

**Bericht**  
**über die Rechtsprechung des**  
**Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in**  
**Verfahren gegen andere Staaten als Deutschland**  
**im Jahr 2015**

von

Prof. Dr. Dr. Christoph Grabenwarter, Wien

unter Mitarbeit von

Dipl.-Jur. Anna Katharina Struth

Univ.Ass. Dr. Markus Vašek

A.	Einführung.....	1
I.	Funktion des Berichts.....	1
II.	Inhalt des Berichts .....	2
III.	Kurzer Überblick über die Rechtsprechungstätigkeit des Gerichtshofs .....	2
IV.	Hinweise zur Nutzung des Berichts.....	3
B.	Darstellung der Rechtsprechung des Gerichtshofs.....	5
I.	Strafrecht und Strafprozessrecht .....	5
1.	B.F.B.V.-N. gegen Portugal (Aufhebung des Berufsgeheimnisses bei Rechtsanwälten) .....	5
2.	K. gegen Norwegen (Befangenheit von Geschworenen).....	6
3.	S. & A. gegen Portugal (Durchsuchung und Beschlagnahme elektronischer Daten in einer Rechtsanwaltskanzlei).....	8
4.	Y. gegen Slowenien (Opferschutz bei Strafverfahren betreffend Sexualdelikte)..	12
II.	Arbeitsrecht .....	17
5.	C. gegen Griechenland (Rückzahlung von Ausbildungskosten) .....	17
III.	Familienrecht .....	20
6.	O. u.a. gegen Italien (gleichgeschlechtliche Partnerschaften) .....	20
7.	P.E. und R.F. gegen Portugal (Verfahren der Kindesrückführung nach HKÜ).....	22
IV.	Verfassungsprozessrecht .....	27
8.	A.K. gegen Liechtenstein (Befangenheit von Verfassungsrichtern).....	27
9.	A.A. gegen Spanien (Beschränkung von Verfassungsbeschwerden) .....	30
V.	Ausländerrecht.....	33
10.	T. gegen Schweiz (Ausweisung bei psychischer Krankheit).....	33
VI.	Medien- und Äußerungsrecht .....	36
11.	C. gegen Türkei (Youtube-Sperre).....	36

12.	D. gegen Estland (Verantwortlichkeit von Internetportalbetreibern für Nutzerkommentare).....	38
13.	H. gegen Schweiz (Berichterstattung mit versteckter Kamera).....	45
14.	M'B. M'B. gegen Frankreich (Revisionismus).....	48
15.	P. gegen Finnland (journalistische Tätigkeit während Demonstration).....	50
16.	P. gegen Schweiz (Leugnung des Völkermordes an den Armeniern) .....	53
17.	P. gegen Frankreich (Veröffentlichung von Details eines Mordfalles) .....	56
VII.	Medizinrecht.....	60
18.	L. u.a. gegen Frankreich (Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen) .....	60
19.	E. gegen Lettland (Gewebeentnahme bei Verstorbenen).....	64
20.	P. gegen Italien (Embryonenspende) .....	67
VIII.	Sonstiges Öffentliches Recht .....	70
21.	E. gegen Frankreich (Kopftuchverbot im Krankenhaus).....	70
22.	K. gegen Bulgarien (Schutz muslimischer Gläubiger vor Demonstration) .....	73
IX.	Unionsrecht.....	77
23.	S. u.a. gegen Italien (Nichtvorlage im Vorabentscheidungsverfahren) .....	77

## A. Einführung

### I. Funktion des Berichts

Der vorliegende Bericht gibt einen Überblick über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Verfahren gegen andere Staaten als Deutschland aus dem Jahr 2015.

Angesichts der über die Grenzen der Rechtskraft hinausgehenden sogenannten „Orientierungswirkung“, die den Entscheidungen des Straßburger Gerichtshofs zur Auslegung und Anwendung von Rechten der Konvention auf völkerrechtlicher Ebene (vgl. *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 6. Auflage, 2016, § 16 Rz. 8 f.) und auch nach deutschem Verfassungsrecht zukommt (siehe BVerfGE 128, 326 [366ff.]), haben auch die gegen andere Staaten als Deutschland ergangenen Urteile für die deutsche Rechtsordnung Bedeutung. Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet diese Wirkung als „faktische Präzedenzwirkung“ der Praxis des EGMR (BVerfGE 128, 326 [368]) welche bei der Auslegung und Anwendung auch des innerstaatlichen Rechts zu berücksichtigen ist. Die Aufgabe des Rechtsanwenders in Deutschland besteht darin, einschlägige Rechtsprechung des EGMR zur Kenntnis zu nehmen sowie innerstaatliches Gesetzes- und Verfassungsrecht im Einklang mit den Vorgaben der EMRK auszulegen bzw. gegebenenfalls nachvollziehbar zu begründen, warum im Hinblick auf kollidierendes Verfassungsrecht diesen Vorgaben im Einzelfall nicht gefolgt wird (s. BVerfGE 111, 307 [324 f.]; 128, 326 [371 f.]). Voraussetzung für diese Praxis völkerrechtsfreundlicher Auslegung ist die Kenntnis jener Urteile des EGMR, die, obwohl nicht gegen Deutschland ergangen, dennoch für die deutsche Rechtsordnung von Bedeutung sind.

Der vorliegende Bericht hat das Ziel, jene Urteile und Entscheidungen des EGMR aus dem Jahr 2015 in einer gut fassbaren Zusammenfassung zu präsentieren, die für den deutschen Rechtsanwender von Bedeutung und Interesse sind. An diesem Ziel sind Auswahl und Präsentation der Entscheidungen ausgerichtet, sie sollen gleichsam die Grundlage für ein „Umdenken“ der EMRK in den Kontext der „aufnehmenden“ Rechtsordnung Deutschlands bilden (BVerfGE 128, 326 [370]).

Diese Auswahl bedingt umgekehrt, dass Entscheidungen selbst dann nicht in den Bericht aufgenommen wurden, wenn sie für den Menschenrechtsschutz in Europa von höchster Bedeutung sind, weil das entsprechende Problem in Deutschland nicht auftreten kann oder bereits in der Vergangenheit gelöst wurde. Als Beispiele aus der Rechtsprechung der Großen Kammer sind aus dem Berichtszeitraum zu nennen: *Bouyid ./ Belgien*, Urteil vom 28.9.2015, Nr. 23380/09 (Ohrfeigen durch Polizisten während eines Verhörs in Belgien); *Kudrevičius. ./ Litauen*, Urteil vom 15.10.2015, Nr. 37553/05 (zweitägige Verkehrsblockade auf einer Hauptstraße durch Landwirte); *Morice ./ Frankreich*, Urteil vom 23.4.2015, Nr. 29369/10 (Verurteilung eines Anwalts, der gegenüber der Presse massive Kritik an Ermittlungsrichtern geübt hatte).

Diese Beispiele zeigen, dass der vorliegende Bericht keinen umfassenden Überblick über alle wichtigen Entscheidungen des Gerichtshofs im Jahr 2015 gibt, sondern nur jene Urteile und Entscheidungen aufnimmt, die gerade für die deutsche Rechtspraxis erhebliche Bedeutung haben oder in der Zukunft haben können.

## **II. Inhalt des Berichts**

Für den Bericht wurden die 22 Urteile der Großen Kammer, die 624 Urteile der Kammern sowie einige Zulässigkeitsentscheidungen aus dem Jahr 2015 ausgewertet.<sup>1</sup>

Nachfolgend werden 23 ausgewählte Entscheidungen des Gerichtshofs komprimiert dargestellt und aus der Perspektive des Zwecks des Berichts analysiert. Die Entscheidungen sind allesamt rechtskräftig. Im Vergleich zum Berichtszeitraum 2014 (siehe dazu den Bericht von Prof. Dr. Dr. *Christoph Grabenwarter* und Univ.Ass. Dr. *Markus Vašek*, abrufbar unter <http://www.bmjv.de>) ist die Zahl der Urteile des Gerichtshofes nahezu gleich geblieben.

## **III. Kurzer Überblick über die Rechtsprechungstätigkeit des Gerichtshofs**

Die Rechtsprechung des EGMR im Jahr 2015 erfasste nahezu alle Bereiche der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Eine große Zahl von Urteilen betraf konventionswidrige Haftbedingungen, Verstöße gegen den Grundsatz angemessener Verfahrensdauer und des fairen Verfahrens im Zivil- und Strafprozess und ähnliche strukturelle Probleme in den jeweils betroffenen Mitgliedstaaten. Diese werden im Folgenden nicht berücksichtigt, weil sich diese Fragen für Deutschland in aller Regel nicht stellen.

Der Bericht ist wie der Rechtsprechungsbericht für das Jahr 2014 nach Rechtsgebieten gegliedert. Für das Straf- und Strafprozessrecht werden Fragen des Geheimnisschutzes mit Bezug zu Rechtsanwälten (I.1., I.3.), Fragen der Befangenheit (I.2.) sowie des Opferschutzes im Zusammenhang mit Sexualdelikten (I.4.) behandelt.

Ein arbeitsrechtliches Urteil betreffend die Rückzahlung von Ausbildungskosten (II.5.) wird ebenso berücksichtigt wie zwei familienrechtliche Urteile zu gleichgeschlechtlichen Partnerschaften (III.6.) sowie zu Verfahren der Kindesrückführung nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen (HKÜ) (III.7.).

Im öffentlichen Recht sind zunächst zwei Urteile zum Verfassungsprozessrecht in Liechtenstein (Befangenheit von Richtern, IV.8.) sowie in Spanien (IV.9., Beschränkung von Verfassungsbeschwerden) zu nennen. Aus dem Ausländerrecht wird ein Fall zur Zulässigkeit der Ausweisung bei psychischer Krankheit (V.10.) behandelt.

Die größte Zahl ausgewählter Entscheidungen betrifft das Medienrecht und Fragen der Meinungsäußerungsfreiheit. Neben Fragen im Zusammenhang mit neuen Medien (VI.11. und VI.12.) und technischen Möglichkeiten der Berichterstattung bei elektronischen Medien (VI.13.) wird ein Fall journalistischer Berufsausübung im Zusammenhang mit der

---

<sup>1</sup> Bei der Sichtung und Aufbereitung des umfangreichen Entscheidungsmaterials haben uns Frau Lisa Fuchs LL.B., Frau Sophie Natlacen LL.B. und Frau Kerstin Sitte LL.M., Mitarbeiterinnen im Institut für Europarecht und Internationales Recht der Wirtschaftsuniversität Wien, in hervorragender Weise unterstützt.

Versammlungsfreiheit behandelt (VI.15.). Ein Fall betrifft die Grenzen der Meinungsäußerungsfreiheit im Zusammenhang mit der Berichterstattung über die Begehung eines Verbrechens (VI.17.). Wieder hatte sich der EGMR im Jahr 2015 mit Fragen zu befassen, welche mit der Strafbarkeit der „Auschwitz-Lüge“ in inhaltlichem Konnex stehen (VI.14., VI.16.).

Drei Entscheidungen sind in diesem Jahr berücksichtigt, welche in die Teildisziplin des Medizinrechts zu rechnen sind, nämlich Fragen des Eingriffs insbesondere in Art. 8 EMRK im Zusammenhang mit der Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen, der Gewebeentnahme bei Verstorbenen und der Weigerung einer Freigabe von Embryonen nach dem Tod des männlichen Partners vor Durchführung einer In-vitro-Fertilisation (VII.18., VII.19., VII.20.).

Zwei Fälle im Zusammenhang mit Beschränkungen von Rechten und mit Schutzpflichten zugunsten von muslimischer Gläubigen werden gesondert dargestellt (VIII.21., VIII.22.).

Am Ende des Berichts steht die Analyse eines Urteils gegen Italien, in dem eine Verletzung von Art. 6 EMRK wegen Unterbleibens eines Ersuchens um Vorabentscheidung nach Art. 267 III AEUV festgestellt wurde (IX.23.).

#### **IV. Hinweise zur Nutzung des Berichts**

Alle Entscheidungen sind im Kopf der einzelnen Darstellungen mit dem Fallnamen, dem Datum und der Beschwerdennummer bezeichnet. Auf der Grundlage dieser Angaben sind die Entscheidungen in der vom EGMR betriebenen Datenbank HUDOC (abrufbar unter <http://www.echr.coe.int> unter *Case-law*) zugänglich. Außerdem wird darauf hingewiesen, welche Konventionsrechte betroffen sind und ob der Gerichtshof eine Verletzung festgestellt hat oder nicht. Einige Schlagworte zum Inhalt der Entscheidung sollen eine rasche Einordnung des Urteils ermöglichen. Auch nicht-amtliche deutsche Übersetzungen der Entscheidungen werden wiedergegeben.

Die Darstellung und Analyse der einzelnen Entscheidungen folgt einem einheitlichen Schema: Nach der komprimierten Wiedergabe des Sachverhalts und der Rügen des Beschwerdeführers (Punkt 1.) werden die wichtigsten Begründungselemente aus dem Urteil gerafft wiedergegeben (Punkt 2.). In einem dritten Teil wird schließlich eine Bewertung des Urteils aus der Perspektive ihrer Konsequenzen für die deutsche Rechtspraxis und Rechtslage vorgenommen (Punkt 3.). Soweit vorhanden, werden parallele Vorschriften des deutschen Bundes- und Landesrechts genannt. Darüber hinaus wird, sofern möglich, darauf hingewiesen, ob und inwieweit das im Urteil entschiedene Problem bereits in der gerichtlichen oder sonstigen Praxis in Deutschland behandelt wurde. Der Bericht verzichtet darauf, konkrete Schlussfolgerungen im Hinblick auf die Vereinbarkeit der deutschen Rechtslage mit der EMRK zu geben. Es ist nämlich nicht Aufgabe eines wissenschaftlichen Berichts, Gutachten über die Vereinbarkeit zu geben. Die leichte Auffindbarkeit einzelner, aus einem spezifischen Blickwinkel der Nutzerinnen und Nutzer interessante Entscheidungen soll durch eine an Sachmaterien orientierte Gliederung des Berichts erfolgen. Es wurden hierbei als Gliederungsgesichtspunkte die Materien aus der Perspektive des innerstaatlichen Rechts und nicht die betroffenen Grundrechte herangezogen. Dies erfolgte auch in der

Überlegung, dass manche Urteile Verletzungen verschiedener Rechte der EMRK feststellen; in solchen Fällen wäre eine Gliederung nach Artikeln der Handhabbarkeit des Berichts nicht zuträglich. Artikel ohne Bezeichnung in der folgenden Darstellung der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind jene der EMRK.

## **B. Darstellung der Rechtsprechung des Gerichtshofs**

### **I. Strafrecht und Strafprozessrecht**

#### *1. B.F.B.V.-N. gegen Portugal (Aufhebung des Berufsgeheimnisses bei Rechtsanwälten)*

**EGMR, B.F.B.V.-N. ./ Portugal, 1.12.2015, Nr. 69436/10 – Verletzung von Art. 8 EMRK**

Das Urteil betrifft Fragen der Aufhebung des Berufsgeheimnisses bei Rechtsanwälten, die einer Straftat beschuldigt werden.

1. *Sachverhalt*: Die Bf. ist Anwältin. Die Staatsanwaltschaft ermittelte gegen die Bf. wegen des Verdachts des Steuerbetrugs. Im Zuge der Ermittlungen wurde die Bf. gebeten, ihre Kontoeingänge offenzulegen. Da sie den Zugriff unter Hinweis auf ihr Berufsgeheimnis verweigerte, beantragte die Staatsanwaltschaft, das Berufsgeheimnis der Anwältin aufzuheben, um die Kontobewegungen überprüfen zu können. Dem Antrag wurde schließlich durch die innerstaatlichen Gerichte stattgegeben. Eine Klage und eine anschließende Berufung der Bf. blieben ohne Erfolg. Daraufhin erhob die Bf. Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK zum EGMR.

2. *Erwägungen des EGMR*: Der Gerichtshof prüft die von der Bf. vorgebrachte Beschwerde unter dem Aspekt einer möglichen Verletzung des Rechts auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz gemäß Art. 8 I EMRK. Als entscheidender Aspekt erscheine hier, so der EGMR, die Vertraulichkeit der Beziehung zwischen einem Anwalt und seinen Mandanten. Art. 8 EMRK sei sowohl in seinen materiellen Gewährleistungsgehalten als auch hinsichtlich der aus dieser Garantie resultierenden Verfahrensgarantien zu prüfen. Die Bankdaten der Bf. seien, obwohl sie der beruflichen Tätigkeit der Bf. entstammten, Informationen, die dem Privatleben der Bf. zuzuordnen seien. Dem Berufsgeheimnis einer Rechtsanwältin komme zudem besonderes Gewicht zu, weil es die Grundlage des Vertrauensverhältnisses zwischen Anwalt und Mandanten sei. Die Aufhebung des Berufsgeheimnisses zur Einsichtnahme in diese Daten sei somit ohne Zweifel als Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 I EMRK zu qualifizieren.

Die staatliche Maßnahme habe zwar das legitime Ziel der Verhütung von Straftaten nach Art. 8 II EMRK verfolgt. Fraglich sei jedoch die Notwendigkeit des Eingriffs in einer demokratischen Gesellschaft. Der Gerichtshof erinnert daran, der Schutz des Berufsgeheimnisses in Bezug auf die Korrespondenz zwischen Anwalt und Mandant sei die logische Konsequenz des Rechts, nicht an der eigenen Bestrafung mitwirken zu müssen. Daher genieße dieser Austausch zwischen Anwalt und Mandant erhöhten Schutz (Z. 55). Die Rechtsanwältin sei im Verfahren zur Aufhebung des Berufsgeheimnisses nicht beteiligt gewesen, sie habe von der Aufhebung erst durch Zustellung des Urteils erfahren und habe daher nicht intervenieren und ihre Argumente nicht vorbringen können (Z. 56). Außerdem hätte die Kammer als unabhängiges Organ durch den Richter nach portugiesischem Recht von



Amts wegen konsultiert werden müssen, auch wenn deren Empfehlung nicht bindend sei. Dies sei hier aber unterblieben. Eine Intervention eines unabhängigen Organs wäre aber, so der EGMR, notwendig gewesen, da es um Informationen ging, die dem Berufsgeheimnis unterfielen. Weiter verweist der Gerichtshof hierzu auf seine Rechtsprechung zu Durchsuchungen in Rechtsanwaltskanzleien (Z. 57). Weiter führt der EGMR an, die einfache Zurückweisung des Rechtsmittels der Bf. gegen die Entscheidung zur Aufhebung des Berufsgeheimnisses durch den Obersten Gerichtshof wegen Unzulässigkeit erfülle die Anforderungen aus Art. 8 EMRK an eine effektive Kontrolle nicht. Der Bf. habe daher keine Möglichkeit der Überprüfung der staatlichen Maßnahme zur Verfügung gestanden (Z. 58). Die Abwesenheit von prozessualen Garantien sowie einer effektiven gerichtlichen Kontrolle der staatlichen Maßnahme führe dazu, dass die portugiesischen Behörden trotz eines Beurteilungsspielraums im konkreten Fall kein angemessenes Gleichgewicht zwischen den Allgemeininteressen und der Garantie auf Achtung des Privatlebens der Bf. aus Art. 8 EMRK herzustellen vermocht hätten. Daher liege eine Verletzung des Art. 8 EMRK vor.

3. *Beurteilung*: Das Urteil des EGMR illustriert die strengen prozessualen Anforderungen aus Art. 8 EMRK an die Aufhebung des Berufsgeheimnisses von Rechtsanwälten zum Zwecke strafrechtlicher Ermittlungen. Entscheidende Aspekte sind hierbei die Einbeziehung der Rechtsanwälte selbst in das gerichtliche Verfahren zur Aufhebung des Berufsgeheimnisses sowie die Anhörung der Kammer als unabhängiges Organ in diesem Verfahren. Zudem muss ein effektives Rechtsmittel gegen die Entscheidung der Aufhebung des Berufsgeheimnisses zur Verfügung stehen. Ein Verstoß gegen die rechtsanwaltliche Verschwiegenheitspflicht (§ 43a II BRAO, § 2 I BORA) ist gemäß § 2 III lit. b BORA nicht gegeben, soweit das Verhalten des Rechtsanwalts zur Wahrnehmung berechtigter Interessen erforderlich ist. Nach der Regelung ist ein solcher Fall auch ausdrücklich bei Verteidigung in eigener Sache gegeben. Der Anwalt darf daher mandatsbezogenes Wissen in seiner Rolle als passiv- oder aktivlegitimierte Partei gegenüber Dritten, insbes. gegenüber dem Gericht offenbaren. Die Rechtfertigung erfolgt in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem der Mandant nicht beteiligt ist, aus einer einzelfallorientierten Interessen- und Güterabwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse des Mandanten und den Interessen des Rechtsanwalts. Die Anforderungen des Art. 8 EMRK an das Verfahren zur Aufhebung des Berufsgeheimnisses können damit im Rahmen einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung und Anwendung der deutschen Regelungen zur rechtsanwaltlichen Verschwiegenheitspflicht relevant werden.

## 2. *K. gegen Norwegen (Befangenheit von Geschworenen)*

### **EGMR, K. ./ Norwegen, 17.12.2015, Nr. 1176/10 – Verletzung von Art. 6 I EMRK**

Das Urteil betrifft die Befangenheit einer Geschworenen, der in einem Strafverfahren mit dem Opfer bekannt war.

1. *Sachverhalt*: Der Bf. wurde im Jahr 2008 wegen versuchter Vergewaltigung verurteilt. Dieses Urteil wurde durch das Berufungsgericht bestätigt und der Bf. (auch aufgrund anderer Delikte) zu einer einjährigen Freiheitsstrafe verurteilt. Während einer Pause im Verfahren vor dem Obergericht informierte eine Geschworene den vorsitzenden Richter darüber, dass sie

früher Kontakt mit dem Opfer der Straftat gehabt habe. Bei Fortsetzung des Verfahrens informierte der vorsitzende Richter die Verteidigung und die Staatsanwaltschaft über diesen Umstand. Der Verteidiger des Bf. beantragte daraufhin den Ausschluss der betreffenden Geschworenen. Aus den Gerichtsakten ergibt sich, dass der Verteidiger geltend machte, dass die betreffende Geschworene die Pflegemutter eines Kindes war, welches dieselbe Klasse wie das Opfer besuchte. Sie habe zu dem Opfer bei Geburtstagsfeiern in ihrem Haus Kontakt gehabt, jedoch keine darüber hinausgehende persönliche Beziehung. Sie habe den Eindruck gehabt, dass das Opfer ein ruhiges Kind gewesen sei. In weiterer Folge wurde die Geschworene nicht vom Verfahren ausgeschlossen und wirkte daran weiter mit. Das Obergericht begründete die Entscheidung im Wesentlichen damit, dass der Kontakt nur sporadisch und vor mehreren Jahren bestand. Der Eindruck der Geschworenen von dem Opfer sei nicht geeignet, die Beurteilung des konkreten Falles zu beeinflussen. Die Berufung des Bf., in der die Teilnahme der betreffenden Geschworenen gerügt wurde, wurde im Jahr 2009 vom Obersten Gerichtshof abgewiesen.

Der Bf. erhob Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK und machte eine Verletzung von Art. 6 I EMRK (hier: Recht auf ein faires Verfahren) geltend.

2. *Erwägungen des EGMR*: Der Gerichtshof stellt zunächst fest, dass im vorliegenden Fall insbesondere die Unparteilichkeit des Gerichts in Frage steht (Z. 47). Der vom Obersten Gerichtshof vertretenen Auffassung, dass frühere Kontakte zwischen dem Opfer und der Geschworenen für sich genommen keinen Ausschlussgrund bilden, schließt sich der Gerichtshof an; dies auch vor dem Hintergrund, dass die Kontakte bloß sporadisch waren und schon mehrere Jahre zurückliegen (Z. 52). Es sei problematischer, dass die Geschworene das Opfer als ruhige Person beschrieben habe. Dies sei nicht bloß ein oberflächlicher Eindruck gewesen; die Geschworene habe sich vielmehr aus ihrer Erfahrung ein Bild gemacht. Es bestehe zwischen den Parteien Einigkeit, dass dieses Bild nichts Negatives beinhalte (Z. 53). Die Mehrheitsauffassung im Obersten Gerichtshof habe die Auffassung vertreten, dass es sich bei der Beschreibung des Opfers durch die Geschworene um ein neutrales Werturteil gehandelt habe. Die Beschreibung sei keine Aussage über die Glaubwürdigkeit des Opfers und zeige auch keine Identifizierung mit dem oder Sympathie für das Opfer (Z. 54). Nach der Minderheitsauffassung im Obersten Gerichtshof sei die Beschreibung zwar nicht direkt auf die Glaubwürdigkeit des Opfers bezogen gewesen, jedoch sei die Beschreibung positiv besetzt und könne – unmittelbar nach der Befragung des Opfers in der Verhandlung – dazu führen, dass der Eindruck entstehe, dass man es mit einer Person zu tun habe, welche keine falschen Anschuldigungen machen würde. Demgegenüber sei es bloß von sekundärer Bedeutung, dass die Geschworene diesen Eindruck zum damaligen Zeitpunkt gehabt habe. Diese Nuance könne leicht überhört werden und daher der Eindruck entstehen, dass sich die Beschreibung auf den derzeitigen Charakter des Opfers beziehe (Z. 55). Der Gerichtshof erachtet es nicht als nötig, die genaue Bedeutung der – vagen und ungenauen – Beschreibung zu eruieren, stimmt aber mit der Minderheitsauffassung im Obersten Gerichtshof überein, dass der Zeitpunkt der Aussage relevant sei (Z. 56). Es sei insbesondere relevant, dass es sich um ein Werturteil über den Charakter des Opfers handle. Zwar seien der Inhalt und die Bedeutung der Aussage der Geschworenen für unterschiedliche Interpretationen offen; die Beschreibung sei jedoch jedenfalls nicht negativ. Die Aussage könne leicht als positive

Konnotation in Bezug auf das Opfer verstanden werden; dies sei geeignet, die Beurteilung der anderen Geschworenen in Bezug auf den Angeklagten [den Bf.] negativ zu beeinflussen. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Geschworene die Beschreibung nach den Aussagen des Opfers und des Angeklagten [des Bf.] im Verfahren tätigte und dies als Kommentar oder Reaktion auf die beiden Aussagen verstanden werden konnte. Es sei zudem signifikant, dass für das Obergericht die genannten Aussagen für die Schuld des Angeklagten entscheidend waren (Z. 57). Der Angeklagte [der Bf.] habe die berechtigte Befürchtung gehabt, dass die betreffende Geschworene eine vorgefasste Meinung habe, welche einen Einfluss auf die Schuldfrage haben könnte (Z. 58). Auch die Befangenheitsanträge der Verteidigung und der Ausdruck des Verständnisses durch die Staatsanwaltschaft seien zusammengenommen ein Indiz für die Bedeutung der Ereignisse im vorliegenden Fall (Z. 59). Es gebe keine Information darüber, dass der vorsitzende Richter beispielsweise versucht habe, die Geschworenen darauf hinzuweisen, dass ausschließlich die im Verfahren hervorgekommenen Fakten ausschlaggebend seien und sie sich durch keine anderen Faktoren beeinflussen lassen dürften. Die betreffende Geschworene habe nicht nur am Schuldspruch, sondern auch – durch Losentscheid – an der Bemessung der Strafhöhe mitgewirkt (Z. 60). Der kumulative Effekt all der vorgenannten Faktoren habe zu berechtigten Zweifeln an der Unparteilichkeit des Gerichtes Anlass gegeben. Es liege daher eine Verletzung von Art. 6 I EMRK vor (Z. 61).

3. *Beurteilung*: Die Entscheidung des EGMR könnte für die völkerrechtskonforme Auslegung der auch für Schöffen geltenden Befangenheitsvorschriften von Bedeutung sein. Während §§ 22 f. StPO jene Gründe aufzählt, bei deren Vorliegen ein Richter von der Ausübung des Richteramts *ex lege* ausgeschlossen ist, normiert § 24 StPO u.a. die Ablehnung eines Richters wegen Befangenheit. Nach § 24 II StPO ist ein Richter befangen, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen. Nach § 31 I StPO gelten u.a. diese Vorschriften auch für Schöffen. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass für Schöffen im Hinblick auf das Vorliegen von Befangenheit dieselben Maßstäbe gelten, wie für Berufsrichter und daher an die rechtliche Gesinnung und die Rechtstreue des Schöffen hohe Anforderungen zu stellen sind (*Cirener*, in Graf [Hrsg.], Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, 24. Edition, 2016, § 31 StPO, Rz. 3 m.w.N.). In der Rechtsprechung zur Befangenheit von Richtern und Schöffen findet sich – soweit ersichtlich – noch kein vergleichbarer Fall. In im weitesten Sinne ähnlichen Fällen wurde die Befangenheit eines Richters beispielsweise auch dann verneint, wenn dieser mit einer Prozesspartei früher befreundet bzw. eng bekannt war und in Hausgemeinschaft in einem Zwei-Familienhaus gelebt hat (NJW 1966, 160). Es müsse sich um eine nähere persönliche Beziehung handeln, welche nicht vor allzu langer Zeit bestanden habe (BGH 4.7.1957, IV ARZ 5/57).

3. *S. & A. gegen Portugal (Durchsuchung und Beschlagnahme elektronischer Daten in einer Rechtsanwaltskanzlei)*

**EGMR, S. & A. ./ Portugal, 3.9.2015, Nr. 27013/10 – Keine Verletzung von Art. 8 EMRK**  
**(siehe auch EGMR, V.C. ./ Frankreich, Urteil vom 2.4.2015, Nr. 60567/10 u. 63629/10)**

Das Urteil betrifft die Anforderungen aus Art. 8 EMRK an Durchsuchung und Beschlagnahme elektronischer Daten in einer Rechtsanwaltskanzlei.

1. *Sachverhalt*: Die Bf. sind eine Anwaltsgesellschaft mit Sitz in Lissabon einerseits und vier Anwälte bzw. Gesellschafter dieser Kanzlei andererseits. Im August 2006 eröffnete die „Zentralstelle für strafrechtliche Untersuchungen und Strafverfolgung (ZUS)“ strafrechtliche Ermittlungen gegen mehrere portugiesische und deutsche Staatsangehörige wegen des Verdachts der Begehung der Korruption, illegaler Interessenwahrnehmung und Geldwäsche bezüglich des Kaufs zweier Unterseeboote von einem deutschen Konsortium durch die portugiesische Regierung. Zwei Strafverfahren wurden eingeleitet. Eines betraf den Erwerb der Unterseeboote, das zweite beschäftigte sich mit den von dem Konsortium mutmaßlich in Aussicht gestellten Gegenleistungen. Beide Verfahren wurden unter der Aufsicht des Untersuchungsrichters der ZUS durchgeführt. Der Untersuchungsrichter erteilte der ZUS Durchsuchungsbefehle für die Geschäftslokale der Bf. Die elektronischen Datenbanken der Kanzleistandorte wurden anhand von Schlüsselwörtern durchsucht. Gegen den Anwalt einer Bf. wurde im Laufe der Untersuchungen Ermittlungen wegen Parteiverrats eröffnet. Die Bf. erhoben Einspruch gegen die Durchsuchungsmaßnahmen und brachten vor, die Methode der Verwendung von Schlüsselwörtern würde zu einer unverhältnismäßig großen Zahl von beschlagnahmten Dokumenten führen. Der Untersuchungsrichter ließ die Datenträger daraufhin vorübergehend versiegeln. Das Strafgericht zweiter Instanz wies den Einspruch der Bf. ab. Ein Verstoß gegen die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht sei nicht auszumachen. Ein dagegen erhobenes Rechtsmittel zum Verfassungsgerichtshof blieb ohne Erfolg. Die Datenträger wurden daraufhin geöffnet und gesichtet. Nach Anfertigung von Kopien wurden die Originale an die Bf. zurückgegeben. Im Zuge der Sichtung wurden zahlreiche Dateien mit Daten identifiziert, die der persönlichen oder anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht unterlagen. Der Untersuchungsrichter befahl deren Vernichtung. Die ZUS stellte nach Analyse der beschlagnahmten Daten die Ermittlungen ein. Das Strafverfahren wurde teilweise eingestellt, teilweise erfolgte ein Freispruch der Bf.

Gegen dieses Vorgehen der Behörden erhoben die Bf. Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK und machten eine Verletzung von Art. 8 EMRK durch die Durchsuchung der Kanzlei und die Beschlagnahme von Datenträgern und elektronischen Nachrichten geltend.

2. *Erwägungen des EGMR*: Der Gerichtshof weist sowohl die Einrede der Nichterschöpfung des Rechtsweges als auch jene der mangelnden Opfereigenschaft einiger Bf. zurück und erklärt die Beschwerde für zulässig.

Im Rahmen der Begründetheitsprüfung stellt der EGMR zunächst fest, die Durchsuchung und Beschlagnahme von Datenträgern und elektronischen Nachrichten stelle einen Eingriff in das Recht auf Achtung der Korrespondenz gemäß Art. 8 EMRK dar. Das portugiesische Recht habe vor Inkrafttreten des Gesetzes über Cyberkriminalität keine spezifischen Regelungen zur Durchsuchung und Beschlagnahme von elektronischen Datenträgern enthalten. Die Durchsuchung und Beschlagnahme des Briefverkehrs kenne die innerstaatliche Strafprozessordnung hingegen; auch spezielle Regelungen zur Durchsuchung von Anwaltskanzleien und zur Beschlagnahme von dort gelagertem Briefverkehr seien in der innerstaatlichen Rechtsordnung ebenso vorgesehen wie die Möglichkeit der Aufnahme von

Fotokopien der beschlagnahmten Dokumente in die Verfahrensakte bei Rückgabe der Originale. Auf Grundlage dieser Bestimmungen könne davon ausgegangen werden, dass der Eingriff gesetzlich vorgesehen war (Z. 94).

Die Maßnahmen hätten auch ein legitimes Ziel, die Verhütung von Straftaten, verfolgt (Z. 97). Zu prüfen sei, ob der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft unter Betrachtung der Umstände des Einzelfalles notwendig war. Hierzu sei von besonderer Bedeutung, ob die Gesetzgebung und Praxis in Portugal hinreichende Garantien gegen Missbrauch und Willkür vorgesehen hätten (Z. 98).

Die Kriterien zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit seien insbesondere die Umstände, unter denen die Genehmigung für eine Durchsuchung und Beschlagnahme erteilt worden sei, die anderen zur Verfügung stehenden Beweismittel, Inhalt und Ausmaß des Durchsuchungsbefehls, die Art und Weise der Durchführung der Durchsuchung, die Anwesenheit von unabhängigen Beobachtern sowie mögliche Rückwirkungen auf Arbeit und Ruf der betroffenen Person. Im Falle der Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei sei die Anwesenheit eines unabhängigen Beobachters notwendig, um sicherzustellen, dass Dokumente, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, nicht einbezogen würden. Außerdem sei eine effektive Kontrolle der Maßnahmen zu gewährleisten (Z. 100).

Im vorliegenden Fall hätten die Behörden den Durchsuchungsbefehl auf plausible Verdachtsmomente gestützt (Z. 101). Inhalt und Reichweite der Durchsuchungsmaßnahmen seien beschränkt gewesen (Z. 102). Die Durchsuchung der Computersysteme habe anhand einer Liste von Schlüsselwörtern stattgefunden. Darunter seien Wörter gewesen, die aufgrund ihrer allgemeinen Natur üblicherweise in einer auf das Finanzrecht spezialisierten Kanzlei ständig verwendet würden. Die Reichweite der Durchsuchungsbefehle sei daher sehr groß (Z. 103). Es müsse aber geprüft werden, ob der weite Umfang der Durchsuchungsbefehle durch adäquate und hinreichende Verfahrensgarantien ausgeglichen werden können, um Missbrauch und Willkür zu vermeiden und das Berufsgeheimnis der Anwälte zu schützen (Z. 104).

Die portugiesische Rechtsanwaltsordnung verbiete es, Dokumente zu beschlagnahmen, die der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht unterlägen, es sei denn, gegen den Rechtsanwalt sei ein Strafverfahren anhängig. Strafprozessordnung und Rechtsanwaltsordnung sähen außerdem einige Verfahrensgarantien für die Durchsuchung von Kanzleien vor. Hierzu gehöre die Anwesenheit des betroffenen Rechtsanwalts während der Durchsuchung, die Anwesenheit eines Vertreters der Rechtsanwaltskammer, die persönliche Überwachung der Durchsuchung bzw. Beschlagnahme durch den Untersuchungsrichter, die Möglichkeit der Einlegung eines Einspruchs durch den betroffenen Rechtsanwalt, die Versiegelung der Dokumente im Fall eines Einspruchs, die Erstellung eines Protokolls über alle Einzelheiten der Durchsuchung sowie die Löschung der persönlichen Daten, die das Berufsgeheimnis des Rechtsanwalts oder Dritte betreffen (Z. 105). Diese Garantien seien im vorliegenden Fall eingehalten worden (Z. 107). Der Untersuchungsrichter übernehme bei der Vorbereitung, Durchführung und Nachbereitung einer Durchsuchung von Rechtsanwaltskanzleien zu jedem Zeitpunkt die Funktion, die Maßnahmen zu überwachen. Er könne nach innerstaatlichem Recht im Anschluss unter gewissen Voraussetzungen die Vernichtung der beschlagnahmten

Unterlagen anordnen. Im vorliegenden Fall sei dies bezüglich zahlreicher Datenträger geschehen (Z. 110). Der Gerichtshof stellt klar, er setze sich nicht an die Stelle der innerstaatlichen Behörden bezüglich der Beurteilung der Relevanz von Beweisen im Strafverfahren. Der Untersuchungsrichter sei zwar zur relevanten Zeit der einzige gewesen, der für die sehr komplexen Angelegenheiten zuständig gewesen sei. Er sei jedoch in seiner Eigenschaft als Untersuchungsrichter eingeschritten, um die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen zu überprüfen und um den Schutz des Berufsgeheimnisses zu gewährleisten. Zudem habe er über keine Befugnis, eine Strafverfolgung einzuleiten, verfügt. Die Kontrolle durch den Untersuchungsrichter sei effektiv gewesen und daher nicht zu beanstanden (Z. 110).

Der Präsident des Strafgerichts zweiter Instanz habe den Einspruch der Bf. geprüft (Z. 111). Diese Prüfung sei darauf gerichtet gewesen, ein ernsthaftes Risiko einer Verletzung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses auszuschließen und neben der Kontrolle durch den Untersuchungsrichter eine zusätzliche Überprüfung zu gewährleisten. Diese Entscheidung über den Einspruch sei hinreichend begründet gewesen. Der Einspruch habe daher einen adäquaten und effektiven Rechtsbehelf dargestellt, welcher in Kombination mit der Prüfung durch den Untersuchungsrichter geeignet sei, die große Reichweite der Durchsuchungsbefehle auszugleichen und die Beschlagnahme von Dokumenten und Gegenständen zu verhindern, die dem Berufsgeheimnis unterliegen (Z. 112).

Was den Vorwurf der Bf. angehe, sie hätten die beschlagnahmten Originale nicht zurückerhalten und diese seien in einem Strafverfahren gegen einen Dritten verwendet worden, sei festzustellen, dass das portugiesische Recht keine sofortige Rückgabe vorsehe. Bei der Einstellung eines Strafverfahrens könne eine Akte innerhalb der für das betreffende Delikt vorgesehenen Verjährungsfrist aufbewahrt werden. Im vorliegenden Fall liege diese Frist bei fünfzehn bzw. zehn Jahren. Die Aufbewahrung einer Strafakte mit Beweisen werfe jedoch per se keine Frage nach Art. 8 EMRK auf, es sei denn sie enthalte persönliche Daten, was hier aber nicht gegeben sei (Z. 115). Auch die im internationalen Recht vorgesehenen Voraussetzungen für eine Verwendung von beschlagnahmten Daten in anderen Strafverfahren seien eingehalten worden. Die Kopien, die im Strafverfahren gegen einen Dritten verwendet worden seien, hätten eine enge Verbindung zur strafrechtlichen Untersuchung, der die strittigen Beschlagnahmen zugrunde gelegen hätten, aufgewiesen (Z. 118).

Ungeachtet des Umfangs der Durchsuchungsbefehle seien die den Bf. zur Verfügung stehenden Garantien des innerstaatlichen Rechts gegen Missbrauch, Willkür und Verstöße gegen das anwaltliche Berufsgeheimnis adäquat und ausreichend gewesen. Insbesondere diene hierzu die vom Untersuchungsrichter ausgeübte Kontrolle, welche durch die Intervention des Präsidenten des Strafgerichts zweiter Instanz nach Einspruch des Betroffenen ergänzt würde.

Die Durchsuchung und Beschlagnahme der Datenträger und elektronischen Nachrichten stelle somit keinen unverhältnismäßigen Eingriff dar. Art. 8 EMRK sei daher nicht verletzt.

3. *Beurteilung*: Die Entscheidung betrifft ähnlich wie das Urteil *B.F.B.V.-N. gegen Portugal* (EGMR, Urteil vom 1.12.2015, Nr. 69436/10) Anforderungen aus Art. 8 EMRK an strafrechtliche Ermittlungsmaßnahmen im Umfeld von Rechtsanwälten und das dadurch

entstehende Spannungsverhältnis zum anwaltlichen Berufsgeheimnis. Vorliegend geht es jedoch vorrangig um Durchsuchungsmaßnahmen in elektronischen Dokumenten innerhalb der Kanzlei.

Hierbei handelt es sich um eine Problematik, die seit einiger Zeit auch in Deutschland einige Aufmerksamkeit in der Rechtsprechung erfährt (vgl. u.a. BVerfG, Beschluss vom 12.4.2005, 2 BvR 1027/02; BVerfGE 113, 29; BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 31.8.2010, 2 BvR 223/10). Das BVerfG stellte fest, die Durchsuchung einer Anwaltskanzlei und Beschlagnahme von Akten verletze bei unzureichendem Tatverdacht und mangelnder Verhältnismäßigkeit den Betroffenen in Grundrechten aus Art. 2 I, Art. 13 I, Art. 14 I GG (BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 31.8.2010, 2 BvR 223/10).

Der Gerichtshof formuliert in der vorliegenden Einzelfallentscheidung sehr detailliert Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der Durchsuchung elektronischer Dokumente bei Berufsgeheimnisträgern. Insbesondere spielt die Durchsuchung von Datenträgern und elektronischen Nachrichten nach Stichwörtern als Methode eine Rolle, die der EGMR aufgrund ihrer großen Reichweite genau untersucht. Er formuliert sodann Anforderungen an die Garantien, die das Verfahren sichern müssen, um den weiten Umfang einer Durchsuchung mit allgemeinen Stichwörtern auszugleichen. Hierin können Anhaltspunkte für Abwägungsentscheidungen zwischen widerstreitenden Interessen im Einzelfall liegen.

In der deutschen Rechtsordnung kommt es, wie dargestellt, zu parallelen Konstellationen, deren Grundrechtskonformität nach Maßgabe der Grundrechte des GG zu überprüfen ist. Für eine völkerrechtskonforme Auslegung der grundgesetzlichen Bestimmungen in diesen Fallkonstellationen können die Erwägungen des EGMR relevant werden.

#### 4. *Y. gegen Slowenien (Opferschutz bei Strafverfahren betreffend Sexualdelikte)*

##### **EGMR, Y. ./ Slowenien, 28.5.2015, Nr. 41107/10 – Verletzung von Art. 3 und 8 EMRK**

Das Urteil betrifft den Schutz des Privatlebens des Opfers eines behaupteten sexuellen Missbrauchs in einem Strafverfahren.

1. *Sachverhalt*: Im Jahr 2001 sei die zum damaligen Zeitpunkt 14-jährige Bf. von einem Freund der Familie (X) sexuell missbraucht worden. Die Mutter der Bf. hat im Jahr 2002 Strafanzeige gegen X erstattet, woraufhin die Bf. zu den Vorwürfen befragt wurde und diese angab, in welcher Form X sie zu sexuellen Handlungen gezwungen habe. Im Jahr 2003 beantragte die Staatsanwaltschaft die Eröffnung einer strafrechtlichen Untersuchung gegen X wegen des Verdachts des sexuellen Missbrauchs von Minderjährigen unter 15 Jahren. Im Jahr 2005 leitete ein Untersuchungsrichter eine strafrechtliche Untersuchung ein. Im Jahr 2006 erhob die Staatsanwaltschaft wegen des obengenannten Verdachts Anklage gegen X. Im Zuge der mündlichen Verhandlungen in den Jahren 2008 und 2009 befragte X die Bf. persönlich und stellte ihr dabei mehr als 100 Fragen, die in der Regel mit einer Frage (z.B.: „Ist es wahr, dass du mir erzählt und auch gezeigt hast, dass du auf Kommando weinen kannst und dir dann alle glauben?“) eingeleitet wurden. Die mündliche Verhandlung wurde mehrmals unterbrochen, weil die Bf. zu weinen begonnen hatte. Zum Teil wiederholte X bestimmte

Fragen und wurde deswegen vom vorsitzführenden Richter ermahnt; einige Fragen wurden als unzulässig erklärt, weil sie mit dem konkreten Fall nichts zu tun hätten. In einer Verhandlungspause fragte X die Bf., ob sie sich besser fühlen würde, wenn sie gemeinsam dinieren würden, so wie sie es früher getan hätten, dann würde sie vielleicht nicht mehr so viel weinen. Ein Antrag des Anwalts der Bf. auf Ausschluss eines Verteidigers von X, weil dieser bereits im Jahr 2001 von der Bf. und ihrer Mutter bezüglich der Vorfälle konsultiert wurde, wurde abgewiesen. X wurde schließlich im Jahr 2009 *in dubio pro reo* freigesprochen. Die von der Bf. dagegen erhobenen Rechtsmittel blieben erfolglos.

Die Bf. erhob Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK und machte eine Verletzung der Art. 3, 8 und 13 EMRK geltend.

2. *Erwägungen des EGMR*: Der Gerichtshof stellt zunächst fest, dass im vorliegenden Fall die innerstaatlichen Gerichte mit der schwierigen Aufgabe befasst waren, einen Fall von (behauptetem) sexuellen Missbrauch auf Basis widersprechender Aussagen und jegliche physische Beweise für die Version der Bf. bzw. des X zu entscheiden (Z. 97). Aufgrund der Umstände des Falles hält es der Gerichtshof nicht für unangemessen, dass sich das erstinstanzliche Gericht weigerte, zusätzliche Beweise aufzunehmen und es den objektiven medizinischen Beleg der [einen sexuellen Missbrauch ausschließenden] Behinderung des X als entscheidenden Faktor wertete (Z. 98). Indes sei das Verfahren zum Teil von längerer kompletter Inaktivität geprägt gewesen. Die Polizei habe der Staatsanwaltschaft die Strafanzeige der Mutter der Bf. erst ein Jahr nach Aufnahme der polizeilichen Ermittlungen übermittelt und auch dies erst nach Aufforderung der Staatsanwaltschaft. Wenngleich die Staatsanwaltschaft umgehend die Einleitung einer strafrechtlichen Untersuchung gegen X verlangt habe, habe der Untersuchungsrichter erst 21 Monate später über den Antrag entschieden. Die Hauptverhandlung sei gesetzwidrig erst acht Monate nach Erhebung der Anklage angesetzt worden. Aufgrund mehrerer Vertagungen habe die erste Gerichtsverhandlung erst eineinhalb Jahre nach der Anklage stattgefunden. Zwischen Erstattung der Anklage und Fällung des erstinstanzlichen Urteils seien sieben Jahre vergangen. Es möge zwar nicht zu beurteilen sein, inwieweit diese Verzögerungen den Ausgang des Strafverfahrens in irgendeiner Weise negativ beeinflussten, jedoch stehe fest, dass diese Verzögerungen mit dem prozessualen Erfordernis der zügigen Führung des Verfahrens unvereinbar seien (Z. 99). Es liege daher eine Verletzung der prozessualen Pflichten des Mitgliedstaates nach Art. 3 EMRK vor (Z. 100).

Bei der Prüfung einer Verletzung von Art. 8 EMRK hebt der Gerichtshof zunächst hervor, dass insbesondere Strafverfahren in Zusammenhang mit Sexualdelikten eine Tortur für die Opfer darstellten; dies insbesondere dann, wenn das Opfer mit dem Angeklagten konfrontiert werde. Dies treffe umso mehr zu, wenn das Opfer noch minderjährig ist. In diesen Fällen sei es daher geboten, gewisse Schutzmaßnahmen zu treffen, soweit diese mit einer angemessenen und effektiven Ausübung der Verteidigungsrechte vereinbar seien (Z. 103). Der Gerichtshof betont, dass derartige Fälle einer Abwägung der Rechte des Angeklagten nach Art. 6 III lit. d EMRK mit den Opferrechten nach Art. 8 EMRK in der Regel von den Angeklagten an den Gerichtshof herangetragen würden. Hier liege der umgekehrte Fall vor. Bei der Beurteilung seien die in einschlägigen völkerrechtlichen Dokumenten niedergelegten Kriterien zu



beachten (Z. 104). Im vorliegenden Fall sei im Hinblick auf die Rechte der Bf. zunächst festzuhalten, dass die Aussage der Bf. im Strafverfahren der einzige direkte Beweis gewesen sei. Die anderen Beweise würden miteinander in Widerspruch stehen. Das Interesse der Verteidigung an einem fairen Verfahren hätte es in diesem Lichte gefordert, die – zu diesem Zeitpunkt nicht mehr minderjährige – Bf. in ein Kreuzverhör nehmen zu können. Es sei dennoch zu prüfen, ob die Art und Weise der Einvernahme der Bf. ein faires Gleichgewicht zwischen der persönlichen Integrität der Bf. und der Verteidigungsrechte des Angeklagten gewahrt hat (Z. 105). In Strafverfahren im Zusammenhang mit Sexualdelikten sei zu beachten, dass eine direkte Konfrontation zwischen dem Angeklagten und seinen vermuteten Opfern zu einer schweren Traumatisierung letzterer führen könne. Ein vom Angeklagten durchgeführtes Kreuzverhör sei daher von den innerstaatlichen Gerichten einer besonders sorgfältigen Beurteilung zu unterziehen; dies umso mehr, je intimer die hierbei gestellten Fragen seien (Z. 106). Der Gerichtshof hält für den vorliegenden Fall fest, dass sich die Befragung der Bf. über vier mündliche Verhandlungen im Verlauf von sieben Monaten erstreckte. Dies sei schon für sich genommen ein Problem, zumal kein Grund für die längeren zeitlichen Abstände zwischen den einzelnen mündlichen Verhandlungen vorliege. Der ansonsten anwaltlich vertretene Angeklagte habe die Bf. zwei Mal persönlich ins Kreuzverhör genommen und die meisten seiner Fragen seien klar persönlicher Natur gewesen (Z. 107). Manche der – zum Teil wiederholten – Fragen seien in suggestiver Art und Weise gestellt worden. Die Glaubwürdigkeit der Antworten der Bf. seien vom Angeklagten ständig in Frage gestellt worden und dieser habe seine eigene Sicht der Dinge präsentiert. Die Verteidigung dürfe zwar in einem gewissen Umfang die Vertrauens- und Glaubwürdigkeit der Bf. in Zweifel ziehen, jedoch dürfe ein Kreuzverhör niemals als Einschüchterungs- oder Erniedrigungsmittel von Zeugen dienen. Im vorliegenden Fall hätten einige der Fragen und Bemerkungen des Angeklagten nicht bloß darauf abgezielt, die Glaubwürdigkeit der Bf. zu erschüttern, sondern ihren Charakter herabzusetzen (Z. 108). Es sei Aufgabe des vorsitzenden Richters gewesen, die persönliche Integrität der Bf. zu wahren. Aufgrund der konkreten Situation hätten die Fragen des Angeklagten überwacht werden müssen bzw. hätte der vorsitzende Richter einschreiten müssen. Insgesamt hätten die Fragen des Angeklagten jenes Maß überschritten, welches für eine effektive Verteidigung notwendig wäre. Auch im Hinblick auf den an sich weiten Spielraum für die konkrete Ausgestaltung des Kreuzverhörs hätte ein Eingreifen des vorsitzenden Richters die Verteidigungsrechte des Angeklagten nicht ungebührlich geschmälert (Z. 109). Im Zusammenhang mit dem beantragten und schließlich nicht durchgeführten Ausschluss eines der Verteidiger des Angeklagten hätte nach Auffassung des Gerichtshofes berücksichtigt werden müssen, dass die Bf. und deren Mutter bereits im Jahr 2001 wegen der in Rede stehenden Vorwürfe Kontakt mit diesem Verteidiger aufgenommen hätten. Die negativen Auswirkungen eines Kreuzverhörs durch diesen Verteidiger würden – wenn man annimmt, dass das Vorbringen der Bf. zutreffend ist – jene Auswirkungen übersteigen, die ein Kreuzverhör durch einen anderen Verteidiger gehabt hätte. Die Anwendung der Vorschriften des slowenischen Rechts in Zusammenhang mit dem Ausschluss eines Verteidigers hätten den Interessen der Bf. nicht genügend Rechnung getragen (Z. 110 f.). Im Zusammenhang mit den Vorwürfen der Bf., der sie untersuchende gynäkologische Sachverständige hätte ihr im Zuge der Untersuchung – ohne Zusammenhang mit dem Fall – vorwurfsvolle Fragen gestellt, betont der Gerichtshof die Verantwortung der

öffentlichen Stellen zu gewährleisten, dass auch andere Teilnehmer am Strafverfahren die Opfer und anderen Zeugen mit Würde und Anstand behandeln und sie keinen unnötigen Unannehmlichkeiten aussetzen (Z. 112). Der gynäkologische Sachverständige habe die Bf. gefragt, warum sie sich nicht stärker zur Wehr gesetzt habe; dies sei eine Angelegenheit, die mit der von ihm zu untersuchenden Frage nichts zu tun gehabt hätte. Die Fragen und Anmerkungen sowie die rechtliche Schlussfolgerung des gynäkologischen Sachverständigen hätten sowohl seine medizinische Expertise, als auch sein Mandat überschritten. Es habe den Eindruck, dass der gynäkologische Sachverständige für Befragungen von Opfern von Sexualdelikten nicht geschult gewesen sei. Es sei daher von Relevanz, dass die Bf. dadurch in eine Defensivposition gebracht worden sei und ihr dies unnötigen, zusätzlichen Stress im Strafverfahren verursacht habe (Z. 113). Der Gerichtshof erkennt die schwierige Aufgabe der innerstaatlichen Stellen und insbesondere des vorsitzenden Richters im vorliegenden Fall, die widerstreitenden Interessen der Bf. und des Angeklagten in Einklang zu bringen, an. Es seien auch einige Maßnahmen getroffen worden, um eine weitere Traumatisierung der Bf. zu vermeiden (z.B. der Ausschluss der Öffentlichkeit von der mündlichen Verhandlung). Jedoch seien die vorherige Beziehung zwischen der Bf. und dem Angeklagten, der intime Charakter der Angelegenheit sowie ihr junges Alter besonders sensible Punkte, die eine entsprechende Führung des Strafverfahrens verlangt hätten. Der kumulative Effekt der vorgenannten Faktoren, der sich nachteilig auf die persönliche Integrität der Bf. auswirken würde, übersteige bei weitem jenes Ausmaß an Unbehaglichkeit, welches das Opfer eines Sexualdeliktes erdulden müsse (Z. 114). Der Gerichtshof vertritt daher die Auffassung, dass im konkreten Strafverfahren der Bf. kein angemessener Schutz gewährt wurde, um ein angemessenes Gleichgewicht zwischen ihren Rechten nach Art. 8 EMRK und den Verteidigungsrechten des Angeklagten nach Art. 6 EMRK herzustellen (Z. 115). Es liege daher eine Verletzung von Art. 8 EMRK vor (Z. 116).

3. *Beurteilung*: Die Wahrung der persönlichen Integrität von Opfern von Sexualdelikten unter Abwägung mit den Verteidigungsrechten des Angeklagten ist auch in Deutschland eine Herausforderung insbesondere für die Strafgerichte. In den letzten Jahrzehnten wurde der Opferschutz ausgeweitet: So beschränkt § 68a I StPO das Fragerecht gegenüber Zeugen (und damit auch den Opfern der Straftat) aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes. So dürfen Fragen nach Tatsachen, die den persönlichen Lebensbereich des Zeugen betreffen, nur dann gestellt werden, wenn es unerlässlich ist. Diese Bestimmung ist insbesondere im Sexualstrafrecht von Bedeutung und soll u.a. verhindern, dass Opferzeugen ohne erkennbaren Zusammenhang mit dem Tatgeschehen ausschweifend über ihr Sexualleben befragt werden können (*Monka*, in Graf [Hrsg.], Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, 24. Edition, 2016, § 68a StPO, Rz. 3). Die Wirksamkeit dieser Regelung in der Praxis wird mitunter skeptisch gesehen (vgl. z.B. *Herrmann*, Die Entwicklung des Opferschutzes im deutschen Strafrecht und Strafprozessrecht – Eine unendliche Geschichte, ZIS 2010, 236 [238 f.]). Eine weitere Regelung betrifft die Möglichkeit der Entfernung des Angeklagten, wenn bei der Vernehmung einer Person unter 18 Jahren als Zeuge in Gegenwart des Angeklagten ein erheblicher Nachteil für das Wohl des Zeugen zu befürchten ist oder wenn bei einer Vernehmung einer anderen Person als Zeuge in Gegenwart des Angeklagten die dringende Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für ihre Gesundheit besteht (§ 247 S. 2 StPO). Zudem bestehen vielfältige Möglichkeiten einer Aufzeichnung von Zeugenaussagen

bzw. einer audiovisuellen Zeugenvernehmung (näher *Herrmann*, ZIS 2010, 239). Unter bestimmten Umständen kann die Öffentlichkeit von der Verhandlung ausgeschlossen werden, wobei u.a. bei Verfahren wegen Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung Sonderregelungen gelten (§ 171b II GVG). Das Urteil des EGMR ist für die völkerrechtskonforme Auslegung der genannten sowie weiterer einschlägiger Bestimmungen – z.B. der Regelung über Kreuzverhöre (§§ 139, 141 StPO) – relevant.

## II. Arbeitsrecht

### 5. C. gegen Griechenland (Rückzahlung von Ausbildungskosten)

#### **EGMR, C. ./.. Griechenland, 4.6.2015, Nr. 51637/12 – Verletzung von Art. 4 II EMRK**

Das Urteil betrifft die Pflicht zur Rückzahlung von Ausbildungskosten bei vorzeitigem Abbruch einer vereinbarten Pflichtarbeit beim Militär im Anschluss an die Ausbildung.

1. *Sachverhalt*: Der Bf. hatte im Jahr 1986 eine Ausbildung in der medizinischen Abteilung der Militäroffiziersschule der griechischen Armee begonnen und empfing sowohl Bezüge als auch soziale Vergünstigungen. Er erhielt sechs Jahre lang eine kostenlose Ausbildung an der medizinischen Fakultät der Universität Thessaloniki. Diese schloss er mit der Anerkennung als Mediziner des Militärs ab. Der Bf. war mit Beginn dieser Ausbildung die Verpflichtung eingegangen, für die dreifache (nach einer Änderung der Regelung: für die zweifache) Dauer seiner Ausbildung im Militär zu dienen. Nach einigen Jahren erhielt er zudem eine Facharztausbildung in einem allgemeinen Krankenhaus unter Beibehaltung seiner Bezüge vom Militär. Die Verpflichtungsdauer erhöhte sich dadurch um weitere fünf Jahre. Im Jahr 2006 verließ er mit 37 Jahren das Militär als Anästhesist und Oberst. Die restliche Dauer der noch zu leistenden Dienstpflicht betrug neun Jahre, vier Monate und zwölf Tage. Alternativ hatte er die Möglichkeit, eine entsprechende Summe an den Staat als Ersatzleistung zu zahlen. Nach gerichtlichen Auseinandersetzungen über die Höhe der Ersatzleistung wurde die Ersatzsumme erheblich herabgesetzt, sodass der Bf. letztlich 50.000 Euro an den griechischen Staat zu zahlen hatte. Der Bf. erhob hiergegen Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK und machte eine Verletzung von Art. 4 EMRK geltend. Der Bf. macht geltend, es handele sich bei der ihm auferlegten Dienstverpflichtung um eine verbotene Zwangs- bzw. Pflichtarbeit im Sinne des Art. 4 II EMRK.

2. *Erwägungen des EGMR*: Der EGMR stellt zunächst fest, dass anders als der (Pflicht-) Wehrdienst der freiwillige Militärdienst nicht nach Art. 4 III lit. b EMRK vom Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit gemäß Art. 4 III EMRK ausgenommen sei. Aus der Gesamtheit der Bestimmung und ihrem Kontext ergebe sich, dass nur der verpflichtende Militärdienst von der Ausnahmebestimmung des Art. 4 III lit. b EMRK erfasst sei. Die Erwähnung der Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen, die nur bei verpflichtendem Wehrdienst stattfinden könne, sowie dessen ausdrückliche Nennung im Wortlaut bedeute eine Begrenzung der Ausnahme auf diesen. Außerdem sei Art. 4 III lit. b als Ausnahmebestimmung ohnehin eng auszulegen. Dies entspreche auch dem ILO-Übereinkommen Nr. 29, Art. 1 II ESC und der Empfehlung CM/Rec (2010)4 des Ministerkomitees des Europarates (Z. 79 ff.). Der Militärdienst von Berufssoldaten sei von Art. 4 III lit. b EMRK mithin nicht erfasst (Z. 87).

Der Gerichtshof stellt sodann fest, die Verpflichtung der Soldaten, nach ihrer Ausbildung eine bestimmte Zeit dem Militär zu dienen, sei ihrer Aufgabe angemessen. Die Dauer der Verpflichtung und die Modalitäten der Auflösung der Verpflichtungsvereinbarung lägen im Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten. Das Anliegen des Staates, seine Investition in die

Ausbildung der Offiziere und Ärzte durch Regelung einer gewissen Periode der Dienstpflicht und einer Entschädigungszahlung im Falle der Auflösung der Vereinbarung nach Abschluss der Ausbildung zu sichern, sei gerechtfertigt (Z. 94). Dies diene zudem der Vermeidung eines massenhaften Austritts der ausgebildeten Ärzte aus dem Militär sowie der Aufrechterhaltung der Verteidigungsfähigkeit des Landes (Z. 95).

Nach der Rechtsprechung im Fall *V.d.M. gegen Belgien* (EGMR, Urteil vom 23.11.1983, Nr. 8919/80) liege eine Verletzung des Art. 4 II EMRK dann vor, wenn ein zu verrichtender Dienst, der geleistet werden müsse, um einen Berufszugang zu erhalten, eine derartige Belastung darstelle, die so exzessiv und unverhältnismäßig zu den in der Zukunft entstehenden Vorteilen sei, dass nicht anzunehmen ist, dass der Betroffene sich „freiwillig im Voraus zur Verfügung gestellt“ habe (Z. 97). Festzuhalten sei für den vorliegenden Fall jedoch, dass das griechische Recht dem Betroffenen die Wahl lasse, entweder für die Dauer der Verpflichtung als Arzt in der Armee zu dienen oder das Militär vorzeitig zu verlassen und eine Entschädigung für die Ausbildung zu zahlen (Z. 98). Die Militärmediziner genossen Vorteile, die zivilen Medizinstudenten nicht zuteil würden. Hierzu gehörten die Arbeitsplatzsicherheit und das ausgezahlte Gehalt während des Studiums. Die Verpflichtung, bei vorzeitigem Austritt aus dem Militär eine Ersatzleistung zu zahlen, rechtfertige sich vor diesem Hintergrund unzweifelhaft (Z. 100).

Die Summe der Zahlung sei auf einen Wert festgelegt worden, der etwa zwei Drittel dessen ausmache, was der Bf. während seiner Ausbildung erhalten habe. Die Höhe der Zahlungspflicht sei daher verhältnismäßig (Z. 104). Trotz einer gerichtlich angeordneten Aussetzung der Vollziehung der Zahlungspflicht und trotz einer gerichtlich viel geringer festgesetzten Höhe der Zahlungsverpflichtung hätten die Finanzbehörden jedoch die Rückzahlung der gesamten Summe der Ausbildungskosten sowie eine erhebliche Summe an Verzugszinsen verlangt. Um weiter ansteigende Zinsen und Verzugsgebühren zu mindern, habe der Bf. die gesamte Summe eingezahlt. Der EGMR geht davon aus, der Bf. habe, den Umständen des Einzelfalles nach zu urteilen, keine andere Möglichkeit gehabt und sei zur Einzahlung der gesamten Summe gezwungen gewesen (Z. 105 ff.). In der Verpflichtung des Bf. unverzüglich die gesamte Summe, die um die Verzugszinsen gestiegen war, zu zahlen, hätten die Finanzbehörden dem Bf. eine unverhältnismäßige Last auferlegt. Eine Verletzung des Art. 4 II EMRK sei daher gegeben (Z. 109).

3. *Beurteilung*: Das Urteil im Fall *C. gegen Griechenland* ist einerseits wegen seiner Erwägungen zur Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung des Art. 4 III lit. b EMRK auf den freiwilligen Militärdienst im Vergleich mit der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes von allgemeiner Bedeutung. Andererseits spielt die Frage der Rückzahlung von Ausbildungskosten nach einer Ausbildung beim Militär auch in Deutschland eine Rolle. Über ähnliche Fragestellungen hatte das BAG im Jahr 2014 zu entscheiden (BAG, Urteil vom 18.3.2014, 9 AZR 545/12). Für diesen Kontext könnten insbesondere die Ausführungen des EGMR zum konventionskonformen Umgang mit Härten im Einzelfall von Bedeutung sein. Die Anforderungen des BAG im genannten Urteil an einen gerechten Interessenausgleich in diesen Fällen entsprechen im Wesentlichen auch jenen des EGMR. Für den Umgang mit Härtefällen stellt der EGMR neue Kriterien auf. Für eine völkerrechtskonforme Auslegung

und Anwendung der relevanten innerstaatlichen Bestimmungen in diesen Fällen, insbesondere für die Auflösung der widerstreitenden Interessenlage im konkreten Einzelfall, sind die Erwägungen des Gerichtshofes daher von Bedeutung.

### III. Familienrecht

#### 6. *O. u.a. gegen Italien (gleichgeschlechtliche Partnerschaften)*

#### **EGMR, O. u.a. ./ Italien, 21.7.2015, Nr. 18766/11, 36030/11 – Verletzung von Art. 8 EMRK**

Das Urteil betrifft das Recht auf rechtliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften.

1. *Sachverhalt*: Die Bf. sind sechs in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften lebende Personen. Herr O. und sein Partner leben in einer stabilen Partnerschaft und beantragten im Jahr 2008 die für eine Eheschließung notwendigen Dokumente. Dieser Antrag wurde im selben Jahr abgewiesen; diese Entscheidung wurde vom Gericht erster Instanz bestätigt. Das Berufungsgericht teilte zwar die Auslegung der einschlägigen Bestimmungen des italienischen Zivilgesetzbuches, jedoch legte es dem italienischen Verfassungsgericht die Frage vor, ob das Verbot der gleichgeschlechtlichen Ehe verfassungskonform sei. Das italienische Verfassungsgericht erklärte im Jahr 2010 die Anfechtung für unzulässig: Zwar hätten gleichgeschlechtliche Paare das Recht auf rechtliche Anerkennung ihrer Partnerschaft, jedoch müsse dies nicht im Rahmen der Ehe erfolgen. Der verfassungsrechtliche Begriff der Ehe könne nicht dergestalt ausgedehnt werden, dass damit auch gleichgeschlechtliche Partnerschaften umfasst wären. Aufgrund dieser verfassungsgerichtlichen Entscheidung wurde die Berufung von Herrn O. und seinem Partner abgewiesen. Die anderen Bf. im vorliegenden Fall leben ebenfalls in stabilen gleichgeschlechtlichen Partnerschaften; in einem Fall wurde auf ein Rechtsmittel gegen die Verweigerung der Eheschließung im Hinblick auf die vorgenannte verfassungsgerichtliche Entscheidung verzichtet, während im anderen Fall ein erhobenes Rechtsmittel gegen die Verweigerung der Eheschließung unter Hinweis auf die vorgenannte verfassungsgerichtliche Entscheidung abgewiesen wurde und dagegen keine weiteren Rechtsmittel erhoben wurden.

Die Bf. erhoben Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK und machten jeweils eine Verletzung des Art. 8 und 12 EMRK (jeweils in Verbindung mit Art. 14 EMRK) geltend.

2. *Erwägungen des EGMR*: Der Gerichtshof stellt zunächst fest, dass die Tatsachen des vorliegenden Falles sowohl unter den Begriff des „Privatlebens“ als auch unter Begriff des „Familienlebens“ i.S.d. Art. 8 EMRK fallen und die Beschwerde zulässig ist (Z. 103 f.). In weiterer Folge legt der Gerichtshof seine allgemeinen Grundsätze im Hinblick auf die aus Art. 8 EMRK resultierenden positiven Verpflichtungen dar (Z. 159-162) und stellt seine jüngere einschlägige Rechtsprechung dar (Z. 163 f.).

Der Gerichtshof betont, dass gleichgeschlechtliche ebenso wie verschiedengeschlechtliche Paare in der Lage seien, eine stabile Beziehung einzugehen. Gleichgeschlechtliche Paare seien daher in Bezug auf die rechtliche Anerkennung und den rechtlichen Schutz ihrer Partnerschaft in einer ähnlichen Lage wie verschiedengeschlechtliche Paare (Z. 165). Die Bf. im vorliegenden Fall hätten keinen Zugang zu einem geeigneten rechtlichen Rahmen gehabt (Z. 167). Der Gerichtshof hält fest, dass der derzeitige Status der Bf. nach italienischem Recht

nur als „de facto“-Verbindung beschrieben werden kann, die durch diverse privatrechtliche Verträge nur in beschränktem Umfang geregelt werden kann. Einige dieser privatrechtlichen Vereinbarungen würden aus verschiedenen Gründen die grundlegenden Anforderungen an die Regulierung einer stabilen und verbindlichen Beziehung nicht erfüllen (Z. 169). Zwar zeige die innerstaatliche Rechtsprechung, dass die Anerkennung einiger Rechte strikt beachtet werde; andere Angelegenheiten in Zusammenhang mit gleichgeschlechtlichen Partnerschaften würden jedoch unklar bleiben. Die Gerichte würden von Fall zu Fall entscheiden (Z. 170). Selbst die gewöhnlichsten „Bedürfnisse“ in Zusammenhang mit gleichgeschlechtlichen Partnerschaften müssten gerichtlich festgestellt werden. Diese beständige Befassung der innerstaatlichen Gerichte stelle eine nicht unerhebliche Hürde für die Bemühungen der Bf. dar, die Achtung ihres Privat- und Familienlebens zu erreichen (Z. 171). Der Gerichtshof beobachtet ein Auseinanderklaffen von sozialer Realität und Rechtslage und betont, dass eine Anerkennung und ein Schutz gleichgeschlechtlicher Beziehungen dem italienischen Staat keine besondere Bürde auferlegen würde (Z. 173). Angesichts der Unmöglichkeit eine Ehe einzugehen, sei das Interesse der betroffenen Personen an einer Zivilunion bzw. einer eingetragenen Partnerschaft mit für eine stabile und verbindliche Partnerschaft maßgeblichen Kernrechten besonders hoch (Z. 174). Der Gerichtshof hebt hervor, dass auf ein faires Gleichgewicht der widerstreitenden Interessen der Gemeinschaft und des Einzelnen zu achten sei (Z. 175). Die Mitgliedstaaten hätten bei der Ausgestaltung des genauen Status, der durch alternative Formen der Anerkennung verliehen werde, einen gewissen Gestaltungsspielraum. Im vorliegenden Fall geht es indes nur um das generelle Bedürfnis nach rechtlicher Anerkennung und den grundsätzlichen Schutz der Bf. als gleichgeschlechtliche Paare. Dies seien Facetten der Existenz und Identität des Einzelnen, auf die der relevante Gestaltungsspielraum anzuwenden sei (Z. 177). Der Gerichtshof beobachtet zudem eine europa- bzw. weltweite Tendenz zur rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften (Z. 178). Grundsätzlich sei die Regierung des Mitgliedstaates besser in der Lage, die Interessen der Gemeinschaft einzuschätzen. Im vorliegenden Fall scheine die italienische Gesetzgebung den Hinweisen der nationalen Gemeinschaft, auch der Bevölkerung und der höchsten gerichtlichen Instanzen, keine besondere Bedeutung zugemessen zu haben (Z. 179). Insbesondere das italienische Verfassungsgericht habe wiederholt die rechtliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften gefordert; dies könne nur von der Gesetzgebung umgesetzt werden (Z. 180). Im vorliegenden Fall fehle ein überwiegendes Interesse der Gemeinschaft, gegen das die bedeutsamen Interessen der Bf. abgewogen werden müssten. Deshalb und auch aufgrund der Schlussfolgerungen der innerstaatlichen Gerichte habe die italienische Gesetzgebung ihren Gestaltungsspielraum überschritten und es verabsäumt, ihre positiven Verpflichtungen zu erfüllen, um sicherzustellen, dass für die Bf. ein spezieller rechtlicher Rahmen verfügbar sei, der Anerkennung und Schutz ihrer gleichgeschlechtlichen Beziehungen biete (Z. 185). Es liege daher eine Verletzung von Art. 8 EMRK vor.

Im Hinblick auf Art. 12 EMRK hebt der Gerichtshof hervor, dass sich trotz einer graduellen Entwicklung in den Mitgliedstaaten in Bezug auf die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, das Urteil *S. und K. gegen Österreich* (EGMR, Urteil vom 24.6.2010, Nr. 30141/04) weiterhin relevant bleibe. Art. 12 EMRK verpflichte die Mitgliedstaaten daher nicht, die Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen (Z. 192).



Die Beschwerde sei daher sowohl unter Art. 12 EMRK alleine als auch unter Art. 14 i.V.m. Art. 12 EMRK als unzulässig zurückzuweisen (Z. 194).

3. *Beurteilung*: Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften wird in Deutschland seit dem Jahr 2001 – so die Partner eine rechtliche Absicherung ihrer Beziehung wünschen – maßgeblich durch das Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG) bestimmt. Dieses Rechtsinstitut wurde in den Rechtsfolgen zwischenzeitlich weitestgehend der – ausschließlich verschiedengeschlechtlichen Paaren offenstehenden – Ehe nachgebildet. Das Urteil des EGMR betont den Gestaltungsspielraum der Gesetzgebung in diesem Bereich und erachtet es lediglich als geboten, eine Form der rechtlichen Absicherung von gleichgeschlechtlichen Partnerschaften vorzusehen, welche bestimmte – allerdings nicht näher definierte – Kernrechte gewährleistet.

#### 7. *P.E. und R.F. gegen Portugal (Verfahren der Kindesrückführung nach HKÜ)*

#### **EGMR, P.E. und R.F. ./ Portugal, 5. 2. 2015, Nr. 66775/11 – Verletzung von Art. 8 EMRK**

Das Urteil betrifft prozessuale Anforderungen aus Art. 8 EMRK an das Verfahren der Kindesrückführung nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen.

1. *Sachverhalt*: Die beiden Bf. wurden in den Jahren 2006 und 1978 geboren und leben in Portugal. Die erste Bf. entstammt einer Beziehung der zweiten Bf. mit einem Mann südafrikanischer und zypriotischer Staatsangehörigkeit. Im Jahr 2007 zog die Familie nach Zypern. Im Jahr 2009 unternahm die Mutter mit dem Einverständnis des Vaters eine Reise mit der Tochter nach Portugal und wollte etwa zwei Wochen später zurückkehren. Am Tag der geplanten Rückreise informierte die Bf. ihren Lebensgefährten, dass sie in Portugal bleibe und nicht nach Zypern zurückkehre. Die Bf. ließen sich in Portugal nieder. Der Vater des Kindes stellte einen Antrag an die zypriotischen Behörden auf Rückführung seiner Tochter nach Zypern nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen (HKÜ). Diesen Antrag leiteten die zypriotischen Behörden an die zuständigen portugiesischen Behörden weiter. Das zuständige portugiesische Gericht gab dem Antrag auf Rückführung des Kindes statt. Das Zurückhalten des Kindes in Portugal sei gemäß Art. 3 lit. b HKÜ widerrechtlich, da das Sorgerecht im Zeitpunkt des Verbringens gemeinsam ausgeübt worden sei und der Vater einer Niederlassung des Kindes in Portugal nicht zugestimmt hatte. Das Gericht ordnete die Rückführung des Kindes an. Die zweite Bf. legte hiergegen Rechtsmittel ein. In letzter Instanz wurde die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts jedoch bestätigt und die Rückführung des Kindes angeordnet. Nach letzten Informationen vom 16.5.2014 hielt sich das Kind noch immer mit der Mutter, der zweiten Bf., in Portugal auf. Der Wohnsitz des Kindes war den innerstaatlichen Behörden zum Zeitpunkt der Beschwerde unbekannt. Die Bf. erhoben Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK und machten eine Verletzung in ihren Rechten aus Art. 8 EMRK durch die von den innerstaatlichen Gerichten angeordnete Rückführung der Tochter nach Zypern geltend. Zudem wird eine Verletzung von Art. 6 wegen überlanger Verfahrensdauer geltend gemacht.

2. *Erwägungen des EGMR*: Der Gerichtshof prüft die Beschwerde allein unter dem Aspekt des Art. 8 EMRK. Die angeordnete Rückkehr des Kindes nach Zypern stelle einen Eingriff in das Recht der Bf. zusammenzuleben mit ihrem Kind dar, was Bestandteil ihres Rechts auf Familienleben nach Art. 8 EMRK sei (Z. 37). Die positiven Verpflichtungen, die Art. 8 EMRK den Staaten im Bereich der Zusammenführung von Eltern und Kindern auferlege, müssten im Lichte des HKÜ sowie der UN-Kinderrechtskonvention ausgelegt werden (Z. 38). In der Anwendung des in das innerstaatliche Recht umgesetzten HKÜ zum Zwecke des Schutzes der Rechte und Freiheiten des Kindes liege ein legitimes Ziel im Sinne des Art. 8 II EMRK (Z. 39). Fraglich sei jedoch, ob ein gerechter Ausgleich zwischen den Interessen des Kindes, jenen der Eltern sowie der öffentlichen Ordnung in den Grenzen des dem Staat zur Verfügung stehenden Beurteilungsspielraums erreicht worden sei. Das Wohl des Kindes sei in diesem Zusammenhang jedenfalls von herausragender Bedeutung. Nach der Konzeption des HKÜ entspreche prinzipiell die Wiederherstellung des status quo ante, also eine Rückführung des Kindes, dem Kindeswohl am besten. Es sei aber möglich, dass objektive Gründe für ein Verbleiben des Kindes im derzeitigen Aufenthaltsstaat vorliegen, die dann zu einer Begründung von Ausnahmen im Sinne des Kindeswohles führten. Dem entspreche es, dass die Rückführung des Kindes nicht automatisch oder mechanisch angeordnet werden und erfolgen dürfe (Z. 40). Im Rahmen der Entscheidung über eine beantragte Kindesrückführung müsse der Begriff des vorrangigen Kindeswohls im Lichte der Ausnahmen, die das HKÜ vorsieht (Art. 12, Art. 13 I lit. a bzw. lit. b, Art. 20), ausgelegt werden. Diese Aufgabe obliege vorrangig den innerstaatlichen Behörden, die den Vorteil des unmittelbaren Kontakts zu den betroffenen Personen hätten. Art. 8 EMRK gewähre den innerstaatlichen Stellen diesbezüglich einen Beurteilungsspielraum, der jedoch notwendigerweise mit einer Kontrolle durch den Gerichtshof selbst einhergehe (Z. 41). Dem Gerichtshof komme die Aufgabe zu, zu überprüfen, ob die innerstaatlichen Behörden eine eingehende Untersuchung der gesamten familiären Situation durchgeführt und eine vernünftige und ausgewogene Beurteilung der Interessen aller Beteiligten vorgenommen hätten, die stets unter der Prämisse erfolgen müsse, dass das Ergebnis die beste Lösung für das Kind im Rahmen des Antrags auf Rückführung in sein Herkunftsland darstellt. Weiter prüfe der Gerichtshof, ob die innerstaatlichen Behörden sich mit den Voraussetzungen vorgebrachter Ausnahmen nach dem HKÜ hinreichend auseinandergesetzt hätten (Z. 42).

Der Gerichtshof leitet für diesen Zusammenhang aus Art. 8 EMRK eine besondere prozessuale Verpflichtung ab. Im Rahmen der Untersuchung des Antrags auf Kindesrückführung müssten die Richter nicht nur die Möglichkeit einer schwerwiegenden Gefahr für das Kind im Falle einer Rückführung untersuchen, sondern sich zu dieser Frage auch mit einer besonders begründeten, die Umstände des Einzelfalles berücksichtigenden, Entscheidung äußern. Eine Entscheidung, die vorgebrachte Ausnahmen von der Rückführung des Kindes, die das HKÜ kennt, außer Acht lässt und ansonsten auch nur knapp begründet ist, genüge den Anforderungen des Art. 8 EMRK nicht. Die Begründung der Rückführungsentscheidung nach dem HKÜ durch die innerstaatlichen Behörden und Gerichte dürfe nicht automatisch und stereotyp sein, sondern müsse sich hinreichend mit den eng auszulegenden Ausnahmen von der Rückführung, die das HKÜ vorsieht, auseinandersetzen. Trotz der im HKÜ vorgesehenen kurzen Fristen, seien die vorgebrachten Behauptungen einer Partei zum Vorliegen von Tatsachen, die einen Ausnahmetatbestand des Art. 13 I HKÜ

erfüllen könnten, einer effektiven Kontrolle zu unterziehen (Z. 43). Zudem sei es geboten, in den Angelegenheiten der Rückgabe von Kindern mit einiger Zügigkeit und Dringlichkeit vorzugehen, da das Verstreichen von Zeit irreparable Folgen für die Beziehung zwischen dem Kind und jenem Elternteil, bei dem das Kind nicht lebt, haben könne. Das HKÜ sehe diesbezüglich einige Maßnahmen vor, die die unverzügliche Rückkehr des Kindes, das illegal in einen anderen Staat verbracht wurde, garantieren sollen. Dies sei auch in Art. 11 HKÜ geregelt (Z. 44).

Im vorliegenden Fall seien sich die Behörden zwar einig gewesen, dass das Zurückhalten des Kindes in Portugal gemäß Art. 3 lit. b HKÜ widerrechtlich war. Das weitere Vorgehen sei jedoch unterschiedlich beurteilt worden, die unterschiedlichen Instanzen seien über die Rückführung des Kindes unterschiedlicher Ansicht gewesen. Die Gerichte, die sich für die Rückführung des Kindes ausgesprochen hatten, hätten dies damit begründet, dass keine Ausnahme von der Möglichkeit der Rückkehr des Kindes vorgelegen habe. Das Gericht zweiter Instanz sei jedoch davon ausgegangen, dass die Ausnahme des Art. 13 I lit. b HKÜ greife, da das Kind in Portugal bereits integriert sei, es sich von seinem Vater in Zypern entfernt habe und die zypriotischen Behörden nicht hätten darlegen können, dass dem Kind hinreichende Schutzmaßnahmen nach seiner Rückkehr nach Zypern zur Verfügung gestanden hätten. Das Vorliegen einer schwerwiegenden Gefahr, wie sie Art. 13 I lit. b HKÜ verlange, habe das letztinstanzliche Gericht jedoch nicht erkennen können. Es habe daher die positive Entscheidung der ersten Instanz über die Rückführung des Kindes bestätigt. Die Begründung der unterschiedlichen Positionen der innerstaatlichen Gerichte zur Anwendbarkeit der Ausnahmen von der Rückführung nach der HKÜ sei ausgesprochen knapp und auf wenigen Beweiselementen basierend vorgenommen worden (Z. 46).

Der Gerichtshof stellt weiter fest, kein Element des Aktes habe es zugelassen, die Lebenssituation des Kindes in Zypern vor seiner Ausreise nach Portugal zu beurteilen. Die innerstaatlichen Gerichte hätten es zudem unterlassen, bei den zentralen zypriotischen Behörden Auskunft zur Situation des Vaters und zu seiner, von der Mutter des Kindes behaupteten, eventuellen Unfähigkeit, sich um das Kind zu kümmern, einzuholen (Z. 48). Art. 8 EMRK erlege den Staaten jedoch die prozessuale Pflicht auf, jedem Anhaltspunkt für eine schwerwiegende Gefahr für das Kind bei seiner Rückkehr im Sinne des Art. 13 I lit. b HKÜ effektiv nachzugehen und eine Entscheidung hierüber nur nach ausführlicher Untersuchung aller Umstände des Einzelfalles begründet zu treffen. Es obliege den innerstaatlichen Gerichten, hier den portugiesischen, ernsthafte Nachforschungen anzustellen, um eine schwerwiegende Gefahr auszuschließen oder annehmen zu können. Hierzu könne es notwendig sein, die Situation des Kindes im Herkunftsland zu eruieren (Z. 49). Zudem seien einige von der Bf., der Mutter des Kindes, vorgebrachte Tatsachen wie etwa die strafrechtliche Verurteilung des Kindsvaters außer Acht gelassen worden (Z. 50). Außerdem sei der Faktor der Zeit entscheidend für die Achtung der Anforderungen des Art. 8 EMRK. Gemäß Art. 12 II HKÜ ordne das Gericht oder die Behörde die Rückgabe des Kindes bei Antragstellung nach Ablauf eines Jahres seit Zurückhaltung oder Verbringung des Kindes nur an, sofern nicht erwiesen sei, dass das Kind sich in seine neue Umgebung eingelegt hat. Das Verfahren habe im vorliegenden Fall ein Jahr, sechs Monate und zwanzig Tage in drei Instanzen gedauert. Dies erscheine vor dem Hintergrund der Dringlichkeit im Bereich der

Durchführung des Kindesentführungsübereinkommens und der Frist von sechs Wochen nach Art. 11 HKÜ zu lang. Anders als die Regierung sei der Gerichtshof der Ansicht, die Bf. habe einen normalen Gebrauch von jenen Rechtsmitteln gemacht, die ihr das innerstaatliche Verfahren zur Verfügung stelle und könne daher nicht für die Dauer des Verfahrens verantwortlich gemacht werden (Z. 52). Das letztinstanzliche innerstaatliche Gericht habe zudem außer Acht gelassen, dass die Dauer des Verfahrens Veränderungen in der Situation des Kindes verursacht haben könnte, insbesondere weil das Kind in seinem neuen Umfeld sowie im schulischen Rahmen gut integriert gewesen sei (Z. 53).

Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen sowie insbesondere dem Mangel an Informationen über die Situation in Zypern und die Gefahren für das Kind im Fall der Trennung von der Mutter, kommt der Gerichtshof zu dem Schluss, dass der Entscheidungsprozess die prozessualen Anforderungen des Art. 8 EMRK nicht erfüllt habe. Daher sei eine Verletzung des Rechts der Bf. auf Achtung ihres Familienlebens für den Fall anzunehmen, in dem die die Rückkehr des Kindes anordnende Entscheidung ausgeführt werde (Z. 54).

3. *Beurteilung*: Das Urteil betrifft neben der bereits in der bisherigen Rechtsprechung vorgenommenen Betonung der vorrangigen Bedeutung des Kindeswohls bei der Abwägung widerstreitender Interessen in Fällen der internationalen Kindesentführung (EGMR, *G. ./.* Schweiz, Urteil vom 3.7.2014, Nr. 43730/07) den Aspekt besonderer prozessualer Verpflichtungen staatlicher Behörden und Gerichte aus Art. 8 EMRK für das Verfahren der Entscheidung über die Rückgabe des Kindes nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen.

Deutschland ist Vertragspartei des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen von 1980. Nach § 3 I IntFamRVG nimmt das Bundesamt für Justiz in Bonn für Deutschland die Aufgaben der Zentralen Behörde nach diesem Übereinkommen wahr. Die Gerichte und Verwaltungsbehörden können die Kindesrückführung nur ausnahmsweise ablehnen, wenn sich etwa das einsichtsfähige Kind der Rückkehr ernsthaft widersetzt (Art. 13 II HKÜ) oder die Rückführung mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden wäre oder das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage brächte (Art. 13 I lit. b HKÜ). Das Bundesamt für Justiz bzw. die zuständigen Familiengerichte sind daher ebenso wie die portugiesischen Behörden und Gerichte für Auslegung und Anwendung der Bestimmungen des HKÜ bei Entscheidungen über Kindesrückführungen zuständig. Die dem Urteil zugrundeliegende Sachverhaltskonstellation kann damit auch in der deutschen Rechtsordnung auftreten.

Die so von deutschen Behörden und Gerichten zu treffenden Entscheidungen über die Rückgabe eines Kindes müssen die verfahrensmäßigen Anforderungen des Art. 8 EMRK erfüllen. Es muss daher die Situation im Herkunftsland des Kindes, in das die Rückgabe nach dem HKÜ stattfinden soll, hinreichend ausführlich eruiert werden. Zudem müssen sich Behörden und Gerichte in einer ausführlich begründeten Entscheidung mit den Risiken, die dem Kind bei einer Rückführung und damit einer Trennung von dem derzeit betreuenden Elternteil drohen, auseinandersetzen. Auch das Erfordernis der Dringlichkeit einer Entscheidung in den Fällen, die das HKÜ regelt, ist im Verfahren vor den innerstaatlichen

Behörden und Gerichten zu beachten und die begründete Entscheidung über Anordnung oder Ablehnung der Rückgabe des Kindes ist damit jedenfalls zügig zu treffen, um negative Auswirkungen einer langen Verfahrensdauer für das Kind zu verhindern. Fehlt der Begründung einer Entscheidung über die Rückführung eines Kindes eine hinreichende Auseinandersetzung mit den genannten Aspekten oder eine ausführliche Begründung im Allgemeinen, so läuft sie Gefahr, gegen die spezifischen prozessualen Garantien für die Anwendung des HKÜ, die der EGMR aus dem Recht auf Familienleben gemäß Art. 8 EMRK ableitet, zu verstoßen. Das Verfahren der Entscheidung sowie die Entscheidungserwägungen der zuständigen Familiengerichte müssen, um konventionskonform zu sein, die Art. 8 EMRK nach dem vorliegenden Urteil zu entnehmenden Anforderungen erfüllen.

## IV. Verfassungsprozessrecht

### 8. A.K. gegen Liechtenstein (Befangenheit von Verfassungsrichtern)

#### **EGMR, A.K. ./ Liechtenstein, 9.7.2015, Nr. 38191/12 – Verletzung von Art. 6 I EMRK**

Das Urteil betrifft die Befangenheit von Verfassungsrichtern, die über sie selbst betreffende Befangenheitsanträge entscheiden.

1. *Sachverhalt*: Der Bf. und F.H. befinden sich seit dem Jahr 2004 in einem Rechtsstreit. Mit einstweiliger Verfügung vom 30.7.2010 wurde einem Antrag von F.H. auf Untersagung einer näher bezeichneten Eintragung im Grundbuch und Handelsregister stattgegeben. Die dagegen erhobene Berufung des Bf. wurde mit Entscheidung vom 23.9.2010 abgewiesen. Gegen diese Entscheidung des Berufungsgerichtes erhob der Bf. eine Verfassungsbeschwerde. Nachdem dem Bf. die Namen jener Richter des Staatsgerichtshofes mitgeteilt wurden, welche über die Beschwerde entscheiden würden, machte der Bf. gegen alle fünf Richter geltend, dass diese aus unterschiedlichen Gründen befangen seien. Diese Befangenheitsanträge wurden vom Staatsgerichtshof durch jene Richter abgewiesen, deren Befangenheit behauptet wurde. Dabei wurde dergestalt vorgegangen, dass der jeweils vom Befangenheitsantrag betroffene Richter nicht an der Beratung bzw. Entscheidung mitgewirkt hat; die Entscheidung wurde jeweils von den verbleibenden vier Richtern getroffen. In der Hauptsache nahm der Staatsgerichtshof eine überlange Verfahrensdauer an, er verneinte aber das Vorliegen der übrigen vom Bf. geltend gemachten Verletzungen. Die Entscheidung des Berufungsgerichtes wurde daher nicht aufgehoben.

Der Bf. erhob Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK und machte eine Verletzung von Art. 6 I EMRK (hier: Recht auf ein faires Verfahren) geltend.

2. *Erwägungen des EGMR*: Der Gerichtshof begründet zunächst ausführlich die Zulässigkeit der Beschwerde. Art. 6 I EMRK sei auf das Verfahren der in Rede stehenden einstweiligen Verfügung anwendbar und die Unparteilichkeit des entscheidenden Gerichts sei unverzichtbar und unabdingbar. Der Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK sei im Hinblick auf den vorläufigen Charakter des in Rede stehenden Verfahrens nicht beschränkt (Z. 45-55).

In der Sache referiert der Gerichtshof zunächst die vom Bf. geltend gemachten Befangenheitsgründe: Der Staatsgerichtshof bzw. drei der Richter im in Rede stehenden Verfahren hätten bereits in anderen Verfahren für den Bf. nachteilige Entscheidungen getroffen, die Zuteilung seiner Rechtssache an die fünf entscheidenden Richter verzögert und deutsche Staatsangehörige diskriminiert. Zudem hätten vier der fünf entscheidenden Richter ein berufliches bzw. persönliches Naheverhältnis zu einem ehemaligen Richter des Staatsgerichtshofes, der ein Bruder von F.H. sei (Z. 70). Der Bf. lehnte aber auch jeden der fünf entscheidenden Richter aus individuellen Gründen ab: Richter B. hätte es verabsäumt, der Verfassungsbeschwerde im vorliegenden Fall aufschiebende Wirkung zuzuerkennen; er sei zudem Mitglied in Ausschüssen und Kommissionen gewesen, in denen auch ein Richter Mitglied gewesen sei, der in vergleichbaren Verfahren eine Entscheidung getroffen hätte. Richter Bu. habe als Experte und Vortragender für die Regierung gearbeitet. Richter V. hätte

als Professor an der Universität Liechtenstein für die Regierung gearbeitet. Richter S. sei Mitglied im Aufsichtsrat einer staatlichen Firma gewesen. Richter W. sei in seiner Anwaltskanzlei der Partner eines Anwalts gewesen, gegen den der Bf. ein erbrechtliches Verfahren angestrengt hätte und ein anderer Anwalt dieser Kanzlei die Firma des F.H. in einem vergangenen Verfahren vertreten hätte (Z. 71).

Der Gerichtshof könne nicht erkennen, dass ein persönliches Vorurteil eines der Richter gegen den Bf. offenbar geworden wäre. Eine Diskriminierung aufgrund seiner deutschen Staatsangehörigkeit habe der Bf. nicht begründen können (Z. 73). Keines der Vorbringen des Bf. könne objektive Zweifel an der Unparteilichkeit der Richter aufwerfen. Dies gelte auch dann, wenn einige Richter bereits an vergangenen Verfahren des Bf. beteiligt gewesen seien, den diesbezüglichen Klagen nicht stattgegeben worden sei und es eine faktische Verbindung zwischen diesen Verfahren gegeben habe. Auch standardmäßige verfahrensrechtliche Entscheidungen im Fall des Bf., wie die angeblich verspätete Zuweisung des Falles zu bestimmten Richtern bzw. die Nichtzuerkennung aufschiebender Wirkung, würden keinen Anschein von Parteilichkeit vermitteln (Z. 74). Der Gerichtshof hält fest, dass der vom Bf. genannte frühere Richter des Staatsgerichtshofes an den strittigen Entscheidungen nicht teilgenommen habe. Es gebe keinen Anlass zur Befürchtung, dass die Richter ihre sozialen Verpflichtungen gegenüber ihrem Amtseid vorrangig betrachten würden. Auch die Verbindung zweier Richter zu Personen, die zuvor mit verschiedenen Verfahren befasst gewesen wären, würden mit dem vorliegenden Verfahren nur entfernt in Verbindung stehen und würden keine berechtigten Befürchtungen im Hinblick auf die Unparteilichkeit der Richter selbst aufwerfen (Z. 75). Dies gelte auch für die fünfjährige Amtszeit der Richter. Auch das Abhalten von Universitätsvorträgen, das Erstellen von Rechtsmeinungen und die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat einer staatlichen Firma könne unter den Umständen des Falles die Unparteilichkeit der Richter nicht in Zweifel ziehen (Z. 76).

Der Gerichtshof stellt indes fest, dass über die Befangenheitsanträge gegen jeden Richter in einer Zusammensetzung entschieden worden sei, die sich aus den vier übrigen Richtern zusammensetzte, die vom Bf. ebenfalls wegen Befangenheit abgelehnt worden seien (Z. 77). Der Gerichtshof habe die Gründe zu untersuchen, auf die sich die Befangenheitsanträge stützten. Aufgrund der gleichlautenden Befangenheitsanträge könne es zu der Situation kommen, dass die übrigen Richter im Wesentlichen auch über den jeweiligen Antrag wegen Befangenheit gegen sich selbst entscheiden. Wenn der Bf. seine Befangenheitsanträge auf allgemeine und abstrakte Gründe stütze, so könnten diese Anträge als missbräuchlich angesehen werden. In diesen Fällen werfe die Entscheidung durch selbst wegen Befangenheit abgelehnte Richter keine berechtigten Zweifel an deren Unparteilichkeit auf (Z. 78). Im vorliegenden Fall seien die Richter teils aus unterschiedlichen, teils aus identischen Gründen als befangen angesehen worden. Eine Frage im Hinblick auf die Unparteilichkeit der Richter werde dort aufgeworfen, wo diese über Anträge entschieden hätten, die aus identischen Gründen gegen sie eingebracht worden seien und die Richter so dem Anschein nach Anträge ablehnten, die sie selbst betrafen. Der Gerichtshof erwägt darüber hinaus, dass die Entscheidung der als befangen angesehenen Richter über die Befangenheitsanträge gegen die anderen Richter – ohne Vorliegen einer Entscheidung in der sie selbst betreffenden Befangenheitsanträge – weitere Zweifel an der Unparteilichkeit dieser Richter hervorrufen

könnten (Z. 79). Der Gerichtshof weist darauf hin, dass die Einbringung von Befangenheitsanträgen gegen alle Richter eines Gerichts als Versuch der Lähmung der Rechtspflege und daher als missbräuchlich angesehen werden könnte. Der Bf. hätte im vorliegenden Fall zahlreiche Gründe dafür angeführt, warum er verschiedene Richter des Staatsgerichtshofes als befangen erachtet. Im vorliegenden Fall hätten sich die Befangenheitsanträge auf die Beziehung der Richter zum Bf. bzw. zu F.H. gestützt, hätten zwischen den fünf betroffenen Richtern unterschieden und seien ausreichend spezifisch gewesen; die Anträge seien daher nicht missbräuchlich oder belanglos gewesen. Eine derartige Qualifikation hätte auch der Staatsgerichtshof nicht vorgenommen (Z. 80). Im vorliegenden Fall hätten die Richter den Eindruck vermittelt, dass sie selbst über die gegen sie eingebrachten Befangenheitsanträge entschieden hätten (Z. 81). Es sei zutreffend, dass durch Befangenheitsanträge das Rechtssystem eines Staates nicht gelähmt werden dürfe; dies insbesondere im Hinblick auf letztinstanzliche Gerichte. Der Gerichtshof stimmt zudem dem Argument der Regierung zu, dass in kleinen Gerichtssystemen übermäßig strenge Standards bei Befangenheitsanträgen die Rechtspflege ungebührlich behindern könnten (Z. 82). Im vorliegenden Fall wäre es indes möglich gewesen, über die Befangenheitsanträge in der Zusammensetzung von fünf Ersatzrichtern zu entscheiden und eine Ersatzbestellung vorzunehmen, falls einer oder mehrere der Ersatzrichter ausscheiden sollten. Das Gerichtssystem des belangten Staates wäre daher bei einem Vorgehen im Einklang mit den gesetzlichen Regelungen nicht gelähmt worden (Z. 83). Es seien daher die Zweifel des Bf. im Hinblick auf die Unparteilichkeit der fünf Richter des Staatsgerichtshofes angesichts des gewählten Verfahrens zur Entscheidung über die Befangenheitsanträge objektiv gerechtfertigt gewesen (Z. 84). Es liege daher eine Verletzung von Art. 6 I EMRK vor (Z. 85).

3. *Beurteilung*: Im Verfahren vor dem BVerfG sollen insbesondere die §§ 18 f. BVerfGG sicherstellen, dass die Entscheidung von einem „gesetzlichen Richter“ i.S.d. Art. 101 I S. 2 GG getroffen wird (*Lenz/Hansel*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl., 2015, §§ 18 f. BVerfGG, jeweils Rz. 1 und m.w.N.). § 18 BVerfGG zählt jene Gründe auf, bei deren Vorliegen ein Richter des BVerfG als von der Ausübung seines Richteramtes in einem konkreten Verfahren ausgeschlossen gilt. Demgegenüber regelt § 19 BVerfGG die den Verfahrensparteien zukommende Ablehnungsmöglichkeit bei Besorgnis der Befangenheit eines Richters des BVerfG. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist zu unterscheiden: Rechtsmissbräuchliche Ablehnungsgesuche werden als unbeachtlich behandelt und das Verfahren so durchgeführt, als gäbe es das Ablehnungsgesuch gar nicht. Erst in der letztlich ergehenden Sachentscheidung wird das Ablehnungsgesuch als unbeachtlich festgestellt; der vom Ablehnungsgesuch betroffene Richter wirkt an der Entscheidung mit (*Lenz/Hansel*, § 19 BVerfGG, Rz. 23 m.w.N.). In allen anderen Fällen entscheidet die jeweils zuständige Besetzung des BVerfG unter Ausschluss des abgelehnten Richters (§ 19 I erster Halbsatz BVerfGG). Bei Kammerentscheidungen wird der abgelehnte und daher ausgeschlossene Richter durch einen im Geschäftsverteilungsplan festgelegten Vertreter ersetzt (*Lenz/Hansel*, § 19 BVerfGG, Rz. 29 m.w.N.). Das BVerfG geht bei einer Ablehnung mehrerer Richter z.B. eines Senates davon aus, dass über ein entsprechendes Gesuch von den anderen (ebenfalls abgelehnten) Richtern zu entscheiden ist; dies deshalb, weil „der abgelehnte Richter bis zur Entscheidung über das gegen ihn gerichtete Ablehnungsgesuch an der weiteren Mitwirkung am Verfahren nicht gehindert ist“ und nur auf diese Art „angesichts der besonderen



Organisation des Bundesverfassungsgerichts“ eine Entscheidung durch einen „ordnungsmäßig besetzten Senat“ möglich ist (BVerfGE 2, 295 [298]).

In einer Entscheidung aus jüngerer Zeit wird die Unzulässigkeit einer pauschalen Ablehnung von Richtern des BVerfG in einem bestimmten Verfahren betont. Dem vom BVerfG zu entscheidenden Verfahren liege ein missbräuchliches Vorgehen des Bf. zugrunde, weswegen der darauf zurückgehende Ausschluss der Richter nach § 18 I BVerfGG keine Änderung der Besetzung des zur Entscheidung berufenen Spruchkörpers bewirke; dies auch aus Rechtsschutzgründen, weil das Rechtsschutzgesuch ansonsten zurückgestellt werden müsste (BVerfG, Beschluss vom 7.6.2015, 2 BvR 740/15, Rz. 15 f.=EuGRZ 2015, 627 ff. [628]). Wie mit Ablehnungsgesuchen umzugehen ist, die sich nicht als rechtsmissbräuchlich erweisen, lässt das BVerfG offen.

Auch in der Literatur wird diese Frage diskutiert (vgl. nur *Schiess Rütimann*, Unparteilichkeit von Verfassungsrichtern und deren Ablehnung in grosser Zahl wegen Besorgnis der Befangenheit, EuGRZ 2015, 549 ff.). Das Urteil des EGMR ist für die völkerrechtskonforme Auslegung der einschlägigen Bestimmungen des BVerfGG daher relevant, zumal das BVerfG selbst darauf hinweist, dass das BVerfGG nicht für alle einschlägigen Fälle Regelungen enthält (BVerfG, Beschluss vom 7.6.2015, 2 BvR 740/15, Rz. 12=EuGRZ 2015, 627 ff. [628]; vgl. auch *Schiess Rütimann*, EuGRZ 2015, 555).

#### 9. A.A. gegen Spanien (Beschränkung von Verfassungsbeschwerden)

**EGMR, A.A. ./ Spanien, 20.1.2015, Nr. 16563/11<sup>2</sup> – Keine Verletzung von Art. 6 I EMRK**

Das Urteil betrifft die Zulässigkeit der Beschränkung von Beschwerden beim Verfassungsgericht bei Vorliegen objektiver Kriterien.

1. *Sachverhalt*: Am 12.7.2002 wurde gegen den als Pflegehelfer in einem psychiatrischen Krankenhaus arbeitenden Bf. vom Direktor dieses Krankenhauses eine Disziplinarstrafe (Untersagung der Tätigkeit in psychiatrischen Krankenhäusern für die Dauer von einem Jahr) verhängt. Der Bf. habe auf näher bezeichnete Weise versucht, nicht einvernehmlichen Geschlechtsverkehr mit Patienten des Krankenhauses zu haben. Die vom Bf. dagegen erhobene Verwaltungsbeschwerde wurde vom Generaldirektor des baskischen Gesundheitsdienstes zurückgewiesen. Diese Entscheidung wurde von einem baskischen Gericht mit Entscheidung vom 15.5.2003 aufgehoben. Am 9.11.2005 wurde gegen den Bf. erneut ein einjähriges Arbeitsverbot in psychiatrischen Krankenhäusern verhängt. Die Rechtsmittel des Bf. gegen diese Entscheidung blieben erfolglos. Gegen die (letztinstanzliche) Entscheidung des Obersten Gerichtshofes des Baskenlandes erhob der Bf. eine *amparo*-Beschwerde an das spanische Verfassungsgericht. Diese wurde mit Entscheidung vom 13.9.2010 für unzulässig erklärt, weil der Bf. die „besondere verfassungsrechtliche Bedeutung“ seiner Beschwerde nicht dargelegt habe.

<sup>2</sup> Deutsche Übersetzung in NVwZ 2016, S. 519.

Der Bf. erhob Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK und machte eine Verletzung von Art. 6 I EMRK (hier: Recht auf Zugang zu einem unabhängigen und unparteiischen Gericht) geltend.

2. *Erwägungen des EGMR*: Der Gerichtshof verweist zunächst auf die spanische Rechtslage, wonach die im Jahr 2007 in Kraft getretene Novellierung der Art. 49 I, 50 II lit. b des Verfassungsgerichtsgesetzes (im der Folge: VGG) u.a. vorsieht, dass bei einer *amparo*-Beschwerde die „besondere verfassungsrechtliche Bedeutung“ der Beschwerde darzulegen ist (Z. 18). Die Entscheidung des Verfassungsgerichtes im vorliegenden Fall habe sich auf Art. 50 II lit. b VGG gestützt (Z. 43). Der Gerichtshof hebt hervor, dass der Bf. seine *amparo*-Beschwerde nach dem Erlass näher bezeichneter Entscheidungen des Verfassungsgerichtes erhoben habe; in diesen Entscheidungen habe das Verfassungsgericht den Wortlaut der Art. 49 I, 50 II lit. b VGG näher präzisiert. Der Bf. habe darzulegen und zu beweisen, dass der Inhalt seiner Beschwerde wegen seiner besonderen verfassungsrechtlichen Bedeutung für die Auslegung, Anwendung oder allgemeine Wirksamkeit der Verfassung eine Entscheidung des Verfassungsgerichtes in der Sache erfordert. Die Zulässigkeit einer *amparo*-Beschwerde setze voraus, dass die Kriterien der Art. 41-46 sowie 49 VGG erfüllt sind; insbesondere sei der zwingenden Verpflichtung nach Art. 49 I VGG nachzukommen, wonach die besondere verfassungsrechtliche Bedeutung der Beschwerde darzulegen sei (Z. 45). Der Gerichtshof hebt hervor, dass er sich hinsichtlich der Justizpolitik eines Mitgliedstaates auf die Einhaltung der EMRK beschränke. Es sei Sache der staatlichen Stellen, die innerstaatlichen Rechtsvorschriften auszulegen; dies gelte insbesondere für die Auslegung prozessualer Vorschriften. Form- und Fristvorschriften würden im Hinblick auf die Erhebung von Rechtsmitteln insbesondere der Rechtssicherheit dienen. Dieser Grundsatz erfordere, dass das Verfassungsgericht den Inhalt und die Reichweite des Kriteriums der „besonderen verfassungsrechtlichen Bedeutung“ darlege und seine Anwendung die für zulässig erachteten Beschwerden deutlich macht; dies diene der Sicherstellung einer geordneten Rechtspflege. Die Betroffenen könnten erwarten, dass die in dieser Hinsicht ergangenen Entscheidungen des Verfassungsgerichtes angewendet werden (Z. 46). Der Gerichtshof verweist auf seine Rechtsprechung, wonach es nicht in Widerspruch zur EMRK stehe, wenn Obergerichte sich bei zurückweisenden Entscheidungen darauf beschränken, jene Bestimmungen zu nennen, die eine derartige Vorgehensweise vorsehen und die im Rechtsmittel aufgeworfenen Fragen keine besondere Bedeutung haben oder der Rechtsbehelf keine ausreichenden Erfolgsaussichten hat (Z. 47). Der Gerichtshof habe bereits entschieden, dass die Zurückweisung einer Beschwerde durch das spanische Verfassungsgericht mit Hinweis lediglich auf die anwendbare Vorschrift des VGG den Erfordernissen des Art. 6 I EMRK genüge und nicht willkürlich sei (Z. 48). Der Gerichtshof erachtet die mit den Gesetzesänderungen im Jahr 2007 verfolgten Ziele (Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Verfassungsgerichtes und Stärkung des Schutzes der Menschenrechte durch Verringerung der übermäßigen Belastung des Verfassungsgerichtes durch Fälle geringerer Wichtigkeit) als legitim. Es sei aber weiterhin erforderlich, dass durch die Zulässigkeitsbeschränkung bei der *amparo*-Beschwerde das Recht des Bf. auf Zugang zu einem Gericht i.S.d. Art. 6 I EMRK nicht in seinem Wesensgehalt berührt wird (Z. 49). Aufgrund der besonderen Funktion des spanischen Verfassungsgerichtes als oberste Instanz des Grundrechtsschutzes sei eine stärkere Formalisierung des Verfahrens zulässig. Es sei nicht unverhältnismäßig, dass es für die Zulässigkeit einer *amparo*-

Beschwerde auf das Vorliegen objektiver Umstände ankomme, deren Begründung dem Bf. obliege; die entsprechenden Vorschriften seien gesetzlich vorgesehen und vom Verfassungsgericht ausgelegt worden. Das spanische Verfassungsgericht berücksichtige zudem den Zeitpunkt der Erhebung einer *amparo*-Beschwerde im Verhältnis zu jener Entscheidung des Verfassungsgerichtes, in der demonstrativ aufgezählt worden sei, wann ein Fall von „besonderer verfassungsrechtlicher Bedeutung“ vorliege. Die vom spanischen Verfassungsgericht angewendeten und präzisierten Vorschriften seien bereits in den Gesetzesmaterialien zur Novelle des Jahres 2007 enthalten gewesen. Zudem hätten im Fall des Bf. bereits zwei gerichtliche Instanzen begründete und nicht willkürliche Entscheidungen getroffen; der Bf. habe sich in diesen Verfahren auch verteidigen können (Z. 50). Der Gerichtshof hebt hervor, dass er nicht das Gesetz bzw. die einschlägige Praxis abstrakt zu untersuchen habe, sondern lediglich die Art und Weise, ob die Anwendung auf den Bf. die EMRK verletze. Die Unzulässigkeitsentscheidung hindere den Gerichtshof nicht daran, darüber zu entscheiden, ob eine sich darauf beziehende Beschwerde zulässig und begründet sei (Z. 51). Es sei daher das Recht des Bf. auf Zugang zu einem unabhängigen und unparteiischen Gericht nach Art. 6 I EMRK nicht verletzt worden (Z. 52).

3. *Beurteilung*: Gemäß Art. 94 II S. 2 GG kann für Verfassungsbeschwerden ein besonderes Annahmeverfahren vorgesehen werden. Von dieser Ermächtigung machte der Gesetzgeber in § 93a BVerfGG Gebrauch, wonach eine Verfassungsbeschwerde der Annahme zur Entscheidung bedarf; sie ist zur Entscheidung anzunehmen, soweit ihr grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt bzw. wenn es zur Durchsetzung der in § 90 I BVerfGG genannten Rechte angezeigt ist. Insbesondere an erstgenannter Alternative wird teilweise Kritik geübt, jedoch wird gleichzeitig deren Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz anerkannt (vgl. *Lenz/Hansel*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl., 2015, § 93a BVerfGG, Rz. 4 m.w.N.).

Im Urteil des EGMR wird der Sache nach betont, dass es für einen Bf. auch darauf ankommt, ob das Zulassungserfordernis der „besonderen verfassungsrechtlichen Bedeutung“ hinreichend klar bzw. durch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts klargestellt ist. Im Falle des BVerfG liegt eine seit dem Jahr 1994 gleichbleibende Definition der „grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedeutung“ vor (BVerfGE 90, 22 [24 f.]; BVerfGE 96, 245 [248 ff.]). Zudem bietet der EGMR im Hinblick auf die Dichte der Begründung von Unzulässigkeitsentscheidungen sehr allgemeine Anhaltspunkte. Auch im Hinblick auf das BVerfG ist zu bedenken, dass diesem ein Spielraum bei der Auslegung und Anwendung der für die Annahmeentscheidung maßgebenden, ausfüllungsbedürftig formulierten Rechtsbegriffe verbleibt und dies auch dem Willen des Gesetzgebers entspricht (*Lenz/Hansel*, § 93a BVerfGG, Rz. 26 m.w.N.). Das Urteil des EGMR kann insbesondere für die deutschen Gesetzgebungsorgane dann von Relevanz sein, wenn die Annahmeveraussetzungen (z.B. zum Zweck der Entlastung des BVerfG) enger gezogen werden sollten.

## V. Ausländerrecht

### 10. T. gegen Schweiz (Ausweisung bei psychischer Krankheit)

#### **EGMR, T. ./ Schweiz, 14.4.2015, Nr. 65692/12 – Keine Verletzung von Art. 2 und/oder Art. 3 EMRK**

Das Urteil betrifft die Ausweisung eines psychisch kranken Mörders in ein Land, in dem die Möglichkeiten zur Behandlung der Krankheit schlechter sind als diejenigen, die im Vertragsstaat verfügbar sind.

1. *Sachverhalt*: Der Bf. ist türkischer Staatsangehöriger. Er erhielt in der Schweiz im Jahr 1994 Asyl. Im Jahr 1995 erhielt der Bf. eine Aufenthaltsgenehmigung, seine Frau und seine weiteren drei Kinder folgten ihm sodann in die Schweiz. Im Jahr 2001 tötete der Bf. während eines Streits seine Frau, weswegen er im Jahr 2003 zu einer achtjährigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Während des Verfahrens wurde eine wiederkehrende depressive Störung mit psychotischen Symptomen diagnostiziert, ein schizophreses Krankheitssyndrom. Aufgrund seiner psychischen Krankheit wurde ihm eine verringerte Zurechnungsfähigkeit zugestanden und die Haft aufgeschoben, um ihm die Behandlung in einer geschlossenen psychiatrischen Einrichtung zu gestatten. Im Jahr 2009 widerrief das Bundesamt für Migration aufgrund der strafrechtlichen Verurteilung des Bf. dessen Asylstatus, er behielt jedoch seinen Flüchtlingsstatus. Im Jahr 2010 wurde der Bf. unter der Bedingung entlassen, dass er für die folgenden Jahre in einer (offenen) Einrichtung mit psychiatrischer Betreuung verbliehe. Er erlitt jedoch mehrere Rückfälle, die jeweils wieder zu vorübergehenden Aufenthalten in einer geschlossenen Einrichtung führten. Expertengutachten gaben an, der Bf. würde nicht in der Lage sein, alleine zu leben. Er würde weiterhin regelmäßig Medikamente nehmen und sich einer Therapie unterziehen müssen. Ansonsten bestünde die Gefahr der Selbst- oder Fremdgefährdung. Eine Ausweisung in die Türkei würde zu einer Verschlechterung seiner Verfassung führen, da er sich dort verfolgt fühle. Die zuständige Behörde widerrief sodann die Aufenthaltsgenehmigung des Bf. und ordnete seine Ausreise aus der Schweiz an. Rechtsmittel des Bf. hiergegen blieben erfolglos. Die Gerichte führten an, es sei nicht erwiesen, dass sich die psychische Gesundheit des Bf. im Falle einer Abschiebung derart verschlechtern würde, dass sein Leben gefährdet wäre. Zudem gebe es in der Türkei entsprechende Einrichtungen für eine Behandlung des Bf. Im Jahr 2013 verlängerte das Strafgericht die Bewährung für die strafrechtliche Verurteilung und ordnete die Behandlung des Bf. in einer psychiatrischen Betreuungseinrichtung an. Die Anordnung zur Ausreise jedoch bleibt in Kraft. Der Bf. rügt im Rahmen einer Individualbeschwerde, eine Abschiebung in die Türkei setze ihn einem realen Risiko einer Verletzung von Art. 2 EMRK und Art. 3 EMRK aus.

2. *Erwägungen des EGMR*: Der EGMR erinnert daran, ernsthaft kranke Fremde könnten grundsätzlich kein Recht beanspruchen, auf dem Gebiet eines Vertragsstaates zu bleiben, um weiterhin von medizinischer, sozialer oder anderen Formen von Unterstützung und Dienstleistungen zu profitieren, die der ausweisende Staat zur Verfügung stelle. Der Umstand, dass die Lebenserwartung des Bf. wesentlich verringert würde, wenn er aus dem Vertragsstaat

abgeschoben würde, sei für sich nicht ausreichend, um eine Verletzung von Art. 3 EMRK zu begründen. Die Entscheidung, einen Ausländer, der an einer ernsten psychischen oder physischen Krankheit leide, in ein Land abzuschicken, wo die Möglichkeiten zur Behandlung dieser Krankheit schlechter seien als diejenigen, die im Vertragsstaat verfügbar seien, könne nur in einem sehr außergewöhnlichen Fall, in dem humanitäre Gründe zwingend gegen eine Abschiebung sprächen für Art. 3 EMRK relevant sein (Z. 43). Diese Grundsätze fänden auch für Art. 2 EMRK Anwendung (Z. 44).

Das mit einem Rückfall für den Bf. verbundene Leiden und die Möglichkeit der Selbstverletzung könne grundsätzlich unter Art. 3 EMRK fallen (Z. 46). Unter Berücksichtigung der von Art. 3 EMRK verlangten hohen Schwelle, die insbesondere dort gelte, wo keine direkte Verantwortlichkeit des Vertragsstaates für die Zufügung der Verletzung in Rede stehe, sei im vorliegenden Fall kein ausreichend reales Risiko einer Verletzung von Art. 3 EMRK durch eine Abschiebung gegeben. Eine medizinische Behandlung seiner Krankheit sei grundsätzlich auch in der Türkei möglich. Die Regierung habe Informationen über die allgemeine Verfügbarkeit psychiatrischer Behandlungen in spezialisierten Einrichtungen in einigen größeren Städten in der Türkei bereitgestellt. Die bloße Tatsache, dass die Umstände einer Behandlung in der Türkei weniger günstig seien als in der Schweiz, sei aus der Perspektive des Art. 3 EMRK nicht relevant (Z. 47). Ein Umzug innerhalb der Türkei, soweit erforderlich, könne dem Bf. zugemutet werden (Z. 48).

Zudem berücksichtigt der Gerichtshof die Angabe der Regierung, die zuständige Behörde werde bei der Vollstreckung der aufenthaltsbeendenden Maßnahme sicherstellen, dass der Bf. die gesundheitlichen Voraussetzungen für eine Reise erfülle und dass geeignete Maßnahmen im Hinblick auf die besonderen Bedürfnisse des Bf. ergriffen würden, insbesondere dass die zuständigen türkischen Behörden von den Einzelheiten des Gesundheitszustandes des Bf. Kenntnis erlangten und ihnen eine Auflistung der erforderlichen medizinischen Behandlung übergeben würde. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, an der Erklärung der Schweizerischen Regierung zu zweifeln, dass sie alle Maßnahmen ergreifen werde, um eine fortgesetzte medizinische Behandlung trotz der Abschiebung zu gewährleisten. Die Bereitschaft der zuständigen innerstaatlichen Behörden, sicherzustellen, dass das Leben des Bf. bei einer Aufenthaltsbeendigung nicht gefährdet würde, sei bei einer Gesamtbeurteilung von besonderer Bedeutung (Z. 49). Die Ernsthaftigkeit des Gesundheitszustandes sei dem Gerichtshof bewusst, insbesondere sehe er das Risiko eines Rückfalls. Die humanitären Gründe gegen eine Abschiebung seien jedoch im konkreten Fall nicht zwingend. Nur in außergewöhnlichen Fällen sei dies anzunehmen, ein solcher liege hier aber nicht vor (Z. 50). Zudem stehe dem Bf. die Möglichkeit einer Beschwerde gegen den Vertragsstaat Türkei offen, soweit es um eine spezifische bevorstehende Verletzung der Garantien der Konvention in der Türkei gehe (Z. 53).

Eine reale Gefahr der Verletzung der Art. 2 und 3 EMRK bei einer Abschiebung in den Herkunftsstaat Türkei könne daher nicht dargelegt werden. Eine aufenthaltsbeendende Maßnahme verletze diese Garantien daher nicht (Z. 54). Wegen mangelnder Geltendmachung einer Verletzung von Art. 8 EMRK vor den innerstaatlichen Gerichten sei die Beschwerde, soweit sie sich auf eine Verletzung der Garantien aus Art. 8 beziehe, wegen Nichterschöpfung

des Rechtsweges unzulässig (Z. 58). Eine Verletzung von Art. 6 I EMRK scheide aus, weil im Falle aufenthaltsbeendender Maßnahmen der Anwendungsbereich des Art. 6 I („civil rights“) nicht eröffnet sei (Unzulässigkeit *ratione materiae*) (Z. 61).

3. *Beurteilung*: Das Urteil betrifft einen Themenbereich von hoher Relevanz, das Asyl- und Fremdenrecht, und ist daher von allgemeiner gegenwärtiger Bedeutung. Es handelt sich um eine Folgerechtsprechung zu EGMR, *D. gegen Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 2.5.1997, Nr. 30240/96. Die hier auftretenden Rechtsfragen sind daher teilweise solche, die bereits in früheren Entscheidungen relevant waren. Der EGMR bestätigt hier einerseits die von ihm bereits in der bisherigen Rechtsprechung vertretenen hohen Hürden für ein Refoulementverbot in Fällen von Krankheit und notwendiger medizinischer Behandlung des Betroffenen und wendet diese andererseits auch auf psychische Erkrankungen an. Diese konventionsrechtlichen Maßstäbe des Gerichtshofs zur Beurteilung von Abschiebungshindernissen können für die völkerrechtsfreundliche Auslegung und Anwendung des deutschen Rechts, insbesondere des § 60 V AufenthG, relevant werden. Bei Anwendung dieser Bestimmung sind die deutschen Behörden aufgerufen, eine konventionsrechtliche Beurteilung der Zulässigkeit der aufenthaltsbeendenden Maßnahme im konkreten Fall durchzuführen. Für diese Entscheidung enthält das vorliegende Urteil Anhaltspunkte. Deutsche Behörden können bei Auslegung und Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts mit parallelen Fragen konfrontiert werden, die die Schweizerischen Behörden hier zu bewältigen hatten.

## VI. Medien- und Äußerungsrecht

### 11. C. gegen Türkei (Youtube-Sperre)

#### **EGMR, C. u.a. ./ Türkei, 1.12.2015, Nr. 48226/10 u.a. – Verletzung von Art. 10 EMRK**

Das Urteil betrifft eine Verletzung des Rechts auf Empfang und Verbreitung von Informationen und Ideen nach Art. 10 EMRK durch eine gerichtlich angeordnete pauschale YouTube-Sperre in der Türkei.

1. *Sachverhalt*: Ein türkisches Gericht ordnete am 5.5.2008 auf Grundlage eines türkischen Gesetzes zur Regulierung von Online-Veröffentlichungen und zur Bekämpfung von Verstößen im Internet die Sperrung des Zugangs zur Website <http://www.youtube.com> sowie zu anderen IP-Adressen, die den Zugang zu dieser Website ermöglichten, an. Das Gericht war zu der Feststellung gelangt, dass zehn auf YouTube verfügbare Videos das strafrechtliche Verbot der Beleidigung des Andenken Atatürks verletzen. Die Bf., in der Lehre tätige Rechtswissenschaftler türkischer Universitäten, forderten als - auch berufliche - aktive Nutzer der Website die Aufhebung der Sperre und behaupteten eine Verletzung ihres Rechts auf Empfang und Verbreitung von Informationen und Ideen aus Art. 10 EMRK. Sie führten aus, es gebe ein öffentliches Interesse am Zugang zu der Website, die Sperre stelle daher einen schwerwiegenden Eingriff in die Substanz ihres Rechts auf Empfang von Informationen und Ideen dar. Das Strafgericht von Ankara wies die Beschwerde der Bf. zurück. Die Zugangssperre sei in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gesetzes verhängt worden und eine Zugangssperre für die einzelnen Videos sei nicht in Frage gekommen, weil die Filme dann aus der Datenbank der Website nicht gelöscht worden wären und außerhalb der Türkei hätten aufgerufen werden können. Weiter führt das Gericht aus, den Bf., die nicht Partei in dem Verfahren waren, in dem die Sperre verhängt wurde, komme die notwendige Qualität für eine Anfechtung der Entscheidung des Gerichts nicht zu. Das Rechtsmittel gegen die Sperre wurde daher zurückgewiesen. Der Zugang zur YouTube-Website blieb insgesamt für einen Zeitraum von zweieinhalb Jahren bis zum 30.10.2010 gesperrt. Die Bf. erhoben hiergegen Individualbeschwerden nach Art. 34 EMRK und machten eine Verletzung von Art. 10 EMRK geltend.

2. *Erwägungen des EGMR*: Der EGMR führt aus, die Konvention erlaube keine *actio popularis*, sondern verlange für die Ausübung des Individualbeschwerderechts, dass der Bf. plausibel darlegen könne, selbst direkt oder indirekt Opfer einer Verletzung der Konvention geworden zu sein, die aus einer Handlung oder Unterlassung resultiere, die dem Vertragsstaat zugerechnet werden könne.

Unter Rückgriff auf eigene bisherige Rechtsprechung stellt der EGMR dar, in der Entscheidung *T. u.a. gegen Türkei* (EGMR, Entscheidung vom 6.11.2001, Nr. 40150/98, 40153/98 und 40160/98) sei den Lesern einer Tageszeitung, deren Vertrieb untersagt worden war, die Opfereigenschaft nicht zuerkannt worden; ebenso sei in der Entscheidung *A. gegen Türkei* (EGMR, Entscheidung vom 11.3.2014, Nr. 20877/10) für einen Nutzer von myspace und last.fm entschieden worden.

Vor dem Hintergrund der Erwägungen in der bisherigen Rechtsprechung hält der EGMR fest, dass die Frage, ob jemand Opfer einer Zugangssperre zu einer Website sei, eine Einzelfallbeurteilung verlange. Insbesondere seien hierbei Faktoren wie die Art und Weise der Nutzung durch den Betroffenen und die Schwere der Folgen der Sperre für den Bf. zu berücksichtigen. Außerdem sei zu berücksichtigen, welche herausragende Rolle das Internet heute für die Ausübung der Meinungs- und Informationsfreiheits spiele. Die Teilnahme an Aktivitäten und Debatten zu politischen oder im öffentlichen Interesse liegenden Fragen werde wesentlich durch die Möglichkeiten des Internets bestimmt (Z. 49).

Im konkreten Fall stellt der EGMR fest, dass die Bf. ihre Beschwerden als aktive Nutzer von YouTube erhoben und dabei die Auswirkungen der Sperre auf ihre wissenschaftliche und berufliche Tätigkeit dargelegt hätten. Sie nutzten die Plattform danach nicht nur zum Ansehen von Videos im Zusammenhang mit ihren beruflichen Interessen, sondern würden auch Videos hochladen und diese verbreiten. Zwei der Bf. nutzten die Website auch zur Veröffentlichung akademischer Tätigkeiten. Der EGMR sehe daher eine Vergleichbarkeit mit dem Fall *Y. gegen Türkei* (EGMR, Entscheidung vom 13.5.2004, Nr. 76500/01), in dem einem Wissenschaftler der Zugang zu einer Website verwehrt worden sei, auf der er wissenschaftliche Arbeiten veröffentlichte, nicht jedoch mit dem Fall *A. gegen Türkei* (EGMR, Entscheidung vom 11.3.2014, Nr. 20877/10), bei dem es um einen einfachen Nutzer einer Internetseite gegangen sei, die gesperrt worden war (Z. 50).

Zudem verbreite YouTube nicht nur künstlerische und musikalische Werke, sondern sei eine sehr populäre Plattform für den politischen Diskurs sowie für politische und soziale Aktivitäten. Die Informationen, die in den auf YouTube veröffentlichten Videos enthalten gewesen seien, hätten für jeden Einzelnen von besonderem Interesse gewesen sein können (Z. 51). Das Internet habe wegen der leichten Zugänglichkeit der Informationen und der vereinfachten Kommunikation auf Websites grundsätzlich große Bedeutung als Mittel zur Ausübung der Meinungsfreiheit. Die Website YouTube habe daran im Allgemeinen Anteil und im Besonderen werde politische Information, die von traditionellen Medien nicht übermittelt werde, oft über YouTube verbreitet, was einen Bürgerjournalismus ermögliche. Diesbezüglich gebe es keine Website, die äquivalente Eigenschaften, Zugänglichkeit und Wirkungen aufweise. Für die Bf. sei YouTube daher nicht austauschbar (Z. 52). Die Bf. seien aktive Nutzer, die Ergebnisse ihrer wissenschaftlichen Tätigkeit über die gesperrte Website verbreiteten und die Sperre der Website habe sie daher eines bedeutenden Mittels beraubt, ihre Freiheit zum Empfang und zur Verbreitung von Informationen und Ideen auszuüben (Z. 53 f.). Die Kriterien zur Beurteilung der Opfereigenschaft seien flexibel anzuwenden und im konkreten Fall könnten die Bf., obwohl sie nicht direkte Adressaten der Sperrungsverfügung waren, behaupten, die staatliche Maßnahme habe ihr Recht auf aktive und passive Informationsfreiheit beschränkt (Z. 55).

Die Sperre sei auch ein staatlicher Eingriff in das Recht aus Art. 10 EMRK, weil die Website YouTube für die Bf. lange Zeit nicht erreichbar gewesen sei und die Bf. als aktive Nutzer damit an der Ausübung ihres Rechts auf Informationsfreiheit gehindert gewesen seien (Z. 56).

Der Gerichtshof stellt sodann fest, dass die gesetzliche Grundlage für die staatliche Maßnahme die Kriterien der Zugänglichkeit und der Vorhersehbarkeit nicht erfülle (Z. 61).



Das Gesetz berechtere nur zur Sperrung einzelner Inhalte, nicht jedoch zur pauschalen Blockade des Zugangs zu einer Internetseite aufgrund eines einzelnen Inhalts. Eine Sperrverfügung könne danach nur gegen eine bestimmte Veröffentlichung verhängt werden. Die Kriterien für die Präzision der gesetzlichen Regelung der staatlichen Befugnisse seien besonders streng zu handhaben, weil es sich um eine präventive staatliche Maßnahme handele (Z. 62). Daher habe es keine gesetzliche Grundlage für die pauschale Sperre des Zugangs zu YouTube durch das türkische Gericht gegeben (Z. 63). Die Anforderungen der gesetzlichen Grundlage für einen Eingriff in Art. 10 EMRK seien daher nicht erfüllt. Die Bf. hätten das Maß an Schutz, welches die Vorherrschaft des Rechts in einer demokratischen Gesellschaft erfordere, nicht erhalten. Es liege bereits aus diesem Grund eine Verletzung des Art. 10 EMRK vor.

3. *Beurteilung*: Zunächst hebt der EGMR im vorliegenden Urteil zum wiederholten Male die große Bedeutung des Internets als Medium zur Ausübung der Rechte aus Art. 10 EMRK hervor. Weiter betont der Gerichtshof die Bedeutung des Bürgerjournalismus.

Das Urteil betrifft im Kern jedoch wichtige Fragen des Rechtsschutzes von Internetnutzern in Fällen der Sperrung von Internetseiten. Obwohl die Sperrverfügungen an die Provider der Internetseiten gerichtet sind, erkennt der EGMR an, dass Nutzer dieser Internetseiten unter bestimmten Voraussetzungen, ohne direkte Adressaten dieser staatlichen Maßnahme zu sein, dennoch durch die Sperrung in ihren Rechten aus der Konvention verletzt sein können. Der EGMR stellt damit fest, dass unter bestimmten Umständen, die im Urteil angedeutet werden, Nutzern ein Rechtsweg gegen Sperrverfügungen offen stehen müsse, in dem sie ihre diesbezüglichen grundrechtlich gewährleisteten Rechte geltend machen können (ähnlich bereits EuGH, *UPC Telekabel Wien GmbH*, Urteil vom 27.03.2014, C-314/12, Z. 57). Allerdings unterliegt die Garantie effektiven Rechtsschutzes gegen staatlich veranlasste bzw. zurechenbare Internetsperren bestimmten Bedingungen. Im vorliegenden Fall spielte die Tatsache, dass es sich nicht etwa um ein bloßes Musikportal, sondern um eine Website mit politischen und sozialen Inhalten handelte, die die Bf. beruflich aktiv nutzten, eine entscheidende Rolle. Zu beachten ist, dass der EGMR eine Verletzung von Art. 10 EMRK bereits wegen des Fehlens einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage verneint. Eine Prüfung der Voraussetzungen der Rechtfertigung des Art. 10 II EMRK unterbleibt. Zu Anforderungen an ein legitimes Ziel und die Verhältnismäßigkeit von Internetsperren können dem Urteil daher keine Anhaltspunkte entnommen werden.

*12. D. gegen Estland (Verantwortlichkeit von Internetportalbetreibern für Nutzerkommentare)*

**EGMR (GK), D. ./ Estland, 16.6.2015, Nr. 64569/09<sup>3</sup> – Keine Verletzung von Art. 10 EMRK**

Das Urteil betrifft die Verantwortlichkeit eines kommerziellen Internetportalbetreibers für auf dem Portal veröffentlichte Nutzerkommentare.

<sup>3</sup> Deutsche Übersetzung des Urteils in MR-Int 2015, S. 53; NJW 2015, S. 2863.

1. *Sachverhalt*: Die Bf., eine Gesellschaft, ist Besitzerin des Internet-Newsportals D., einem der größten Online-Newsportale in Estland. Auf diesem Portal bestand für Nutzer die Möglichkeit, Artikel des Portals an deren Ende zu kommentieren. Die Kommentare wurden ohne Redaktion oder Moderation von Seiten der Bf. automatisch auf die Website hochgeladen. Nutzer konnten dabei selbst Kommentare hinterlassen und die Kommentare anderer lesen. Die Artikel des Portals erhielten etwa 10.000 Kommentare täglich, die meisten Nutzer hinterließen diese unter einem Pseudonym. Das Portal hatte dennoch ein System zur Meldung und Entfernung von Kommentaren. Jeder Leser konnte einen Kommentar als beleidigend oder zu Hass aufstachelnd markieren, was zu einer Löschung des Kommentars führte. Kommentare mit obszönen Wortstämmen wurden automatisch entfernt. Opfer von rufschädigenden Nutzerkommentaren konnten die Bf. unmittelbar benachrichtigen. Diese entfernte den Kommentar daraufhin unverzüglich. Die Bf. zeigte auf ihrer Website auch Hinweise darauf, dass die Nutzerkommentare nicht die Meinung der Bf. darstelle und die Nutzer für die Inhalte ihrer eigenen Kommentare selbst verantwortlich seien. Weiter wurde auf den Seiten des Portals auf Kategorien von Äußerungen hingewiesen, die verboten waren, wie etwa Beleidigungen, Aufstachelungen zu rechtswidrigen Handlungen usw. Im Januar 2006 publizierte die Bf. auf dem Portal einen Beitrag über die Zerstörung geplanter Eisstraßen durch das Unternehmen SLK, einem Fährunternehmen. Der Artikel erhielt zahlreiche Kommentare, in denen persönliche Drohungen und Beleidigungen gegenüber dem Hauptaktionär und Aufsichtsratsmitglied L. ausgesprochen wurden. L. ersuchte die Bf. die Kommentare zu entfernen und verlangte eine Entschädigung. Der Löschung kam die Bf. nach, die Entschädigungszahlung verweigerte sie jedoch. Daraufhin klagte L. vor den innerstaatlichen Zivilgerichten und die Bf. wurde zur Zahlung einer Entschädigung von 320 Euro, einer viel geringeren als der beantragten Summe, verurteilt. Rechtsmittel der Bf. hiergegen blieben ohne Erfolg. Die innerstaatlichen Gerichte argumentierten, die Bf. hätte für die rasche Entfernung und die Überwachung der Kommentare sorgen müssen, anstatt letztere den Opfern zu überlassen. Die Bf. hätte ein wirtschaftliches Interesse an den Kommentaren, da die Anzahl dieser die Besuchszahlen der Seite und dadurch die Werbeeinnahmen steigere. Es liege letztlich in der Kompetenz der Bf. zu entscheiden, welche Kommentare veröffentlicht wurden. Die Nutzer hätten keine Möglichkeit gehabt, die Kommentare zu ändern oder zu löschen. Die Bf. müsse als Herausgeberin betrachtet werden. Die Bf. erhob Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK und rügt eine Verletzung des Art. 10 EMRK.

2. *Erwägungen des EGMR*: Der Gerichtshof weist zunächst darauf hin, die Möglichkeit für Einzelpersonen, sich im Internet zu äußern, sei eine völlig neuartige Methode der Ausübung der Meinungsfreiheit. Neben diesen Vorteilen seien jedoch mit der Äußerung im Internet auch gewisse Risiken verbunden. Diffamierungen und andere Formen eindeutig rechtswidriger Rede, einschließlich Hassrede und Aufstachelung zu Gewalt, könnten wie nie zuvor weltweit und innerhalb sehr kurzer Zeit verbreitet werden und blieben unter bestimmten Umständen dauerhaft im Internet verfügbar. Zur Beurteilung eines solchen Falles müssten die widerstreitenden Interessen aus Art. 10 und Art. 8 EMRK unter Berücksichtigung von Vor- und Nachteilen des Internets in Einklang gebracht werden (Z. 110).

Der estnische Oberste Gerichtshof habe hier anerkannt, dass die Veröffentlichung von Nachrichten und Kommentaren in einem Internetportal eine journalistische Tätigkeit sei.

Weiter habe er ausgeführt, von dem Betreiber eines solchen Portals könne nicht verlangt werden, Kommentare vor ihrer Veröffentlichung gleichermaßen zu redigieren wie in Printmedien. Der Herausgeber in einem Printmedium sei durch seine Bearbeitung Verursacher der Veröffentlichung eines Kommentars, auf dem Internetportal hingegen liege die Verursachereigenschaft bei dem Nutzer selbst, der den Kommentar auf der Website abgebe. Daher sei der Betreiber des Portals nicht jene Person, gegenüber der Informationen offengelegt würden. Sowohl der Herausgeber eines Printmediums als auch der Betreiber des Onlineportals seien unternehmerisch tätige Herausgeber, weil sie wirtschaftliche Interessen an der Veröffentlichung der Kommentare hätten (Z. 112).

Dieser Unterscheidung folge der Gerichtshof, sie entspreche auch internationalen Vorgaben. Es sei deshalb zu erwägen, ob die besondere Natur des Internets die „Pflichten und Verantwortung“, die einem Internet-Newsportal nach Art. 10 II EMRK auferlegt würden, von jenen eines traditionellen Herausgebers in Bezug auf Drittinhalte abweichen müssten (Z. 113). Der Fall betreffe insbesondere nämlich eben jene Pflichten und Verantwortungen nach Art. 10 II EMRK, die eine zu wirtschaftlichen Zwecken betriebene Plattform, die nutzergenerierte Kommentare zu eigens veröffentlichten Inhalten zulasse, in den Fällen treffe, in denen Nutzer eindeutig rechtswidrige Äußerungen wie Persönlichkeitsrechtsverletzungen, Hassrede und Aufstachelung zu Gewalt tätigten. Zu berücksichtigen sei, dass es sich vorliegend um ein großes, professionell geführtes Portal handle, das kommerziell betrieben werde und das von sich aus Inhalte veröffentliche und die Leser zur Kommentierung eben dieser Inhalte einlade (Z. 115). Der Fall unterscheide sich daher von anderen Websites, auf denen Drittinhalte verbreitet würden, wie etwa Internet-Diskussionsforen oder Pinnwände. Hier werde die Diskussion ohne Steuerung durch den Inhaber der Website geführt.

Auch soziale Medien seien von der vorliegenden Konstellation zu unterscheiden, da die Anbieter auf diesen keine Inhalte anböten und der Anbieter ein Privater sein könne, der die Website oder einen Blog außerhalb seiner beruflichen Tätigkeit betreibe (Z. 116). Das Portal im vorliegenden Fall sei zudem eines der größten Onlinemedien des Landes mit breiter Leserschaft, unter der es bekanntermaßen öffentliche Besorgnis über die kontroversen Kommentare auf dem Portal gegeben habe. Die Kommentierungen seien außerdem rechtswidrig gewesen (Z. 117).

Gemäß den einschlägigen Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts in ihrer Auslegung durch die innerstaatlichen Gerichte sei die Bf. als Herausgeberin angesehen worden und habe als für die Veröffentlichung der evident rechtswidrigen Kommentare verantwortlich gegolten. Die Gesamtheit der innerstaatlichen Bestimmungen hätten es zusammen mit der einschlägigen Rechtsprechung vorhersehbar gemacht, dass ein Medienunternehmen, welches ein Internet-Newsportal zu kommerziellen Zwecken betreibe, grundsätzlich für das Hochladen von klar rechtswidrigen Kommentaren verantwortlich gemacht werden könne (Z. 128). Der Gerichtshof stellt daher fest, dass die Bf. als professionell agierende Herausgeberin Gesetzgebung und Rechtsprechung hätte kennen müssen oder Rechtsberatung hätte einholen können. Vor der Veröffentlichung der Kommentare sei öffentliche Besorgnis zum Ausdruck gebracht worden und der Justizminister habe erklärt, dass die Opfer von Beleidigungen Schadensersatzansprüche gegen die Bf. geltend machen könnten. Die Bf. sei

daher in der Lage gewesen, die mit ihren Handlungen verbundenen Gefahren einzuschätzen und vorherzusehen, welche Folgen diese nach sich ziehen könnten. Der Eingriff sei daher auf tauglicher gesetzlicher Grundlage erfolgt (Z. 129). Legitimes Ziel des Eingriffs sei der Schutz des guten Rufes und der Rechte anderer (Z. 130).

Zu prüfen bleibe, ob die Annahme der Verantwortlichkeit der Bf. für die Kommentare Dritter auf dem Portal unter den Umständen des Einzelfalles auf stichhaltigen und hinreichenden Gründen beruhe. Von Relevanz für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs seien dabei der Kontext der Kommentare, die von der Bf. gesetzten Maßnahmen, rufschädigende Kommentare zu verhindern bzw. zu entfernen, die Möglichkeit der Inanspruchnahme der tatsächlichen Autoren der Kommentare anstelle der Bf. sowie die Konsequenzen des innerstaatlichen Verfahrens für die Bf. (Z. 142 f.).

Der Artikel des Newsportals über die Fährgesellschaft sei ausgewogen und ohne beleidigende Sprache verfasst gewesen und habe selbst keine rechtswidrigen Äußerungen enthalten. Dennoch sei zu berücksichtigen, dass auch ein solcher Artikel Diskussionen im Internet auslösen könne. Der Natur des Newsportals D. komme in diesem Zusammenhang besondere Bedeutung zu. Das Portal agiere professionell und werde wirtschaftlich betrieben. Sein Anliegen sei es gewesen, möglichst viele Kommentare auf die selbst veröffentlichten Artikel zu erhalten. Der Oberste Gerichtshof habe ausdrücklich berücksichtigt, dass D. die Kommentarfunktion in das Portal integriert habe und Nutzer eingeladen habe dort eigene Ansichten anzugeben. Die Besucherzahlen auf dem Portal seien von der Zahl der Kommentare abhängig gewesen, was den Obersten Gerichtshof zu der Feststellung veranlasst habe, die Bf. hätte ein wirtschaftliches Interesse an den Kommentaren der Nutzer gehabt.

Zudem habe der Oberste Gerichtshof den Umstand betont, dass die mangelnde Autorenschaft des Portals nicht bedeutet hätte, dass jenes keine Kontrolle über die Kommentare gehabt hätte (Z. 144). Der EGMR stellt zudem fest, die Regeln des Portals auf der Website hätten es verboten, Kommentare zu hinterlassen, die substanzlos und/oder irrelevant für das jeweilige Thema sind, gegen die guten Sitten verstoßen, Bedrohungen, Beleidigungen, Obszönitäten, Grobheiten oder Aufstachelungen zu Feindseligkeit, Gewalt oder zur Begehung von illegalen Handlungen enthalten. Diese Kommentare hätten entfernt werden können und die Möglichkeit von Kommentaren hätte für die Autoren solcher Äußerungen eingeschränkt werden können. Zudem hätten die Verfasser der Kommentare ihre Äußerungen nicht ändern oder löschen können, wenn sie sie einmal auf dem Portal hinterlassen hätten. Allein D. sei in der Lage gewesen, dies zu tun. Die Bf. habe daher bedeutende Kontrolle über die auf ihrem Newsportal veröffentlichten Kommentare gehabt (Z. 145). Die innerstaatlichen Gerichte hätten hinreichend dargelegt, dass die Rolle der Bf. bei der Veröffentlichung der Kommentare zu den eigenen Artikeln über jene eines passiven, rein technischen Anbieters hinausging (Z. 146).

Bei Beurteilung der Möglichkeit der Verantwortlichkeit der Nutzer anstelle des Portals berücksichtige der EGMR das Interesse der Kommentaraufsteller anonym zu bleiben. Anonymität sei seit langem ein Mittel zur Vermeidung von Repressalien und ungewollter Aufmerksamkeit und damit geeignet, den Austausch von Ideen und Informationen bedeutend zu fördern, insbesondere im Internet.

Gleichzeitig dürfe aber nicht außer Acht gelassen werden, mit welcher Geschwindigkeit und in welchem Umfang Informationen im Internet verbreitet würden und dass diese Informationen für eine sehr lange Dauer verfügbar seien. Dies verstärke die Wirkung rechtswidriger Äußerungen erheblich. Der Gerichtshof verweist in diesem Zusammenhang auf das Urteil des EuGH im Fall *Google Spain SL und Google Inc* (EuGH, Urteil vom 13.5.2014, C-131/12), in welchem der EuGH dasselbe Problem der lange andauernden Persönlichkeitsverletzungen durch Äußerungen im Internet aufgegriffen habe und eine Vermutung aufgestellt habe, nach der in der Regel die Persönlichkeitsrechte des Einzelnen die wirtschaftlichen Interessen der Suchmaschinenbetreiber sowie die Interessen anderer Internetnutzer überwögen (Z. 147). Im Internet seien unterschiedliche Anonymitätsgrade möglich. Nutzer könnten für die Öffentlichkeit anonym, dem Anbieter aber über ein Konto oder Kontaktdaten bekannt sein. Die Angabe der Kontaktdaten könne dabei wiederum ohne oder mit Prüfung der Richtigkeit stattfinden. Die Verifizierung könne ihrerseits auch unterschiedlicher Art und Ernsthaftigkeit sein. Ein Anbieter könne aber ebenso vollständige Anonymität garantieren. In einem solchen Fall seien die Nutzer nur beschränkt anhand der Informationen, die Internetzugangsanbieter aufbewahrten, rückführbar. Die Freigabe dieser Informationen erfordere üblicherweise eine Verfügung der Ermittlungsbehörden oder Gerichte und unterliege strengen Voraussetzungen (Z. 148). Die Anonymität im Internet müsse, so die bisherige Rechtsprechung des EGMR im Fall *K.U. gegen Finnland* (EGMR, Urteil vom 2.12.2008, Nr. 2872/02) mit anderen Rechten und Interessen in Ausgleich gebracht werden (Z. 149). Die Maßnahmen der Identitätsfeststellung seien im vorliegenden Fall von ungewisser Wirksamkeit gewesen und nach dem Urteil des Obersten Gerichtshofs habe die verletzte Person die Wahl gehabt, ob sie eine Klage gegen die Bf. oder gegen die Verfasser der Kommentare einbringt. Die ungewisse Wirksamkeit von Identitätsfeststellungen im Zusammenhang mit den fehlenden Maßnahmen der Bf., dem Opfer von Hassrede die wirksame Klageeinbringung gegen die Verfasser der Kommentare zu ermöglichen, führten zu der Annahme, der Oberste Gerichtshof habe sein Urteil hinreichend und stichhaltig begründet. Diese Feststellung werde auch durch die bisherige Rechtsprechung im Fall *K.V. gegen Österreich (Nr. 4)* (EGMR, Urteil vom 9.11.2006, Nr. 72331) gestützt (Z. 150 f.).

Der Gerichtshof stellt weiter fest, die Bf. habe die Zahl der Kommentare zu den Artikeln auf ihrem Portal hervorgehoben und die aktivsten Diskussionen damit erkennbar gemacht. Der vorliegend relevante Artikel enthalte überdurchschnittlich viele Kommentare. Die Bf. habe die fraglichen Kommentare etwa sechs Wochen nach dem Hochladen auf dem Portal und nach einer Benachrichtigung durch die Anwälte der geschädigten Person gelöscht (Z. 152). Anzunehmen sei für die zugrundeliegende Fallkonstellation, dass die nachfolgende Löschung der Kommentare durch die Bf. unverzüglich nach der Veröffentlichung gereicht hätte, um nach innerstaatlichem Recht nicht verantwortlich für deren Inhalt gemacht zu werden. Da die Bf. erhebliche Kontrolle über die Kommentare gehabt habe, geht der Gerichtshof davon aus, es sei grundsätzlich nicht unverhältnismäßig, der Bf. die Verpflichtung aufzuerlegen, ohne Verzögerung Kommentare zu entfernen, die Hassrede und Aufstachelungen zu Gewalt darstellten und daher evident rechtswidrig seien (Z. 153).

Die Rechtfertigung der Haftung der Bf. wegen des Versäumnisses der unverzüglichen Löschung der Kommentare müsse aber auf stichhaltigen und hinreichenden Gründen beruhen.

Hierzu sei zu betrachten, ob die Bf. Mechanismen eingerichtet habe, die geeignet waren, Hassrede und Aufstachelung zu Gewalt unter den Kommentaren herauszufiltern (Z. 154). Festzustellen sei diesbezüglich, es habe eine Haftungsausschlussklausel existiert, die besagt habe, die Verfasser der Kommentare seien für diese verantwortlich und die oben bereits genannten verbotenen Kommentare seien zu unterlassen. Zudem habe es ein automatisches System zur Löschung von Kommentaren auf Basis von Wortstämmen für bestimmte vulgäre Ausdrücke sowie ein System zur Meldung von Kommentaren, mit dem jeder Nutzer die Bf. mittels einer Schaltfläche über einen rechtswidrigen Kommentar informieren konnte, gegeben. Die Administratoren hätten gelegentlich auch aus eigener Initiative Kommentare entfernt (Z. 155). Die Bf. habe ihre Pflicht zur Vermeidung von Schädigungen Dritter nicht vollständig vernachlässigt. Der von der Bf. eingesetzte Filtermechanismus sei jedoch nicht in der Lage gewesen, Hassrede und Aufstachelungen zu Gewalt herauszufiltern, wodurch die Möglichkeit der raschen Entfernung dieser Kommentare erschwert worden sei. Der Gerichtshof weist darauf hin, bei den fraglichen Kommentaren habe es sich um evidente Ausdrücke von Hass und Drohungen gegen die körperliche Integrität des L. gehandelt. Der Filtermechanismus sei, da er diese Kommentare nicht identifizierte, unzureichend gewesen. Die Kommentare seien in Folge dieser unzureichenden Funktionsfähigkeit des Filters sechs Wochen lang online verfügbar gewesen (Z. 156). Der Gerichtshof betont, die Maßnahmen, die von der Bf. zur Vermeidung der Verbreitung von Hassrede und anderer rechtswidriger Äußerungen, seien keine private Zensur (Z. 157).

Weiter sei zu berücksichtigen, dass das Vermögen eines potenziellen Opfers von Hassrede im Internet, dieses stetig zu überwachen, beschränkter sei als jenes eines großen, kommerziell agierenden Portals, die Kommentare zu verhindern bzw. unverzüglich zu entfernen (Z. 158). Zwar sei das von der Bf. eingerichtete System der Entfernung nach Meldung durch Nutzer („*notice-and-take-down*“) in den meisten Fällen hinreichend, wenn und soweit es von wirksamen Verfahren begleitet werde, die eine rasche Antwort erlaubten. In Konstellationen wie der vorliegenden jedoch, in der Hassreden und direkte Drohungen gegen die körperliche Integrität ausgesprochen wurden, könnten die Rechte und Interessen anderer Individuen und der Allgemeinheit die Verantwortlichkeit des Newsportals rechtfertigen, wenn dieses es versäume, auch ohne Meldung durch das Opfer oder Dritte, Maßnahmen zu ergreifen, um eindeutig rechtswidrige Äußerungen unverzüglich zu entfernen (Z. 159).

Die Bf. sei im innerstaatlichen Verfahren zu einer Entschädigungszahlung in Höhe von 320 Euro verpflichtet worden. Diese Summe sei, zumal es sich bei der Bf. um ein professionell agierendes Unternehmen handele, jedenfalls nicht unverhältnismäßig (Z. 160). Die Bf. habe auch wegen der innerstaatlichen Verfahren ihr Geschäftsmodell nicht ändern müssen. D. sei das größte und populärste Newsportal für das Posten von Kommentaren geblieben. Anonyme Kommentare seien noch immer neben möglichen registrierten Nutzerkommentaren vorherrschend und es seien Moderatoren eingesetzt worden, die eine Moderation der im Portal hinterlassenen Kommentare durchführten. Der Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit sei auch aus diesem Grund nicht unverhältnismäßig (Z. 161). Die Annahme der Verantwortlichkeit der Bf. für die Kommentare Dritter auf ihrem Portal habe unter Berücksichtigung des dem Staat zukommenden Beurteilungsspielraums auf stichhaltigen und

hinreichenden Gründen basiert. Der Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit der Bf. sei daher nicht unverhältnismäßig, damit liege keine Verletzung des Art. 10 EMRK vor.

3. *Beurteilung*: Das Urteil betrifft die aktuelle Frage der Grundrechtskonformität einer Haftung von Internetdienstleistern für Inhalte Dritter, die in ihrem Einflussbereich veröffentlicht werden. Der EGMR entscheide damit zum ersten Mal über internetbasierte Kommunikation und die Verantwortlichkeit für Drittinhalte im Rahmen dieser.

Die deutsche Rechtsordnung enthält Regelungen über die Verantwortlichkeit von Providern für Äußerungen ihrer Nutzer im Telemediengesetz (TMG). Nach § 7 I TMG sind Diensteanbieter für eigene Informationen, die sie zur Nutzung bereithalten, nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich. Gemäß § 7 II TMG sind Diensteanbieter nicht verpflichtet, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Damit besteht keine Pflicht zur Vorabprüfung der Nutzerinhalte, die im Einflussbereich des Anbieters veröffentlicht werden. Gemäß § 10 sind Diensteanbieter für fremde Informationen, die sie für einen Nutzer speichern, nicht verantwortlich, sofern sie entweder keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information haben und ihnen im Falle von Schadensersatzansprüchen auch keine Tatsachen oder Umstände bekannt sind, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich wird, oder sie unverzüglich tätig geworden sind, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald sie diese Kenntnis erlangt haben. Die deutsche Regelung folgt damit, wie andere europäische Länder auch, dem sog. „*notice-and-take-down*“ System.

In diesem Sinne hat auch der BGH im Jahr 2015 entschieden, dass die Betreiberin eines Hotelbewertungsportals nicht auf Unterlassung unwahrer Tatsachenbehauptungen eines Nutzers auf ihrem Portal hafte (BGH, Urteil vom 19.3.2015, I ZR 94/13). Der Annahme einer allgemeinen Prüfungspflicht von Diensteanbietern im Sinne der §§ 8 bis 10 TMG für die von Nutzern auf ihre Server eingestellten fremden Daten stehe § 7 II 2 S. 1 TMG entgegen. Danach seien Diensteanbieter nicht verpflichtet, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hindeuten. Nach dieser Vorschrift, die auf Art. 15 I der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr beruhe, seien Überwachungspflichten allgemeiner Art ausgeschlossen. Danach sei es dem Betreiber eines Bewertungsportals grundsätzlich nicht zuzumuten, jeden Beitrag vor der Veröffentlichung im Internet auf eine mögliche Rechtsverletzung hin zu untersuchen. Nicht ausgeschlossen seien hingegen Überwachungspflichten in spezifischen Fällen. Diensteanbieter, die von Nutzern bereitgestellte Informationen speichern, müssten außerdem die nach vernünftigem Ermessen von ihnen zu erwartende und in innerstaatlichen Rechtsvorschriften niedergelegte Sorgfaltspflicht anwenden, um bestimmte Arten rechtswidriger Tätigkeiten aufzudecken und zu verhindern (BGH, Urteil vom 19.3.2015, I ZR 94/13, Rn. 31). Die Bestimmung der im Falle eines Internet-Bewertungsportals anwendbaren spezifischen Überwachungspflicht richte sich danach, ob und inwieweit dem Betreiber nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten sei. Hierbei sei zu berücksichtigen, ob die Rechtsverletzung eines Dritten aufgrund einer unklaren Rechtslage erst nach eingehender rechtlicher oder tatsächlicher Prüfung festgestellt

werden kann oder ob sie für den Betreiber offenkundig oder unschwer zu erkennen ist. Für eine erhöhte Prüfungspflicht spreche es, wenn der Betreiber bei seiner Tätigkeit Rechtsverletzungen in erheblichem Umfang Vorschub leistet oder sie durch eigene Maßnahmen fördert (BGH, Urteil vom 19.3.2015, I ZR 94/13, Rn. 36). Erst, wenn der Betreiber einer Internethandels- oder Bewertungsplattform auf eine klare Rechtsverletzung hingewiesen wird, muss er nicht nur das konkrete Angebot oder die konkrete Bewertung unverzüglich sperren, sondern auch Vorsorge treffen, dass es möglichst nicht zu weiteren derartigen Rechtsverletzungen kommt (vgl. BGHZ 191, 19 Rn. 21, 39).

Damit entspricht die Rechtsprechung des BGH grundsätzlich dem „*notice-and-take-down*“-System. Sie sieht aber ebenso wie der EGMR die Möglichkeit spezifischer Überwachungspflichten im Einzelfall vor, wenn und soweit diese dem Diensteanbieter zumutbar sind. Auf diese Weise bleibt ein Spielraum, in dem je nach den Umständen des Einzelfalles sowie der Zumutbarkeit für den Diensteanbieter in der konkreten Konstellation, spezifische Überwachungspflichten angenommen und im Einzelnen definiert werden können und müssen. Sowohl das Kriterium der Zumutbarkeit als auch jenes der Einzelfallumstände bedürfen der Konkretisierung. Für eine konventionskonforme Konkretisierung und Entscheidung über Existenz und Umfang der spezifischen Überwachungspflichten liefert das Urteil des EGMR maßgebliche und ausführliche Hinweise.

### *13. H. gegen Schweiz (Berichterstattung mit versteckter Kamera)*

#### **EGMR, H. u.a. / Schweiz, 24.3.2015, Nr. 21830/09<sup>4</sup> – Verletzung von Art. 10 EMRK**

Das Urteil betrifft Fragen der Verurteilung von Journalisten wegen Verwendung einer versteckten Kamera für ein anschließend ausgestrahltes Interview.

1. *Sachverhalt*: Die Bf. sind Redakteurin und verantwortlicher Redakteur bzw. Chefredakteur des Fernsehsenders SFR. In Folge der Jahresberichte des Ombudsmanns der Privatversicherung des Kantons Zürich und Briefen von Fernsehzuschauern an die Redaktion von „Kassensturz“ – einer Sendung zum Verbraucherschutz im SFR –, die ihre Unzufriedenheit mit den Geschäftspraktiken von Versicherungsmaklern zum Ausdruck brachten, einigten sich die Bf. darauf, Gespräche zwischen Interessenten und Versicherungsmaklern mit versteckter Kamera zu filmen, um ein Fehlverhalten letztgenannter Personen zu dokumentieren. Eine der Bf. führte das Gespräch mit einem Versicherungsmakler in einer Privatwohnung unter dem Vorwand an einer Lebensversicherung interessiert zu sein. Das Gespräch wurde mit versteckten audiovisuellen Kameras aufgezeichnet und von einem Experten für Versicherungen kommentiert. Nach Ende des Gesprächs wurde der Versicherungsmakler über die Situation aufgeklärt. Die Bf. warfen dem Makler vor, er habe schwere Fehler begangen. Der Makler äußerte sich hierzu nicht. Die Aufnahmen wurden in der nächsten Sendung teilweise ausgestrahlt, wobei die Stimme des Maklers verfremdet und das Gesicht des Maklers unkenntlich gemacht wurde. Lediglich die Farbe seiner Haare und seiner Haut sowie seine Kleidung waren für den Fernsehzuschauer erkennbar. Die Klage des Versicherungsmaklers beim zuständigen schweizerischen Gericht auf Unterlassung der

<sup>4</sup> Deutsche Übersetzung in MR-Int 2015, S. 41.



Ausstrahlung wurde zurückgewiesen und die Sendung ausgestrahlt. Die Bf. wurden anschließend wegen des Abhörens und Aufnehmens fremder Gespräche zu Geldstrafen verurteilt. Das Bundesgericht wies die dagegen gerichtete, auf Art. 10 EMRK gestützte, Beschwerde ab. Hiergegen erhoben die Bf. Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK.

2. *Erwägungen des EGMR*: Der EGMR stellt einen Eingriff in die Äußerungsfreiheit nach Art. 10 EMRK fest. Die Zweifel der Bf. an der Vorhersehbarkeit der Auswirkungen der Strafgesetzbestimmungen, weil die Verwendung der versteckten Kamera nicht ausdrücklich geahndet werde, teilt der Gerichtshof nicht. Er geht davon aus, die Bf. als Journalisten und Redakteure und damit Fachkundige für Fernsehsendungen seien in der Lage gewesen zu erkennen, dass sie sich der Gefahr einer strafrechtlichen Sanktionierung aussetzten, indem sie ohne Genehmigung der gefilmten Person eine versteckte Kamera verwendeten und die Aufnahmen verbreiteten. Eine tauglich gesetzliche Grundlage liege daher vor (Z. 39 f.).

Bild und Stimme des Maklers seien ohne dessen Wissen aufgenommen und gegen seinen Willen ausgestrahlt worden. Dies sei zwar anonymisiert erfolgt, aber dennoch abwertend geschehen und habe die falschen beruflichen Auskünfte des Maklers in einer Fernsehsendung mit großer Verbreitung zu Tage gebracht (Z. 42). Der Eingriff diene daher dem Schutz der Rechte und des guten Rufes anderer, also dem Recht des Maklers am eigenen Bild sowie seinem Ruf (Z. 43).

Der Gerichtshof rekurriert zur Entscheidung des vorliegenden Einzelfalles auf seine bisherige Rechtsprechung zu Art. 10 und Art. 8 EMRK sowie zum Verhältnis zwischen beiden Garantien im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis (Z. 44-50). Der zu behandelnde Fall unterscheide sich jedoch von den Fällen, die der genannten bisherigen Rechtsprechung zugrunde gelegen hätten. Bei dem Makler handele es sich nicht um eine Person des öffentlichen Lebens mit besonderer Bekanntheit. Zudem versuche die Reportage nicht, den Makler persönlich zu kritisieren, sondern zielte vielmehr auf Geschäftspraktiken der Berufsbranche ab, der der Makler angehört. Die Auswirkungen der Reportage auf den persönlichen Ruf des Maklers seien begrenzt. Diese Besonderheit sei zu berücksichtigen (Z. 52).

Der Gerichtshof wiederholt seine ständige Rechtsprechung, in Fällen wie dem vorliegenden dürfe es keinen Unterschied machen, ob die Beschwerde unter dem Aspekt von Art. 10 oder Art. 8 EMRK erhoben wurde. Die Garantien seien a priori gleich zu respektieren und der Beurteilungsspielraum der Staaten variere nicht je nach geltend gemachter Garantie (Z. 54). Das Thema der Reportage, die schlechte Qualität der Beratungsleistungen durch Makler für Privatversicherungen, also Fragen des Verbraucherschutzes, sei von sehr wichtigem öffentlichem Interesse (Z. 56). Für das Kriterium des Beitrags zu einer öffentlichen Debatte sei es allein von Bedeutung, ob die Reportage geeignet gewesen sei, zu einer Debatte von allgemeinem Interesse beizutragen, nicht, ob sie das Ziel vollständig erreicht habe (Z. 57). Vorliegend sei ein solcher Gegenstand von allgemeinem Interesse gegeben (Z. 58). Art. 10 II EMRK lasse nur wenig Raum für Beschränkungen der Meinungsfreiheit im Bereich von Fragen von allgemeinem Interesse (Z. 59). Der Makler sei keine Persönlichkeit des öffentlichen Lebens und er habe auch keine Zustimmung zur Aufnahme des Gesprächs gegeben, weshalb er mit vernünftigen Gründen an den privaten Charakter der Unterhaltung

haben glauben dürfen. Die Reportage sei nicht auf die Person des Maklers, sondern auf die Geschäftspraktiken seiner Branche gerichtet gewesen. Das Gespräch sei außerdem nicht in den Geschäftsräumen des Maklers, sondern in anderen Räumlichkeiten erfolgt. Der Eingriff in das Privatleben sei daher von geringerer Schwere als bei einer Reportage über die Person des Maklers selbst (Z. 60).

Hinsichtlich der Art und Weise der Erlangung der Information als Kriterium der Interessenabwägung stellt der Gerichtshof fest, die Verwendung der versteckten Kamera sei im innerstaatlichen Recht nicht absolut verboten, sondern könne unter strikten Bedingungen gestattet werden. Hier müsse ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung der Information bestehen und die Information müsse nicht auf andere Weise erhalten werden können. Die Bf. hätten sich vorliegend nicht vorsätzlich entgegen ihres Berufsethos verhalten. Sie seien sich der vom Schweizer Presserat festgelegten journalistischen Regeln, die die Verwendung von versteckten Kameras beschränkten, bewusst gewesen. Sie seien jedoch zu dem Schluss gekommen, der Gegenstand ihrer Sendung gestatte es ihnen, auf das Mittel der versteckten Kamera zurückzugreifen. Diese Frage sei in der schweizerischen Rechtsprechung zudem nicht einheitlich beantwortet worden. Im Zweifel sei daher anzunehmen, dass die Bf. den Willen hatten, ihr Berufsethos zu beachten (Z. 61). Der von der Regierung vorgebrachte Umstand, es wäre für die Verbraucher interessanter gewesen, das Ausmaß der Probleme statt ihrer Natur offenzulegen, ändere diese Feststellung nicht (Z. 62). Die Aufnahme des Gesprächs selbst habe nur einen begrenzten Eingriff in die Interessen des Maklers dargestellt, da nur ein begrenzter Personenkreis Zugang zu den Aufnahmen gehabt habe (Z. 64). Diese Aufnahme sei dann in Form einer Reportage gesendet worden, die aufgrund ihrer großen Verbreitung geeignet gewesen sei, schwerwiegender in das Recht des Maklers auf Privatleben einzugreifen. Audiovisuelle Medien hätten oft viel unmittelbarere und stärkere Wirkungen als Printmedien. Entscheidend sei jedoch, dass die Bf. den Makler, wie dargestellt, unkenntlich gemacht hätten und die das aufgezeichnete Gespräch nicht an einem Ort stattgefunden habe, den der Makler gewöhnlich aufsuche (Z. 65).

Der Eingriff in das Privatleben des Maklers sei daher nicht schwer genug, um das öffentliche Interesse an der Information über die Mängel beim Verkauf von Versicherungsleistungen zu überwiegen (Z. 66). Die Geldstrafen der Bf. seien zwar relativ gering, die Sanktionierung könne aber dazu führen, dass die Presse von kritischen Äußerungen Abstand nehme, obwohl die Bf. vorliegend an der Sendung ihrer Reportage nicht gehindert worden sei. Die Tatsache der Verurteilung spiele in diesem Fall eine größere Rolle als der unbedeutende Charakter der Strafhöhe (Z. 67). Die staatliche Maßnahme sei damit in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig gewesen, es liege eine Verletzung von Art. 10 EMRK vor (Z. 68).

3. *Beurteilung*: Das Urteil fügt sich in die Straßburger Rechtsprechung zu Fragen des Konflikts zwischen der Garantie der Pressefreiheit nach Art. 10 EMRK und den Schutz der Persönlichkeitsrechte aus Art. 8 EMRK ein.

Eine Verwendung versteckter Kameras für Aufnahmen sowie die Verbreitung dieser Aufnahmen könnte eine Strafbarkeit nach § 201 StGB wegen Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes nach sich ziehen. Nach der Richtlinie 4.1. des Pressekodex des deutschen Presserats ist eine verdeckte Recherche im Einzelfall gerechtfertigt, wenn damit

Informationen von besonderem öffentlichen Interesse beschafft werden, die auf andere Weise nicht zugänglich sind. Die Programmrichtlinien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verweisen ebenfalls auf die Achtung von Persönlichkeitsrechten und anerkannten journalistischen Grundsätzen. Bei Auslegung und Anwendung dieser Regelungen ist im Einzelfall die Spannungslage zwischen den Rechten aus Art. 5 I GG und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG aufzulösen. Der Gerichtshof entwickelt im vorliegenden Fall Anhaltspunkte und Kriterien für eine völkerrechtskonforme Lösung dieses Spannungsverhältnisses im Fall heimlicher Filmaufnahmen durch Verwendung einer versteckten Kamera oder anderer Abhörgeräte durch Journalisten.

*14. M'B. M'B. gegen Frankreich (Revisionismus)*

**EGMR, M'B. M'B. ./. Frankreich, 20.10.2015, Nr. 25239/13 – Keine Verletzung von Art. 10 EMRK**

Die Entscheidung betrifft die strafrechtliche Verurteilung wegen künstlerischer Äußerungen mit revisionistischem Inhalt.

1. *Sachverhalt*: Der politisch engagierte Bf. ist Humorist und tritt unter dem Künstlernamen „Dieudonné“ auf. Er war Kandidat bei den Europawahlen 2004. Im Jahr 2008 trat er in Paris in einer großen Veranstaltungshalle auf. Am Ende der Vorstellung lud er Robert Faurisson, der wegen negationistischer Thesen wie der Leugnung der Existenz von Gaskammern in Konzentrationslagern in Frankreich strafrechtlich verurteilt worden war, ein, zu ihm auf die Bühne zu kommen. Dort bat er um den Applaus des Publikums und ließ der Bf. Faurisson von einem Statisten in einem karierten Pyjama mit einem Davidstern den „Preis der Ächtung und der Unverschämtheit“ verleihen. Der Preis wurde durch einen Kerzenhalter mit drei Armen dargestellt, auf welchen je ein Apfel angebracht worden war. Die anwesenden Polizisten nahmen von diesem Vorfall Kenntnis und registrierten zudem die Anwesenheit von Jean-Marie Le Pen, zu diesem Zeitpunkt Präsident des Front National, im Publikum. Im Internet tauchten Bilder von der Veranstaltung auf. Aus der Konversation zwischen Dieudonné und Faurisson auf der Bühne geht hervor, dass sich beide der Skandalwirkung ihrer Worte und Handlungen auf der Veranstaltung bewusst waren. Der Bf. wurde von den französischen Gerichten strafrechtlich wegen öffentlicher Beleidigung gegenüber Personen jüdischer Herkunft oder Konfession verurteilt. Daraufhin erhob der Bf. Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK.

2. *Erwägungen des EGMR*: Der Gerichtshof prüft die Beschwerde unter dem Aspekt der Verletzung des Art. 10 EMRK. Zunächst stellt er fest, der Schutz des Art. 10 EMRK gelte gleichermaßen für satirische Äußerungen, die eine Art der künstlerischen Äußerungen und der sozialen Kommentare seien und von Übertreibung und Verzerrung der Realität charakterisiert würden und auf Provokation und Agitation zielten. Ein Eingriff in die Freiheit eines Künstlers, sich dieser Kunstform zu bedienen, sei daher mit besonderer Vorsicht zu prüfen (Z. 31).

Der Gerichtshof habe aber andererseits auch die Grenzen der Äußerungsfreiheit definiert. Art. 17 ziele darauf ab, es unmöglich zu machen, dass Einzelne aus den Garantien der

Konvention ein Recht ableiteten, das es ihnen erlaube, eine Handlung vorzunehmen, die darauf gerichtet sei die Rechte und Freiheiten der Konvention zu zerstören (Z. 32). Eine Äußerung, die gegen die der EMRK zugrundeliegenden Werte gerichtet sei, sei gemäß Art. 17 EMRK vom Schutz des Art. 10 EMRK ausgeschlossen. Dies sei in der bisherigen Rechtsprechung bei negationistischen Äußerungen der Fall gewesen, insbesondere bei Leugnung der Existenz von Gaskammern in Konzentrationslagern während der Zeit des Nationalsozialismus (Z. 33). Im vorliegenden Fall hätten die französischen Gerichte zutreffend festgestellt, der Bf. habe eine Person, die für ihre negationistischen Thesen bekannt sei, geehrt und ihr unter Applaus des Publikums durch einen als deportierten Juden verkleideten Schauspieler, ein Objekt überreicht, welches ein Symbol der jüdischen Religion lächerlich mache. Die Szene sei an Personen jüdischer Herkunft oder Konfession gerichtet gewesen (Z. 34). Der stark antisemitische Charakter der Szene sei unzweifelhaft und die Ehrung Faurissons sei zweifellos vom Bf. positiv konnotiert gewesen (Z. 35). Der Bf. habe sich nicht von den Äußerungen seines Gastes distanziert. Das Argument des Bf., Faurisson hätte auf der Bühne keine revisionistische Äußerung getätigt, überzeuge den Gerichtshof nicht.

Er stellt fest, die Bezeichnung jener, die Faurisson als Negationisten qualifizierten, als „Affirmationisten“, sei eine eindeutige Aufstachelung an Faurisson gewesen, klar etablierte historische Tatsachen als bloße Behauptungen darzustellen.

Der Bf. habe sich zudem nicht bemüht, den beleidigenden Charakter der Situation zu mildern. Zudem sei das Kostüm der Person, die den Preis übergab (kariertes Pyjama mit Davidstern) jedenfalls hinreichender Beleg für die Abwertung der Opfer des Holocaust durch die Inszenierung gewesen (Z. 36). Der Gerichtshof lehnt auch den Vorwurf des Bf. an die innerstaatlichen Gerichte ab, diese hätten den „Sketch“ falsch interpretiert, da sie die Mehrdeutigkeit verkannt hätten. Der Bf. sei ein Humorist, der sich politisch engagiere und Kandidat zu mehreren Wahlen gewesen sei. Zum Zeitpunkt seiner hier fraglichen Inszenierung sei er bereits wegen rassistischer Beleidigung verurteilt gewesen. Der Kontext der Vorstellung sowie die eigenen Aussagen des Bf. auf der Bühne ließen daher die Ansicht, der Bf. habe die Äußerungen seines Gastes herabsetzen oder den Antisemitismus ablehnen wollen, nicht zu. Eine Mehrdeutigkeit könne nicht angenommen werden.

Die Reaktion des Publikums zeige zudem, dass der antisemitische und revisionistische Charakter der Szene wahrgenommen worden sei. Ebenso hätten die innerstaatlichen Richter die Szene interpretiert (Z. 37). Hierfür spreche auch, dass der Bf. zu Beginn seiner Vorstellung angekündigt hätte, eine seiner vorherigen Inszenierungen, die als „größtes antisemitisches Treffen seit Ende des Zweiten Weltkrieges“ bezeichnet worden sei, übertreffen zu wollen. Auch diesbezüglich lehne der Gerichtshof die Möglichkeit der Annahme einer Mehrdeutigkeit ab. (Z. 38). Der Bf. könne hier nicht geltend machen, als Künstler mit dem Recht zum Gebrauch satirischer Elemente gehandelt zu haben. Unter dem Deckmantel einer humoristischen Vorstellung habe hier eine Demonstration von Hass und Antisemitismus stattgefunden. Die Äußerung einer Ideologie, die den fundamentalen Werten der EMRK widerspreche, sei sie auch in einer künstlerischen Vorstellung getätigt, selbst satirisch oder provokant, genieße nicht den Schutz des Art. 10 EMRK (Z. 39).

Auch wenn Art. 17 EMRK bisher nur auf ausdrückliche und direkte Äußerungen, die keine Interpretation bedürfen, angewandt worden sei, so sei der Gerichtshof überzeugt, dass eine antisemitische und hasserfüllte Äußerung im Gewand einer künstlerischen Darbietung ebenso gefährlich sei, wie ein frontaler und abrupter Angriff (Z. 40). Der Bf. habe daher mit diesen Äußerungen versucht, Art. 10 EMRK seines Zweckes zu berauben, indem er die Meinungsäußerungsfreiheit zu Zwecken benutzte, die Text und Geist der Konvention zuwiderliefen und die, ließe man sie zu, zur Zerstörung der Rechte und Garantien der Konvention beitragen würden (Z. 41). Daher sei gemäß Art. 17 EMRK der „Schutz des Art. 10 EMRK“ nicht gegeben und die Beschwerde gemäß Art. 35 III a, IV EMRK offensichtlich unbegründet und damit unzulässig (Z. 42).

3. *Beurteilung*: Die Zulässigkeitsentscheidung spielt in der aktuellen Diskussion um Hassreden und rassistische wie revisionistische Äußerungen und deren Schutz durch die Meinungsäußerungsfreiheit eine entscheidende Rolle. Der Gerichtshof stellt klar, dass auch eine Äußerung, die in der Form der Satire oder Komödie getätigt wird, dem Missbrauchsverbot des Art. 17 EMRK unterfallen und damit keinen Schutz durch Art. 10 EMRK genießt, wenn und soweit sie antisemitische, insbesondere eine Holocaustleugnung, sowie hasserfüllte Inhalte transportiert und damit eine Beleidigung der betroffenen Personengruppen darstellt. Damit folgt der EGMR seiner Rechtsprechungslinie im Hinblick auf einen historischen Negationismus bezüglich der Verbrechen des Nationalsozialismus, der den Schutz des Art. 10 EMRK nicht genießen soll und weitet diese zugleich auf Äußerungen aus, die nicht explizit, aber aus ihrem Kontext eindeutig erkennbar, dieser Natur sind. Art. 17 EMRK ist damit nach Auffassung des Gerichtshofs unter bestimmten Umständen auch auf negationistische Äußerungen unter dem Deckmantel der Satire anwendbar. Der Kontext einer Äußerung kann den revisionistischen Charakter, der die Anwendung des Art. 17 EMRK auslöst, damit ebenso begründen wie ein ausdrücklicher Äußerungsinhalt. Für eine völkerrechtsfreundliche Auslegung und Anwendung des deutschen Rechts könnten diese Erwägungen des EGMR in seiner Zulässigkeitsentscheidung in ähnlichen Fallkonstellationen eine Rolle spielen.

*15. P. gegen Finnland (journalistische Tätigkeit während Demonstration)*

**EGMR (GK), P. ./J. Finnland, 20.10.2015, Nr. 11882/10 – keine Verletzung von Art. 10 EMRK**

Das Urteil betrifft die Festnahme eines Fotografen wegen Missachtung polizeilicher Anweisungen während einer Demonstration.

1. *Sachverhalt*: Am 9.9.2006 fand in Helsinki eine Demonstration gegen den ebendort stattfindenden Asien-Europa-Gipfel. Der als Fotograf und Journalist tätige Bf. arbeitete zu diesem Zeitpunkt für ein Wochenmagazin, welches ihn damit beauftragte, bei der genannten Demonstration zu fotografieren. Im Zuge dieser Demonstration kam es zu Gewaltakten, weswegen die Polizei die Demonstranten einkreiste und verkündete, dass eine friedliche Kundgebung vor Ort, nicht jedoch ein Demonstrationzug gestattet werde. Nachdem die Gewalt eskaliert war, wurde die Demonstration von der Polizei aufgelöst. Die Teilnehmer der

Demonstration wurden aufgefordert, den Ort des Geschehens zu verlassen. Der Bf. habe diese Aufforderung nach eigenen Angaben erst um 20:30 Uhr gehört. Sein Arbeitgeber wies ihn an, vor Ort zu bleiben. Der Bf. befand sich zwischen der Polizei und den verbliebenen Demonstranten. Die Polizei forderte die Teilnehmer noch mehrfach auf, den Ort des Geschehens zu verlassen und kündigte an, dass jede Person festgenommen würde, die dieser Anforderung nicht Folge leistet. Gegen 21:00 Uhr teilte ein Polizist dem Bf. mit, dass dies seine letzte Chance sei, den Ort des Geschehens zu verlassen. Danach wurden die 20 verbliebenen Teilnehmer sowie der Bf. verhaftet; dieser wurde auf einer Polizeistation von 21:26 Uhr bis um 15:05 Uhr am nächsten Tag angehalten. Der Bf. wurde im Jahr 2007 wegen Ungehorsams gegenüber der Polizei verurteilt. Aufgrund seines als „entschuldigbar“ gewerteten Verhaltens wurde über den Bf. keine Strafe verhängt. Die gegen dieses Urteil erhobenen Rechtsmittel blieben erfolglos.

Der Bf. erhob Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK und machte eine Verletzung von Art. 10 EMRK geltend.

2. *Erwägungen des EGMR*: Wenngleich die von der Polizei ergriffenen Maßnahmen nicht gegen den Bf. in seiner Eigenschaft als Journalist gerichtet gewesen seien, liege ein Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit des Bf. vor, weil dessen Ausübung seiner journalistischen Funktionen beeinträchtigt worden sei (Z. 83). Der Eingriff sei i.S.d. Art. 10 II EMRK gesetzlich vorgesehen gewesen (Z. 85). Der Eingriff habe mit dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie der Verhütung von Straftaten legitime Ziele i.S.d. Art. 10 II EMRK verfolgt (Z. 86). Der Gerichtshof hebt die Bedeutung journalistischer Tätigkeit in Zusammenhang mit behördlichem Verhalten bei Demonstrationen hervor. Jeder Versuch einer Entfernung von Journalisten von Demonstrationen müsse daher einer strengen Prüfung unterzogen werden (Z. 89). Das Konzept eines verantwortungsvollen Journalismus erstreckte sich auch auf die Rechtmäßigkeit des Verhaltens des Journalisten sowie auf dessen Interaktion mit den staatlichen Stellen bei Ausübung seiner journalistischen Tätigkeit. Ein Rechtsbruch eines Journalisten sei ein wichtiger, wenngleich nicht entscheidender Faktor bei der Beurteilung, ob der Journalist verantwortungsvoll gehandelt habe (Z. 90). Ein Journalist könne nicht exklusive Immunität vor strafrechtlicher Verantwortung beanspruchen, weil er die in Rede stehende Straftat während seiner journalistischen Tätigkeit begangen habe (Z. 91). Der Gerichtshof stellt in Bezug auf den vorliegenden Fall fest, dass die Demonstration erhebliche mediale Aufmerksamkeit erregt habe (Z. 92). Im vorliegenden Fall seien die miteinander abzuwägenden Interessen (Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung durch die Polizei bzw. Interesse der Öffentlichkeit am Erhalt von Informationen von öffentlichem Interesse) jeweils öffentlicher Natur (Z. 94). Der Gerichtshof stellt fest, dass die polizeilichen Anordnungen aufgrund der zu erwartenden Gewalttaten eine vernünftige Einschätzung der Sachlage darstellten. Auch die präventiven Maßnahmen (z.B. die Anordnung zum Verlassen des Ortes des Geschehens) seien gerechtfertigt gewesen und hätten nicht bloß dem „abstrakten“ Schutz der öffentlichen Ordnung, sondern auch der Sicherheit konkreter Individuen – auch des Bf. – gedient (Z. 96). Der Gerichtshof hebt hervor, dass die anwesenden Journalisten frei und inmitten der Demonstration hätten arbeiten können. Es sei nicht entscheidend, dass eine sichere Zone für Journalisten bereitgestellt werde. Der Bf. sei nicht behindert worden, sondern habe im Gegenteil bis zu seiner Festnahme Fotoaufnahmen

machen können (Z. 97). Der Bf. habe im abgesperrten Bereich des harten Kerns der Demonstranten weder aufgrund seiner Kleidung (die dem Kleidungsstil der Demonstranten entsprochen habe) noch aufgrund sonstiger Umstände als Journalist erkannt werden können (Z. 98). Der Gerichtshof betont, dass der Bf. ausreichende Bemühungen hätte unternehmen müssen, um seinen Status als Journalist klarzustellen (z.B. durch ständig sichtbares Zeigen seines Presseausweises). Dies habe der Bf. nicht getan (Z. 99).

Dem Bf. sei auch die Anordnung des Verlassens des Ortes des Geschehens bekannt gewesen und er habe durch die Missachtung dieser Anordnung bewusst das Risiko in Kauf genommen, wegen Ungehorsams gegenüber der Polizei festgenommen zu werden (Z. 100). Der Bf. hätte den Ort des Geschehens – wie auch andere Journalisten – verlassen können und hätte seine Tätigkeit in unmittelbarer Nähe der abgeriegelten Zone fortsetzen können (Z. 101).

Im Hinblick auf die Freiheitsentziehung des Bf. hält der Gerichtshof fest, dass der Bf. nicht darum gebeten hätte, bereits in der Nacht einvernommen zu werden. Die Verzögerungen hätten ihren Grund auch in der großen Anzahl der Festgenommenen (128 Personen) gehabt. Er sei zudem am nächsten Tag aufgrund seiner Eigenschaft als Journalist als einer der ersten befragt und freigelassen worden. Die Polizeibehörden hätten daher gegenüber dem Bf. als Vertreter der Medien ein eher wohlwollendes Verhalten gezeigt (Z. 103). Die Kamera und die Speicherkarten des Bf. seien nicht beschlagnahmt, sondern der gewöhnlichen Praxis entsprechend für die Dauer seiner Anhaltung aufbewahrt worden. Dem Bf. sei gestattet worden, alle Fotos zu behalten und auch zu verwenden (Z. 105). Im Hinblick auf die Verurteilung des Bf. stellt der Gerichtshof fest, dass von den fünfzig bei der Demonstration anwesenden Journalisten lediglich der Bf. eine Verletzung der Meinungsäußerungsfreiheit in Zusammenhang mit der Demonstration behauptete (Z. 107). Der Gerichtshof betont, dass der Eingriff in die journalistische Freiheit angesichts der dem Bf. eingeräumten Möglichkeiten nur von beschränktem Umfang gewesen sei. Die Verurteilung habe nicht die journalistische Tätigkeit als solche (z.B. eine Publikation oder dafür notwendige Vorbereitungen) betroffen, sondern lediglich die Weigerung der Befolgung einer polizeilichen Anordnung (Z. 108). Eine bevorzugte Behandlung des Bf. aufgrund seiner Eigenschaft als Journalist gegenüber den anderen Demonstranten sei im vorliegenden Fall nicht geboten gewesen (Z. 109).

Der Gerichtshof akzeptiert, dass Journalisten in ihrer Eigenschaft als *public watchdog* in einen Konflikt zwischen der allgemeinen Befolgung des Strafrechts und ihrer beruflichen Verpflichtung zur Erlangung und Verbreitung von Informationen geraten könnten. Wenn sich der Journalist oder sein Arbeitgeber gegen die Befolgung des Strafrechts entscheiden, müssten sie sich bewusst sein, dass das Risiko rechtlicher – im Falle der Nichtbefolgung rechtmäßiger polizeilicher Anordnungen auch strafrechtlicher – Sanktionen bestehe (Z. 110). Aufgrund der spezifischen Natur des Eingriffs in die Meinungsäußerungsfreiheit des Bf. sei die knappe Begründung des erstinstanzlichen Strafgerichts ausreichend gewesen (Z. 111). Der Gerichtshof hebt hervor, dass die Verurteilung des Bf. für diesen keine materiellen Folgen nach sich gezogen habe: Es sei keine Strafe verhängt worden und die Verurteilung sei nicht in das Strafregister eingetragen worden. Es habe sich lediglich um eine förmliche Feststellung des von ihm begangenen Deliktes gehandelt, die keine „abschreckenden Effekt“ auf Teilnehmer von Protestaktionen hätte. Die Verurteilung des Bf. sei daher zu den verfolgten

Zielen verhältnismäßig gewesen (Z. 113). Im vorliegenden Fall sei auch angesichts des Beurteilungsspielraumes der Mitgliedstaaten ein fairer Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen geschaffen worden. Der Bf. sei nicht daran gehindert worden, seine Tätigkeit als Journalist während und nach der Demonstration auszuüben. Der Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit des Bf. sei daher gemäß Art. 10 II EMRK in einer demokratischen Gesellschaft notwendig gewesen. Diese Schlussfolgerung müsse vor den besonderen Umständen des vorliegenden Falles gesehen werden, in dem die Notwendigkeit berücksichtigt worden sei, jede Beeinträchtigung der Rolle der Medien als *public watchdog* zu vermeiden (Z. 114). Es liege daher keine Verletzung von Art. 10 EMRK vor (Z. 115).

3. *Beurteilung*: Die Berichterstattung von Journalisten in Zusammenhang mit Demonstrationen ist auch in Deutschland Gegenstand von Diskussionen, wenngleich sich das Hauptaugenmerk in jüngster Zeit auf den Schutz von Journalisten vor den Teilnehmern einer Demonstration richtet (vgl. die Pressemitteilung des Deutschen Bundestags vom 13.1.2016: „Mehr Übergriffe gegen Journalisten“). § 13 Versammlungsgesetz regelt einerseits jene Gründe, welche die Auflösung einer Versammlung rechtfertigen und legt gleichzeitig fest, dass sich die Teilnehmer einer für aufgelöst erklärten Versammlung sofort zu entfernen haben. Wer diesem Gebot zuwiderhandelt, begeht eine Ordnungswidrigkeit, welche mit einer Geldbuße geahndet werden kann (§ 29 I Z. 2 Versammlungsgesetz). Bei der völkerrechtskonformen Auslegung dieser und anderer einschlägiger Rechtsnormen ist das vorliegende Urteil des EGMR zu beachten.

#### *16. P. gegen Schweiz (Leugnung des Völkermordes an den Armeniern)*

#### **EGMR, P. J. Schweiz, 15.10.2015, Nr. 27510/08 – Verletzung von Art. 10 EMRK**

Das Urteil betrifft eine strafgerichtliche Verurteilung wegen öffentlicher Leugnung des Völkermords an den Armeniern.

1. *Sachverhalt*: Der Bf. ist Präsident der Türkischen Arbeiterpartei und nahm im Jahr 2005 an mehreren Konferenzen in der Schweiz teil. Im Zuge dieser Konferenzen bezeichnete der Bf. die im Jahr 1915 am armenischen Volk begangenen Verbrechen durch das Osmanische Reich als „internationale Lüge“. Aufgrund dieser Aussagen wurde der Bf. im Jahr 2007 wegen des Verbrechens der Rassendiskriminierung zu einer Geldstrafe verurteilt. Die dagegen vom Bf. erhobenen Rechtsmittel blieben erfolglos.

Der Bf. erhob Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK und machte eine Verletzung der Art. 10 und 7 EMRK geltend.

2. *Erwägungen des EGMR*: Der Gerichtshof hebt einleitend hervor, dass es nicht seine Aufgabe sei zu entscheiden, ob die von der armenischen Bevölkerung zu erduldenen Massaker und Massendeportationen durch das Osmanische Reich ab dem Jahr 1915 als Völkermord i.S.d. Völkerrechts zu qualifizieren seien (Z. 102). Im vorliegenden Fall liege ein Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit des Bf. vor (Z. 117). Im Hinblick auf die Anwendung von Art. 16 EMRK hält der Gerichtshof fest, dass diese Bestimmung dahingehend auszulegen sei, dass lediglich die Einschränkung von Aktivitäten gestattet sei,



die sich direkt auf den politischen Prozess beziehen. Dies sei im vorliegenden Fall nicht gegeben (Z. 122). Art. 16 EMRK gestatte daher der schweizerischen Regierung nicht die Einschränkung der Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung durch den Bf. (Z. 123). Der Gerichtshof erachtet den Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit des Bf. aufgrund des Textes der Strafbestimmung einschließlich seiner Entstehungsgeschichte als ausreichend vorhersehbar und damit gesetzlich vorgesehen i.S.d. Art. 10 II EMRK. Der Bf. hätte vorhersehen können, dass seine Äußerungen zu diesem Thema zu einer strafrechtlichen Verantwortung führen würden (Z. 138, 140). Der in Art. 10 II EMRK verwendete Begriff der „Aufrechterhaltung der Ordnung“ sei in Anbetracht der divergierenden französischen bzw. englischen Textfassung eng auszulegen (Z. 151). Die schweizerische Regierung hätte vorbringen müssen, dass die Äußerungen des Bf. geeignet gewesen wären, zu einer Störung der öffentlichen Ordnung (z.B. in Form von öffentlichen Unruhen) zu führen und die schweizerischen Behörden dies bei der Strafverfolgung vor Augen gehabt hätten (Z. 152). Das in diesem Zusammenhang von der schweizerischen Regierung vorgebrachte Argument, in Lausanne habe es im Jahr 2004 zwei Kundgebungen gegeben, sei unsubstantiiert geblieben (Z. 153). Der Eingriff habe daher nicht das Ziel der „Aufrechterhaltung der Ordnung“ verfolgt (Z. 154). Der Gerichtshof betont, dass viele der Nachkommen der Opfer des Jahres 1915 ihre Identität darauf aufbauen würden, dass ihre Gemeinschaft Opfer eines Völkermordes geworden sei. Der Eingriff in die Äußerungen des Bf. würde daher das Ziel des Schutzes der Identität und der Würde der heute lebenden Armenier verfolgen (Z. 156) und könnte daher als „zum Schutz der Rechte anderer“ gerechtfertigt sein (Z. 157).

Der Gerichtshof sei im vorliegenden Fall damit konfrontiert, das Recht auf Schutz des Privatlebens nach Art. 8 EMRK mit dem Recht auf freie Meinungsäußerungen gegeneinander abzuwiegen (Z. 228). Die Aussagen des Bf. hätten sich zwar auf historische und rechtliche Fragen bezogen, jedoch zeige das Umfeld, in welchem der Bf. seine Äußerungen getätigt habe, dass er als Politiker und nicht als Historiker oder Rechtswissenschaftler gesprochen habe. Der Bf. habe an einer langjährigen Debatte teilgenommen, welche der Gerichtshof bereits in einigen, die Türkei betreffenden Fällen, als eine Angelegenheit des öffentlichen Interesses bezeichnet habe (Z. 231). Wenngleich der Gerichtshof akzeptiere, dass das vom Bf. aufgeworfene Thema innerhalb der armenischen Gemeinschaft sehr sensibel sei, würden die Aussagen des Bf. in ihrem Gesamtkontext keine Form der Aufstachelung zu Hass oder Intoleranz darstellen. Der Bf. habe keine Geringschätzung und keinen Hass gegenüber den Opfern der Ereignisse des Jahres 1915 und der nachfolgenden Jahre ausgedrückt (Z. 233). Die bisherige Rechtsprechung der Europäischen Kommission für Menschenrechte sowie des Gerichtshofes zu Äußerungen zum Holocaust könnte auf den vorliegenden Fall nicht übertragen werden, weil der Bf. in der Schweiz über Ereignisse auf dem Gebiet des Osmanischen Reiches vor 90 Jahren gesprochen habe (Z. 234). Es bleibe festzuhalten, dass sich der Bf. mit einer Angelegenheit des öffentlichen Interesses beschäftigt habe, die Äußerungen daher erhöhten Schutz nach Art 10 EMRK genießen würden und den schweizerischen Behörden daher nur ein beschränkter Beurteilungsspielraum zukomme (Z. 241).

Der Gerichtshof habe die Frage, ob ein dringendes soziales Bedürfnis für einen Eingriff in Konventionsrechte existiere, stets im historischen Kontext aus der Perspektive des jeweils

betroffenen Konventionsstaates betrachtet (Z. 242). Dies sei insbesondere in Bezug auf den Holocaust relevant. Die Leugnung des Holocaust enthalte aufgrund des Kontextes in den betroffenen Staaten (die bisherigen vom Gerichtshof entschiedenen Fälle betrafen Österreich, Belgien, Deutschland und Frankreich) unweigerlich den Beigeschmack einer antidemokratischen und antisemitischen Ideologie. Die Leugnung des Holocaust sei insbesondere in jenen Staaten doppelt gefährlich, welche den Horror des Nationalsozialismus erlebt und eine besondere moralische Verantwortung hätten, sich von den von ihnen begangenen Massenverbrechen zu distanzieren (Z. 243). Demgegenüber bestehe zwischen der Schweiz und den Ereignissen des Jahres 1915 kein unmittelbarer Zusammenhang. Die ausgelöste Kontroverse habe nicht zum politischen Tagesgeschehen gehört. Es sei nicht dargelegt worden, dass die Atmosphäre in der Schweiz angespannt gewesen wäre und es zu ernststen Auseinandersetzungen zwischen den in der Schweiz lebenden Türken und Armeniern hätte kommen können (Z. 244). Die strafrechtliche Verurteilung des Bf. könne auch nicht mit der Situation in der Türkei gerechtfertigt werden; die schweizerischen Gerichte und die schweizerische Regierung hätten sich nicht auf den türkischen Kontext bezogen (Z. 246). Der Gerichtshof hebt hervor, dass die Feindseligkeit gewisser ultranationalistischer Kreise in der Türkei gegenüber den Armeniern nicht geleugnet werden könnte, dies jedoch mit den Äußerungen des Bf. in der Schweiz nur schwerlich in Verbindung gebracht werden könne (Z. 247).

Es könne auch nicht übersehen werden, dass zwischen den Äußerungen des Bf. und den tragischen Ereignissen, auf welche sich die Aussagen des Bf. bezogen hätten, 90 Jahre liegen und es nur noch wenige oder gar keine Überlebenden mehr gäbe (Z. 250).

Der Gerichtshof sei sich zwar bewusst, welche Bedeutung die Qualifikation der Ereignisse des Jahres 1915 als Völkermord für die armenische Gemeinschaft hätte. Die Äußerungen des Bf. würden jedoch weder die Würde jener Armenier, welche die Ereignisse durchlitten hätten, noch die Würde und Identität ihrer Nachkommen derart verletzen, dass eine strafgerichtliche Verurteilung geboten erscheine. Die Äußerungen des Bf. seien nicht direkt auf diese Personen gerichtet gewesen, sondern vielmehr auf die „Imperialisten“, welche für die Gräueltaten verantwortlich seien. Aus dem Gesamtkontext der Aussagen des Bf. gehe hervor, dass dieser nicht ausdrücken habe wollen, dass die Armenier die an ihnen begangenen Gräueltaten bzw die Vernichtung verdient hätten (Z. 252). Der Bf. habe seine Äußerungen zudem nur bei drei Veranstaltungen getätigt, sodass deren Auswirkungen begrenzt gewesen seien (Z. 254).

Der Gerichtshof stellt fest, dass es unter den Vertragsstaaten ein breites Spektrum an rechtlichen Regelungen in Bezug auf die Sanktionierung der Leugnung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit gebe (Z. 256). Diese Vielfalt werde vom Gerichtshof anerkannt. Jedoch befinde sich die Schweiz mit der Pönalisierung der Leugnung jedes Genozids – ohne daran anzuknüpfen, ob diese Leugnung in einer zu Hass und Gewalt aufstachelnden Weise durchgeführt wird – an einem Ende der rechtsvergleichenden Skala. Der rechtsvergleichende Aspekt stehe daher bei der Beurteilung durch den Gerichtshof nicht im Mittelpunkt (Z. 257).

Der Gerichtshof betont, dass die Schweiz durch ihren Beitritt zum Internationalen Übereinkommen über alle Formen rassistischer Diskriminierung nicht dazu gezwungen gewesen sei, die in Rede stehende strafrechtliche Bestimmung zu erlassen (Z. 260). Dies gelte auch für

andere völkerrechtliche Verpflichtungen (Z. 262). Lediglich Art. 6 I des Zusatzprotokolls zur Cybercrime-Konvention sehe eine derartige strafrechtliche Regelung vor; diese Konvention sei aber von der Schweiz lediglich unterzeichnet, jedoch noch nicht ratifiziert worden (Z. 263). Ebenfalls kein Gebot zum Erlass der in Rede stehenden Regelung enthielten das Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes sowie der International Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Z. 264 f.). Es gebe auch kein entsprechendes völkergewohnheitsrechtliches Gebot (Z. 266). Der Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit des Bf. wäre daher völkerrechtlich nicht geboten gewesen und könne daher auch nicht dadurch gerechtfertigt werden (Z. 268).

Der Gerichtshof hebt hervor, dass eine strafgerichtliche Verurteilung eine der schwerwiegendsten Formen eines Eingriffs in das Recht auf freie Meinungsäußerung darstelle (Z. 273). Aus dem Gesetzgebungsprozess erschließe sich in Bezug auf die in Rede stehende Regelung, dass die schweizerischen Gerichte die miteinander in Konflikt stehenden Interessen sorgfältig abzuwägen hätten (Z. 275). Eine Durchsicht der von den innerstaatlichen Gerichten im vorliegenden Fall gegebenen Begründungen zeige, dass dies nicht passiert sei; der Gerichtshof müsse daher selbst eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vornehmen (Z. 276 f.). Im Hinblick auf alle bereits in Betracht gezogenen Elemente des Falles sei die strafgerichtliche Verurteilung des Bf. in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig gewesen (Z. 280). Es liege daher keine Verletzung von Art. 10 EMRK vor; Art. 17 EMRK sei nicht anwendbar (Z. 281 f.). Die Prüfung einer Verletzung von Art. 7 EMRK sei nicht notwendig (Z. 289).

3. *Beurteilung*: Das Urteil des EGMR ist unter zwei Gesichtspunkten für Deutschland relevant: Zunächst ermächtigt § 47 Ausländergesetz die Ausländerbehörden in unterschiedlicher Reichweite zur Beschränkung der politischen Tätigkeit von Ausländern. Diese Regelung wurde in der Lehre z.T. mit der u.a. Art. 10 EMRK einschränkenden Bestimmung des Art. 16 EMRK gerechtfertigt. Der EGMR legt diesen Artikel jedoch eng aus, sodass das Urteil wichtige Anhaltspunkte für eine völkerrechtsfreundliche Auslegung des § 47 Ausländergesetz enthält (näher *Vášek*, § 47 Aufenthaltsgesetz nach Perinçek, DÖV 2016, 429 ff.). Abgesehen vom ausländerrechtlichen Aspekt betrifft das Urteil des EGMR eine in Deutschland stattfindende Debatte zur Qualifikation der Ereignisse des Jahres 1915 als Völkermord. Der Bundestag beschloss am 2.6.2016 eine Resolution mit dem Titel „Erinnerung und Gedenken an den Völkermord an den Armeniern und anderen christlichen Minderheiten in den Jahren 1915 und 1916“ (BT-Drs. 18/8613). Strafrechtlich relevant ist demgegenüber lediglich u.a. die (qualifizierte) Leugnung der durch die nationalsozialistische Herrschaft begangenen Verbrechen (§ 130 III StGB). Das Urteil des EGMR ist für mögliche Gesetzesvorhaben in diesem Bereich ebenso relevant wie für die völkerrechtsfreundliche Auslegung der übrigen in § 130 StGB enthaltenen Strafbestimmungen, welche unter dem Titel „Volksverhetzung“ näher beschriebene Äußerungen unter Strafe stellen.

*17. P. gegen Frankreich (Veröffentlichung von Details eines Mordfalles)*

<b>EGMR, P. ./.</b> Frankreich, 3.12.2015, Nr. 30936/12 – Keine Verletzung von Art. 10 EMRK
---

Das Urteil betrifft die strafrechtliche Verurteilung eines Rechtsanwalts wegen Veröffentlichung von Details aus einem Mordfall in einem Buch.

1. *Sachverhalt*: Der Sachverhalt, der dem vorliegenden Urteil zugrunde liegt, steht im Zusammenhang mit dem Kriminalfall *Grégory*, der die französischen Behörden über einen langen Zeitraum beschäftigte. Ein vierjähriger Junge war im Jahr 1984 ermordet und in einem Fluss gefunden worden. Ein Cousin des Vaters des getöteten Kindes, Bernard Laroche, geriet zunächst in Verdacht des Mordes an dem Kind. Der Vater des Kindes erschoss den Verwandten daraufhin in Selbstjustiz und wurde dafür zu einer zweijährigen Haftstrafe verurteilt, die er verbüßte. Danach wurde einige Jahre lang gegen die Mutter des getöteten Kindes ermittelt, das Verfahren wurde aber mangels Beweisen eingestellt. Bis heute sind die Todesumstände des Jungen nicht geklärt. Der Bf. ist ehemaliger Anwalt des erschossenen Cousins und veröffentlichte im Jahr 2007 ein Buch mit dem Titel „Affaire Grégory: la justice a-t-elle dit son dernier mot?“. Er gibt an, damit auf die medialen Angriffe auf seinen Mandanten reagieren und seinen Ruf als Anwalt, der durch verschiedene Werke und einen Film beschädigt worden sei, verteidigen zu wollen. Die Eltern des Jungen brachten eine gerichtliche Verleumdungsklage gegen den Bf., den Herausgeber und die Verlagsgesellschaft wegen zahlreicher Passagen des Buches ein. Dieser wurde im Jahr 2008 teilweise stattgegeben. Das Gericht verurteilte den Bf. und die übrigen Beklagten zur Zahlung einer Entschädigung und ordnete weiter an, dass jede Neuauflage oder jeder Nachdruck des Buches eine Erklärung über die Verleumdungsklage enthalten müsse. Das Rechtsmittelgericht hielt das Urteil aufrecht. Der Bf. habe nicht in gutem Glauben gehandelt. Die Entschädigungszahlung setzte das Gericht auf 9000 Euro an den Vater und 4500 Euro an die Mutter fest. Der Bf. legte daraufhin ein Rechtsmittel wegen Verletzung seiner Meinungsäußerungsfreiheit ein. Mit Urteil vom 4.11.2011 ließ der französische Kassationsgerichtshof das Rechtsmittel in Bezug auf die Verleumdung der Mutter zu. Der Kassationsgerichtshof verwies die Rechtssache insoweit an das zuständige Gericht zurück. Die Parteien verfolgten den Prozess aber nicht weiter. Die Mutter des Kindes zog ihr Rechtsmittel gegen das erstinstanzliche Urteil zurück und zahlte die erhaltene Entschädigungssumme zurück. Der Bf. erhebt Individualbeschwerde gemäß Art. 34 EMRK und macht eine Verletzung seiner Rechte aus Art. 10 EMRK durch die strafrechtliche Verurteilung wegen Verleumdung geltend.

2. *Erwägungen des EGMR*: Der Gerichtshof stellt zunächst fest, es handle sich bei der Verurteilung des Bf. zur Zahlung der Entschädigung sowie zur Abgabe der Erklärung über die Verleumdungsklage in Nachdrucken und Neuauflagen seines Buches um einen Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 10 EMRK. Der Eingriff sei auch auf tauglicher gesetzlicher Grundlage erfolgt und habe das legitime Ziel des Schutzes des guten Rufes und der Rechte anderer gedient (Z. 39 f.). Der vorliegende Fall betreffe, was für die Beurteilung der Notwendigkeit des Eingriffes in einer demokratischen Gesellschaft relevant sei, eine Angelegenheit von allgemeinem Interesse, weil der betreffende Mordfall einige Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit erlangt habe und gleichzeitig Fragen des Funktionierens der Justiz aufgeworfen würden. Art. 10 EMRK verlange daher hier ein erhöhtes Schutzniveau, was den Beurteilungsspielraum des Staates einenge (Z. 43). Der Bf. habe die Schlussfolgerung der innerstaatlichen Gerichte bestritten, er habe nicht hinreichend

vorsichtig gehandelt, als er die Vorgänge in seinem Buch schilderte (Z. 44). Nach Auffassung des Gerichtshofs seien die Begründungen der innerstaatlichen Gerichte zu den betreffenden Passagen und dem unsorgfältigen Vorgehen des Bf. jedoch sehr gründlich und ausführlich. Zahlreiche Passagen der innerstaatlichen Rechtsprechung ließen erkennen, dass die Gerichte den Fall des Bf. sehr genau untersucht und die Interessen in Ausgleich gebracht hätten. Das Urteil des erstinstanzlichen Gerichts enthalte ein detailliertes Resümee des Werkes, was zu der Annahme führe, dass die Tatsachen mit aller erforderlichen Ernsthaftigkeit erörtert wurden. Zudem sei eine Verleumdung nur in zwei von achtundzwanzig geltend gemachten Passagen des Buches festgestellt worden. Selbst für diese beiden Passagen habe das Rechtsmittelgericht anerkannt, der Bf. habe ein legitimes Ziel verfolgt und sich ohne persönliche Feindseligkeit geäußert. Das Gericht sei nur zum Schluss einer Verleumdung gekommen, weil einige Passagen durch einen Mangel an Vorsicht zu charakterisieren gewesen seien (Z. 46). Der ansonsten in der Rechtsprechung des Gerichtshofs geltende Grundsatz, ein gewisses Maß an mangelnder Mäßigung im Bereich der Äußerung zu Angelegenheiten von öffentlichem Interesse müsse erlaubt sei, könne nicht herangezogen werden, wenn es, wie hier um die Rechtfertigung der Behauptung einer nicht bewiesenen Mordabsicht einerseits und nicht vollständig erwiesener tatsächlicher Umstände des Mordfalles andererseits gehe (Z. 47). Der Bf. sei zudem nicht strafrechtlich verurteilt, sondern im Zivilprozess zu einer Entschädigungszahlung verpflichtet worden. Die Auflage, eine Erklärung über die Verleumdungsklage zu drucken, sei auf Neuauflagen und Nachdrucke beschränkt worden. Die bereits gedruckten Exemplare hätten nicht zurückgerufen werden müssen und eine Neuauflage des Textes in seiner ursprünglichen Fassung sei allein durch die Auflage der Beifügung der beschriebenen Erklärung auch nicht unmöglich gemacht worden (Z. 49). Trotz des engen Beurteilungsspielraums, der dem nationalen Richter zur Verfügung gestanden habe, habe er darlegen können, dass der Eingriff in die Meinungsfreiheit in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz des guten Rufes und der Rechte anderer im Sinne des Art. 10 II EMRK notwendig gewesen sei (Z. 50). Daher liege keine Verletzung von Art. 10 EMRK vor.

3. *Beurteilung*: Das Urteil betrifft Fragen der staatlichen Beeinträchtigung der Meinungsäußerungsfreiheit zum Schutz der Rechte anderer. Von allgemeinem Interesse ist das Urteil einerseits, weil der zugrundeliegende Mordfall, um dessen öffentliche Darstellung durch den Bf. es hier geht, mediale Aufmerksamkeit über die französischen Grenzen hinaus erlangt hat und auch in der deutschen Presse diskutiert wurde. Andererseits lassen sich dem Urteil, gerade weil der EGMR die Erwägungen der innerstaatlichen Zivilgerichte sehr ausführlich überprüft und nur einen engen Beurteilungsspielraum gewährt, Anhaltspunkte für die Anforderungen des EGMR an die Begründung eines Schadensersatzanspruchs wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß § 823 I BGB i.V.m. Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG entnehmen.

Für die konventionskonforme Auslegung und Anwendung dieser Bestimmungen, insbesondere für die im Zusammenhang mit dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht als Rahmenrecht durchzuführende Interessenabwägung zur Begründung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Schädigers sowie der Begründung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen im Einzelfall, können die Erwägungen des EGMR wichtige Hinweise enthalten. Der Umstand,

dass der EGMR hier ausdrücklich den Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten eng fasst, führt zu der Notwendigkeit einer ausführlichen Auseinandersetzung mit den Vorgaben der Konvention und damit der Rechtsprechung des EGMR in diesem Bereich. Das vorliegende Urteil ist Ausdruck einer Rechtsprechungspraxis des EGMR, die in ihren Einzelheiten berücksichtigt werden muss.

## VII. Medizinrecht

18. L. u.a. gegen Frankreich (Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen)

**EGMR (GK), L. u.a. ./ Frankreich, 5.6.2015, Nr. 46043/14<sup>5</sup> – keine Verletzung von Art. 2 und 8 EMRK**

Das Urteil betrifft den Abbruch der Behandlung eines Wachkoma-Patienten.

1. *Sachverhalt*: Herr L. ist seit einem Verkehrsunfall im Jahr 2008 gelähmt und wird seither künstlich mit Nahrung und Flüssigkeit versorgt. Im Jahr 2011 wurde von Ärzten festgestellt, dass sich Herr L. in einem dauerhaften vegetativen Zustand befindet. In den Jahren 2011 und 2012 durchgeführte Physio- bzw. Sprachtherapien blieben erfolglos. Im September 2013 wurde das im Gesetz über Patientenrechte und Fragen des Lebensendes vorgesehene Verfahren eingeleitet. Der für Herrn L. verantwortliche Arzt organisierte zwei Versammlungen der Familienmitglieder, bei denen sich die Ehefrau und sechs der acht Geschwister von Herrn L. dafür aussprachen, die künstliche Ernährung zu beenden. Die Bf. (die Eltern, ein Halbbruder und eine Schwester von Herrn L.) sprachen sich dagegen aus. Am 11.1.2014 kündigte der behandelnde Arzt die Beendigung der künstlichen Ernährung von Herrn L. an. Diese Entscheidung wurde u.a. damit begründet, dass die Hirnverletzungen von Herrn L. unumkehrbar seien, eine weitere Behandlung nutzlos und unverhältnismäßig erscheine und nur der künstlichen Lebenserhaltung diene. Es stehe fest, dass Herr L. unter solchen Umständen nicht leben wolle. Eine Fortsetzung der künstlichen Ernährung sei unvernünftiger Starrsinn. Auf Antrag der Bf. setzte ein Verwaltungsgericht die vorgenannte Entscheidung aus. Der Staatsrat hob auf Antrag der Ehefrau und eines Neffen von Herrn L. die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes auf. Die Entscheidung zur Einstellung der künstlichen Ernährung könne nicht als unrechtmäßig angesehen werden.

Die Bf. erhoben jeweils auch im Namen von Herrn L. Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK und machten eine Verletzung der Art. 2, 3 und 8 EMRK geltend.

2. *Erwägungen des EGMR*: Der Gerichtshof weist zunächst mit eingehender Begründung die im Namen von Herrn L. erhobene Beschwerde als unzulässig *ratione personae* zurück, weil sich die Bf. einerseits in ihrem eigenen Namen auf das durch Art. 2 EMRK geschützte Recht auf Leben berufen könnten und andererseits es nicht erwiesen sei, dass die Wünsche von Herrn L. mit den Behauptungen der Bf. übereinstimmen würden (Z. 89-106). Auch der Antrag der Ehefrau von Herrn L., ihren Ehemann als Drittbeteiligte im Verfahren zu vertreten, wurde zurückgewiesen (Z. 107-111).

Angesichts der Tatsache, dass die französische Rechtslage die absichtliche Tötung verbiete und den Abbruch einer lebenserhaltenden Behandlung nur unter besonderen Umständen erlaube, erachtet der Gerichtshof die negativen Verpflichtungen nach Art. 2 EMRK als nicht berührt. Die Beschwerden seien daher nur vom Standpunkt der positiven Verpflichtungen des Staates zu prüfen (Z. 124). Der Gerichtshof hält fest, dass in einer Reihe von ähnlichen Fällen

<sup>5</sup> Deutsche Übersetzung in NJW 2015, S. 2715.

– von einem einzigen Fall abgesehen – keine Konventionsverletzung festgestellt worden sei (Z. 136-139). Im Gesundheitswesen würden es die aus Art. 2 EMRK abgeleiteten positiven Verpflichtungen erfordern, dass der Staat Regeln erlässt, die öffentliche und private Krankenhäuser zwingen, angemessene Maßnahmen zum Schutz des Lebens der Patienten zu ergreifen (Z. 140). Im vorliegenden Fall gehe es nicht um Euthanasie, sondern um den Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme (Z. 141). Im Fall *P. gegen Vereinigtes Königreich* (EGMR, Urteil vom 29.4.2002, Nr. 2346/02) habe es der Gerichtshof nicht ausgeschlossen, dass es einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens darstellen könne, die Bf. in diesem Fall daran zu hindern, ihre Wahl zu treffen, ein nach ihrer Ansicht unwürdiges und leidvolles Lebensende zu vermeiden. Im Fall *H. gegen Schweiz* (EGMR, Urteil vom 20.1.2011, Nr. 31322/07) habe der Gerichtshof festgestellt, dass es einen der Aspekte des Rechts auf Achtung des Privatlebens einer Person darstelle, auf welche Weise und zu welcher Zeit dessen Leben enden solle (Z. 142). Der Gerichtshof habe bei der Frage der Anwendung oder des Abbruchs einer medizinischen Behandlung in den Fällen *G. gegen Vereinigtes Königreich* (EGMR, Urteil vom 9.3.2004, Nr. 61827/00) und *B. gegen Vereinigtes Königreich* (EGMR, Entscheidung vom 11.7.2006, Nr. 19807/06) folgende Faktoren berücksichtigt: Vorliegen einer rechtlich und praktisch wirksamen gesetzlichen Regelung, welche den Anforderungen des Art. 2 EMRK entspricht; Beachtung der Wünsche und des Willens, die von der betroffenen Person bzw. seinen Angehörigen früher geäußert wurden sowie der Auffassungen des ärztlichen und des Pflegepersonals; Möglichkeit einer Anrufung eines Gerichts, wenn Zweifel über die im Interesse der betroffenen Person beste Entscheidung vorliegen. U.a. diese Kriterien seien auch im vorliegenden Fall zu berücksichtigen (Z. 143). Den Mitgliedstaaten komme insbesondere bei Fragen betreffend Beginn und Ende des Lebens ein gewisser Beurteilungsspielraum zu (Z. 144). Der Gerichtshof habe in seiner bisherigen Rechtsprechung festgestellt, dass bezüglich des Rechts des Einzelnen zu entscheiden, auf welche Weise und zu welcher Zeit sein Leben enden solle, den Mitgliedstaaten ein „beträchtlicher“ Beurteilungsspielraum zukomme (Z. 145). Der Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten beziehe sich nicht bloß darauf, ob der Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme erlaubt werde bzw. die diesbezüglichen Regelungen, sondern auch auf die Mittel, mit denen ein gerechter Ausgleich zwischen dem Schutz des Rechts auf Leben der betroffenen Person und dem Schutz von dessen Recht auf Achtung des Privatlebens und der persönlichen Autonomie erreicht werde (Z. 147). Der Staatsrat habe im vorliegenden Fall festgestellt, dass die fraglichen Bestimmungen des Gesetzes allgemein und auf alle Nutzer des Gesundheitssystems anwendbar seien; dies unabhängig davon, ob sich der Patient am Ende seines Lebens befinde oder nicht (Z. 152). Nach dem Wortlaut des Gesetzes stelle eine Behandlung unvernünftigen Starrsinn dar, wenn diese nutzlos oder unverhältnismäßig sei und nur die Wirkung habe, das Leben künstlich zu erhalten. Dieses letzte Kriterium – das die Bf. für unbestimmt erachten – sei im vorliegenden Fall zur Anwendung gekommen (Z. 156). Nach Auffassung des Staatsrates seien bei der Beurteilung, ob unvernünftiger Starrsinn vorliege, näher beschriebene medizinische Faktoren ebenso zu berücksichtigen wie näher beschriebene nicht-medizinische Faktoren (Z. 158). Der Staatsrat habe zwei wichtige Schutzvorkehrungen festgestellt: Erstens liege unvernünftiger Starrsinn und damit eine Rechtfertigung für den Abbruch der Behandlung nicht bereits dann vor, wenn die betroffene Person bewusstlos sei oder ihre Autonomie unwiederbringlich verloren habe



und daher auf künstliche Ernährung angewiesen sei. Zweitens könne dann, wenn die Wünsche des Patienten unbekannt seien, nicht angenommen werden, dass er es ablehnen würde, am Leben erhalten zu werden (Z. 159). Aufgrund der vorstehenden Analyse könne der Gerichtshof den Argumenten der Bf. nicht folgen: Die Bestimmungen des Gesetzes vom 22.4.2005, wie sie vom Staatsrat interpretiert würden, stellten einen ausreichenden rechtlichen Rahmen im Hinblick auf Art. 2 EMRK dar; in Situationen wie der vorliegenden seien die von den Ärzten zu treffenden Entscheidungen präzise geregelt. Der Staat habe daher ein Regelwerk geschaffen, das geeignet sei, den Schutz des Lebens der Patienten sicherzustellen (Z. 160). In Bezug auf den Entscheidungsprozess im Zusammenhang mit dem Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen könnten weder aus Art. 2 EMRK, noch aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes irgendwelche Anforderungen an das Verfahren abgeleitet werden, um eine mögliche Einigung sicherzustellen (Z. 162). Nach französischem Recht seien zwar Konsultationsphasen vorgesehen, jedoch werde die Entscheidung vom behandelnden Arzt alleine getroffen (Z. 163). In den Mitgliedstaaten bestehe diesbezüglich eine große Bandbreite an Lösungen, wobei eine Entscheidung durch einen Arzt die häufigste Situation darstelle (Z. 165). Der Gerichtshof stellt fest, dass das im vorliegenden Fall durchgeführte Verfahren in jeder Phase über die gesetzlichen Erfordernisse hinausgegangen sei. Der Staatsrat habe keine Unregelmäßigkeiten festgestellt (Z. 166). Es sei rechtmäßig gewesen, dass der behandelnde Arzt seine Entscheidung auch ohne Vorliegen von Einstimmigkeit der Familienmitglieder getroffen habe. Das französische Recht sehe eine Konsultierung, jedoch keine Mitwirkung der Familie an der Entscheidung oder eine Mediation im Falle von Uneinigkeit, vor. Es gebe auch keine Reihenfolge, in der die Ansichten der Familienmitglieder zu berücksichtigen seien (Z. 167). Die Organisation der Entscheidungsfindung einschließlich der Bestimmung der letztlich entscheidenden Person sowie der genauen Vorkehrungen für das Treffen der Entscheidung falle in den Beurteilungsspielraum des Mitgliedstaates. Das Verfahren im vorliegenden Fall sei lang und sorgfältig gewesen; es sei über die gesetzlichen Voraussetzungen hinausgegangen und habe – auch wenn die Bf. mit dem Ergebnis nicht einverstanden seien – den aus Art. 2 EMRK erwachsenden Anforderungen entsprochen (Z. 168). Der Gerichtshof stellt fest, dass sich die Rolle jenes Richters, der für die Eilanträge der Bf. zuständig gewesen sei, nicht bloß auf die Suspendierung der Entscheidung des Arztes beschränke, sondern eine vollumfängliche Prüfung der Rechtmäßigkeit der ärztlichen Entscheidung begründe (Z. 171). Der Staatsrat habe als Plenargericht entschieden, was ungewöhnlich sei, und habe einen Expertenbericht von drei anerkannten Neurologen in Auftrag gegeben (Z. 173). Dieser Expertenbericht sei mit großer inhaltlicher Tiefe erstellt worden (Z. 174). Der Staatsrat habe eine umfassende Rechtmäßigkeitsprüfung durchgeführt; dies im Hinblick auf die Konventionskonformität des angewendeten Gesetzes sowie auf die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des behandelnden Arztes (Z. 175). Der Gerichtshof hebt hervor, dass der Staatsrat versucht habe, die Wünsche von Herrn L. im Hinblick auf die künstliche Erhaltung des Lebens festzustellen. Aufgrund von Aussagen der Ehefrau und der Verwandten von Herrn L. könne angenommen werden, dass es dieser nicht gewünscht hätte, dass sein Leben in einer hochgradig abhängigen Situation künstlich erhalten werde (Z. 176). Der Staatsrat habe – entgegen dem Vorbringen der Bf. – davon ausgehen können, dass die Aussagen von Herrn L. ausreichend präzise gewesen seien, was dessen Wünsche hinsichtlich des Abbruchs oder der Fortsetzung seiner

Behandlung betrifft (Z. 180). Der Gerichtshof sei sich der Wichtigkeit der im vorliegenden Fall aufgeworfenen Fragen voll bewusst; diese Fragen würden extrem komplexe medizinische, juristische und ethische Angelegenheiten betreffen. Es sei in erster Linie die Aufgabe der innerstaatlichen Stellen zu überprüfen, ob die Entscheidung zum Abbruch einer medizinischen Behandlung im Einklang mit der innerstaatlichen Rechtsordnung sowie der EMRK stehe und die Wünsche des Patienten entsprechend dem innerstaatlichen Recht festgestellt wurden. Der Gerichtshof überprüft indes, ob der Mitgliedstaat seine sich aus Art. 2 EMRK ergebenden positiven Verpflichtungen erfüllt hat. Im vorliegenden Fall seien diese Verpflichtungen unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums der Mitgliedstaaten erfüllt worden (Z. 181). Eine Umsetzung der Entscheidung des Staatsrates verletze Art. 2 EMRK daher nicht (Z. 182). Angesichts dieser Feststellungen erübrige sich eine Prüfung des vorliegenden Falles nach Art. 8 EMRK (Z. 184).

3. *Beurteilung*: Die vom EGMR im vorliegenden Fall beurteilten Fragen werden in jüngerer Zeit in Deutschland mit Blick auf konkrete Gesetzesentwürfe (aktueller Überblick bei *Jurgeleit*, Sterbehilfe in Deutschland, NJW 2016, S. 2708 [2713 f.]) intensiv diskutiert.

Die geltende Rechtslage sieht im Wesentlichen ein abgestuftes Verfahren vor: Liegt eine Patientenverfügung vor, so prüft der Betreuer, ob diese Feststellungen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen. Ist dies der Fall, hat der Betreuer dem Willen des Betreuten Ausdruck und Geltung zu verschaffen (§ 1901a I BGB). Liegt keine Patientenverfügung vor oder treffen die Festlegungen einer Patientenverfügung nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zu, hat der Betreuer die Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betreuten festzustellen und auf dieser Grundlage zu entscheiden, ob er in eine ärztliche Maßnahme nach § 1901a I BGB einwilligt oder sie untersagt. Der mutmaßliche Wille ist aufgrund konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln. Zu berücksichtigen sind insbesondere frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen und sonstige persönliche Wertvorstellungen des Betreuten (§ 1901a II BGB). Willigt der Betreuer in die ärztlich angebotene Maßnahme nicht ein, so bedarf diese Entscheidung der Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn die Maßnahme medizinisch angezeigt ist und die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund des Unterbleibens oder des Abbruchs der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet (§ 1904 II BGB). Eine derartige Genehmigung ist nicht erforderlich, wenn zwischen Betreuer und behandelndem Arzt Einvernehmen darüber besteht, dass die Nichterteilung der Einwilligung dem nach § 1901a BGB festgestellten Willen des Betreuten entspricht (§ 1904 IV BGB). Der behandelnde Arzt hat den Betreuer und die nahen Angehörigen sowie sonstige Vertrauenspersonen des Betreuten auf näher bestimmte Weise einzubeziehen (§ 1901b I S. 2, II BGB). Besteht zwischen behandelndem Arzt und Betreuer Uneinigkeit, so hat das Betreuungsgericht die Genehmigung zur Durchführung der ärztlichen Behandlung zu erteilen, wenn diese dem Willen des Betreuten entspricht.

Die vorliegende Entscheidung des EGMR ist einerseits für die völkerrechtskonforme Anwendung der vorgenannten sowie weiterer einschlägiger innerstaatlicher

Rechtsvorschriften relevant. Andererseits sind die Vorgaben des EGMR bei weiteren gesetzgeberischen Vorhaben auf diesem Gebiet zu beachten.

*19. E. gegen Lettland (Gewebeentnahme bei Verstorbenen)*

**EGMR, E. ./ Lettland, 13.1.2015, Nr. 61243/08 – Verletzung von Art. 3 und 8 EMRK**

Das Urteil betrifft die Entnahme von Gewebe eines Verstorbenen ohne Einbindung der nächsten Angehörigen.

1. *Sachverhalt*: Der Ehemann der Bf. verstarb in Folge eines Autounfalls im Jahr 2001. Bei der am folgenden Tag durchgeführten Autopsie im rechtsmedizinischen Zentrum in Riga wurde ihm ein Stück der äußersten Hirnrinde entnommen. Die Bf. sah den Leichnam ihres Ehemannes erst nach dessen Überstellung vom rechtsmedizinischen Zentrum in Riga für die Beerdigung. Hierbei bemerkte die Bf., dass die Beine ihres verstorbenen Ehemannes zusammengebunden waren. Zum Zeitpunkt der Beerdigung wusste die Bf. nicht, dass Gewebe ihres verstorbenen Ehemannes entnommen wurde. Dies erfuhr die Bf. erst im Zuge polizeilicher Ermittlungen hinsichtlich der rechtswidrigen Entnahme von Gewebe und Organen im Jahr 2003. Bei diesen Ermittlungen wurde festgestellt, dass das rechtsmedizinische Zentrum Riga seit dem Jahr 1994 unterschiedliche, von Verstorbenen entnommene Gewebearten an ein deutsches Unternehmen geschickt und dieses das Gewebe zu Implantaten verarbeitet hatte. Die Experten des rechtsmedizinischen Zentrums seien verpflichtet gewesen zu überprüfen, ob der Verstorbene der Entnahme von Gewebe oder Organen – durch einen entsprechenden Eintrag im Reisepass – widersprochen habe. Die polizeilichen Ermittlungen wurden im Jahr 2005 eingestellt, jedoch im Jahr 2006 auf Anordnung der Staatsanwaltschaft wieder aufgenommen. Im Jahr 2008 wurden die Ermittlungen erneut eingestellt. Der Bf. wurde mitgeteilt, dass die Experten des rechtsmedizinischen Zentrums gegen keine eindeutige gesetzliche Pflicht verstoßen hätten. Im Zuge der Verfahren wurde deutlich, dass sich Strafrechtsexperten darüber uneinig sind, ob eine Entnahme nur bei Vorliegen einer ausdrücklichen Zustimmung zulässig sei oder bereits bei Fehlen eines Widerspruchs.

Die Bf. erhob Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK und machte eine Verletzung von Art. 3 und 8 EMRK geltend.

2. *Erwägungen des EGMR*: Der Gerichtshof hebt hervor, dass im vorliegenden Fall das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für einen Eingriff nach Art. 8 EMRK von besonderer Relevanz sei (Z. 104). Aufgrund des vorliegenden Sachverhalts liege ein Eingriff in das Recht auf Privatleben nach Art. 8 EMRK vor (Z. 107). Der Gerichtshof stellt fest, dass es ein Recht der betroffenen Person sowie der nächsten Angehörigen gebe, ihre Wünsche hinsichtlich der Entnahme von Gewebe nach dem Tod der betroffenen Person zu äußern. Es sei jedoch fraglich, ob die Wünsche der nächsten Angehörigen von den das Gewebe entnehmenden Personen zu erkunden seien oder ob das bloße Fehlen eines Widerspruches für die Entnahme ausreiche. Dies werfe die Frage auf, ob das innerstaatliche Recht diesbezüglich hinreichend klar formuliert sei und angemessenen rechtlichen Schutz gegen Willkür biete (Z. 108). Der Gerichtshof betont, dass es im vorliegenden Fall nicht um die Zulässigkeit eines

bestimmten Systems der Zustimmung zur Entnahme, sondern vielmehr um das Recht der Bf. in Zusammenhang mit der Gewebeentnahme bei ihrem verstorbenen Ehemann und um die rechtlichen und praktischen Vorkehrungen zur Sicherstellung dieses Rechts durch die Behörden geht (Z. 110). Der Gerichtshof stellt hinsichtlich der Klarheit der innerstaatlichen Rechtsvorschriften fest, dass es zwischen den innerstaatlichen Stellen unterschiedliche Ansichten über die Reichweite der Verpflichtungen gebe. Die Polizei gehe zwar von einer Rechtswidrigkeit der Gewebeentnahme aus, jedoch sei auch eine andere Auslegung möglich, weswegen eine Verurteilung nicht erfolgen könne. Demgegenüber verstoße nach Ansicht der Staatsanwaltschaft die Gewebeentnahme ohne vorherige Zustimmung gegen das Gesetz und begründe daher eine Strafbarkeit der entnehmenden Personen. Ein innerstaatliches Gericht sei der Auffassung, dass es zwar ein Entscheidungsrecht der nächsten Angehörigen gebe, jedoch die entnehmenden Personen nicht verpflichtet seien, die nächsten Angehörigen zu informieren und diesen ihre Rechte zu erklären (Z. 112). Der Gerichtshof erachtet es aufgrund dieser Meinungsverschiedenheiten als naheliegend, dass das innerstaatliche Gesetz nicht hinreichend klar sei. Dieses normiere zwar ein Entscheidungsrecht der nächsten Angehörigen, jedoch sei die korrespondierende Verpflichtung der entnehmenden Personen sowie der innerstaatlichen Stellen unklar. Eine Analyse relevanter europäischer und internationaler Dokumente ergebe, dass der Wille der nächsten Angehörigen durch entsprechende Untersuchungen erforscht werden müsse (Z. 113). Eine klare gesetzliche Regelung müsse auch durch rechtliche und praktische Vorkehrungen umgesetzt werden. Im vorliegenden Fall habe es eine Befugnis zur Gewebeentnahme binnen 24 Stunden gegeben, wobei sich die entnehmende Person zu vergewissern hätte, ob im Reisepass des Verstorbenen ein – durch einen Stempel ersichtlich gemachter – Widerspruch vorhanden sei. Ein diesbezügliches zentrales Register habe es zum relevanten Zeitpunkt ebenso wenig gegeben wie ein einzuhaltendes Verfahren für die entnehmenden Personen und die innerstaatlichen Stellen, um die entsprechenden Informationen zu erlangen. Es sei unklar, wie unter diesen Bedingungen die Rechte der nächsten Angehörigen sichergestellt werden können; so sei die Bf. weder über ihre Rechte, noch über die Art und Weise der Ausübung dieser Rechte, informiert worden. Auch eine Erklärung habe die Bf. nicht erhalten (Z. 114). Im Hinblick auf den rechtlichen Schutz gegen Willkür hebt der Gerichtshof hervor, dass es sich bei der Gewebeentnahme nicht um einen Einzelfall handle, sondern eine solche aufgrund eines staatlich genehmigten Vertrags mit einer ausländischen Pharmafirma an vielen Personen vorgenommen wurde. Unter diesen Umständen sei ein adäquater Mechanismus notwendig, um das diesbezüglich weite Ermessen jener Personen, die Gewebeentnahmen aus eigener Initiative vornehmen, auszugleichen. Dies sei nicht erfolgt. Die Bf. habe nicht vorhersehen können, wie sie ihre Rechte hätte geltend machen sollen (Z. 115). Im Lichte der vorstehenden Erwägungen könne der Gerichtshof nicht erkennen, dass das anwendbare innerstaatliche Recht hinreichend klar formuliert sei und ausreichenden Schutz gegen Willkür biete (Z. 116). Der Eingriff in das Recht auf Privatleben der Bf. sei daher nicht i.S.d. Art. 8 II EMRK gesetzlich vorgesehen; eine Verletzung von Art. 8 EMRK liege daher vor (Z. 117).

Bei der Beurteilung einer Verletzung des Art. 3 EMRK hebt der Gerichtshof zunächst hervor, dass die Bf. emotionales Leiden durchgestanden habe, weil sie u.a. über einen Zeitraum von sieben Jahren nicht darüber informiert worden sei, welche Organe bzw. welches Gewebe vom Leichnam ihres Ehemannes entnommen worden sei (Z. 136). Eine Verletzung von Art. 3

EMRK bei Angehörigen eines Opfers von Menschenrechtsverletzungen müsse sich aufgrund besonderer Faktoren von jenem durch die Verletzung der Menschenrechte des Opfers unweigerlich bedingten emotionalen Schmerz unterscheiden (Z. 137). Im vorliegenden Fall könne zwar nicht gesagt werden, dass die Bf. aufgrund einer andauernden Unsicherheit über das Schicksal ihres Ehemannes gelitten habe. Jedoch habe die Bf. eine lange Periode der Unsicherheit und Verzweiflung durchgestanden, weil sie nicht gewusst habe, welche Organe bzw. welches Gewebe vom Leichnam ihres Ehemannes entnommen wurden und in welcher Art und Weise bzw. zu welchem Zweck dies erfolgt sei. Die speziellen Umstände des Falles hätten zudem zusätzliches Leid für die Bf. verursacht (Z. 139). Der Gerichtshof stellt im konkreten Fall fest, dass das Leid der Bf. über jenes Leid hinausgehe, welches mit dem Tod eines nahen Angehörigen verbunden sei. Es wurde bereits eine Verletzung des Art. 8 EMRK festgestellt. Das strukturelle Defizit im Hinblick auf Organ- bzw. Gewebetransplantationen sei bei der Beurteilung einer Verletzung von Art. 3 EMRK zu berücksichtigen. Zudem sei zu berücksichtigen, wie die innerstaatlichen Stellen mit den an sie herangetragenen Beschwerden umgegangen und mit welcher Ignoranz die Opfer der dargestellten Handlungen sowie deren Angehörige behandelt worden seien. Diese Umstände hätten zu Gefühlen der Hilflosigkeit bei der Bf. im Hinblick auf eine Verletzung ihrer persönlichen Rechte in einem sehr sensiblen Bereich ihres Privatlebens beigetragen. Es habe auch keinerlei Möglichkeit der Wiedergutmachung gegeben (Z. 140). Das Leid der Bf. sei zudem dadurch verstärkt worden, dass sie nicht erfahren habe, was genau im rechtsmedizinischen Zentrum passiert sei (Z. 141). Der Gerichtshof betont, dass im speziellen Bereich der Organ- und Gewebetransplantation anerkannt sei, dass der menschliche Körper auch nach dem Tod mit Respekt behandelt werden müsse. Die Achtung der Menschenwürde sei ein zentraler Bestandteil der EMRK. Eine Behandlung sei dann erniedrigend i.S.d. Art. 3 EMRK, wenn eine Person auf eine Weise herabgewürdigt werde, die einen Mangel an Respekt für die Menschenwürde zeige. Das Leiden der Bf. sei nicht nur durch die Verletzung ihrer Rechte als nächste Angehörige und der dauernden Unsicherheit darüber, was im rechtsmedizinischen Zentrum geschehen sei, verursacht worden. Das Leiden sei auch auf die invasive Natur der am Leichnam ihres verstorbenen Ehemannes vorgenommenen Handlungen und auf den von ihr als nächste Angehörige dadurch erlittenen Schmerz zurückzuführen (Z. 142). Es liege eine erniedrigende Behandlung i.S.d. Art. 3 EMRK und daher eine Verletzung dieser Bestimmung vor (Z. 143).

3. *Beurteilung*: Das Urteil des EGMR berührt einen sensiblen Bereich des menschlichen Daseins, der auch in Deutschland kontrovers diskutiert wird. In der weitaus überwiegenden Zahl der Todesfälle hat der Verstorbene keine Erklärung über eine etwaige Organ- oder Gewebeentnahme im Todesfall abgegeben. In diesem Fall greift die „erweiterte Zustimmungsregelung“ nach § 4 I Transplantationsgesetz – TPG: „Liegt dem Arzt, der die Organ- oder Gewebeentnahme vornehmen [...] soll, weder eine schriftliche Einwilligung noch ein schriftlicher Widerspruch des möglichen Organ- oder Gewebespenders vor, ist dessen nächster Angehöriger zu befragen, ob ihm von diesem eine Erklärung zur Organ- oder Gewebespende bekannt ist. Ist auch dem nächsten Angehörigen eine solche Erklärung nicht bekannt, so ist die Entnahme [...] nur zulässig, wenn ein Arzt den nächsten Angehörigen über eine in Frage kommende Organ- oder Gewebeentnahme unterrichtet und dieser ihr zugestimmt hat. [...] Der nächste Angehörige hat bei seiner Entscheidung einen mutmaßlichen Willen des möglichen Organ- oder Gewebespenders zu beachten. Der Arzt hat

den nächsten Angehörigen hierauf hinzuweisen. [...]“. Der nahe Angehörige darf nur entscheiden, wenn „er in den letzten zwei Jahren vor dem Tod des möglichen Organ- oder Gewebespenders zu diesem persönlichen Kontakt hatte. Der Arzt hat dies durch Befragung des nächsten Angehörigen festzustellen“ (§ 4 II TPG). Zudem bestehen detaillierte Dokumentationspflichten (§ 4 IV TPG). Informations- und Dokumentationspflichten bestehen zudem bei Organ- bzw. Gewebeentnahmen mit Einwilligung des Spenders (§ 3 III TPG).

Die dargestellte Rechtslage trägt insbesondere den vom EGMR geforderten Aufklärungs- und Befragungspflichten der zuständigen Ärzte Rechnung. Weil der EGMR betont, dass die den Angehörigen eingeräumten Rechte wirksam sein müssen, kommt einer konsequenten Vollziehung des § 4 TPG aus dem Blickwinkel der EMRK große Bedeutung zu. Dies gilt insbesondere für die Kontaktaufnahme mit den Angehörigen und der Aufklärung über deren Rechte im Hinblick auf den Leichnam des Verstorbenen. Das Urteil ist daher für die völkerrechtskonforme Auslegung des TPG von Bedeutung. Demgegenüber enthält sich der EGMR ausdrücklich einer Aussage darüber, welches System der Zustimmung ein Mitgliedstaat bei Organ- bzw. Gewebeentnahmen vorzusehen hat.

*20. P. gegen Italien (Embryonenspende)*

**EGMR (GK), P. ./I. Italien, 27.8.2015, Nr. 46470/11 – keine Verletzung von Art. 8 EMRK sowie von Art. 1 1. ZPEMRK**

Das Urteil betrifft das Verbot von Embryospenden für Forschungszwecke.

1. *Sachverhalt*: Im Jahr 2002 nahm die Bf. gemeinsam mit ihrem Partner eine in-vitro-Fertilisation in Anspruch. Die fünf aus dieser Behandlung erlangten Embryonen wurden kryokonserviert. Vor der Implantation starb der Partner der Bf. Daraufhin entschied die Bf., dass die Embryonen nicht implantiert, sondern der medizinischen Forschung zur Verfügung gestellt werden sollten. Mehrere diesbezügliche mündliche Anfragen der Bf. zur Freigabe der Embryonen blieben erfolglos. Eine schriftliche Anfrage der Bf. auf Freigabe der Embryonen zur Stammzellenforschung wurde vom Direktor des Zentrums für Fortpflanzungsmedizin am Europäischen Krankenhaus in Rom, wo die Embryonen gelagert sind, unter Hinweis auf ein entsprechendes strafgesetzliches Verbot negativ beantwortet.

Die Bf. erhob Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK und machte eine Verletzung des Art. 8 EMRK sowie des Art. 1 1. ZPEMRK geltend.

2. *Erwägungen des EGMR*: Nach eingehender Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen (Z. 78-119) stellt der Gerichtshof einleitend fest, dass er zum ersten Mal darüber entscheiden müsse, ob Art. 8 EMRK auch das Recht auf Spende von durch in-vitro-Fertilisation erlangten Embryonen für Forschungszwecke umfasse (Z. 149). In den bisher vom Gerichtshof zu entscheidenden Fällen habe dieser in Bezug auf die spezielle Frage des Schicksals der Embryonen die Entscheidungsfreiheit der Parteien berücksichtigt. Aufgrund der einschlägigen innerstaatlichen Rechtsprechung stellt der Gerichtshof fest, dass das italienische Rechtssystem der Wahlfreiheit von Parteien einer in-vitro-Fertilisation in Bezug auf das Schicksal der nicht zur Einpflanzung bestimmten Embryonen Bedeutung beimesse (Z. 157). Im vorliegenden Fall

habe der Gerichtshof zu bedenken, dass die Embryonen das genetische Material der Bf. enthielten und daher einen Bestandteil des genetischen Materials und der biologischen Identität darstellten (Z. 158). Der Gerichtshof kommt zu dem Schluss, dass die Bf. eine bewusste und überlegte Entscheidung im Hinblick auf das Schicksal ihrer Embryonen treffen könne, dies einen intimen Aspekt ihres persönlichen Lebens betreffe und daher mit ihrem Recht auf Selbstbestimmung in Verbindung stehe. Art. 8 EMRK sei daher auf den vorliegenden Fall anwendbar (Z. 159). Der Gerichtshof erachtet die Beschwerde daher [mehrheitlich] als zulässig (Z. 160).

Der Gerichtshof erkennt an, der „Schutz des Lebenspotenzials des Embryos“ könne als legitimes Ziel des Schutzes der Moral und der Rechte und Freiheiten anderer gelten. Dies beinhalte jedoch keine Aussage darüber, ob das Wort „andere“ auch menschliche Embryonen umfasse (Z. 167). Das in Rede stehende Recht, Embryonen für die wissenschaftliche Forschung zur Verfügung zu stellen, betrifft nicht einen von Art. 8 EMRK geschützten Kernbereich, weil dies keinen bedeutenden Aspekt der Existenz und Identität der Bf. betrifft (Z. 174). Dem Mitgliedstaat komme daher ein großer Beurteilungsspielraum zu (Z. 175). Die Spende von nicht zur Einpflanzung bestimmten Embryonen werfe „heikle moralische und ethische Fragen“; es existiere dazu kein europäischer Konsens (Z. 176). Einige Mitgliedstaaten nähmen einen nicht verbotenden Standpunkt ein (Z. 177). Andere Mitgliedstaaten würden indes jegliche Forschung an Embryozellen verbieten oder diese nur unter strengen Bedingungen erlauben (Z. 178). Italien sei daher nicht der einzige Mitgliedstaat, der die Spende von menschlichen Embryonen für die wissenschaftliche Forschung verbiete (Z. 179). Dokumente der Europarats bzw. der Europäischen Union würden den weiten Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten in Bezug auf beschränkende Regelungen bestätigen (Z. 180). Weil aber der Beurteilungsspielraum nicht unbegrenzt sei, habe der Gerichtshof zu untersuchen, ob die innerstaatliche Gesetzgebung zwischen den Interessen des Staates und den Interessen der von der getroffenen Lösung betroffenen Einzelnen einen fairen Ausgleich geschaffen habe (Z. 183). Der Gerichtshof hebt hervor, dass es im Vorfeld der Erlassung des Gesetzes kontroverse Diskussionen gegeben habe und sich unterschiedliche Gruppierungen eingebracht hätten. Es seien sich die Anhänger einer säkularen bzw. einer konfessionellen Staatsidee gegenübergestanden (Z. 184 f.). Das in Rede stehende Gesetz sei auch deswegen kritisiert worden, weil die erfolgte Anerkennung des Embryos als Rechtssubjekt eine Reihe von Verboten zur Folge hätte (Z. 186). Das in Rede stehende Gesetz sei zudem Gegenstand mehrerer, erfolglos gebliebener Referenden gewesen. Eines dieser Referenden habe zum Zweck der Förderung der wissenschaftlichen Forschung in Italien vorgeschlagen, jene Bestimmung aufzuheben, welche die Genehmigung der Durchführung von wissenschaftlicher Forschung an Embryonen vom Schutz ihrer Gesundheit und Entwicklung abhängig mache (Z. 187). Der Gerichtshof hält daher fest, dass im Gesetzgebungsprozess die verschiedenen Interessen berücksichtigt worden seien, insbesondere das Interesse des Staates am Schutz des Embryos sowie das Interesse der betroffenen Personen an der Ausübung ihres Rechts auf individuelle Selbstbestimmung durch Spende ihres Embryos für Forschungszwecke (Z. 188). Es sei nicht Aufgabe des Gerichtshofes zu prüfen, ob die einschlägige innerstaatliche Gesetzgebung *in abstracto* widerspruchsfrei sei. Um für den Gerichtshof relevant zu werden, müssten sich die Widersprüche auf den Gegenstand der Beschwerde, also auf die Beschränkung des Rechts der

Bf. auf Selbstbestimmung in Bezug auf das Schicksal ihrer Embryonen beziehen (Z. 191). Die Forschung an im Ausland zerstörten und nach Italien importierten Embryonen betreffe die Bf. nicht direkt (Z. 192). Der Gerichtshof nimmt zur Kenntnis, dass die in italienischen Laboren für Forschungszwecke verwendeten embryonalen Zelllinien, nicht auf Geheiß der italienischen Behörden importiert würden (Z. 193). Die vorsätzliche und aktive Zerstörung eines menschlichen Embryos sei nicht mit der Verwendung von Zelllinien vergleichbar, die von einem zu einem früheren Zeitpunkt zerstörten menschlichen Embryo erlangt worden seien (Z. 194). Selbst bei Vorliegen von Widersprüchen in der Gesetzgebung seien diese nicht geeignet, dass im vorliegenden Fall geltend gemachte Recht direkt zu beeinträchtigen (Z. 195). Es sei zudem festzustellen, dass die Entscheidung zur Spende der Embryos von der Bf. alleine ausgehe, weil ihr Partner bereits verstorben sei. Der Gerichtshof habe keine Beweise dafür, dass der Partner der Bf., der zum Zeitpunkt der Befruchtung dasselbe Interesse an den in Rede stehenden Embryonen gehabt hätte, dieselbe Wahl getroffen hätte. Es gebe keine Regelungen, welche diese Situation auf innerstaatlicher Ebene regeln würden (Z. 196). Aus den vorgenannten Gründe habe die Regierung daher ihren weiten Beurteilungsspielraum nicht überschritten und das Verbot i.S.d. Art. 8 II EMRK „in einer demokratischen Gesellschaft sei notwendig“ (Z. 197). Es liege daher keine Verletzung des Rechts der Bf. auf Achtung ihres Privatlebens gemäß Art. 8 EMRK vor (Z. 198).

Der Gerichtshof hält im Hinblick auf Art. 1 1. ZPEMRK zunächst fest, dass die Parteien diametral entgegengesetzte Ansichten vor allem im Zusammenhang mit dem Status des menschlichen Embryos *in vitro* hätten (Z. 214). Weil im vorliegenden Fall Art. 2 EMRK nicht in Rede stehe, erachtet es der Gerichtshof als nicht nötig, die sensible und kontroverse Frage zu untersuchen, wann das menschliche Leben beginnt. Art. 1 1. ZPEMRK finde im vorliegenden Fall keine Anwendung. Angesichts des wirtschaftlichen und auf das Vermögen bezogenen Anwendungsbereichs dieses Artikels könnten menschliche Embryonen nicht auf „Besitz“ i.S.d. Artikels reduziert werden (Z. 215). Daher müsse dieser Teil der Beschwerde als unzulässig zurückgewiesen werden (Z. 216).

3. *Beurteilung*: Der Schutz von menschlichen Embryonen ist auch in Deutschland ein kontrovers diskutiertes Thema. Die diesbezügliche Rechtslage wird maßgeblich durch das Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz – ESchG) gestaltet. Der EGMR selbst hebt hervor, dass die gesetzlichen Regelungen in Deutschland vergleichsweise streng und mit der im konkreten Fall zu beurteilenden italienischen Rechtslage vergleichbar seien (Z. 71, 73). So ist nach § 2 I ESchG strafbar, wer einen extrakorporal erzeugten oder einer Frau vor Abschluss seiner Einnistung in der Gebärmutter entnommenen menschlichen Embryo veräußert oder zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck abgibt, erwirbt oder verwendet. Ebenso wird bestraft, wer zu einem anderen Zweck als der Herbeiführung einer Schwangerschaft bewirkt, dass sich ein menschlicher Embryo extrakorporal weiterentwickelt (§ 2 II ESchG). Das den weiten Gestaltungsspielraum der Gesetzgebung betonende Urteil des EGMR ist für weitere Gesetzesvorhaben in Deutschland relevant.



## VIII. Sonstiges Öffentliches Recht

### 21. E. gegen Frankreich (Kopftuchverbot im Krankenhaus)

#### **EGMR, E. ./.. Frankreich, 26.11.2015, Nr. 64846/11 – Keine Verletzung von Art. 9 EMRK**

Das Urteil betrifft das Verbot des Tragens eines Kopftuches einer Sozialarbeiterin in einem öffentlichen Krankenhaus.

1. *Sachverhalt*: Die Bf. ist eine französische Staatsbürgerin und muslimischen Glaubens. Sie wurde im Jahre 1999 als Sozialassistentin in der psychiatrischen Abteilung eines öffentlichen Krankenhauses in Paris eingestellt. Ihr Vertrag war zunächst auf drei Monate befristet und wurde danach um ein Jahr verlängert. Nach Ende der Vertragslaufzeit sollte ihr Vertrag nicht erneut verlängert werden, weil sich die Bf. weigerte, während der Arbeitszeit ihr Kopftuch abzulegen und dies nach Angaben der Personalabteilung zu Beschwerden von Patienten führte. Nach einer Beschwerde der Bf. teilte man ihr mit, die Entscheidung, den Vertrag nicht zu verlängern, sei nicht religiös motiviert, sondern beruhe auf ihrer Weigerung, das Kopftuch während der Arbeitszeit abzulegen und den Beschwerden der Patienten. Es verstoße nach einer Entscheidung des Conseil d'Etat gegen das Prinzip der Gewissensfreiheit sowie der Laizität des französischen Staates und der Neutralität des öffentlichen Dienstes, wenn Bedienstete in Ausübung ihrer öffentlichen Funktion offen ihre religiösen Überzeugungen demonstrierten. Das Tragen von Symbolen, die die Zugehörigkeit zu einer Religion zeigen sollen, sei eine Verletzung der Pflichten öffentlich Bediensteter. Die Bf. erhob hiergegen Klage. Die französischen Gerichte bestätigten die Entscheidung gegen die Vertragsverlängerung jedoch. Hiergegen erhob die Bf. Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK. Die Bf. macht eine Verletzung ihres Rechts auf Religionsfreiheit gemäß Art. 9 EMRK geltend.

2. *Erwägungen des EGMR*: Die Entscheidung zur Nichtverlängerung des Vertrages wegen des Tragens eines Kopftuches, die dem Staat zurechenbar sei, bilde nach Auffassung des EGMR ohne Zweifel einen Eingriff in die grundrechtlich garantierte Freiheit der Religionsausübung.

Hinsichtlich der Notwendigkeit der gesetzlichen Grundlage als erster Voraussetzung der Rechtfertigung des Eingriffs führt der EGMR aus, Neutralität und Laizität seien wichtige Prinzipien der französischen Verfassung. Obwohl es keine ausdrückliche Vorschrift gebe, die die Pflicht zur Neutralität für Mitarbeiter öffentlicher Krankenhäuser begründe, folge aus der französischen höchstrichterlichen Rechtsprechung, dass das Prinzip der Neutralität des öffentlichen Dienstes ein Element der Laizität des Staates sei und dass für die Bediensteten im gesamten öffentlichen Dienst ein striktes Gebot der Neutralität gelte, insbesondere im Bereich der Bildung (Z. 50). Die Bf. habe daraus auch erkennen können, dass ihr das Tragen eines Kopftuches verboten gewesen sei und sie mit Konsequenzen zu rechnen gehabt hätte. Die Rechtsprechung des Conseil d'Etat sei hinreichend zugänglich und die Entscheidung der

Sanktionierung des Verstoßes gegen die staatliche Neutralität daher für die Bf. vorhersehbar gewesen (Z. 51).

Die staatliche Maßnahme verfolge das legitime Ziel des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer. Die Bediensteten des öffentlichen Dienstes müssten strikte Neutralität wahren, um die Achtung aller religiösen Überzeugungen und spirituellen Orientierungen der Patienten und sonstigen Adressaten des öffentlichen Dienstes sicherzustellen und die Gleichbehandlung aller Patienten unabhängig von ihrer religiösen Überzeugung in einem öffentlichen Krankenhaus zu garantieren. Die Wahrung des Prinzips der Laizität sei ein Ziel, welches mit den Werten der Konvention vereinbar sei. Der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer sei ein hinreichendes legitimes Ziel, die staatliche Maßnahme müsse nicht zwingend aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung geboten sein (Z. 53).

Hinsichtlich der Notwendigkeit des Eingriffs in einer demokratischen Gesellschaft führt der EGMR aus, nicht jede Ausübung einer religiösen Überzeugung sei zu garantieren, es müsse gemäß Art. 9 II EMRK ein Ausgleich mit widerstreitenden Interessen anderer Gruppierungen in der Gesellschaft gefunden werden, um die Überzeugungen jedes Einzelnen zu achten (Z. 54). Der Staat sei dazu aufgerufen, sicherzustellen, dass sich die unterschiedlichen Gruppierungen tolerierten, die Spannungen seien nicht etwa durch Abschaffung von Pluralismus, sondern durch Förderung gegenseitiger Toleranz aufzulösen (Z. 55).

Den Vertragsstaaten komme bei der Frage der Regelung zur öffentlichen Äußerung religiöser Überzeugungen ein Beurteilungsspielraum zu, weil sich im europäischen Kontext diesbezüglich kein Konsens finden lasse (Z. 56). Es sei in der bisherigen Rechtsprechung als mit der Konvention vereinbar festgestellt worden, dass Staaten, um das Prinzip der staatlichen Neutralität zu wahren, Vorschriften über religiöse Bekleidung in Ausübung öffentlicher Funktionen für ihre Bediensteten erlassen könnten (Z. 57). Im Kontext öffentlicher Bildungseinrichtungen habe der Gerichtshof stets die Bedeutung der Achtung staatlicher Neutralität betont, insbesondere wenn Kinder in jungem Alter beeinflusst werden könnten (Z. 58). Auch das Verbot der Religionsausübung am Arbeitsplatz sei, trotz der Möglichkeit, die Anstellung zu wechseln, ein Eingriff in die Garantie des Art. 9 EMRK (Z. 59). Der Gerichtshof weist darauf hin, er habe bereits in früherer Rechtsprechung anerkannt, dass die Staaten sich auf die Prinzipien der Laizität und der Neutralität des Staates berufen könnten, um Beschränkungen des Tragens religiöser Symbole durch öffentliche Bedienstete zu rechtfertigen. Insbesondere gelte dies für Lehrer in öffentlichen Schulen. Lehrern in öffentlichen Schulen komme insofern ein besonderer Status zu, der sie zur Neutralität gegenüber den Schülern verpflichte.

Ebenso sei es im vorliegenden Kontext zu akzeptieren, dass der Staat, der die Bf. in einem öffentlichen Krankenhaus anstelle, in dem sie sich im Kontakt mit Patienten befinde, verlange, sie habe ihre religiösen Überzeugungen zu verbergen, um eine gleiche Behandlung aller Patienten unabhängig von religiösen Anschauungen zu gewährleisten. Es könne davon ausgegangen werden, dass die Neutralität des öffentlichen Krankenhauses insgesamt mit dem Verhalten der Bediensteten verbunden sei und deshalb verlangt werden könne, dass die Patienten nicht aufgrund religiöser Bekleidung der Angestellten an der Unparteilichkeit des Krankenhauses zweifelten (Z. 64).

Dem Staat sei ein Beurteilungsspielraum zuzuerkennen, innerhalb dessen er eine Balance zwischen der Notwendigkeit der Garantie des Prinzips der Neutralität des Staates und der individuellen Religionsfreiheit der Einzelnen herzustellen habe. Zudem seien im Kontext eines Krankenhauses die Verantwortlichen des Krankenhauses selbst besser geeignet, Entscheidungen der Interessensabwägung für ihre Einrichtung zu treffen als ein Richter, zumal als ein internationaler Richter (Z. 65). Die entscheidende Frage sei also, ob der französische Staat mit der Entscheidung zur Nichtverlängerung des Vertrages diesen ihm gewährten Beurteilungsspielraum überschritten habe (Z. 66).

Der Gerichtshof kommt zu dem Schluss, das Prinzip der laizistischen Neutralität sei in Frankreich ein wesentliches Staatsorganisationsprinzip und verpflichte den französischen Staat und seine Organe zu strikter Unparteilichkeit gegenüber religiösen Überzeugungen in Achtung von Pluralismus und Diversität. Die Tatsache, dass die innerstaatlichen Gerichte in der Abwägung zwischen diesem Prinzip und der individuellen Religionsfreiheit der Laizität letztlich stärkeres Gewicht zugemessen haben, stelle keine Konventionsverletzung dar (Z. 67).

Nach französischem Modell, über das der Gerichtshof nicht zu urteilen habe, gelte die staatliche Neutralität für alle Bediensteten, die den Staat repräsentierten. Es gelte hier nur die Anforderung der Verhältnismäßigkeit von Einschränkungen der Gewissens- und Religionsfreiheit der öffentlich Bediensteten (Z. 68). Im vorliegenden Fall sei die staatliche Entscheidung unter Berücksichtigung der Natur des religiösen Symbols und der Umstände des Einzelfalles, insbesondere der Bedeutung des Kontakts mit Patienten in dem öffentlichen Krankenhaus gefällt worden. Die innerstaatlichen Gerichte hätten berücksichtigt, dass es sich hier nicht um einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Religionsfreiheit handelte.

Die Schwere des disziplinarrechtlichen Vergehens der Bf., die trotz Anordnung das Kopftuch nicht abgelegt hatte, sei hinreichend ermittelt worden. Die innerstaatlichen Gerichte seien besser geeignet, die Verhältnismäßigkeit der Sanktion unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu beurteilen (Z.69). Der Bf. hätten auch prozessuale Rechte im Disziplinarverfahren sowie Rechtsmittel vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugestanden.

Unter diesen Umständen geht der Gerichtshof davon aus, dass die innerstaatlichen Behörden ihren Beurteilungsspielraum nicht überschritten hätten, als sie nach Feststellung mangelnder friedlicher Beilegung des Konflikts zwischen Religionsfreiheit und Neutralitätserfordernis unter Zustimmung der Bf., diesen zu Gunsten der Neutralität entschieden hätten (Z. 70). Der Eingriff in die Religionsfreiheit sei daher verhältnismäßig zum verfolgten legitimen Ziel und damit sei er in der demokratischen Gesellschaft notwendig gewesen. Eine Verletzung von Art. 9 EMRK liege somit nicht vor (Z. 72).

**3. Beurteilung:** Das Verbot des Tragens eines Kopftuchs am Arbeitsplatz ist Gegenstand von Diskussionen in verschiedenen Staaten Europas. Zuletzt stellte das BVerfG im Januar 2015 fest, ein pauschales Kopftuchverbot für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen sei schon wegen der bloß abstrakten Eignung zur Begründung einer Gefahr für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität in einer öffentlichen bekenntnisoffenen Gemeinschaftsschule unverhältnismäßig, wenn dieses Verhalten nachvollziehbar auf ein als verpflichtend verstandenes religiöses Gebot zurückzuführen sei. Es sei für einen angemessenen Ausgleich

der widerstreitenden Interessen erforderlich, dass zumindest eine hinreichend konkrete Gefahr für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität vorliege (BVerfGE 138, 296).

Die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott am EuGH in der Rechtssache C-157/15 beziehen sich im Gegensatz zur Entscheidung des EGMR auf ein privates Unternehmen, halten ein Kopftuchverbot einer Rezeptionistin in einem Unternehmen bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen aber ebenfalls für mit dem unionsrechtlichen Verbot der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung vereinbar. Auch aus der Sicht des Unionsrechts sei den innerstaatlichen Gerichten ein Beurteilungsspielraum zu gewähren. Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind auch hiernach die Umstände des Einzelfalles entscheidend, wie insbesondere Größe und Auffälligkeit des religiösen Zeichens, die Art der Tätigkeit der Arbeitnehmerin sowie der Kontext, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird. Die Gerichte rekurrieren auf europäischer und auf mitgliedstaatlicher Ebene in ähnlicher Weise auf die Umstände des Einzelfalles und halten ein Verbot des Kopftuchtragens am Arbeitsplatz unter gewissen Bedingungen für einen verhältnismäßigen Eingriff in die Religionsfreiheit bzw. das Diskriminierungsverbot. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass der EGMR die in Frankreich spezifisch herrschende Laizität als staatsorganisationsrechtliches Prinzip als wesentliches Argument heranzieht, weshalb die Argumentation nicht ohne weiteres auf Rechtsordnungen anderer Vertragsstaaten übertragen werden kann. Zudem formuliert der Straßburger Gerichtshof das Erfordernis einer konkreten Gefahr nicht mit gleicher Ausdrücklichkeit wie das BVerfG. Dieser Unterschied sowie die Erwägungen des EGMR im Einzelnen könnten für eine völkerrechtsfreundliche Auslegung und Anwendung des deutschen Rechts von Bedeutung sein.

## *22. K. gegen Bulgarien (Schutz muslimischer Gläubiger vor Demonstration)*

### **EGMR, K. ./ Bulgarien, 24.2.2015, Nr. 30587/13 – Verletzung von Art. 9 EMRK**

Das Urteil betrifft den Schutz muslimischer Gläubiger bei Ausübung ihres Gebets vor einer Demonstration.

1. *Sachverhalt:* Am 20.5.2011 versammelten sich muslimische Gläubige, darunter auch der Bf., zum Freitagsgebet vor einer Moschee im Zentrum von Sofia. Etwa 100-150 Mitglieder und Anhänger der Partei „Ataka“ versammelten sich gleichzeitig vor der Moschee, um – so die Versammlungsteilnehmer – gegen das „Geheule“ aus den Lautsprechern der Moschee zu demonstrieren. Nach Angaben der Regierung wurde die Stadtverwaltung am 19.5.2011 um 9:54 Uhr von „Ataka“ über eine geplante Versammlung hinter der Moschee am 20.5.2011 im Zeitraum von 13:00-17:00 Uhr informiert. Die Stadtverwaltung gibt an, dass sie die Direktion Sofia des Innenministeriums am 19.5.2011 um 10:50 Uhr von der geplanten Versammlung informiert habe. Demgegenüber gibt das Innenministerium an, dass es erst am 20.5.2011 um 11:40 Uhr von der Versammlung erfahren habe. Zu diesem Zeitpunkt hätten sich schon Anhänger der „Ataka“ vor der Moschee versammelt. Videoaufnahmen von der Versammlung der „Ataka“-Anhänger vor der Moschee zeigen, dass diese T-Shirts mit der Aufschrift „Nein zur Türkei in der EU“ trugen. Es wurden zudem Fahnen mit der Aufschrift „Lasst uns Bulgarien zurückholen“ verwendet. Die Versammlungsteilnehmer haben die Gläubigen auch

beispielsweise als „Abschaum“, „dreckige Terroristen“ oder „Islamisten“ beschimpft und Folgendes skandiert: „Verunreinigt nicht unser Land“ bzw. „Eure Füße stinken, deshalb wascht ihr sie“. Ein Versammlungsteilnehmer zerschnitt einen türkischen Fez und sagte gleichzeitig, dass „wir euch nun zeigen, was mit jedem von euch passieren wird“. Der Imam der Moschee appellierte an die Gläubigen, auf die Provokationen nicht zu reagieren. Zudem kletterten einige Versammlungsteilnehmer auf das Dach der Moschee, u.a. um das Gebet durch Lautsprecher zu übertönen. Einige Versammlungsteilnehmer bewarfen die Gläubigen mit Gegenständen. Im Zuge dieser Vorfälle wurden einige Personen verletzt. In weiterer Folge wurden polizeiliche Ermittlungen aufgenommen, u.a. aufgrund der gegen die Gläubigen gerichteten Gewalt. Über den weiteren Verlauf des Verfahrens liegen keine Informationen vor. Zudem untersuchte die Staatsanwaltschaft, ob es zu Verstößen gegen das strafgesetzliche Verbot der religiös motivierten Hassrede gekommen ist. Die diesbezüglichen Ermittlungen waren zum Zeitpunkt des Urteils des EGMR noch nicht abgeschlossen; es war zu diesem Zeitpunkt noch zu keiner Anklage gekommen. Jedoch hat ein Versammlungsteilnehmer gestanden, dass er einen türkischen Fez zerschnitten habe; diese Person hat zudem angegeben, dass der Parteivorsitzende der „Ataka“ den Zusammenstoß zwischen den Versammlungsteilnehmern und den Gläubigen hätte vermeiden können.

2. *Erwägungen des EGMR*: Der Gerichtshof behandelt die Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Art. 3 und 9 EMRK.

Im Hinblick auf Art. 3 EMRK stellt der Gerichtshof zunächst fest, dass die Beschwerde auch die Zufügung psychischen Leides geltend mache; auch dies könne unter Art. 3 EMRK fallen (Z. 73 f.). Der Gerichtshof konstatiert zwar, dass die Absicht der Versammlungsteilnehmer auf die Verspottung und Erniedrigung der Gläubigen abgezielt habe. Aufgrund der Tatsache, dass es sich bloß um eine einmalige, eineinhalb Stunden dauernde Versammlung handelte, könne nicht davon gesprochen werden, dass die Handlungen so schwerwiegend waren, dass sie jenes Maß an Angst, Pein oder Gefühlen der Minderwertigkeit erzeugt hätten, das für eine Verletzung von Art. 3 EMRK notwendig sei. Das Verhalten der Versammlungsteilnehmer habe beim Bf. nicht zu erheblichem psychischen Leid geführt. Der vorliegende Fall unterscheide sich daher auch von anderen Fällen, in denen der Gerichtshof eine Verletzung von Art. 3 EMRK festgestellt habe (Z. 75). Eine Verletzung von Art. 3 EMRK liege daher im vorliegenden Fall nicht vor; dieser Teil der Beschwerde sei daher als offensichtlich unbegründet zurückzuweisen (Z. 77).

Im Hinblick auf Art. 9 EMRK hebt der Gerichtshof zunächst hervor, dass sich im vorliegenden Fall das Recht der „Ataka“-Anhänger auf Meinungsäußerungsfreiheit sowie auf Freiheit der friedlichen Versammlung und das Recht der Gläubigen auf die Abhaltung eines friedlichen Gebets in Gemeinschaft ohne unangemessene Störung gegenüberstünden (Z. 92). Beide Rechte seien durch die EMRK geschützt (Art. 10 und 11 bzw. Art. 9); es gebe keine Hierarchie zwischen diesen Rechten (Z. 92). Die genannten Rechte müssten auf eine Art abgewogen werden, welche die Bedeutung dieser Rechte in einer Gesellschaft anerkenne, die sich auf Pluralismus, Toleranz und Aufgeschlossenheit gründe. Daraus ergäben sich drei Grundsätze (Z. 92). Erstens sei der Staat verpflichtet, die konfligierenden Rechte gleichermaßen zu schützen, soweit dies vernünftigerweise möglich sei. Dies auch dann, wenn

die Verletzung der Rechte von Privatpersonen ausgehe (Z. 93). Zweites müsse der Staat sicherstellen, dass ein rechtlicher Schutz der genannten Rechte auch gegen Dritte bestehe und effektive Maßnahmen ergriffen würden, damit die genannten Rechte in der Praxis respektiert würden (Z. 94). Drittens habe der Staat einen fairen Ausgleich zwischen den durch die EMRK geschützten Werten zu gewährleisten (Z. 95). Dies treffe insbesondere dann zu, wenn die Polizei diesen Ausgleich zu gewährleisten habe, wobei der Gerichtshof die Schwierigkeiten in Zusammenhang mit der Überwachung moderner Gesellschaften betont. Bei der Beurteilung des Verhaltens der bulgarischen Polizei am 20.5.2011 sei zu berücksichtigen, dass die ihr in dieser Hinsicht auferlegten positiven Verpflichtungen nicht auf eine Weise interpretiert würden, welche zu einer unmöglichen oder unverhältnismäßigen Last führten (Z. 96).

Im Hinblick auf den konkreten Fall stellt der Gerichtshof fest, dass die Ansichten der „Ataka“ zum Islam bekannt gewesen seien und daher die Art der geplanten Versammlung klar gewesen sei. Es habe eine immanente Gefahr der Spannung zwischen den Versammlungsteilnehmern und den Gläubigen gegeben. Die innerstaatlichen Behörden hätten daher entsprechende Maßnahmen zur Minimierung des Risikos gewalttätiger Aktionen sowie zum Schutz sowohl der Versammlungsteilnehmer, als auch der Gläubigen ergreifen müssen (Z. 100). Die innerstaatlichen Behörden hätten auch genügend Zeit zur Vorbereitung gehabt. Es seien jedoch keine entsprechenden Schritte vor Beginn der Versammlung gesetzt worden. Die innerstaatlichen Behörden hätten keine Erwägungen angestellt, wie ein fairer Ausgleich zwischen den Rechten der Gläubigen und der Versammlungsteilnehmer hergestellt werden könnte (Z. 101). Spätestens bei Beginn der Versammlung hätte klar sein müssen, dass entsprechende Schritte zu setzen sind. Die in Rede stehenden Handlungen richteten sich nicht gegen den [von der Moschee ausgehenden] Lärmpegel oder den Islam als solchen, sondern zielten auf die maximale Störung der Gebete der Gläubigen ab und sollten Gewalt provozieren (Z. 102). Demgegenüber hätten die Gläubigen ihrem Freitagsgebet nachgehen wollen. Auch als die Gläubigen mit Eiern und Steinen beworfen worden seien, hätten sie weitergebetet und den Aufruf des Imams, auf die Provokationen nicht zu reagieren, beachtet (Z. 103). Der Polizei hätte klar sein müssen, dass ihre Untätigkeit bewirkt, dass die Versammlungsteilnehmer ihr Recht in einer Weise ausübten, welche die Rechte der Gläubigen völlig unterdrücke (Z. 104). Die Gläubigen hätten ihre Gebete mit minimaler Störung fortsetzen können, wenn die Polizei die Versammlung auf den ursprünglich vorgesehenen Ort beschränkt hätte. Insbesondere hätte dergestalt das Risiko von Gewalt zwischen den beiden Gruppen minimiert werden können (Z. 105). Zudem sei der Polizeikordon zwischen den beiden Gruppen unzureichend gewesen; so hätten Versammlungsteilnehmer auf das Dach der Moschee gelangen können. Außerdem habe die Polizei auf die Verbrennung von Gebetsteppichen durch die Versammlungsteilnehmer lediglich mit einer Verständigung der Feuerwehr reagiert (Z. 106). Die Versammlungsteilnehmer hätten an diesem Tag ein nahezu unbeschränktes Recht gehabt, vor der Moschee zu protestieren während die Gebete des Bf. und anderer Gläubiger gänzlich gestört worden seien (Z. 107). Der Gerichtshof konstatiert, dass der bulgarische Präsident und das bulgarische Parlament ihre Missbilligung ausgedrückt hätten und nach deren Aussagen sichergestellt werden sollte, dass dieser Vorfall einmalig bleibe und alle Maßnahmen gesetzt werden sollten, damit die Verfassung und die Gesetze eingehalten werden (Z. 109). Jedoch hätten die Ermittlungsbehörden nicht hinreichend auf die Ereignisse am 20.5.2011 reagiert:

So hätten sich die polizeilichen Ermittlungen auf die Akte physischer Gewalt beschränkt. Jene Ermittlungen, welche sich auf die Verletzung der religiösen Rechte der Gläubigen konzentrierten, seien vier Jahre nach den Vorfällen noch nicht abgeschlossen. In Bezug auf die provokantesten Störer unter den Versammlungsteilnehmern sei noch keine Handlung gesetzt worden. Auch aus weiteren Einzelheiten ergebe sich, dass die Ermittlungen des Nationalen Ermittlungsdienstes keine angemessene Reaktion auf die Ereignisse des 20.5.2011 darstellen (Z. 110). Zusammengefasst bedeutet dies, dass die innerstaatlichen Stellen keinen fairen Ausgleich zwischen den Rechten der beiden Gruppen bewirkten und auch später eine angemessene Reaktion auf die Ereignisse nicht erfolgt sei. Die positiven Verpflichtungen aus Art. 9 EMRK seien daher nicht erfüllt worden; es liege daher eine Verletzung dieser Bestimmung vor (Z. 111).

3. *Beurteilung*: Für das Vorgehen bei Protesten gegen bestimmte Religionsgemeinschaften bzw. deren Anhänger ist Art. 4 GG bestimmend. Aus Art. 4 GG wird ein Anspruch gegen den Staat auf Schutz vor Störungen der Religionsausübung abgeleitet (*Kokott*, in Sachs [Hrsg.], Grundgesetz, 7. Aufl., 2014, Art. 4 GG, Rz. 85). Dieser verfassungsrechtlich gebotene Schutz soll insbesondere durch §§ 166 f. StGB gewährleistet werden. Das Urteil des EGMR gibt relativ detaillierte Vorgaben zum Vorgehen der Polizei in einschlägigen Fällen, wobei gleichzeitig betont wird, dass die diesbezüglichen Anforderungen nicht überspannt werden dürfen. Bedeutsam ist darüber hinaus, dass ein Versagen der Polizei auch dann konventionswidrig sein kann, wenn die maßgeblichen staatlichen Autoritäten einschlägige Vorfälle lediglich verurteilen und die Einhaltung von Verfassung und Gesetz einfordern. Das Urteil gibt daher den mit der Vollziehung des Versammlungsrechts betrauten staatlichen Behörden gewisse Richtlinien für die völkerrechtskonforme Auslegung der einschlägigen Rechtsnormen.

## IX. Unionsrecht

23. S. u.a. gegen Italien (Nichtvorlage im Vorabentscheidungsverfahren)

### **EGMR, S. u.a. ./ Italien, 21.7.2015, Nr. 38369/09 – Verletzung von Art. 6 I EMRK**

Das Urteil betrifft die Verletzung des Art. 6 I EMRK bei Nichtvorlage eines innerstaatlichen Gerichts im Vorabentscheidungsverfahren an den EuGH nach Art. 267 AEUV.

1. *Sachverhalt*: Die Bf. sind Ärzte, die sich vor dem Studienjahr 1991/1992 in der Facharztausbildung befanden und geltend machen, sie seien in dieser Zeit vor 1991 wegen mangelnder Umsetzung der Richtlinie 75/363/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Tätigkeiten und die entsprechende Änderungsrichtlinie vom 26.1.1982 (82/76/EWG) nicht in angemessener Höhe vergütet worden. Durch die nicht termingerechte Umsetzung sei ihnen ein finanzieller Schaden entstanden. Diesen Schaden machten sie im innerstaatlichen Verfahren gegen den italienischen Staat im Wege eines europäischen Staatshaftungsanspruchs geltend. Die italienischen Gerichte lehnten diesen Anspruch ab. Die Bf. hatten begehrt, den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens einerseits damit zu befassen, ob die Nichtumsetzung der Richtlinie eine erhebliche und offenkundige Verletzung von Unionsrecht darstellt, die Grundlage für einen unionsrechtlichen Schadensersatz wäre. Andererseits regten sie an, an den EuGH die Frage zu richten, ob die Bedingungen des innerstaatlichen Rechts die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches unmöglich machten oder übermäßig erschwerten. Das Urteil des Kassationsgerichtshofs enthielt keine Auseinandersetzung mit der Anregung einer Vorlage an den EuGH und folglich auch keine Begründung der Nichtvorlage. Die Bf. machten im Wege der Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK eine Verletzung von Art. 6 I EMRK geltend.

2. *Erwägungen des EGMR*: Der Gerichtshof lehnte den Einwand der italienischen Regierung, das Erfordernis der Rechtswegerschöpfung sei nicht gegeben, ab (Z. 44 ff.). Nach Ansicht der Regierung hätten die Bf. gemäß der Rechtsprechung *Köbler* des EuGH (EuGH, Urteil vom 30.9.2003, C-224/01) zunächst eine Staatshaftungsklage wegen justiziellen Unrechts im Zivilrechtsweg geltend machen müssen (Z. 46). Der Gerichtshof hält dem jedoch entgegen, die Rechtsprechung des EuGH zu den Anforderungen an die innerstaatliche Ausgestaltung des Staatshaftungsanspruches wegen Verletzung von Unionsrecht durch justizielles Unrecht ergebe, dass die italienische Rechtslage zum relevanten Zeitpunkt einen Schadensersatzanspruch nicht hinreichend garantiert habe. Nach der zum relevanten Zeitpunkt geltenden Rechtslage habe der Einzelne einen solchen Anspruch nur geltend machen können, wenn die Verletzung von Unionsrecht durch den Richter arglistig, grob fehlerhaft oder eine Rechtsverweigerung war. Die Auslegung von Rechtsnormen könne eine Verantwortlichkeit des Staates ebenfalls nicht begründen (Z. 47). Vor diesem Hintergrund hätte eine Staatshaftungsklage der Bf. wegen Verletzung von Unionsrecht durch den Kassationsgerichtshof keine Aussicht auf Erfolg gehabt. Die Regierung habe auch keinen Fall vorbringen können, in dem eine Staatshaftungsklage in einem vergleichbaren Fall von Erfolg gewesen wäre (Z. 48). Eine Reform dieses innerstaatlichen Rechts sei erst im Jahr 2015 in Kraft getreten. Zu diesem Zeitpunkt sei die Frist für eine Staatshaftungsklage der Bf. bereits



abgelaufen gewesen (Z. 49). Der Unzulässigkeitsgrund der Nichterschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs sei daher nicht einschlägig (Z. 50).

Zunächst wiederholt der EGMR im Rahmen der Begründetheit seine bisherige Rechtsprechung zu den Anforderungen aus Art. 6 I EMRK an eine Nichtvorlage an den EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV (EGMR, *V. u.a ./.* Belgien, Entscheidung vom 10.4.2012, Nr. 4832/04; EGMR, *D. ./.* Italien, Urteil vom 8.4.2014, Nr. 17120/09). Hiernach sind Entscheidungen zur Nichtvorlage zu begründen. Wenn das innerstaatliche Gericht, wie im vorliegenden Fall, nach Art. 267 III AEUV eine Vorlagepflicht treffe, müsse die Nichtvorlage zudem anhand der Ausnahmen von der Vorlagepflicht, wie sie die Rechtsprechung des EuGH kenne, begründet werden. Sie müssten also Gründe angeben, die darlegten, dass die gestellte Frage nicht entscheidungserheblich sei oder dass die betreffende unionsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den EuGH gewesen sei oder dass die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig sei, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibe (Z. 69 f.).

Das Urteil des Kassationsgerichtshofes enthalte weder einen Hinweis auf den Antrag der Bf. auf Vorlage an den EuGH noch auf Gründe, die eine Nichtvorlage trotz der Verpflichtung des Gerichts zur Vorlage nach Art. 267 III AEUV, rechtfertigen würden. Den Hinweis des Kassationsgerichtshofes auf die Möglichkeit der Geltendmachung einer Staatshaftung wegen nicht fristgerechter Umsetzung der Richtlinie lasse der Gerichtshof im Hinblick auf Umfang und Inhalt des Antrags der Bf. nicht genügen (Z. 71). Die Begründung des Kassationsgerichtshofes lasse jedenfalls hinsichtlich der zweiten beantragten Vorlagefrage nicht erkennen, ob sie als nicht entscheidungserheblich, offenkundig oder bereits vom EuGH entschieden angesehen werde oder ob sie schlicht ignoriert worden sei (Z. 72). Dieser Mangel in der Begründung der Nichtvorlage durch den italienischen Kassationsgerichtshof genüge, um eine Verletzung von Art. 6 I EMRK festzustellen (Z. 73).

3. *Beurteilung*: Das Urteil des EGMR betrifft Fragen des Verhältnisses zwischen Art. 6 I EMRK und Art. 267 AEUV. Es handelt sich um eine Folgerechtsprechung zu EGMR, *U.d.S. und R. gegen Belgien*, Urteil vom 20.9.2011, Nr. 3989/07 und 38353/07 sowie zu EGMR, *D. gegen Italien*, Urteil vom 8.4.2014, Nr. 17120/09.

Der EGMR entwickelt die aus Art. 6 I EMRK resultierenden Anforderungen an die Begründung der Ablehnung einer – von den Parteien angeregten – Vorlage im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV durch ein innerstaatliches Gericht weiter. Insbesondere stellt der EGMR fest, ein Gericht, welches nach den Voraussetzungen des Art. 267 III AEUV zur Vorlage nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet sei, müsse die Nichtvorlage im Rahmen einer Auseinandersetzung mit den in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Ausnahmen von der Pflicht nach Art. 267 III AEUV begründen. Diese Ausnahmen müssten präzise benannt und deren fehlende Einschlägigkeit hinreichend begründet werden. Der Beurteilungsspielraum der innerstaatlichen Gerichte wird hier erheblich eingeschränkt und die Entscheidung zur Nichtvorlage einer strikten Kontrolle durch den EGMR unterworfen.

Zudem geht aus dem vorliegenden Urteil des EGMR hervor, dass die Geltendmachung eines unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs bei Verletzung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten grundsätzlich für die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges und damit für die Zulässigkeit der Beschwerde notwendig ist. Wenn jedoch eine solche Staatshaftungsklage im innerstaatlichen Recht keine hinreichenden Erfolgsaussichten hat, ist deren Unterlassen hiernach unschädlich für die Zulässigkeit der Beschwerde vor dem EGMR.

Die Rechtsprechung des BVerfG hat ebenfalls Anforderungen an die Begründung einer Nichtvorlage trotz Vorlagepflicht nach Art. 234 III EG (heute: Art. 267 III AEUV) formuliert, bei deren Nichtbeachtung eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 I 2 GG vorliegt (BVerfG, Senatsbeschluss vom 25.01.2011 1 BvR 1741/09, BVerfGE 128, 157; BVerfG, Senatsbeschluss vom 19. Juli 2011 1 BvR 1916/09, BVerfGE 129, 78). Auch das BVerfG geht davon aus, die Vertretbarkeit des Unterlassens eines Vorabentscheidungsverfahrens müsse im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 234 II EG (heute: Art. 267 III AEUV) gesehen werden (Z. 20). Dem Recht auf den gesetzlichen Richter werde das Gericht in diesen Fällen in der Regel nur dann gerecht, wenn es eine vertretbare Begründung für die Behauptung gibt, dass die maßgebliche Rechtsfrage durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (heute: Gerichtshof der Europäischen Union) bereits entschieden ist oder dass die richtige Antwort auf diese Rechtsfrage offenkundig ist. Die gemeinschaftsrechtliche (heute: unionsrechtliche) Rechtsfrage werde hingegen nicht zumindest vertretbar beantwortet, wenn das innerstaatliche Gericht eine eigene Lösung entwickelt, die nicht auf die bestehende Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (heute: EuGH) zurückgeführt werden kann und auch nicht einer eindeutigen Rechtslage entspricht. Dann erscheine die fachgerichtliche Rechtsanwendung des Art. 234 III AEUV (heute: Art. 267 III AEUV) nicht mehr verständlich und sei offensichtlich unhaltbar (Z. 21). Auch das BVerfG verengt hier den Entscheidungsspielraum der Fachgerichte und geht von einer hohen Kontrolldichte aus.

Die Maßstäbe des BVerfG für eine Verletzung gegen verfahrensgrundrechtliche Garantien bei Auslegung und Anwendung des Art. 267 III AEUV durch die innerstaatlichen Gerichte gleichen jenen des EGMR daher bereits sehr weitgehend. Unterschiede in der Kontrolldichte und in den Einzelheiten der Anforderungen im Einzelfall können sich dennoch ergeben. Für eine völkerrechtsfreundliche Auslegung des Art. 101 I 2 GG können die Ausführungen des EGMR relevant werden. Daher sind die Erwägungen des Gerichtshofs gemeinsam mit jenen des BVerfG stets bei einer Entscheidung über die Unterlassung einer Vorlage trotz grundsätzlich bestehender Vorlagepflicht aus Art. 267 III AEUV durch innerstaatliche Gerichte zu berücksichtigen, um die Grundrechtskonformität der Nichtvorlage zu gewährleisten.

Bemerkenswert ist zudem das Sondervotum des Richters *Wojtyczek*, der eine Verletzung des Art. 6 I EMRK nicht in jedem Fall einer unbegründeten Nichtvorlage an den EuGH für gegeben hält. Art. 6 I EMRK sei nur dann verletzt, wenn die Nichtvorlage einen besonders schweren Eingriff in das Recht des Bf. darstellt.