommission in ihrer Praxis niemals abgerückt. Desungeachtet entnimmt sie – in Übereinstimmung mit dem EGMR – dem Art. 3 EMRK Rechtsfolgen, welche teilweise einzelnen Rechtsfolgen des Asylrechts

gleichkommen. Daher sind zunächst beide Rechte voneinander abzugrenzen.

Das Recht auf Asyl ist das Recht des Einzelnen gegen den Staat auf Gewährung von Schutz gegenüber Verfolgung durch Dritte.³³ Da der Staat wirksamen Schutz nur nach Maßgabe seiner Staatsgewalt leisten kann und diese Staatsgewalt sich nur auf sein Staatsgebiet erstreckt, ist das Recht auf Asyl demnach ein Recht auf Schutz gerade auf dem Staatsgebiet des Asyllandes. Einen solchen Schutz kann der Berechtigte nur erlangen, wenn er in das Asylland einreisen und sich in ihm aufhalten kann. In diesem Sinne ist das Recht auf Asyl demnach identisch mit einem Recht auf Einreise in den Staat und auf Aufenthalt in dem Staat.

Davon unterscheidet sich der Schutz vor Ausweisung oder Abschiebung nach Art. 3 EMRK. Dieser setzt nämlich den Aufenthalt auf dem Gebiet eines Mitgliedstaats des Europarats schon voraus. Nur wer sich in einem Mitgliedstaat aufhält, kann den Konventionsschutz erlangen. Damit bleibt Art. 3 EMRK hinter dem Recht auf Asyl zurück. Er enthält allein das Recht auf (rechtliche) Fortsetzung eines faktisch schon bestehenden Zustands: Solange sich der Betroffene in einem Mitgliedstaat des Europarats aufhält, kann er nicht zugleich in seinem Herkunftsland menschenunwürdig behandelt werden. Demgegenüber fehlt dem Art. 3 EMRK das Recht auf Einreise zum Zweck der Schutzgewährung;³⁴ eine Entscheidung der Konventionsorgane, wonach ein Mitgliedstaat verpflichtet wäre, einen Ausländer aufzunehmen, weil ihm in einem Drittstaat menschenunwürdige Behandlung droht, gibt es nicht. Es gibt auch in der EMRK kein Recht auf Einreise für Ausländer zum Grundrechtsgenuß.

Der Schutz vor unmenschlicher Behandlung und das Recht auf Asyl unterscheiden sich somit prinzipiell hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen. Während das Recht auf Asyl ein Recht auf Einreise und Aufenthalt darstellt, enthält Art. 3 EMRK lediglich das Recht auf Schutz gegen unmenschliche Behandlung. Dieser Schutz kann sich dahin verdichten, daß es einem Staat verwehrt ist, einen Ausländer in einen Drittstaat abzuschicken oder auszuliefern, wo ihm menschenunwürdige Behandlung droht. Die Unterschiede liegen demnach mindestens in drei Umständen:

(1) Während das Recht auf Asyl (auch) ein Recht auf Einreise ist, setzt Art. 3 EMRK die Einreise bereits voraus.

27 Überblick bei *Kaelin*, ZAR 1986, 172; *Oellers-Frahm* in *Frowein/Stein*, Die Rechtsstellung von Ausländern nach staatlichem Recht und Völkerrecht, 1987, Bd. II 1739.

28 Dazu *Holtzheuser*, Die Abschiebung nach dem Ausländergesetz, Diss. Mainz, 1992, S. 30.

29 *Lieber*, Die neuere Entwicklung des Asylrechts im Staats- und Völkerrecht, 1973, S. 55.

30 Grundsätzlich BVerwGE 3, 235, 236; OVG NRW, DÖV 1956, 381. Ob diese Entscheidungen den Grundrechten des GG in allen Punkten gerecht wurden, soll hier offenbleiben.

31 Überblicke bei *Frowein/Kühner*, ZaöRV 1983, 553; *Kaelin*, Das Prinzip des non-refoulement, 1982, S. 158; *Uibopuu*, AVR 1983, 82.

32 EKMR, CD 46, 71. Zu Geschichte der (gescheiterten) Versuche, in der EMRK ein Recht auf Asyl zu verankern oder ein entsprechendes Zusatzprotokoll zu schaffen, s. *Gusy*, Asylrecht und Asylverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S. 48.

33 Zum folgenden ausführlich *Gusy* (Fn. 32), S. 10 ff. m.w.N.

34 Ganz deutlich in diesem Sinne auch Art. 3 Abs. 1 des (universalen) Übereinkommens gegen Folter v. 10.12.1984, BGBl. 1990 II 246.

(2) Während das Recht auf Asyl demnach bereits vor der Einreise in das Zufluchtsland Rechtsfolgen – nämlich das Recht auf Einreise – begründen kann, setzt Art. 3 EMRK den Aufenthalt im Zufluchtsland und damit die Einreise bereits voraus.

(3) Während das Recht auf Asyl (auch) ein Recht auf Aufenthalt ist, untersagt Art. 3 EMRK lediglich, einen Ausländer in bestimmte Staaten auszuliefern oder abzuschieben. Dieses Verbot kann sich lediglich unter der Voraussetzung zu einem Aufenthaltsrecht verdichten, wenn es für den Betroffenen kein sicheres Drittland gibt, welches bereit ist, ihn aufzunehmen.

Art. 3 EMRK wird demnach in der Entscheidungspraxis der Konventionsorgane auch nicht mittelbar zu einem Recht auf Asyl. Die Tatsache, daß die EMRK kein Recht auf Asyl enthält, steht demnach umgekehrt aber auch einem Abschiebungs- oder Auslieferungsschutz durch Art. 3 EMRK nicht entgegen.³⁵

2.2. Der Schutzbereich des Art. 3 EMRK im Ausländerrecht

2.2.1. Abschiebung und Auslieferung

»Es wäre mit den der Konvention zugrundeliegenden Werten kaum vereinbar, wenn ein Mitgliedstaat wissentlich einen Flüchtling an einen anderen Staat ausliefert, obwohl es begründete Anhaltspunkte dafür gibt, daß der Flüchtling dort Gefahr läuft, der Folter ausgesetzt zu werden.«³⁶ Diese prinzipielle Feststellung wird vom EGMR nicht weiter begründet. Sie findet ihre Rechtfertigung in dem Gedanken, daß ein Staat, der einen Ausländer fremden Staatsorganen ausliefert, die diesen in seinen Menschenrechten verletzen wollen, für diese Menschenrechtsverletzung mitverantwortlich wird. Seine Mitverantwortlichkeit soll darin liegen, daß der ausliefernde Staat ein wesentliches kausales Element in der Kette der Ereignisse setzt, welche zur Menschenrechtsverletzung führen. Diese selbständige Verletzung von Art. 3 EMRK liegt darin, daß der abschiebende oder ausliefernde Staat durch sein Verhalten die unmenschliche Behandlung ermöglicht.³⁷ Der Gerichtshof lehnt damit eine scharfe Trennung zwischen der an sich neutralen Abschiebung durch den einen Staat einerseits und der sich anschließenden menschenunwürdigen Behandlung durch den anderen Staat andererseits ab.³⁸ Die eher theoretische Frage, ob er in der Abschiebung einen »mittelbaren Eingriff« sieht oder aber eine Schutzpflicht aus Art. 3 EMRK zugunsten der Menschenwürde des Betroffenen annimmt,³⁹ bleibt hier offen. Das Verbot der unmenschlichen Behandlung wird so zu einer zwingenden menschenrechtlichen Grenze der zwischenstaatlichen Kooperation. Ihr Ziel ist es weniger, den anderen Staat zur Einhaltung des Art. 3 EMRK zu zwingen: Dies kann die Nichtabschiebung insbesondere dann kaum rechtfertigen, wenn sie gegenüber Staaten praktiziert wird, welche nicht Mitglieder des Europarats sind und deshalb auch nicht an Art. 3 EMRK gebunden sind. Vielmehr geht es darum, den Betroffenen vor dem Zugriff durch eine Staatsgewalt zu schützen, die seine Menschenrechte in besonderer Weise mißachtet.⁴⁰ Anders ausgedrückt: Die Schutzgewährung ist auch hier kein Instrument des zwischenstaatlichen Verkehrs, sondern vielmehr Ausdruck der Anerkennung von Menschenwürde und Menschenrechten als Grundelement allen Rechtsverkehrs und damit auch des Völkerrechtsverkehrs.⁴¹

Ein Abschiebungs- oder Auslieferungsverbot entsteht somit, wenn der Betroffene in einen Drittstaat überstellt werden soll, in welchem ihm eine unmenschliche Behandlung im Sinne des Art. 3 EMRK droht.⁴² Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Behandlung durch den Staat selbst oder durch sonstige Dritte erfolgt.⁴³ Dies bedeutet keine einseitige Bevorzugung der Menschenrechte des Betroffenen vor den rechtmäßigen Strafverfolgungsinteressen der Staaten. Vielmehr erkennt der Gerichtshof ausdrücklich an, daß das Gemeinschaftsinteresse an der Aufklärung und Ahndung von Straftaten eingreifende Maßnahmen gegen den Verdächtigen zulassen kann.⁴⁴ Diese Erwägung wird durch den Begriff der »unmenschlichen Behandlung« auch nicht ausgeschlossen. Im Gegenteil: Wenn dieser bestimmte Maßnahmen erfaßt, die in der konkreten Situation »ungerechtfertigt« sind,⁴⁵ so kann das Bedürfnis nach Aufklärung und Verfolgung von Straftaten auch in Drittstaaten schwerwiegende Maßnahmen rechtfertigen. Dem steht die Konvention nach Ansicht des EGMR auch nicht entgegen. Sie ermögele vielmehr die Suche nach einer »fairen Balance zwischen dem allgemeinen Gemeinschaftsinteresse und den Anforderungen für den Schutz der Grundrechte des Individuums.«⁴⁶ Dies ermöglicht Differenzierungen, welche sich nicht zuletzt an der Schwere der drohenden Maßnahmen orientieren.⁴⁷

2.2.2. Folter

Die Folter als schwerste, in Art. 3 EMRK untersagte Maßnahme steht einer Auslieferung oder Abschiebung demnach stets entgegen.⁴⁸ Dazu zählt nicht nur die physische, sondern auch die psychische Folter.⁴⁹ Aber auch andere, weniger eingreifende Maßnahmen können zur Unzulässigkeit der Fortschaffung führen. Dazu zählen etwa: ungerechtfertigte Verhörmethoden, die sich als unmenschliche oder erniedrigende Behandlung darstellen;⁵⁰ ungerechtfertigt harte Haftbedingungen;⁵¹ unmittelbare Selbstmordgefahr als Konsequenz der Maßnahme;⁵² aber auch drohende Zwangsarbeit, die nicht

35 Zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden zwischen dem Schutz aus Art. 3 EMRK und dem völkerrechtlichen non refoulement *Kaelin*, ZAR 1986, 176; *ders.*, Das Prinzip des non refoulement, 1982, S. 198 ff.

36 EGMR, NJW 1990, 2183, 2184.

37 *Frowein/Peukert* (Fn. 14), Rn. 18; *Kaelin*, ZAR 1986, 172.

38 Dies war die Position der britischen Regierung; s. EGMR, NJW 1990, 2183 (Nr. 83).

39 Zu diesen Konzepten im deutschen Recht *Gusy*, GA 1983, 73, 78.

40 *Kaelin* (Fn. 37).

41 So zum Recht auf Asyl schon *Gusy* (Fn. 32), S. 24 ff.; zu anderen Ansätzen *ebd.*, S. 20 ff.

42 EKMR, DR 1, 73; 6, 141.

43 EKMR, DR 36, 209; offengelassen früher in DR 29, 48; ebenso *Kaelin*, ZAR 1986, 176 m.w.N.

44 EGMR a.a.O.

45 Siehe oben unter 1.2.

46 EGMR a.a.O.

47 Dazu ansatzweise oben unter 1.3.

48 EGMR a.a.O.: »Die Auslieferung steht unter solchen Umständen, auch wenn der kurz und allgemein abgefaßte Art. 3 hierzu nichts ausdrücklich aussagt, schlicht im Gegensatz zum Sinn und Zweck dieses Artikels.«

49 EKMR, Yearbook a.a.O., Bd. 12, 461.

50 EKMR, EuGRZ 1979, 149, 153.

51 EKMR, EuGRZ 1978, 321; Siehe auch EKMR, Yearbook 12, 505. Diese Behandlung muß jedoch »ein gewisses Maß an Rohheit« erreichen; EKMR, CD 44, 45.

52 EKMR, Yearbook 17, 458.

im Einklang mit Art. 4 EMRK stehen würde.⁵³ Grundsätzlich ist auch anerkannt, daß ungerechtfertigt harte Strafen eine »unmenschliche Behandlung« darstellen können.⁵⁴ Offen blieb aber bislang, nach welchen Kriterien sich die Angemessenheit der Strafe beurteilt.⁵⁵ Daß nicht nur drohende Maßnahmen, welche unmittelbar gegen Art. 3 EMRK verstoßen würden, der Abschiebung oder Auslieferung entgegenstehen können, zeigen andere Beispiele: Hierzu gehören Maßnahmen, welche zu einer Trennung minderjähriger Kinder von ihren Eltern führen würden;⁵⁶ aber auch Fälle, in welchen der Abgeschobene in keinem Staat der Welt Aufnahme finden und so zum »refugee in orbit« werden würde.⁵⁷

Umgekehrt wird aber auch nicht jede drohende Maßnahme in einem Drittstaat als unmenschliche qualifiziert. Die Überstellung selbst begründet die Unmenschlichkeit nicht,⁵⁸ ebensowenig der Umstand, daß dem Betroffenen im Drittstaat überhaupt ein Verfahren der Strafverfolgung droht⁵⁹ oder seine Freizügigkeit dort eingeschränkt würde.⁶⁰ Ob dies auch gilt, wenn die Strafverfolgung wegen eines politischen Delikts stattfindet, ist bislang wenig geklärt.⁶¹ Jedenfalls wurde die Auslieferung zugelassen bei drohender Bestrafung wegen unzulässiger Kriegsdienstverweigerung und wegen Fahnenflucht.⁶²

2.2.3. Todesstrafe

Hinsichtlich der drohenden Todesstrafe gelangt der EGMR zu einer differenzierenden Betrachtung.⁶³ Ausgangspunkt dafür ist der Umstand, daß die Todesstrafe in den Europaratsstaaten nicht von Art. 3 EMRK, sondern von deren Art. 2 Abs. 1 erfaßt und hier nicht generell verboten ist. Daran ändere auch die Abschaffung der Todesstrafe in Friedenszeiten durch das 6. Zusatzprotokoll zur EMRK nichts. Zusatzprotokoll und Art. 2 EMRK würden insoweit gegenstandslos, wenn schon Art. 3 EMRK ein generelles Verbot der Todesstrafe enthalte.⁶⁴ Umgekehrt schließt die Subsumtion der Todesstrafe selbst unter Art. 2 EMRK die Subsumtion der Auslieferung oder Abschiebung bei drohender Todesstrafe unter Art. 3 EMRK nicht stets aus.⁶⁵ Diesen Schluß hat der EGMR aber bislang nicht gezogen. Vielmehr ging er lediglich davon aus, daß besondere »Umstände im Zusammenhang mit der Todesstrafe« den Schutzbereich des Art. 3 EMRK berühren könnten.⁶⁶ Dazu sollen insbesondere zählen: eine mögliche Disproportionalität zwischen der Schwere der Straftat und der angedrohten Sanktion, eben der Todesstrafe; die persönlichen Umstände des verurteilten Menschen, auch seine Jugend oder sein Geisteszustand während der Tat oder das Vorhandensein anderer Strafmilderungs- oder gar Strafausschließungsgründe; die Art und Weise des Strafverfahrens⁶⁷ und der Strafvollstreckung, wenn zwar die Todesstrafe selbst nicht unmenschlich sei, wohl aber die Art und Weise ihrer Verhängung oder ihres Vollzugs; die Bedingungen in der Haft vor der Strafvollstreckung.

Mit Hilfe des letzten Kriteriums kam der EGMR zu der Erkenntnis, daß die Umstände in den Todeszellen in Virginia das »Todeszellensyndrom« begründen könnten.⁶⁸ Eine Haft, welche zu diesem Syndrom führe, stelle ihrerseits eine menschenunwürdige Behandlung dar. Das auf den ersten Blick eigenartige Ergebnis, daß zwar die Todesstrafe nicht unmenschlich sei, die durch das Warten auf sie bewirkten Leiden und Persönlichkeitsveränderungen hingegen wohl, deutet an,

daß die Entscheidung nicht das letzte Wort zur Auslieferung bei drohender Todesstrafe war.⁶⁹

2.3. Probleme der Prognoseentscheidung

Die Bedeutung des Art. 3 EMRK als Auslieferungsverbot führt zu Besonderheiten bei der Bestimmung des Schutzbereichs der Garantie.

Grundsätzlich stellen die Menschenrechte aus der EMRK Verbotsnormen gegen Rechtsverletzungen dar. Sie untersagen den Mitgliedstaaten des Europarats, in die geschützten Rechtsgüter einzugreifen. Als solche Verbotsnormen können sie praktische Bedeutung nur dann erlangen, wenn konkrete Eingriffshandlungen auch tatsächlich stattfinden (sollen). Dementsprechend ist nach Art. 25 EMRK die Anrufung der Kommission nur zulässig durch den Träger eines geschützten Rechts, der sich »durch eine Verletzung der in dieser Konvention anerkannten Rechte ... verletzt fühlt.« Die Rechtsverletzung muß also prinzipiell gegenwärtig sein.⁷⁰ Folglich »sprechen Konventionsorgane nur bestehende Rechtsverletzungen aus, nicht aber nur möglicherweise eintretende.«⁷¹

Diese Situation ist aber derjenigen einer in einem Drittland drohenden unmenschlichen Behandlung nicht vergleichbar. Solange der Betroffene sich in einem Mitgliedstaat aufhält – und sei es in Auslieferungs- oder Abschiebungshaft –, findet eine menschenunwürdige Behandlung aktuell nicht statt. Diese kann erst dann eintreten, wenn der Betroffene auch tatsächlich ausgeliefert oder abgeschoben wird. Umgekehrt ist aber die

53 EKMR, Yearbook 13, 900.

54 EKMR, Yearbook 6, 480; 16, 357.

55 Siehe etwa EKMR, Yearbook 13, 806: Hier wurde die Bestrafung wegen Republikflucht in der ehemaligen DDR nicht als »unmenschlich« qualifiziert.

56 EKMR, EuGRZ 1985, 748.

57 EKMR, DR 21, 73; siehe auch EKMR, CD 40, 72; DR 38, 145.

58 EKMR, DR 47, 286.

59 EKMR, DR 46, 176.

60 EGMR, NJW 1992, 869, 870 (Nr. 113).

61 EKMR, DR 46, 257: »Die Ausweisung eines Ausländers in ein Land, in dem er eine dem Art. 3 EMRK widersprechende Behandlung befürchten muß, einschließlich einer Verurteilung wegen eines politischen Delikts (!), kann eine Verletzung des Art. 3 EMRK darstellen.« Dies wurde allerdings im vorliegenden Fall wegen fehlenden Nachweises einer solchen Gefahr verneint.

62 EKMR, DR 46, 176; 50, 280.

63 Zum Problem *Barbero*, RIE 17 (1990), 537; *Blumenwitz*, EuGRZ 1989, 326; *Breitenmoser/Wilms*, 11 MichJIL (1990), 845; *Gappa*, 20 GJICL (1990), 463; *Lagodny*, NJW 1990, 2189.

64 EGMR, NJW 1990, 2186.

65 Siehe oben unter 2.2.

66 EGMR, NJW 1990, 2186.

67 Daß hier Art. 6 EMRK als Maßstab Bedeutung erlangen kann, ist bei EGMR, NJW 1990, 2183, 1288 (Nr. 113) immerhin angedeutet.

68 EGMR, NJW 1990, 2187. Maßgeblich dafür sei die lange Dauer des Verfahrens einschließlich Berufung und Revision; die während dieser Zeit auftretenden »zunehmenden Spannungen und psychologischen Traumata«; die extremen Haftverhältnisse mit der Möglichkeit, Opfer von Gewalt und sexuellem Mißbrauch zu werden; das »ständig präsente Umfeld der Exekution sowie das Vollstreckungsritual«; schließlich aber auch die fehlende Pflicht zur Berücksichtigung von Strafmilderungsgründen im Strafverfahren.

69 Angedeutet von Richter *de Meyer* in seinem concurring vote; EuGRZ 1989, 325; siehe aber auch *Blumenwitz*, EuGRZ 1989, 327: »Todesstrafe und Todeszellensyndrom sind verschiedene Phänomene.«

70 Diese Anforderung wird von den Konventionsorganen allerdings nicht eng gehandhabt; siehe *Frowein/Peukert* (Fn. 14), Art. 25 Rn. 17 ff.

71 EGMR, NJW 1990, 2183, 2184.

Anrufung der Konventionsorgane nur so lange sinnvoll, wie der Betroffene noch nicht an den Verfolungsstaat überstellt ist. Art. 3 EMRK als Abschiebungsverbot ist demnach nur so lange sinnvoll, wie die menschenunwürdige Behandlung im Drittstaat noch nicht stattfindet. Dies allerdings ist die Situation der noch nicht aktuell stattfindenden, sondern der erst drohenden Menschenrechtsverletzung.

Dieser Situation begegnet der EGMR zu Recht unter Hinweis auf das Effektivitätsgebot. Danach müsse der besondere Charakter der Konvention »als Vertrag für die kollektive Durchsetzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten berücksichtigt werden.« Dies sei nur möglich, wenn der in ihr enthaltene Schutz der Menschenrechte »effektiv ausgestaltet, verstanden und angewandt« werde.⁷² Das gelte bei bevorstehenden Auslieferungen an einen Drittstaat jedenfalls »im Hinblick auf die ernsten, irreparablen Schäden durch die riskierten Leiden« und »um die Effektivität des Schutzes durch Art. 3 zu garantieren.«⁷³ Eine solche Situation stelle demnach wegen ihrer »vorhersehbaren Folgen im ersuchenden Staat« eine Ausnahme vom Erfordernis der Gegenwärtigkeit der Rechtsverletzung dar.

Damit entsteht bei der Anwendung des Art. 3 EMRK im Ausländerrecht die Notwendigkeit einer Prognoseentscheidung: Wann sind die Folgen im ersuchenden Drittstaat hinreichend »vorhersehbar«? Maßgeblicher Zeitpunkt hierfür sei die Entscheidung des Europaratstaats über die von ihm zu treffende Maßnahme. Dabei stellt der EGMR darauf ab, ob »wesentliche Gründe« vorgebracht worden sind, »um glaubhaft zu machen, daß eine reale Gefahr für eine Art. 3 EMRK widersprechende Behandlung vorliege.«⁷⁴ Die zugrunde liegende Prüfung müsse »notwendigerweise streng sein« im Hinblick auf den absoluten Charakter des Art. 3 EMRK und die Tatsache, daß er einen der grundlegendsten Werte der demokratischen Gesellschaften bildet, die sich im Europarat zusammengeschlossen haben.⁷⁵

Als Bewährungsfall dieser Grundsätze erwies sich in jüngerer Zeit der Fall *Vilvarajah*.⁷⁶ Die insgesamt fünf Beschwerdeführer stammten aus dem Bürgerkriegsgebiet von Sri-Lanka und hatten dort zum Teil ihre Existenzgrundlage durch Bombardements der Armee verloren. Drei von ihnen hatten nahe Angehörige, die bei willkürlichen Erschießungen durch die Armee ums Leben kamen. Diejenigen, die nicht ausgebombt worden waren, waren von der Polizei festgenommen und in der Haft gefoltert worden. Alle diese Feststellungen reichten weder den britischen Behörden⁷⁷ noch dem EGMR aus, um mit hinreichender Sicherheit eine drohende menschenunwürdige Behandlung annehmen zu können. In dieser Gewißheit wurden sie auch nicht dadurch erschüttert, daß drei Beschwerdeführer nach ihrer Abschiebung in Sri Lanka erneut festgenommen und gefoltert wurden und der vierte sich nur durch Flucht dieser Behandlung entziehen konnte. Eine Berücksichtigung dieses Umstands war dem EGMR nicht möglich, da es sich um eine nachträgliche Information handelte.⁷⁸

Die Begründung des EGMR läßt eine eingehende Auseinandersetzung mit den angeführten Tatsachen und deren Bedeutung für den vorliegenden Fall vermissen.⁷⁹ Sie stützt sich vielmehr auf zwei allgemeine Erwägungen: Einerseits den Umstand, daß der Bürgerkrieg nicht in ganz Sri Lanka, sondern nur in Teilen geherrscht habe, also die Lehre von der inländischen Fluchtalternative;⁸⁰ zum anderen den Umstand, daß sich die

Lage in Sri Lanka inzwischen beruhigt hätte.⁸¹ So wichtig und richtig derartige allgemeine Feststellungen sind, so wenig werden sie doch dem vorliegenden Einzelfall gerecht. In ihm haben die Beschwerdeführer eben nicht nur vorgetragen, sie seien Opfer des allgemein stattfindenden Bürgerkriegs. Vielmehr hatten sie ein ganz individuelles Verfolgungsschicksal vorgetragen. Die Auseinandersetzung damit verschwand in der Rechtsprechung des EGMR völlig hinter allgemeinen Ausführungen zur Situation in Sri Lanka. Im Ergebnis konnte damit die Entscheidung auch nur den allgemeinen Verhältnissen im Herkunftsland, nicht aber denjenigen gerade der konkreten Beschwerdeführer gerecht werden. Um diese Rechtsstellung ging es aber: Denn die Rechte der EMRK sind nicht nur objektiv-rechtliche Staatszielbestimmungen, sondern daneben individuelle, personale Garantien für den Einzelnen.⁸² Angesichts des konkreten Vorbringens der Beschwerdeführer und der Schutzrichtung der EMRK vermag die pauschale Begründung des EGMR nicht zu überzeugen.

Einzelne Passagen im *Vilvarajah*-Fall deuten an, daß hinter dem Ergebnis und seiner Begründung eine ganz andere Erwägung steckte. So hatte im Verfahren die Regierung Großbritanniens darauf hingewiesen, daß in jedem einzelnen Falle eine Abwägung zwischen den Belangen des allgemeinen Interesses der Gemeinschaft und dem Schutzbedürfnis der Grundrechte des einzelnen vorgenommen werden müsse. Sehe man im vorliegenden Fall einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK, so hätten als Konsequenz alle anderen Personen, die in vergleichbaren Situationen ungezielten Bedrohungen aufgrund von zivilen Unruhen in ihrem Heimatland ausgesetzt seien, das Recht auf Abschiebungsschutz. Dadurch würde einer möglicherweise großen Zahl von Menschen der Aufenthalt gestattet, gefolgt von den zu erwartenden ernsthaften ökonomischen und sozialen Konsequenzen.⁸³ Die Abschiebung der Beschwerdeführer erfolgte demnach offenbar auch aus generalpräventiven Erwägungen. Mit ihr sollte verhindert werden, daß der Bevölkerung ganzer Bürgerkriegsgebiete ein Anreiz gegeben würde, in Großbritannien Asyl zu suchen. Offenbar hat sich der EGMR solchen Erwägungen nicht verschlossen. In seiner Begründung führte er nämlich an tragender Stelle aus, es sei nicht belegt, »daß die persönliche Situation der Beschwerdeführer in irgend einer Hinsicht schlechter war als die der Mehrheit der anderen Mitglieder der tamilischen Bevölkerung oder anderer junger männlicher Tamilen, die in ihr Land zurückkehrten. Da die

72 EGMR ebd.

73 EGMR a.a.O., S. 2185.

74 EGMR, NJW 1991, 3079, 3080.

75 EGMR, NJW 1992, 869, 870.

76 EGMR, NVwZ 1992, 869.

77 Wohl aber dem in Großbritannien eingeschalteten adjudicator; siehe EGMR ebd., S. 768.

78 Siehe oben unter 2.2.

79 Siehe dagegen etwa BVerfGE 54, 341, 356 ff. = EZAR 200 Nr. 1; BVerfGE 65, 250, 252 = EZAR 200 Nr. 7; BVerfGE 67, 314, 316 = EZAR 203 Nr. 1; BVerfGE 70, 169, 170 = EZAR 200 Nr. 12; BVerfGE 71, 175, 179 = EZAR 200 Nr. 13 (zur Bedeutung der Vorverfolgung); BVerfGE 80, 315, 336, 340 f. = EZAR 201 Nr. 20; Gusy, ZAR 1982, 35 (zur Bedeutung des Bürgerkriegs für das Asylrecht).

80 EGMR a.a.O., S. 870 (Nr. 109). Zu dieser Lehre näher BVerfGE 80, 315, 342 f. = EZAR 201 Nr. 20; BVerfGE 81, 58, 65 = EZAR 203 Nr. 5.

81 EGMR a.a.O. (Nr. 110); maßgeblich für diese Feststellung war insbesondere das zwischenzeitlich erfolgte Repatriierungsprogramm des UNHCR.

82 Siehe dazu näher *Frowein/Peukert* (Fn. 14), Art. 1 Rn. 2.

83 EGMR a.a.O., S. 869 (Nr. 105).

Situation immer noch unklar (!) war, bestand die Möglichkeit (!), daß sie inhaftiert und mißhandelt (!) werden könnten, wie es offensichtlich zuvor im Falle einiger Beschwerdeführer geschehen war.⁸⁴ Diese »bloße Möglichkeit« erklärte der Gerichtshof jedoch »unter den gegebenen Umständen« für sich nicht ausreichend, um einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK anzunehmen.

Die Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der britischen Regierung läßt die zuvor dargestellten Entscheidungsgründe, wonach sich die Lage beruhigt habe und der Bürgerkrieg nur auf einzelne Regionen beschränkt sei, in einem eigenartigen Licht erscheinen. Wichtiger als dieser kaum kaschierte Widerspruch ist aber ein anderer Aspekt: Den Beschwerdeführern wurde die Rückkehr in ihren Herkunftsstaat zugemutet nicht nur deshalb, weil sie dort sicher seien, sondern auch deshalb, weil andere dort genau denselben Gefahren ausgesetzt seien wie sie. Wenn andere unmenschlich behandelt würden, müßten auch sie notfalls unmenschliche Behandlung hinnehmen. Damit wird offenbar mit zweierlei Maß gemessen: Während im abschiebenden Großbritannien jede unmenschliche Behandlung im Gefängnis ein Verstoß gegen Art. 3 EMRK wäre,⁸⁵ scheint dies nach der gegebenen Begründung in Sri Lanka offenbar nur der Fall zu sein, wenn der einzelne dort noch unmenschlicher behandelt wird als andere. Dieselbe Behandlung wird anscheinend an unterschiedlichen Maßstäben gemessen. Dabei liegen die Maßstäbe nicht in der Behandlung des einzelnen selbst, sondern in der Behandlung Dritter. Das läßt sich so formulieren: Während bei der Beurteilung Großbritanniens der britische Menschenwürdestandard zugrunde gelegt wird, wird bei der Beurteilung Sri Lankas der ceylonische Standard gewählt.

Dies widerspricht nicht nur der früheren Entscheidungspraxis der Konventionsorgane, wonach der europäische Menschenwürdestandard zugrunde zu legen sei.⁸⁶ Es widerspricht auch der Entscheidung im *Soering*-Fall. Hier war bei der Beurteilung des Todeszellensyndroms nicht auf den Menschenwürdestandard der USA abgestellt worden, wo dieses Syndrom infolge der Besonderheiten bei der Verhängung und Vollstreckung der Todesstrafe nichts Ungewöhnliches ist.⁸⁷ Vielmehr war hier auf den Standard in Großbritannien abgestellt worden, wo (in Friedenszeiten) weder Todesstrafe noch Todeszellensyndrom vorhanden sind. Hier war sich der Gerichtshof noch sicher gewesen, daß bei der Beurteilung einer Maßnahme als unmenschlich »die Entwicklungen und die allgemein angenommenen Standards der Strafrechtspflege der Mitgliedstaaten des Europarats« zugrunde zu legen seien.⁸⁸

Der Vergleich des *Soering*- und des *Vilvarajah*-Urteils zeigt hier: Offenbar waren die herangezogenen Maßstäbe umso strenger, je höher das allgemeine Menschenwürdeniveau in dem jeweiligen Drittstaat war. Dies hätte für das Abschiebungs- oder Auslieferungsverbot aus Art. 3 EMRK zur Konsequenz: Personen aus Staaten, in denen ein besonders niedriger Menschenrechtsstandard besteht, wären benachteiligt gegenüber solchen, die aus einem Staat mit besser entwickeltem Menschenrechtsschutz kommen.⁸⁹ Je schlechter der allgemeine Menschenrechtsschutz im Herkunftsland, desto schlechter wäre der Schutz der Menschenwürde auch durch die EMRK. Dadurch würde die Idee des Menschenrechtsschutzes allerdings auf den Kopf gestellt. Es geht der EMRK nicht darum,

den Schutz der Menschenwürde zu sichern, wenn und weil Drittstaaten ihn sichern; ebensowenig darum, diesen Schutz zu versagen, wenn und weil Drittstaaten ihn versagen. Vielmehr ist das Schutzbedürfnis des Art. 3 EMRK genau umgekehrt: Je schlechter der Menschenrechtsstandard in Drittstaaten ist, desto besser muß der Betroffene vor Auslieferung geschützt sein. Dem wird die *Vilvarajah*-Entscheidung des EGMR nicht gerecht; und darin liegt die Problematik ihrer Begründung.

2.4. Verfahrenrechtliche Fragen

Der Auslieferungs- und Abschiebungsschutz des Art. 3 EMRK ist in der Praxis nur so viel wert, wie es die Verfahren zu seiner Durchsetzung sind. Dabei kommt den Verwaltungs- und Gerichtsverfahren maßgebliche Bedeutung zu. Insoweit ist es naheliegend, daß in vielen Verfahren neben dem Art. 3 EMRK zugleich deren Art. 13 angesprochen wird.⁹⁰ Die verfahrensrechtlichen Pflichten treffen nicht allein die Organe des Europarats, sondern daneben auch diejenigen der Mitgliedstaaten. Ausgangspunkt ist die vom Gerichtshof betonte »Verantwortlichkeit, die den ausliefernden Vertragsstaat trifft, weil er eine Handlung vorgenommen hat, die zur direkten Folge hat, eine Person der Mißhandlung auszusetzen.«⁹¹ Diese Verantwortlichkeit begründet nicht nur materiell-rechtliche, sondern auch verfahrenrechtliche Verpflichtungen. Daraus folgt das Gebot, daß die Vorschriften der EMRK als Schutzgarantien »praktisch wirksam und effektiv gestaltet, verstanden und angewandt werden.«⁹²

Art. 13 EMRK soll gewährleisten, daß dem einzelnen eine Durchsetzung seiner Konventionsrechte vor nationalen Organen ermöglicht wird.⁹³ Nach dem Sinn und Zweck dieser Norm ist die Bereitstellung eines innerstaatlichen Rechtsbehelfs erforderlich, welcher es den nationalen Stellen überläßt, sich mit dem wesentlichen Inhalt der betreffenden Konventionsbeschwerde zu befassen und den erforderlichen Rechtsschutz zu gewähren.⁹⁴ Daher gebietet sie, daß es innerstaatlich überhaupt ein Verfahren gibt, welches dazu bestimmt und geeignet ist, Vorkehrungen gegen Menschenrechtsverletzungen zu bieten. Es genügt aber nicht, daß irgendein Verfahren vorgesehen ist. Vielmehr muß dessen Ausgestaltung zugleich den formellen und materiellen Anforderungen der EMRK entsprechen. Die Ausgestaltung des Verfahrens muß tatsächlich sichern, daß die nationale Instanz in die Lage versetzt ist, sich auch mit der Beschwerde befassen und gegebenenfalls wirksame Abhilfe schaffen zu können. Hierfür hat der Gerichtshof eine Reihe verfahrensrechtlicher Grundsätze aufgestellt.

84 EGMR ebd., S. 870 (Nr. 111).

85 EGMR, EuGRZ 1979, 149; siehe auch *Bleckmann* ebd., S. 188.

86 Siehe oben unter 1.2.

87 EGMR, NJW 1990, 2186 (Nr. 105 ff.).

88 EGMR, NJW 1990, 2186 (Nr. 102) unter Hinweis auf EGMR, NJW 1979, 1089.

89 *Wollenschläger*, Immanente Schranken des Asylrechts, Diss. 1971, S. 25; *Gusy* (Fn. 32), S. 71.

90 EGMR, NJW 1990, 2183, 2188 f.; NVwZ 1992, 869, 870 f.; in der Entscheidung des EGMR, NJW 1991, 3079, 3081 ff., stand dagegen der Rechtsschutz nach Art. 25 EMRK im Vordergrund.

91 EGMR, NJW 1991, 3079, 3080.

92 EGMR, EuGRZ 1980, 664; NJW 1990, 2183, 2184.

93 *Frowein/Peukert* (Fn. 14), Art. 13 Rn. 2.

94 EGMR, EuGRZ 1984, 163.

(1) Bei der Entscheidung über die Auslieferung ist das gesamte vorliegende Material einschließlich des von Behörden und Gerichten selbst beschafften heranzuziehen.⁹⁵

(2) Dabei sind die nachprüfenden Instanzen nicht auf das den Behörden bekannte Material beschränkt; sie können nachträglich auch noch weitere Unterlagen heranziehen, welches den nationalen Behörden hätte bekannt sein müssen.⁹⁶

(3) Nicht heranzuziehen sind demgegenüber Umstände, die erst nach der vollzogenen Abschiebung oder Auslieferung bekannt geworden sind.⁹⁷

(4) Erkennbar wird aber auch die Abneigung des Gerichtshofs, als zusätzliche Tatsacheninstanz in Asylverfahren herangezogen zu werden. Vielmehr mißt er »dem Wissen und der Erfahrung Bedeutung bei, daß die Behörden sich mit einer großen Zahl von Asylbewerbern befassen« sowie der Tatsache, daß die persönlichen Umstände jedes Beschwerdeführers vom Minister unter Heranziehung umfangreichen Materials sorgfältig erwogen wurden.⁹⁸ Dies begründet weitere verfahrenrechtliche Pflichten der Konventionsstaaten: Sie müssen solche sachkundigen Stellen bereithalten und im Abschiebungs- oder Auslieferungsverfahren heranziehen; das vorhandene Material ist von ihnen bei der Prüfung einbeziehen und zu erwägen.

Die Grundlage für die Verpflichtungen jedes Vertragsstaats sah der Gerichtshof in der Situation, daß »glaubhaft gemacht worden sei, daß die betroffene Person, wenn sie ausgeliefert würde, Gefahr liefe, Folter oder unmenschlicher oder

erniedrigender Behandlung unterworfen zu werden.«⁹⁹ Aber wann ist eine solche Gefahr feststellbar? Hier wirken sich »Wissen« und »Erfahrung« der Europaratsstaaten offenbar aus: Der EGMR hat sich bislang – soweit ersichtlich – nur aus Rechtsgründen,¹⁰⁰ nicht hingegen aus tatsächlichen Gründen in der Lage gesehen, deren ausländerrechtliche Entscheidungen zu korrigieren. Bislang gelang es den Betroffenen offenbar nicht, dem Gerichtshof »stichhaltige Gründe« dafür vorzulegen, welche die Annahme rechtfertigten, sie seien in ihrem Heimatstaat dem ernsthaften Risiko von unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung ausgesetzt.¹⁰¹ Dies hängt sicherlich auch mit der primären Zuständigkeit der Kommission und ihrer tendenziell menschenrechtsfreundlichen Entscheidungspraxis gerade im Anwendungsbereich des Art. 3 EMRK zusammen. Zumindest der *Vilvarajah*-Fall hat aber gezeigt, daß dies auch mit der Auslegung des Verbots unmenschlicher Behandlung im Ausländerrecht durch den EGMR zusammenhängen kann.¹⁰²

95 EGMR, EuGRZ 1979, 149, 153.

96 Insbesondere sei der EGMR auch nicht an die Feststellungen der Kommission und deren tatsächliche Grundlagen gebunden; EGMR, NJW 1991, 3079, 3080.

97 EGMR, NVwZ 1992, 869, 870.

98 EGMR, ebd.; schon früher EKMR, EuGRZ 1986, 324, 326 (Nr. 4).

99 EGMR, ebd., S. 3080.

100 EGMR, NJW 1990, 2183.

101 EGMR, NJW 1992, 869, 870. Zur Praxis der Kommission *Kaelin*, ZAR 1986, 172, 174 f.

102 Dazu oben unter 2.3.

Dr. Ulrike Davy, Assistentzprofessorin, Wien

Die Neuordnung des österreichischen Asylrechts

1. Einleitung und Themenstellung

Österreich hat in den vergangenen Jahren das gesamte »polizeiliche« Ausländerrecht¹ neu geordnet. Das (erste) Asylgesetz aus dem Jahr 1968 und das Fremdenpolizeigesetz aus dem Jahr 1954 wurden außer Kraft gesetzt.² Die einschlägigen Rechtsvorschriften finden sich nunmehr im Asylgesetz 1991,³ im Fremdenengesetz (FrG)⁴ und im Aufenthaltsgesetz (AufG)⁵. Es ist nicht zu übersehen, daß die jüngste Rechtsentwicklung in engem Zusammenhang mit dem Fall des »Eisernen Vorhangs« steht. Das gilt in ganz besonderem Maß für die Änderungen der Rechtslage gegenüber Asylbewerbern. Hier haben die staatlichen Maßnahmen schon im Spätherbst 1989 eingesetzt.

Anfang November 1989 suspendierte Österreich das Sichtvermerksabkommen mit Bulgarien »auf unbestimmte Zeit«. Seither dürfen bulgarische Staatsangehörige nur mit einem Sichtvermerk einreisen.⁶ Im Januar und Mai 1990 wurde die Sichtvermerkspflicht gegenüber den Staatsangehörigen der

gelt das Aufenthaltsrecht der Fremden in Österreich vor allem unter sicherheitspolizeilichen Gesichtspunkten. Der Rechtsbereich des Ausländerbeschäftigungsrechts regelt die Bedingungen, unter denen Fremde in Österreich einer unselbständigen Beschäftigung nachgehen dürfen, vorrangig aus ökonomischer Sicht (Interessen des Arbeitsmarktes). Da sich das österreichische Asylrecht nahezu ausschließlich mit der Frage beschäftigt, unter welchen Voraussetzungen Flüchtlinge im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention (GK) eine Aufenthaltsberechtigung erlangen und welche fremdenpolizeilichen Konsequenzen sich daraus ergeben, kann man es dem »polizeilichen« Ausländerrecht zuordnen.

2 Vgl. das Bundesgesetz über die Aufenthaltsberechtigung von Flüchtlingen im Sinne der Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (BGBl. Nr. 55/1955, BGBl. 1968 Nr. 126 i.d.F. BGBl. 1974 Nr. 796, 1990 Nr. 190 und 558); das Bundesgesetz betreffend die Ausübung der Fremdenpolizei (Fremdenpolizeigesetz; BGBl. 1954 Nr. 75 i.d.F. BGBl. 1986 Nr. 141 und 555, 1987 Nr. 533 und 575, 1990 Nr. 190, 451 und 558, 1991 Nr. 21 und 406).

3 Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 1991; BGBl. 1992 Nr. 8 i.d.F. BGBl. 1992 Nr. 838, Art. II). Es ist am 1. Juni 1992 in Kraft getreten (vgl. § 27).

4 Bundesgesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Fremden (Fremdenengesetz – FrG; BGBl. 1992 Nr. 838, Art. I). Es ist am 1. Januar 1993 in Kraft getreten.

5 Bundesgesetz, mit dem der Aufenthalt von Fremden in Österreich geregelt wird (Aufenthaltsgesetz; BGBl. 1992 Nr. 466 i.d.F. BGBl. 1992 Nr. 838, Art. III). Es wurde im Juli 1992 vom Parlament beschlossen und kundgemacht; am 1. Juli 1993 wird es in Kraft treten (§ 15 Abs. 1).

6 Vgl. BGBl. 1967 S. 176 (Sichtvermerksabkommen; BGBl. 1989 Nr. 530; Suspendierung).

¹ Die österreichische Ausländer- bzw. Zuwanderungspolitik basiert seit der Ersten Republik im wesentlichen auf zwei verschiedenen rechtlichen Steuerungsinstrumenten. Der traditionelle Rechtsbereich der Fremdenpolizei re-