

C. Aufenthaltsrechtliche Regelungen für Betroffene von Hasskriminalität

In diesem Abschnitt werden die migrationsrechtlichen Auswirkungen von Vorurteils kriminalität auf Betroffene de lege lata analysiert. Dabei ist die Frage eines Bleiberechts für die Dauer des Strafverfahrens gegen die (mutmaßlichen) Täter*innen zu unterscheiden von der Frage nach einem Bleiberecht über das Strafverfahren hinaus. Es ist zu untersuchen, inwieweit Völker-, Europa- und nationales deutsches Recht migrationsrechtliche Regelungen für Betroffene von Hasskriminalität implizieren. Kann und muss der Staat auf Vorurteils kriminalität gegenüber ausreisepflichtigen Menschen in besonderer Weise reagieren? Ist ein allgemeines Bleiberecht für Opfer von Vorurteils kriminalität überhaupt rechtlich möglich⁵²³ oder ist es sogar geboten?

Die Analyse beginnt mit allgemeinen Ausführungen zur staatlichen Entscheidungshoheit über Fragen der Migration, (I.) bevor sich ausführlich ihren menschen- und grundrechtlichen Einschränkungen in Bezug auf Betroffene von Hasskriminalität gewidmet wird (II.). Eine Untersuchung der entsprechenden Regelungen im deutschen Aufenthaltsgesetz schließt den Abschnitt ab (III.).

I. Staatliche Souveränität im Umgang mit Migration

Grundsätzlich obliegt den Staaten die Entscheidung darüber, welche Ausländer*innen sich im Staatsterritorium aufhalten dürfen. Historisch lässt sich das Prinzip der (statischen) Zuordnung von Personen zu souveränen, sowohl die Einreise als auch den Aufenthalt kontrollierenden Territorialstaaten auf die Herausbildung des modernen Staats als Gebiets- und Personenverband im ausgehenden 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts zurückführen.⁵²⁴ Nicht nur der UN-Menschenrechtsausschuss betont die Entscheidungshoheit der Staaten zur Regulierung und Kontrolle der Im-

523 Siehe die Bedenken der Bundesregierung in BT-Drs. 18/11059, 4 f.

524 Vgl. *Farahat*, Progressive Inklusion, S. 79–84, 98–100.

migration.⁵²⁵ Gleichsam beginnt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) viele Urteile bei Einreise- und Aufenthaltsbegehren mit der Formulierung, dass die Staaten nach den Grundregeln des Völkerrechts und nach Maßgabe ihrer vertraglichen Verpflichtungen das Recht haben, die Einreise von Nicht-Staatsangehörigen in ihr Staatsgebiet und ihren Aufenthalt zu kontrollieren.⁵²⁶ Die Aussage wird regelmäßig ohne nähere substantielle Begründung getroffen, sondern das entsprechende Recht als ein konstitutives Moment staatlicher Souveränität betrachtet.⁵²⁷

Nach den UN-Menschenrechtsverträgen ist ein wesentlicher Unterschied zwischen In- und Ausländer*innen, dass erstere ohne weiteres das Recht auf Einreise und Aufenthalt in ihrem eigenen Staat haben, vgl. Art. 12 Abs. 4 IPbPR⁵²⁸, letztere jedoch kein entsprechendes Recht auf Aufenthalt im fremden Staat.⁵²⁹ Beschränkungen der Einreise und des Aufenthalts sind daher gegenüber Ausländer*innen grundsätzlich möglich.⁵³⁰ Rechtsverfahren um Zurückführungen von Ausländer*innen fallen deshalb auch nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmung der „rights

525 HRCttee, Comm. no. 2273/2013 (*Andrea Vandom/Republik Korea*), para. 8.4, UN Doc. CCPR/C/123/D/2273/2013 (2018); ähnlich auch zur UN-Rassendiskriminierungskonvention CERD, Comm. no. 50/2012 (*A.M.M./Schweiz*), para. 4.11, UN Doc. CERD/C/84/D/50/2012 (2014).

526 EGMR (GK), Urt. v. 13.12.2016 – 41738/10 (*Paposhvili/Belgien*), § 172; EGMR, Urt. v. 31.7.2008 – 265/07 (*Darren Omoregie u.a./Norwegen*), § 54; EGMR (Plenum), Urt. v. 28.5.1985 – 9214/80 (*Abdulaziz u.a./Vereinigtes Königreich*), Series A94, § 67.

527 Groß, JZ 2019, 327; vgl. auch *Tomuschat/Kaufmann/Reimann*, in: HK-ICERD, Artikel 5 Rn. 12; konstitutiv ist die Migrationskontrolle allerdings nicht: eine völkerrechtliche Betrachtung der staatlichen Souveränität kommt ohne sie aus, siehe *van der Vyver*, in: Shelton (Hrsg.), *Sovereignty*, S. 379; die Unterscheidung von Staatsangehörigen und Ausländer*innen wird als "nationalgesellschaftliche Relativierung des Diskriminierungsverbots" kritisiert von *Scherr*, in: Bauer/Kechaja/Engelmann/Haug (Hrsg.), *Die gesellschaftliche Funktion von Diskriminierung und Diskriminierungskritik*, S. 43 (50 f.).

528 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte v. 19.12.1966, BGBl. 1973 II, 1534.

529 Wobei der UN-Menschenrechtsausschuss das Recht auf Einreise in den „eigenen Staat“ von der Staatsangehörigkeit gelöst hat und beständig auch auf Ausländer*innen mit einer sehr engen Verbindung zum Staat anwendet, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, zuletzt HRCttee, Comm. No. 2264/2013 (*Budlakoti/Kanada*), para. 9.2, UN Doc. CCPR/C/122/D/2264/2013 (2018); siehe auch *Kälin/Künzli*, *Universeller Menschenrechtsschutz*, S. 623 f.; *Farahat*, *Progressive Inklusion*, S. 293–298.

530 *Schilling*, *Internationaler Menschenrechtsschutz*, Rn. 767.

and obligations in a suit at law“, Art. 14 Abs. 1 IPbpr, sondern werden von Art. 13 IPbpr [Beschränkung der Ausweisung] umfasst.⁵³¹

Rechte aus den Menschenrechtsverträgen, unter anderem das Diskriminierungsverbot, können dennoch unter Umständen die Gewährung von Einreise und/oder Aufenthalt erforderlich machen.⁵³² Das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung schließt gemäß Art. 1 Abs. 2 ICERD zwar ausdrücklich die Anwendung auf Unterscheidungen aus, die ein Vertragsstaat zwischen eigenen und fremden Staatsangehörigen vornimmt.⁵³³ Die Migrationssteuerung wird vom Übereinkommen aber nur solange nicht berührt, soweit die staatlichen Maßnahmen nicht (versteckt) rassendiskriminierend sind. In den Worten des CERD: *“Controlling immigration is not against the Convention and would be a violation only if the measures used actually concealed racial discrimination.”*⁵³⁴ Ebenso können menschenrechtliche Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention⁵³⁵, insbesondere aufgrund des Folterverbots und des Rechts auf Leben sowie auf Privat- und Familienleben, zu einem materiellen Ausweisungsschutz führen.⁵³⁶ Ein Staat, der einen Menschenrechtsvertrag unterzeichnet und ratifiziert, stimmt im Rahmen der damit einhergehenden Verpflichtungen auch einer Einschränkung seiner Migrationskontrolle zu.⁵³⁷ Im Kern geht es dabei regelmäßig um die Frage, ob der Entscheidungshoheit des Staates über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländer*innen ein im individuellen Fall höher zu gewichtendes Recht des oder der Betroffenen entgegensteht. Der

531 HRCtee, Comm. no. 2494/2014 (*S.F./Dänemark*), para. 7.4, UN Doc. CCPR/C/125/D/2494/2014 (2019); HRCtee, Comm. no. 2423/2014 (*K.H./Dänemark*), para. 7.5, UN Doc. CCPR/C/123/D/2423/2014 (2018).

532 HRCtee, General Comment 15 (1986), para. 5; HRCtee, Comm. no. 2273/2013 (*Andrea Vandom/Republik Korea*), para. 8.4, UN Doc. CCPR/C/123/D/2273/2013 (2018).

533 Zur gebotenen engen Auslegung dieser Ausnahme siehe CERD-Ausschuss, General Recommendation 30 (2004); Barskanmaz, *Recht und Rassismus*, S. 201–204; Gragl, in: HK-ICERD, Art. 1 Rn. 27 f.

534 CERD, Comm. no. 50/2012 (*A.M.M./Schweiz*), para. 4.11, UN Doc. CERD/C/84/D/50/2012 (2014).

535 Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4.11.1950, BGBl. 2002 II, 1055.

536 Costello, *The human rights of migrants and refugees in European law*, S. 112–130; Zimmermann/Elberling, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 27 Rn. 1; zu Art. 8 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR Farahat, *Progressive Inklusion*, S. 196–205.

537 So schon, in Bezug auf die EMRK: EKMR, Entsch. v. 30.06.1959 – 434/58 (*X./Schweden*), S. 13.

Menschenrechtsschutz beschränkt zwar die staatliche Regelungshoheit, aber er hebt sie nicht auf.⁵³⁸

Auch laut Bundesverfassungsgericht ist jeder Staat berechtigt, den freien Zutritt zu seinem Staatsgebiet zu begrenzen und zu regeln.⁵³⁹ Demnach überantwortet das Grundgesetz „die Entscheidung, in welcher Zahl und unter welchen Voraussetzungen Fremden der Zugang zum Bundesgebiet ermöglicht werden soll, weitgehend der gesetzgebenden und der vollziehenden Gewalt“.⁵⁴⁰ Daraus folgt, argumentum a maiore ad minus: Kann der Staat über das „Ob“ entscheiden, dann kann er auch das „Wie“ und das „Wie lange“ der Immigration regeln.⁵⁴¹ Der Staat darf also beispielsweise Aufenthaltszwecke und Beschäftigungserlaubnisse, Rücknahme- und Widerrufsmöglichkeiten oder eine Befristung des Aufenthalts von Ausländer*innen festsetzen. Die Staatsgewalt des souveränen Staates ist dabei nach innen vor allem an das Verfassungsrecht und nach außen vor allem an das Völkerrecht gebunden.⁵⁴² Die Migrationssteuerung ist also grund- und menschenrechtlich begrenzt, was dazu führen kann, im Inland bereits aufhältigen Ausländer*innen den weiteren Aufenthalt im Bundesgebiet ermöglichen oder in Ausnahmefällen bestimmten Ausländer*innen die Einreise erlauben zu müssen.⁵⁴³

II. Menschen- und grundrechtliche Vorgaben

In Bezug auf Vorgaben zum Umgang mit Betroffenen von Vorurteilskriminalität kommt insbesondere den Diskriminierungsverboten eine erhebliche Bedeutung zu (1.). Zunächst werden ihr Aufbau und ihre Bedeutung dargelegt (lit. a). Anschließend wird gezeigt werden, dass die völker-, europa- und grundrechtliche Verpflichtung besteht, die Motive vorurteilsgeleiteter Straftaten sorgfältig zu ermitteln und Verantwortliche gegebenenfalls zu bestrafen (lit. b-g). Zu klären ist, inwieweit die Aufenthaltsbeendigung eines Opfers hassmotivierter Gewalt diese Untersuchungs- und

538 Costello, The human rights of migrants and refugees in European law, S. 326; Groß, JZ 2019, 327-334 (333); Farahat, Progressive Inklusion, S. 104–110.

539 BVerfGE 94, 166 (198 f.).

540 BVerfG, Urt. v. 8.12.2005 – 2 BvR 1001/04.

541 Vgl. auch BVerfGE 35, 382 (400).

542 Randelzhofer, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), § 17 Staatsgewalt und Staatsangehörigkeit, § 17 Rn. 23.

543 Vgl. Groß, JZ 2019, 327-334 (328-332); zu den ersten entsprechenden verfassungsrechtlichen Impulsen Kluth, ZAR 2020, 326 (327–329).

Bestrafungspflichten⁵⁴⁴ verletzen und entsprechend einen Verstoß gegen die Diskriminierungsverbote darstellen kann.

Darüber hinaus sind Beteiligungsrechte des Opfers am Strafverfahren sowohl völker- (2. lit. a), europa- (2. lit. b) als auch verfassungsrechtlich (2. lit. c) geprägt. Die Bedeutung der Beteiligung des Opfers am Strafverfahren lässt sich auch straftheoretisch nachvollziehen (2. lit. d). Es ist zu beleuchten, inwieweit sich daraus ein Recht auf physische Anwesenheit des Opfers am Strafprozess ergeben kann.

Abschließend wird untersucht, welche Zusammenhänge zwischen dem Recht auf Wiedergutmachung und einem – auch über die Teilnahme am Strafverfahren hinausgehenden – Aufenthaltsrecht des Opfers bestehen (3.).

1. Diskriminierungsverbote

a) Bedeutung im Völkerrecht

aa) Ius cogens

Das Prinzip der Gleichbehandlung ist neben dem Prinzip der Freiheit von höchster Bedeutung für das Konzept der Menschenrechte.⁵⁴⁵ Das Bekenntnis zur Bekämpfung von Diskriminierung und Rassismus stellt ein konstitutives Element der europäischen⁵⁴⁶ sowie der Identität der Vereinten Nationen dar.⁵⁴⁷ Gemäß Art. 1 Abs. 3 und Art. 55 lit. c der Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945 (UN-Charta)⁵⁴⁸ setzen sich die

544 Nowak, in: Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), Strafrechtspflege und Menschenrechte - Gedanken zu einer lebendigen Schnittstellenproblematik, S. 1 (59); Jerouschek, JZ 2000, 185 (193 f.).

545 Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, Art. 26 CCPR Rn. 1; Schutter, International Human Rights Law, S. 655; Clifford, in: Shelton (Hrsg.), Equality, S. 420 (426).

546 Europäische Kommission, A Union of equality: EU anti-racism action plan 2020-2025, S. 1, COM(2020) 565 final v. 18.09.2020; Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung der Kommission über Rassismus, Fremdenfeindlichkeit und Antisemitismus, S. 4, KOM(95) 653 endg. 95/0355 (CNS) v. 13.12.1995.

547 Barskanmaz, Recht und Rassismus, S. 147; Zimmer, Hate speech im Völkerrecht, S. 312.

548 In Kraft getreten am 24.10.1945; Beitritt der Bundesrepublik Deutschland am 6.6.1973, BGBl. II 1973, 430.

Vereinten Nationen zum Ziel, die Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten für alle ohne Unterschied der „Rasse“, des Geschlechts, der Sprache oder der Religion zu fördern und zu festigen. Nach Art. 2 Abs. 1 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1948⁵⁴⁹ hat jeder Mensch Anspruch auf die in der Erklärung aufgenommenen Rechte und Freiheiten ohne einen Unterschied, etwa nach „Rasse“, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politischer oder sonstiger Überzeugung, nationaler oder sozialer Herkunft, Vermögen und Geburt oder sonstigem Stand. Der Erklärung kommt kein verbindlicher Charakter zu. Allerdings sind die in ihr enthaltenen Rechte überwiegend als Völkergewohnheitsrecht anerkannt und stellt die Erklärung insofern gemäß Art. 38 Abs. 1 lit. b des Statuts des Internationalen Gerichtshofs eine Quelle des Völkerrechts dar.⁵⁵⁰ Das Verbot der Diskriminierung aufgrund bestimmter Bedeutungsträger ist mithin als Gewohnheitsrecht zu betrachten.⁵⁵¹

Der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte (IAGMR) rechnet das Prinzip der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung sogar dem normativ höchstrangigen Status des *ius cogens* im Sinne von Art. 53, 64 Wiener Vertragsrechtskonvention zu.⁵⁵² Der IAGMR begründet dies damit, dass dieses „fundamentale Prinzip“ Basis sei für die gesamte Rechtsstruktur der nationalen und internationalen öffentlichen Ordnung.⁵⁵³ Für die Ansicht des IAGMR spricht die vielfache Wiederholung des Gleichbehandlungsgebots und Diskriminierungsverbots in UN-Doku-

549 UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, UN GAOR, 3rd sess., UN Doc. A/RES/3/217 A (1948).

550 Schutter, International Human Rights Law, S. 58–60 m.w.N.; Barskanmaz, Recht und Rassismus, S. 147; Lepard, Customary international law, S. 334; O'Boyle/Lafferty, in: Shelton (Hrsg.), General Principles and Constitutions as Sources of Human Rights Law, S. 194 (203).

551 So auch in Bezug auf rassistische Diskriminierung Barskanmaz, Recht und Rassismus, S. 145 f.; Thornberry, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, S. 484; Zimmer, Hate speech im Völkerrecht, S. 78–89; Altwicker, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, S. 37 f., lässt offen, ob das Prinzip der Rechtsgleichheit eher auf Art. 38 Abs. 1 lit. a, b oder c IGH-Statut gestützt werden könnte.

552 IAGMR, Advisory Opinion v. 17.09.2003 (OC-18/03), Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants.

553 IAGMR, Advisory Opinion v. 17.09.2003 (OC-18/03), Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, Rn. 101: *“equal protection before the law and non-discrimination belongs to jus cogens, because the whole legal structure of national and international public order rests on it and it is a fundamental principle that permeates all laws.”*

menten sowie überregionalen und regionalen Menschenrechtsverträgen.⁵⁵⁴ Gemäß Art. 4 Abs. 1 IPbpr dürfen die Vertragsstaaten auch im Falle eines öffentlichen Notstands keine Maßnahmen zu Lasten der Konventionsrechte ergreifen, die eine Diskriminierung allein wegen der „Rasse“, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion oder der sozialen Herkunft enthalten.⁵⁵⁵ Laut UN-Menschenrechtsausschuss dürfen die Vertragsstaaten auch keinen Vorbehalt zur Verpflichtung des Art. 2 Abs. 1 IPbpr zur diskriminierungsfreien Achtung und Gewährleistung der Konventionsrechte erklären.⁵⁵⁶ Allerdings ist der autonome Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 26 IPbpr nicht notstandsfest.⁵⁵⁷

Trotzdem könnte der Grundsatz der Nichtdiskriminierung zumindest in Bezug auf die Anwendung gewohnheitsrechtlich anerkannter Menschenrechte sowie in Bezug auf bestimmte Bedeutungsträger als *ius cogens* zu betrachten sein. So wird etwa das Verbot rassistischer Diskriminierung als zwingendes Völkerrecht anerkannt.⁵⁵⁸ Die Einräumung des Status

554 Siehe allein die Auflistung des IAGMR, Advisory Opinion v. 17.09.2003 (OC-18/03), Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, Rn. 74: “*American Convention on Human Rights (Articles 1 and 2), Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights ‘Protocol of San Salvador’ (Article 1), Charter of the United Nations (Article 55(c)), Universal Declaration of Human Rights (Preamble), International Covenant on Civil and Political Rights (Article 2(1) and 2(2)), International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Article 2(2)), International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (Article 7), International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Preamble), European Convention for the Protection of the Human Rights and Fundamental Freedoms (Article 1), European Social Charter (Preamble), African Charter of Human and People’s Rights “Banjul Charter” (Article 1), and the Arab Charter of Human Rights (Article 2).*”

555 Siehe dazu HRCtee, General Comment 29, para. 8, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001); vgl. zur Beweiskraft der Notstandsfestigkeit als "verlässlichen Startpunkt" für die Identifizierung von *ius cogens*: Interamerikanische Kommission für Menschenrechte v. 22.10.2002, Report No. 62/02 (*Domínguez/Vereinigte Staaten*), Rn. 49; *Lepard*, Customary international law, S. 336–342; *Wet*, in: Shelton (Hrsg.), *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes*, S. 541 (545).

556 HRCtee, General Comment 24 (1994), para. 9.

557 Vgl. Art. 4 Abs. 2 IPbpr

558 International Law Commission, Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, para. 374, UN-Dok. A/CN.4/L.682 (2006); *Schutter*, International Human Rights Law, S. 85; *Barskanmaz*, Recht und Rassismus, S. 146; *Altwickler*, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, S. 41 m.w.N.; *Zimmer*,

als *ius cogens* ist letztlich für jedes Diskriminierungsmerkmal einzeln zu prüfen.⁵⁵⁹ Jedenfalls macht die völkerrechtliche Entwicklung die außerordentliche Bedeutung des Diskriminierungsverbots deutlich, die bei der Anwendung und Interpretation dieses fundamentalen Rechtsprinzips zu berücksichtigen ist.

bb) Definition

Diskriminierung im Sinne des IPbPR bezeichnet nach dem Verständnis des UN-Menschenrechtsausschusses, im Einklang mit den ähnlich lautenden Definitionen der Art. 1 Abs. 1 ICERD⁵⁶⁰, Art. 1 CEDAW⁵⁶¹, Art. 2 CRPD⁵⁶²,

*„any distinction, exclusion, restriction or preference which is based on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms.“*⁵⁶³

Es kommt bei einer Diskriminierung also auf das Ziel *oder* die Folge einer Regelung oder Maßnahme an, weshalb sowohl die Ungleichbehandlung mit Diskriminierungsabsicht als auch diejenige ohne entsprechende Absicht, aber mit diskriminierender Auswirkung, erfasst sind.⁵⁶⁴ Der Anspruch auf rechtsgleiche Auslegung und Anwendung des Gesetzes ist ferner verletzt, wenn wesentlich unterschiedliche Sachverhalte ohne sachlich

Hate speech im Völkerrecht, S. 98–101; zumindest in Bezug auf systematische rassistische Diskriminierung auch *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, S. 76; *Thornberry*, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, S. 484 m.w.N.

559 Überzeugend *Altwickler*, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, S. 39–42.

560 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination v. 7.3.1966, UNTS. 660, 195, in Kraft getreten am 04.01.1969.

561 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women v. 18.12.1979, UNTS 1249, 13, in Kraft getreten am 03.09.1981.

562 Convention on the Rights of Persons with Disabilities v. 13.12.2006, UNTS 2515, 3, in Kraft getreten am 03.05.2008.

563 HRCtee, General Comment 18 (1989), para. 7.

564 *Schilling*, Internationaler Menschenrechtsschutz, Rn. 740; *Barskanmaz*, Recht und Rassismus, S. 214 f.; *Fries*, Die Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention im deutschen Recht, S. 67–69.

vertretbare Gründe gleich behandelt werden (Differenzierungsgebot).⁵⁶⁵ Die Lage des „besonders situierten Individuums“⁵⁶⁶ ist also zu berücksichtigen. Aus den verschiedenen Menschenrechtskonventionen heraus lässt sich Diskriminierung definieren als „jede Ungleich- oder Gleichbehandlung von Personen, die auf personenbezogene Differenzierungsgründe gestützt ist und den Zweck oder die Wirkung einer Beschränkung von (Menschen-)Rechten oder Freiheiten dieser Person hat.“⁵⁶⁷ Die Ungleich- oder Gleichbehandlung verletzt das Diskriminierungsverbot nur, wenn diese nicht auf objektive und angemessene Weise ein legitimes Ziel verfolgt.⁵⁶⁸ Es lassen sich schließlich fünf Elemente eines allgemeinen Diskriminierungstatbestands feststellen:

1. (Art und Weise einer) Behandlung,
2. (bestimmter) Differenzierungsgrund,
3. Zufügung eines (bestimmten) Nachteils,
4. (Anwendungsbedingung der) Vergleichbarkeit und
5. die Nichtrechtfertigung der Behandlung.⁵⁶⁹

cc) Pflichtentrias

Das Prinzip der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung enthält – im Sinne der klassischen Pflichtentrias des *to respect, to protect and to fulfil*⁵⁷⁰ – Abwehr-, Schutz- und Leistungspflichten.⁵⁷¹ Die Pflicht der Konventions-

565 HRCttee, Comm. no. 932/2000 (*Gillot et al./Frankreich*), para. 13.13, UN Doc. CCPR/C/75/D/932/2000 (2002); *Nowak*, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, Art. 26 Rn. 14 m.w.N.; *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, 407; *Gollwitzer*, Menschenrechte im Strafverfahren, S. 571–573; siehe auch CERD, General Recommendation 32, para. 8, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009).

566 *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 21 Rn. 56.

567 *Altwicker*, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, S. 112.

568 HRCttee, General Comment 18 (1989), para. 13; HRCttee, Comm. no. 2216/2012 (*C./Australien*), paras 8.4 – 8.6, UN Doc. CCPR/C/119/D/2216/2012 (2017); HRCttee, Comm. no. 172/1984 (*Broeks/Niederlande*), para. 13, UN Doc. CCPR/C/29/D/172/1984 (1987).

569 *Altwicker*, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, S. 113; leicht abgewandelt bei *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 21 Rn. 54.

570 Dazu *Shutter*, International Human Rights Law, S. 292–303.

571 Ausführlich *Vandenhoe*, Non-discrimination and equality in the view of the UN human rights treaty bodies, S. 187–287; für die EMRK *Altwicker*, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, S. 306–309.

staaten besteht einerseits darin, staatlich zurechenbare ungerechtfertigte Eingriffe in konventionell geschützte Menschenrechte und -rechtsgüter (negativ) zu unterlassen (*duty to respect*).⁵⁷² Werden Personen durch private, dem Staat nicht zurechenbare Handlungen Opfer von Vorurteilskriminalität, tangiert dies zunächst nicht unmittelbar das Verhältnis zwischen Staat und den Betroffenen. Die Abwehr- oder auch Achtungspflicht⁵⁷³ gegenüber den Rechten der Rechtsträger*innen stellt eine *obligation of result* dar: Eine Verletzung liegt jedenfalls vor, wenn der Staat das vorgegebene Ziel (etwa: die Unterlassung staatlicher Diskriminierung) nicht erreicht, unabhängig davon, welche Maßnahmen er gesetzt oder unterlassen hat.⁵⁷⁴ Bei diesen Abwehrrechten werden der Eingriff in den Schutzbereich und die fehlende Rechtfertigung geprüft.⁵⁷⁵

Für das nationale Aufenthaltsrecht folgt aus der abwehrrechtlichen Dimension des Diskriminierungsschutzes etwa, dass die Erteilung weder von Einreise- noch von Aufenthaltserlaubnissen diskriminierend sein darf. Eine rechtliche Regelung, nach der zwar ausländische Ehefrauen von einheimischen Männern eine Aufenthaltserlaubnis erhalten, allerdings nicht ausländische Ehemänner von einheimischen Frauen, ist auch mit sicherheitspolitischen Gründen nicht zu rechtfertigen und verletzt das Recht der ausländischen Ehemänner unter anderem nach Art. 26 i.V.m. Art. 23 Abs. 1 IPbPR [Schutz der Familie].⁵⁷⁶ Ebenso würde der Ausweisung einer Person ausschließlich aufgrund der sexuellen Orientierung⁵⁷⁷, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion oder eines sonstigen Status des Betroffenen regelmäßig das Diskriminierungsverbot in Form eines Abwehrrechts gegen die staatliche Maßnahme entgegenstehen. Als „sonstiger Status“ kommt auch die Staatsangehörigkeit als schützenswertes Merkmal

572 Stahl, Schutzpflichten im Völkerrecht - Ansatz einer Dogmatik, S. 39, zu den Begriffen des Eingriffs und der Zurechnung siehe S. 123-130.

573 Vgl. Kartusch, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach (Hrsg.), Verpflichtung der Staaten zur Bekämpfung von Gewalt, S. 1275 (1289-1291).

574 Kartusch, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach (Hrsg.), Verpflichtung der Staaten zur Bekämpfung von Gewalt, S. 1275 (1287).

575 Stahl, Schutzpflichten im Völkerrecht - Ansatz einer Dogmatik, S. 151.

576 HRCtee, Comm. no. 35/1978 (*Shirin Aumeeruddy-Cziffra/Mauritius*), paras 9.2 (b) 2 (ii) 2-4, UN Doc. CCPR/C/12/D/35/1978 (1981).

577 Diese subsumiert der HRCtee unter das Differenzierungsmerkmal „Geschlecht“, HRCtee, Comm. no. 488/1992 (*Toonen/Australien*), para. 8.7, UN Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994); kritisch Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, Art. 26 Rn. 43.

in Betracht.⁵⁷⁸ Zwischen In- und Ausländer*innen soll zumindest in der Anwendung der Konventionsrechte keine Diskriminierung erfolgen.⁵⁷⁹

Andererseits können sich entsprechende positive Verpflichtungen, insbesondere Schutzpflichten, für die Vertragsstaaten ergeben.⁵⁸⁰ Zum Beispiel enthält der IPbpr die Verpflichtung der Vertragsstaaten, Individuen vor Konventionsrechtsverletzungen zu schützen (*duty to protect*).⁵⁸¹ Nichthoheitliche Ursachen, die eine Beeinträchtigung eines geschützten Rechts herbeiführen, können als „Übergriff“ eine Schutzrechtskonstellation begründen.⁵⁸² Schutzrechte erfordern also die Durchsetzung von menschenrechtlichen Garantien im Verhältnis zwischen Privaten.⁵⁸³ Sie haben präventiven Charakter in Bezug auf die Abwehr drohender Verletzungen und kurativen Charakter, wo es um den Beistand eines Opfers im Nachhinein geht.⁵⁸⁴ Bei Schutzrechten ist zunächst ein von privaten Dritten, also auf der horizontalen Ebene begangener Übergriff und die hierauf beruhende Beeinträchtigung einer geschützten Rechtsposition zu prüfen. Anschließend ist zu fragen, welche Pflichten einen Staat treffen und ob diese wiederum verletzt worden sind.⁵⁸⁵

Bei der Schutzpflicht handelt es sich um eine *obligation of means*: Eine Rechtsverletzung liegt nur dann vor, wenn der Staat es unterlassen hat, mit der erforderlichen Sorgfalt (*Due Diligence*) Rechtsverletzungen durch nichtstaatliche Akteur*innen zu verhüten, zu untersuchen, zu bestrafen oder das Opfer zu entschädigen, unabhängig davon, ob die Rechtsverletzung tatsächlich eintritt.⁵⁸⁶ Nach der Rechtsprechung des UN-Menschen-

578 HRCttee, Comm. no. 196/1985 (*Gueye et al./Frankreich*), paras 9.4 f., UN Doc. CCPR/C/35/D/196/1985 (1989); HRCttee, Comm. no. 965/2000 (*Karakurt/Österreich*), para. 8.4, UN Doc. CCPR/C/74/D/965/2000 (2002).

579 HRCttee, General Comment 15 (1986), paras 2, 7.

580 Stahl, Schutzpflichten im Völkerrecht - Ansatz einer Dogmatik, S. 36–38.

581 HRCttee, General Comment 31, para. 8, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004); HRCttee, Comm. no. 1862/2009 (*Peiris/Sri Lanka*), para. 7.2, UN Doc. CCPR/C/103/D/1862/2009 (2011).

582 Stahl, Schutzpflichten im Völkerrecht - Ansatz einer Dogmatik, S. 137 f.

583 Kälin/Künzli, Universeller Menschenrechtsschutz, S. 108 f. m.w.N.

584 Kälin/Künzli, Universeller Menschenrechtsschutz, 108–109.

585 Stahl, Schutzpflichten im Völkerrecht - Ansatz einer Dogmatik, S. 151; vgl. Nowak, in: Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), Strafrechtspflege und Menschenrechte - Gedanken zu einer lebendigen Schnittstellenproblematik, S. 1 (25).

586 Kartusch, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach (Hrsg.), Verpflichtung der Staaten zur Bekämpfung von Gewalt, S. 1275 (1287 f.), vgl. CEDAW-Ausschuss, General Recommendation 35, para. 24, UN Doc. CEDAW/C/GC/35 (2017); CERD, Comm. No. 46/2009 (*Dawas und Shava/Dänemark*), para. 7.4, UN Doc. CERD/C/80/D/46/2009 (2012); ausführlich Manjoo, *Rashida*: Report of the Spe-

rechtsausschuss unterliegen die Konventionsstaaten mithin einer Untersuchungs- und Bestrafungspflicht gegenüber schweren Menschenrechtsverletzungen.⁵⁸⁷ Dem Staat kommt bei der Bestimmung der erforderlichen Sorgfalt ihrer Einhaltung ein Ermessensspielraum zu.⁵⁸⁸ Der Auslegungspraxis des CEDAW-Ausschusses lassen sich verschiedene Beispiele für Verletzungen der Schutzpflicht entnehmen, in denen mangelhafte rechtliche Rahmenbedingungen, Mängel bei der Strafverfolgung im Strafverfahren oder auch Lücken beim Zugang zu Schutz und Wiedergutmachung festgestellt wurden.⁵⁸⁹ Ihr zufolge kann zum gebotenen Schutz von Privatpersonen auch das Ergreifen von Maßnahmen gegen Gewohnheiten und Praktiken gehören, die Vorurteile und Vorstellungen von Über-/Unterlegenheit aufgrund bestimmter Differenzierungsmerkmale aufrechterhalten.⁵⁹⁰

Mit der Schutzpflicht eng zusammen hängt die ebenfalls positive Verpflichtung der Leistungspflicht (*duty to fulfil*) eines diskriminierungsfreien Zugangs zu staatlichen und sozialen Gütern und Leistungen, auf die der/die Einzelne angewiesen ist, um in den Genuss der Menschenrechte zu kommen.⁵⁹¹ Wo die Menschenrechte nicht verwirklicht sind, können Staaten zu proaktiven und ressourcenintensiven Maßnahmen verpflichtet sein.⁵⁹² Zur Leistungspflicht gehört auch die Sicherstellung von rechtlicher und faktischer Gleichstellung, gegebenenfalls mittels temporär erforderlicher Sondermaßnahmen.⁵⁹³ Sondermaßnahmen (auch bezeichnet als *affirmative actions*, positive Maßnahmen oder umgekehrte/positive Diskri-

cial Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, UN Doc. A/HRC/23/49 (2013); Ertürk, Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, UN Doc. E/CN.4/2006/61 (2006).

587 Detailliert *Di Roberti Sarsina*, Transitional Justice and a State's Response to Mass Atrocity, S. 64–71.

588 *Kartusch*, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach (Hrsg.), Verpflichtung der Staaten zur Bekämpfung von Gewalt, S. 1275 (1288) m.w.N.; *Di Roberti Sarsina*, Transitional Justice and a State's Response to Mass Atrocity, S. 71.

589 *Kartusch*, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach (Hrsg.), Verpflichtung der Staaten zur Bekämpfung von Gewalt, S. 1275 (1293–1296) m.w.N.

590 CEDAW, General Recommendation 28, para. 9, UN Doc. CEDAW/C/GC/28 (2010).

591 *Altwickler*, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, S. 308 f.

592 *Office of the UN High Commissioner for Human Rights*, Principles and Guidelines for a Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies, para. 48, UN Doc. HR/PUB/06/12 (2006).

593 Vgl. entsprechend CEDAW, General Recommendation 28, para. 9, UN Doc. CEDAW/C/GC/28 (2010).

minierung)⁵⁹⁴, also die bevorzugte Unterstützung benachteiligter Personen(-gruppen), gelten als legitim und mitunter als zumindest temporäre Pflicht, beispielsweise wenn ein Teil der Bevölkerung durch die allgemeine Lage am Genuss der Menschenrechte gehindert oder eingeschränkt ist.⁵⁹⁵

Auf Grundlage der Pflichtentrias kann zwischen der aktiven und der passiven Diskriminierung unterschieden werden, wobei als primär aktive Diskriminierungsform neben der unmittelbaren auch die mittelbare Diskriminierung in Betracht kommt.⁵⁹⁶ Eine mittelbare (auch indirekte oder faktische) Diskriminierung liegt vor, wenn eine neutral formulierte Bestimmung eine bestimmte Gruppe gleichwohl faktisch benachteiligt oder wenn die Diskriminierung sich nur in der Praxis feststellen lässt und dies objektiv nicht zu rechtfertigen ist.⁵⁹⁷ Eine solche Diskriminierung stellt eine Verletzung der Achtungspflicht dar.

Die Rechtsfigur der passiven Diskriminierung umfasst diejenigen Fälle, in denen die Diskriminierung darauf beruht, dass der Staat trotz einer positiven Leistungspflicht, auch Gewährleistungspflicht genannt, untätig bleibt.⁵⁹⁸ Diese Pflichten erfordern ein spezifisches Tun, nämlich die Gewährung von Schutz, Teilhabe oder der Durchführung bestimmter Untersuchungsmaßnahmen.⁵⁹⁹ Angesichts des notwendig weiten Beurteilungsspielraums der positiven Verpflichtungen stellt sich die Frage, inwieweit den Vertragsparteien bei der Zielverfolgung einer diskriminierungsfreien Rechtsordnung verbindliche völkerrechtliche Vorgaben gemacht werden.⁶⁰⁰ Die Annahme einer positiven Verpflichtung erfordert jedenfalls

594 Gragl, in: HK-ICERD, Art. 1 Rn. 34; Thornberry, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, S. 219; Joseph/Castan, The International Covenant on Civil and Political Rights, S. 811; Peters/König, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 21 Rn. 107; CERD, General Recommendation 32, para. 12, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009), mit Kritik am Begriff der "positiven Diskriminierung" als "contradictio in terminis"; kritisch auch Balibar/Wallerstein, Rasse, Klasse, Nation, S. 31.

595 HRCttee, General Comment 18 (1989), para. 10; vgl. HRCttee, Comm. no. 198/1985 (*Stalla Costa/Uruguay*), para. 10, U.N. Doc. CCPR/C/30/D/198/1985 (1987); ausführlich Schutter, International Human Rights Law, S. 742–760.

596 Peters/König, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 21 Rn. 55.

597 EGMR (GK), Urt. v. 13.11.2007 – 57325/00 (*D.H. u.a./Tschechien*), Reports 2007-IV, Rn. 175; EGMR, Urt. v. 04.05.2001 – 24746/94 (*Hugh Jordan/Vereinigtes Königreich*), Rn. 154; EGMR, Beschl. v. 06.01.2005 – 58641/00 (*Hoogendijk/Niederlande*).

598 Altwicker, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, S. 304.

599 Peters/König, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 21 Rn. 56.

600 Altwicker, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, S. 306.

eine gerechte Abwägung (*fair balance*) zwischen dem Interesse des oder der Einzelnen und den allgemeinen Interessen der Gemeinschaft.⁶⁰¹

Mehrdeutig präsentiert sich das Differenzierungsgebot. Eine Gleichbehandlung wesentlich unterschiedlicher Sachverhalte kann eine bestimmte Gruppe faktisch benachteiligen und eine indirekte Diskriminierung darstellen. Wenn der Fokus allerdings nicht auf der Abschaffung von Maßnahmen liegt, sondern darauf, der diskriminierten Gruppe einen gleichberechtigten Zugang zu Rechten zu verschaffen, können stattdessen besondere Maßnahmen zu ihren Gunsten erforderlich sein. In einem solchen Fall können Staaten zur Vornahme positiver Maßnahmen verpflichtet sein, um eine diskriminierungsfreie Teilhabe zu gewährleisten.⁶⁰²

b) IPbpr und CEDAW

aa) Selbstständiges Diskriminierungsverbot

Gemäß Art. 26 Satz 1 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpr)⁶⁰³ sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich und haben ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz. Nach Satz 2 hat das Gesetz allen Menschen gegen jede Diskriminierung, insbesondere wegen der „Rasse“, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status, gleichen und wirksamen Schutz zu gewährleisten.⁶⁰⁴ Die Norm enthält ein selbstständiges, nicht-akzessorisches Diskriminierungsverbot.⁶⁰⁵ Allerdings hat Deutschland zu Art. 5 Abs. 2 des Fakultativprotokolls zum IPbpr den Vorbehalt erklärt, dass die selbstständige Bedeutung des Art. 26

601 Vgl. EGMR (Plenum), Urt. v. 17.10.1986 – 9532/81 (*Rees/Vereinigtes Königreich*), Series A106, Rn. 37.

602 Vgl. Partly Concurring, Partly Dissenting Opinion of Judge Pinto De Albuquerque zu EGMR (GK), Urt. v. 07.11.2013 – 29381/09 (*Vallianatos u.a./Griechenland*), Reports 2013-VI, Fn. 16; *Dondoli*, International Journal of Discrimination and the Law 2018, 5 (12–17).

603 International Covenant on Civil and Political Rights v. 16.12.1966, UNTS 999, 171, in Kraft getreten am 23.03.1976

604 HRCttee, General Comment 18 (1989), para. 1.

605 HRCttee, General Comment 18 (1989), para. 12; *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, 412; *Hofmann/Boldt*, Kommentar zu dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, Art. 26 Rn. 1.

IPbPR gegen Deutschland im Rahmen von Individualbeschwerden nicht geltend gemacht werden kann.⁶⁰⁶ Individualbeschwerden auf der Grundlage des Art. 26 IPbPR scheiden damit aus beziehungsweise können nur akzessorisch in Bezug auf andere Rechte aus dem IPbPR in Betracht kommen. Dennoch ist Deutschland durch die Ratifizierung der Konvention ohne weiteren Vorbehalt zum Diskriminierungsverbot an die Norm gebunden. Die Konventionsrechte sind zudem gemäß Art. 2 Abs. 1 IPbPR diskriminierungsfrei zu gewährleisten.

Art. 26 IPbPR unterscheidet ausdrücklich zwischen der Gleichheit vor dem Gesetz und dem gleichen Schutz durch das Gesetz. Das Gebot der Gleichheit vor dem Gesetz richtet sich nur an Exekutive und Judikative, das Gebot des gleichen Schutzes hingegen an den Gesetzgeber.⁶⁰⁷ Gemäß Art. 26 Satz 2 IPbPR hat das Gesetz jede Diskriminierung zu verbieten und allen Menschen gleichen und wirksamen Schutz vor Diskriminierungen zu gewährleisten. Die Bestimmung verpflichtet mithin zur Gewährleistung materieller Gleichheit im Wege der Gesetzgebung.⁶⁰⁸

bb) Verpflichtungen gegenüber Hasskriminalität

Die Dimension der Schutz- und Leistungspflichten im Diskriminierungsschutz wirkt sich auch gegenüber Hass- bzw. Vorurteilskriminalität aus. Eine Schutzrechtskonstellation setzt eine von Privaten begangene Beeinträchtigung eines geschützten Rechts voraus.⁶⁰⁹ Bei vorurteilsgeleiteten Straftaten nimmt der/die Täter*in auf Basis eines diskriminierungsrechtlich sensiblen, „verpönten“ Differenzierungsmerkmals eine Unterscheidung vor, die die Opferauswahl und/oder das Tatverhalten maßgeblich beeinflusst. Die Gewalt gegen das Opfer beeinträchtigt seine Inanspruchnahme oder Ausübung verschiedener Grundfreiheiten und Menschenrechte, neben dem Recht auf Gleichbehandlung etwa regelmäßig das Recht auf Freiheit und Sicherheit, das Recht auf das erreichbare Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit sowie das Recht auf Freiheit von

606 Zu Ratifikation und Vorbehalten: <<https://treaties.un.org/>> (Stand: 10.06.2021).

607 Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, Art. 26 CCPR Rn. 14-17; Schilling, Internationaler Menschenrechtsschutz, Rn. 736 f.

608 Schilling, Internationaler Menschenrechtsschutz, Rn. 737; a.A. Tomuschat, FS Schlochauer, S. 691, der von Art. 26 IPbPR lediglich die Rechtsanwendung betroffen sieht.

609 Stahl, Schutzpflichten im Völkerrecht - Ansatz einer Dogmatik, S. 137.

unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung.⁶¹⁰ Mithin kann ein Vorurteilsdelikt einen Übergriff darstellen, der ein staatliches Tätigwerden auf Grundlage des Diskriminierungsverbots sowohl in seiner selbstständigen als auch seiner akzessorischen Form verlangt.

Der UN-Menschenrechtsausschuss hat betont, dass Art. 2, 26 IPbpr die Konventionsstaaten verpflichtet, Individuen im öffentlichen und „quasi-öffentlichen“ Raum, wie zum Beispiel am Arbeitsplatz, vor Diskriminierung zu schützen.⁶¹¹ Diese Schutzpflichten sind – wie Fördermaßnahmen zur Reduzierung von Diskriminierung⁶¹² – allerdings relativ und stehen grundsätzlich im Ermessen des Staates, deren Auswahl und Ausübung von Maßnahmen lediglich eingeschränkt ist durch die Vorgabe der Norm nach einem „wirksamen Schutz“. ⁶¹³ Das Ausbleiben adäquater Maßnahmen auf konkrete Vorfälle von Diskriminierung stellt einen möglichen Verstoß gegen Art. 26 IPbpr dar.⁶¹⁴ Aus den Schutzpflichten heraus trifft die Konventionsstaaten jedenfalls im Falle von Diskriminierungen, die durch private Dritte begangen werden, die Pflicht zum staatlichen Einschreiten, zur sorgfältigen Untersuchung und gegebenenfalls Bestrafung des Vorgangs.⁶¹⁵

Sowohl auf Basis von Art. 2, 26 IPbpr als auch von Art. 20 IPbpr⁶¹⁶ wird vom UN-Menschenrechtsausschuss Engagement der Konventions-

610 Vgl. CEDAW-Ausschuss, General Recommendation 35, para. 15, UN Doc. CEDAW/C/GC/35 (2017); CEDAW-Ausschuss, General Recommendation 19 (1992), para. 7.

611 HRCttee, Comm. no. 608/1995 (*Nahlik/Österreich*), para. 8.2, UN Doc. CCPR/C/57/D/608/1995 (1996); **a.A.** hinsichtlich der Wirkung auf das Verhältnis zwischen Privaten war zuvor *Tomuschat*, FS Schlochauer, S. 691 (710–712).

612 *Farabat*, in: Baer/Lepsius/Schönberger/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Inklusion in der superdiversen Einwanderungsgesellschaft, S. 337 (367).

613 *Nowak*, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, Art. 26 CCPR Rn. 54.

614 *Nowak*, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, Art. 26 CCPR Rn. 54.

615 HRCttee, General Comment 31, para. 8, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004); HRCttee, General Comment 28, para. 31, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 (2010); HRCttee, Comm. no. 1862/2009 (*Peiris/Sri Lanka*), para. 7.4, UN Doc. CCPR/C/103/D/1862/2009 (2011); HRCttee, Comm. No. 608/1995 (*Nahlik/Österreich*), para. 8.2, UN Doc. CCPR/C/57/D/608/1995 (1996); *Hofmann/Boldt*, Kommentar zu dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, Art. 26 Rn. 1; *Nowak*, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, Art. 26 CCPR Rn. 56–59; *Joseph/Castan*, The International Covenant on Civil and Political Rights, S. 815.

616 Art. 20 Abs. 2 IPbpr fordert ein gesetzliches Verbot jedes Eintretens für nationalen, rassistischen oder religiösen Hass, durch den zu Diskriminierung, Feindseligkeit oder Gewalt aufgestachelt wird.

staaten gegen Hate Speech und Hate Crimes eingefordert.⁶¹⁷ Gegen Hasskriminalität sollte systematisch und gründlich ermittelt werden, Täter*innen gegebenenfalls strafrechtlich belangt und bestraft werden und Opfern adäquate Rechtsbehelfe und angemessene Entschädigungsmöglichkeiten zur Verfügung gestellt werden.⁶¹⁸ Der Bundesrepublik Deutschland wurde im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens im Jahr 2012 explizit empfohlen, konkrete Maßnahmen zu ergreifen, um die Wirksamkeit ihrer Gesetze zu erhöhen und alle mutmaßlichen Fälle von rassistisch motivierten Handlungen zu untersuchen, sowie die Verantwortlichen strafrechtlich zu verfolgen und zu bestrafen.⁶¹⁹ Zuletzt hat der UN-Ausschuss gegen Folter den Mangel an Informationen bedauert, welche Maßnahmen die Bundesrepublik ergreift, um Individuen vor xenophober, rassistischer, antisemitischer und islamophober Gewalt zu schützen.⁶²⁰

Dass private Gewalt von der Definition der Diskriminierung umfasst ist, hat der CEDAW-Ausschuss in seinen Allgemeinen Empfehlungen Nr. 19 und Nr. 35 zu geschlechtsbezogener Gewalt gegen Frauen explizit anerkannt.⁶²¹ Geschlechtsbezogen und diskriminierend ist die Gewalt, wenn sie sich gegen eine Frau aufgrund ihres Geschlechts richtet oder sie als Frau unverhältnismäßig beeinträchtigt.⁶²² Beim Vorliegen eines Vorurteils-

617 HRCttee, Concluding observations on the sixth periodic report of Hungary, paras 17 f., UN Doc. CCPR/C/HUN/CO/6 (2018); *Joseph/Castan*, The International Covenant on Civil and Political Rights, S. 626–628 m.w.N.

618 HRCttee, Concluding observations on the sixth periodic report of Australia, para. 20, UN Doc. CCPR/C/AUS/CO/6 (2017); HRCttee, Concluding observations on the third periodic report of Bosnia and Herzegovina, para. 22, UN Doc. CCPR/C/BIH/CO/3 (2017); HRCttee, Concluding observations on the second periodic report of Greece, para. 14, UN Doc. CCPR/C/GRC/CO/2 (2015); *Kälén*, in: HK-ICERD, Kap. 2.1 Rn. 25 m.w.N.

619 HRCttee, Concluding observations on the sixth periodic report of Germany, para. 17, UN Doc. CCPR/C/DEU/CO/6 (2012).

620 UN-Ausschuss gegen Folter, Concluding observations on the sixth periodic report of Germany, para. 30, UN Doc. CAT/C/DEU/CO/6 (2019).

621 CEDAW-Ausschuss, General Recommendation 35, para. 21, UN Doc. CEDAW/C/GC/35 (2017); CEDAW-Ausschuss, General Recommendation 19 (1992), paras 6-9. Da die Empfehlungen lediglich nicht bindende Interpretation über die CEDAW-Verpflichtungen darstellen, einem Menschenrechtsvertrag, der nicht einmal das Wort Gewalt enthält, wird die Einführung eines weiteren, juristisch verbindlichen völkerrechtlichen Vertrags über Gewalt an Frauen diskutiert, siehe *McQuigg*, International Human Rights Law Review 2017, 263 (273).

622 CEDAW-Ausschuss, General Recommendation 35, para. 1, UN Doc. CEDAW/C/GC/35 (2017). CEDAW-Ausschuss, General Recommendation 19 (1992), para. 6.

motivs sind geschlechtsbezogene Straftaten gegen Frauen auch als Hasskriminalität zu verstehen.⁶²³ Zu berücksichtigen sind zudem intersektionale Diskriminierungen, das heißt das Zusammenwirken verschiedener Diskriminierungsfaktoren, zum Beispiel bei „sexuelle[r] Gewalt an Frauen, die besonderen rassistischen oder ethnischen Gruppen angehören“.⁶²⁴

Der CEDAW-Ausschuss empfiehlt den Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass das Rechtswesen vor geschlechtsbezogener Gewalt gegen Frauen schützt.⁶²⁵ Die Konventionsstaaten sollten, inter alia, restriktive migrationsrechtliche Regelungen aufheben, die Frauen davon abhalten, geschlechtsbezogene Gewaltvorfälle zu melden.⁶²⁶ Hinsichtlich des Zugangs zum Recht empfiehlt der CEDAW-Ausschuss den Mitgliedstaaten, geeignete Maßnahmen zur Förderung der Anzeigequote von Kriminalität gegen Frauen und der aktiven Beteiligung von Frauen an entsprechenden Strafverfahren zu ergreifen.⁶²⁷ Zum Schutz der Betroffenen empfiehlt der Ausschuss unter anderem die Sicherstellung des Zugangs zu finanzieller Unterstützung, Rechtsberatung und medizinischer wie psychosozialer Unterstützung – unabhängig vom Aufenthaltsstatus oder der Kooperationsbereitschaft zu juristischen Verfahren gegen die Täter*innen.⁶²⁸

Unterlasse es ein Staat, alle angemessenen Maßnahmen zur Prävention auf bekannte Risiken geschlechtsbezogener Gewalt sowie zur Ermittlung, Strafverfolgung, Bestrafung gegen die Täter*innen und zur Zurverfügungstellung von Entschädigungen für die Betroffenen vorzunehmen, stelle dies eine stillschweigende Erlaubnis oder Ermutigung für diskriminierende Gewalt und mithin eine Menschenrechtsverletzung dar.⁶²⁹ Die Gewähr-

623 *Steinl*, ZfRSoz 2018, 179 (195–198).

624 CERD, General Recommendation 25 (2000), para. 2; allgemeiner zur intersektionalen Diskriminierung: CERD, General Recommendation 32, para. 7, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009); CEDAW-Ausschuss, General Recommendation 28, para. 18, UN Doc. CEDAW/C/GC/28 (2010); *Philipp et al.*, Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung; *Atrey*, Intersectional discrimination, S. 78–139; *Steinl*, ZfRSoz 2018, 179 (201 f.).

625 Kapitel C. II. 1. b) cc).

626 CEDAW-Ausschuss, General Recommendation 35, para. 29, UN Doc. CEDAW/C/GC/35 (2017).

627 CEDAW-Ausschuss, General Recommendation 33, para. 51, UN Doc. CEDAW/C/GC/33 (2017).

628 CEDAW-Ausschuss, General Recommendation 35, para. 31, UN Doc. CEDAW/C/GC/35 (2017).

629 CEDAW-Ausschuss, General Recommendation 35, para. 24, UN Doc. CEDAW/C/GC/35 (2017); vgl. CEDAW-Ausschuss, Comm. no. 5/2005 (*Şahide Goekce/Österreich*), UN Doc. CEDAW/C/39/D/5/2005; CEDAW-Ausschuss, Comm. no. 6/2005 (*Akbak et al./Österreich*), UN Doc. CEDAW/C/39/D/6/2005 (2007).

leistung der aktiven Beteiligung am Strafverfahren inklusive der Zurverfügungstellung wirksamer Rechtsbehelfe, mit denen beispielsweise Verfahrenshilfe oder Entschädigungen für den erlittenen Nachteil angestrebt werden, kann eine Maßnahme zur Erfüllung der staatlichen Schutzpflichten aus der *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* sein.⁶³⁰

cc) Zwischenfazit

Sowohl auf Basis von Art. 2, 26 IPbpR als auch von Art. 20 IPbpR müssen sich Staaten gegen Hassrede und Hasskriminalität engagieren. Hasskriminalität verpflichtet die Staaten, einzuschreiten und den Vorgang sorgfältig zu untersuchen sowie gegebenenfalls zu bestrafen. Opfern sind adäquate Rechtsbehelfe und angemessene Entschädigungsmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen.

Den Empfehlungen des CEDAW-Ausschusses lässt sich die Forderung nach einer ganzheitlichen und gegenüber allgemeinen migrationsrechtlichen Erwägungen vorrangigen Berücksichtigung der Interessen der betroffenen Frauen geschlechtsbezogener Gewalt entnehmen. Es ist mit den Empfehlungen des Ausschusses unvereinbar, Opfern geschlechtsbezogener Gewalt durch restriktive aufenthaltsrechtliche Vorgaben den Zugang zu einem Strafverfahren gegen die Täter*innen und zu konkreten Unterstützungs- und Entschädigungsmaßnahmen unmöglich zu machen.

Scheitert ein Strafverfahren aufgrund einer vom Staat angeordneten Aufenthaltsbeendigung des Opfers geschlechtsbezogener Gewalt, kann dies von Täter*innen als stillschweigende Erlaubnis oder Ermutigung für diskriminierende Gewalt verstanden werden. Geschlechtsbezogene Gewalt gegen Frauen ist daher bei der Entscheidung über Aufenthaltsbeendigungen im Sinne einer Schutzpflichtverletzung zumindest mit der gebotenen Sorgfalt zu berücksichtigen.

Aufgrund der vergleichsweise weiten Fassung des Art. 2 lit. e CEDAW, wonach alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau zu ergreifen sind, lassen sich die Empfehlungen des CEDAW-Ausschusses nicht uneingeschränkt auf Diskriminierungen anhand anderer Differenzierungsmerkmale und auf das Diskriminierungsverbot des IPbpR übertragen.

630 Vgl. Kartusch, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach (Hrsg.), Verpflichtung der Staaten zur Bekämpfung von Gewalt, S. 1275 (1299) m.w.N.

c) UN-Rassendiskriminierungskonvention

Aus den auf bestimmte Merkmale fokussierten Menschenrechtsinstrumenten ergeben sich detaillierte Vorgaben zum Umgang mit entsprechenden Formen der diskriminierenden Kriminalität. Ähnlich wie bei den oben aufgezeigten Verpflichtungen aus der CEDAW im Bereich geschlechtsbezogener Gewalt gegen Frauen sind auch im Fall rassistisch motivierter Delikte besonders strenge Maßstäbe anzulegen. Diese könnten die Staaten zum Einschreiten gegen entsprechend motivierte Straftaten und zur Unterstützung von Betroffenen, unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus, verpflichten.

Im Zusammenhang mit der Bekämpfung von rassistischer Diskriminierung besitzt auf völkerrechtlicher Ebene die von der UN-Generalversammlung bereits 1965 verabschiedete *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (ICERD) gehobene Bedeutung. Ziel des Übereinkommens ist die Beseitigung jeder Form der rassistischen Diskriminierung. Rassistische Diskriminierung bezeichnet nach Art. 1 Abs. 1 ICERD „jede auf der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung oder dem Volkstum beruhende Unterscheidung, Ausschließung, Beschränkung oder Bevorzugung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass dadurch ein gleichberechtigtes Anerkennen, Genießen oder Ausüben von Menschenrechten und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen oder jedem sonstigen Bereich des öffentlichen Lebens vereitelt oder beeinträchtigt wird.“

Der UN-Fachausschuss zur Anti-Rassismus-Konvention (CERD) betont, dass besondere beziehungsweise Sondermaßnahmen⁶³¹ im Sinne des Art. 1 Abs. 4 ICERD zur Bekämpfung von rassistischer Diskriminierung unverzichtbar zur Erreichung der von der Konvention angestrebten Gleichberechtigung sind.⁶³² Gemäß Art. 2 Abs. 2 ICERD treffen die Konventionsstaaten, wenn die Umstände es rechtfertigen, besondere und konkrete Maßnahmen für eine angemessene Entwicklung und einen hinreichenden Schutz – auch vor Diskriminierung durch Privatpersonen.⁶³³ Der Begriff

631 Die Begriffe werden synonym verwendet, siehe CERD, General Recommendation 32, para. 32, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009); *Kanalan*, in: HK-ICERD, Art. 2 Abs. 2 Rn. 5.

632 CERD, General Recommendation 32, para. 20, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009).

633 CERD, General Recommendation 32, paras 23, 34, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009); *Gragl*, in: HK-ICERD, Art. 1 Rn. 38 betont, dass die Zweckgebundenheit den Spielraum für Sondermaßnahmen drastisch einschränke.

der Maßnahme ist im Übereinkommen generell sehr weit zu verstehen und umfasst alle denkbaren staatlichen Handlungen auf allen Ebenen.⁶³⁴ Mit Sondermaßnahmen kann beispielsweise auf historisch bedingte strukturelle, faktische Ungleichheit reagiert werden.⁶³⁵ Sie sollen aktuelle Ungleichheiten vermindern und zukünftige verhindern.⁶³⁶ Dabei sollen die Maßnahmen selbst angemessen, rechtmäßig, in der demokratischen Gesellschaft erforderlich, sowie zeitlich beschränkt sein und die Prinzipien der Gerechtigkeit und Verhältnismäßigkeit respektieren.⁶³⁷ Sie sollen auf Basis genauer Daten und unter vorheriger Konsultation von Betroffenen-gruppen implementiert werden.⁶³⁸

Sondermaßnahmen sind zumindest zeitweise und auf vernünftige und verhältnismäßige Weise zu treffen, wenn dies zur Erreichung von Gleichberechtigung erforderlich ist.⁶³⁹ Der Förderauftrag von Art. 1 Abs. 4, Art. 2 Abs. 2 ICERD verdeutlicht, dass das Übereinkommen nicht nur eine formale Gleichheit vor dem Gesetz anstrebt, sondern ebenso eine materielle, faktische Gleichheit in der Ausübung der Menschenrechte.⁶⁴⁰ Eine fehlende Gleichberechtigung beziehungsweise eine faktische rassistische Diskriminierung fordert die Staaten mithin zum Tätigwerden auf. Dies kann insbesondere vulnerable Gruppen wie ethnische Minderheiten, Migrant*innen und Asylsuchende betreffen.⁶⁴¹ Der Verpflichtung steht jedoch kein entsprechendes subjektives Recht entgegen.⁶⁴²

634 CERD, General Recommendation 32, para. 13, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009).

635 CERD, General Recommendation 32, para. 22, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009).

636 Ebd.

637 CERD, General Recommendation 32, para. 16, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009).

638 CERD, General Recommendation 32, paras 17 f., UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009).

639 Vgl. *Clifford*, in: Shelton (Hrsg.), *Equality*, S. 420 (441); CERD, General Recommendation 32, para. 30, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009); CERD, Concluding observations on the fourth, fifth and sixth periodic reports of the United States of America, para. 15, UN Doc. CERD/C/USA/CO/7-9 (2008).

640 CERD, General Recommendation 32, para. 6, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009); *Barskanmaz*, *Recht und Rassismus*, S. 228 f.; *Kanalan*, in: HK-ICERD, Art. 2 Abs. 2 Rn. 7 f.

641 Vgl. CERD, Concluding observations on the fifteenth, sixteenth and seventeenth periodic reports of Austria, para. 21, UN Doc. CERD/C/AUT/CO/17 (2008)

642 *Thornberry*, *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, S. 234; allgemeiner zur Frage subjektiver Rechte in der

Die Ausnahmenvorschriften zum Anwendungsbereich nach Art. 1 Abs. 2, 3 ICERD müssen eng verstanden werden.⁶⁴³ In verschiedenen Abschließenden Bemerkungen zu Staatenberichten hat der CERD vielmehr unter Hinweis auf die Allgemeine Empfehlung Nr. 30⁶⁴⁴ betont, dass legislative Garantien gegen rassistische Diskriminierung unabhängig von aufenthaltsrechtlichen Status auch auf fremde Staatsangehörige angewendet werden sollen.⁶⁴⁵

aa) Verpflichtungen gegenüber rassistischer Diskriminierung

Gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. d ICERD beenden die Vertragsstaaten jede auch durch Personen ausgeübte rassistische Diskriminierung mit allen geeigneten Mitteln. Diese weitreichende Formulierung erinnert an Art. 2 Abs. 1 lit. e CEDAW, wonach alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau zu unternehmen sind. Der CERD drängt die Konventionsstaaten auf dieser Grundlage zur Umsetzung eines verständlichen und ganzheitlichen Antidiskriminierungsrechts, das sowohl Behörden als auch Privatpersonen in die Haftung nimmt und Rechtsbehelfe für die Opfer vorsieht.⁶⁴⁶ Der CERD weist dabei im Allgemeinen auch strafrechtlichen Vorgaben eine hohe Bedeutung zu.⁶⁴⁷ Art. 2 Abs. 1 lit. d ICERD verpflichtet die Konventionsstaaten – ebenso wie Art. 6 ICERD –

Konvention siehe CERD-Ausschuss, Comm. No. 30/2003 (*Jewish community of Oslo u.a./Norwegen*), para. 10.6, UN Doc. CERD/C/67/D/30/2003 (2005); *Payande*, in: HK-ICERD, Art. 4 Rn. 83–85.

643 *Thornberry*, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, S. 158; vgl. auch CERD-Ausschuss, General Recommendation 30 (2005), para. 2.

644 CERD, General Recommendation 30 (2005).

645 CERD, Concluding observations on the combined nineteenth and twentieth periodic reports of Italy, para. 7, UN Doc. CERD/C/ITA/CO/19-20 (2017); CERD, Concluding observations on the combined ninth to eleventh periodic reports of Tajikistan, para. 22, UN Doc. CERD/C/TJK/CO/9-11 (2017); CERD, Concluding observations on the combined eighth and ninth periodic reports of Republic of Moldova, para. 13, UN Doc. CERD/C/MDA/CO/8-9 (2011).

646 Siehe nur CERD, Concluding observations on the nineteenth to twenty-first periodic reports of Ukraine, para. 5, UN Doc. CERD/C/UKR/CO/19-21 (2011); *Barskanmaz*, in: HK-ICERD, Art. 2 Abs. 1 Rn. 28 m.w.N.

647 CERD, Concluding observations on the fifteenth to nineteenth periodic reports of Algeria, para. 12, UN Doc. CERD/C/DZA/CO/15-19 (2013); CERD, Concluding observations on the first to third periodic reports of Thailand, para. 9, UN Doc. CERD/C/THA/CO/1-3 (2012); CERD, Concluding observations on the

zu einer wirksamen Überprüfung von Verdachtsfällen einer rassistischen Diskriminierung.⁶⁴⁸ Noch konkreter heißt es in Art. 2 Abs. 1 lit. b ICERD, dass die Vertragsstaaten eine rassistische Diskriminierung durch Personen oder Organisationen weder fördern noch schützen oder unterstützen dürfen. Eine Unterstützung kann auch in Form einer Ermutigung oder Tolerierung bestehen.⁶⁴⁹ Gemäß dem einleitenden Absatz (Chapeau) des Art. 4 ICERD verpflichten sich die Konventionsstaaten, „unmittelbare und positive Maßnahmen zu treffen, um jedes Aufreizen zur Rassendiskriminierung und alle rassistisch diskriminierenden Handlungen auszumerzen“. Die allgemeine Verpflichtung ist unbedingt und einschränkungslos formuliert, bestimmt aber nicht näher, welche Maßnahmen die Mitgliedstaaten ergreifen müssen.⁶⁵⁰

Art. 5 lit. a ICERD fordert die Gewährleistung des Rechts auf Gleichbehandlung vor den Gerichten und allen sonstigen Organen der Rechtspflege ein. Der CERD achtet hierbei insbesondere auf strukturelle Diskriminierung, die sich beispielsweise in einer unverhältnismäßigen Anzahl und Haftdauer von Minderheiten im Gefängnisssystem äußern kann.⁶⁵¹ Die Konventionsstaaten müssen sich bemühen, rassistische Verzerrungen (*racial bias*) in juristischen Verfahren zu verhindern.⁶⁵² Obwohl diese grundsätzlich auch an juristischen Verfahren beteiligte Opfer von rassistischer Gewalt betreffen können, werden die verfahrensrechtliche Stellung von Betroffenen von rassistischer Diskriminierung und ihre Rechte präziser von Art. 6 ICERD umfasst.⁶⁵³

fifteenth and sixteenth periodic reports of the Republic of Korea, para. 8, UN Doc. CERD/C/KOR/CO/15-16 (2012)

648 Vgl. CERD, Comm. no. 40/2007 (*Er/Dänemark*), para. 7.4, UN Doc. CERD/C/71/D/40/2007 (2007).

649 *Thornberry*, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, S. 185 denkt dabei an das mögliche Erfordernis von Gegenrede (*counter-speech*), Bildung und einer vertieften Beschäftigung mit Art. 7 ICERD.

650 *Payandeh*, JZ 2013, 980 (983).

651 *Thornberry*, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, S. 317 f. m.w.N.; die aktuelle Schwerpunktsetzung auf Diskriminierung im Strafrechtssystem wird besonders verdeutlicht durch CERD, General Recommendation 31 (2005).

652 Vgl. CERD, Comm. no. 3/1991 (*Narainen/Norwegen.*), para. 10, UN Doc. CERD/C/44/D/3/1991 (1994).

653 Vgl. CERD, General Recommendation 31 (2005), para. 6.

In Individualbeschwerdeverfahren wird am häufigsten um den Umfang von Art. 6 ICERD gestritten.⁶⁵⁴ Er verpflichtet die Konventionsstaaten, jeder Person in ihrem Hoheitsbereich gegen alle rassistisch diskriminierenden Handlungen wirksamen Schutz und wirksame Rechtsbehelfe durch die zuständigen nationalen Gerichte und sonstige staatliche Stellen zu gewährleisten sowie dazu, ihnen das Recht zuzuerkennen, bei diesen Gerichten eine gerechte und angemessene Entschädigung oder Genugtuung für erlittene Schäden zu verlangen.⁶⁵⁵ In der Allgemeinen Empfehlung Nr. 31 führt der CERD zahlreiche mögliche Schritte mit Blick auf die Betroffenen von Rassismus auf.⁶⁵⁶ Es sei sicherzustellen, dass Rechtsbehelfe nicht deshalb ungenutzt bleiben, weil die Betroffenen die Kosten oder die Komplexität der Verfahren fürchten, weil es an Vertrauen in die Ermittlungsbehörden und Gerichte mangelt oder weil die Amtsgewalt unzureichend sensibilisiert ist für rassistische Delikte.⁶⁵⁷ Die Informationsverbreitung und Unterstützungsangebote an Betroffene sollen gefördert werden.⁶⁵⁸

bb) Verhältnis von Diskriminierung und rassistischer Gewalt

Nicht ausdrücklich geklärt ist die Frage, ob vorurteilsgeleitete Delikte, die durch eines der fünf nach Art. 1 Abs. 1 ICERD verpönten Differenzierungsmerkmale motiviert sind, als rassistische Diskriminierung im Sinne des ICERD verstanden werden. Sowohl bei der Erarbeitung des Übereinkommens als auch bei seiner Interpretation durch den CERD wurde rassistische Gewalt bislang nicht explizit unter den Begriff der rassistischen Diskriminierung gefasst.

Das Übereinkommen selbst nimmt zwei Mal Bezug auf entsprechende Formen von Gewalt. Art. 5 lit. b ICERD mahnt die Vertragsstaaten zur diskriminierungsfreien Gewährleistung des Rechts auf Sicherheit der Person und auf staatlichen Schutz gegen Gewalttätigkeit oder Körperverletzung. Art. 4 lit. a ICERD verpflichtet die Vertragsstaaten, „jede Verbreitung von

654 *Thornberry*, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, S. 425.

655 Allerdings müssen keine Mechanismen aufeinanderfolgender Rechtsbehelfe, etwa bis zum Obersten Gerichtshof, etabliert werden, vgl. CERD, Comm. no. 1/1984 (*Yilmaz-Dogan/Niederlande*), para. 9.4, UN Doc. CERD/C/36/D/1/1984 (1988).

656 CERD, General Recommendation 31 (2005), v.a. Kap. II.

657 Vgl. CERD, General Recommendation 31 (2005), para. 1.

658 Vgl. CERD, General Recommendation 31 (2005), paras 7-9.

Ideen, die sich auf die Überlegenheit einer Rasse oder den Rassenhass gründen, jedes Aufreizen zur Rassendiskriminierung und jede Gewalttätigkeit oder Aufreizung dazu gegen eine Rasse oder eine Personengruppe anderer Hautfarbe oder Volkszugehörigkeit“ zu einer strafbaren Handlung zu erklären. Dass rassistische Diskriminierung und Gewalttätigkeit nebeneinander aufgeführt werden, spricht in systematischer Hinsicht zunächst dafür, Diskriminierung und Gewalttätigkeiten als unterschiedliche Gegenstände zu betrachten. Rassistische Gewalt ließe sich als Sonderphänomen verstehen, das selbst nicht unter den Begriff der rassistischen Diskriminierung fällt.⁶⁵⁹ Ambivalenter liest sich die Ansicht des CERD, dass die Ehrerbietung Hitlers und seiner Prinzipien als Aufreizen „zumindest zur Rassendiskriminierung, wenn nicht sogar zur Gewalttätigkeit“ verstanden werden müsse.⁶⁶⁰ Einerseits orientiert sich die Formulierung streng am Wortlaut des Art. 4 lit. a ICERD, andererseits werden Gewalttätigkeiten auch als ein „Mehr“ zur rassistischen Diskriminierung bezeichnet.

Der Anwendungsfokus von Art. 4 ICERD wird aktuell vor allem in der Bekämpfung von rassistischer Hassrede (*racist hate speech*) gesehen.⁶⁶¹ Darunter versteht der Ausschuss Reden, die menschenrechtliche Kernprinzipien der Menschenwürde und Gleichheit ablehnen und zu bezwecken versuchen, Individuen und Gruppen zu degradieren und in ihrem gesellschaftlichen Ansehen zu schädigen.⁶⁶² Der CERD verbindet regelmäßige Aufforderungen an die Konventionsstaaten, Maßnahmen gegen rassistische Hassrede und gegen rassistische Gewalt zu unternehmen.⁶⁶³ Der

659 *Payandeh*, in: HK-ICERD, Art. 4 Rn. 20 vermutet entsprechend, die Aufnahme des Tatbestands der Gewalttätigkeit vermeide Schutzlücken im Hinblick auf rassistische Verhaltensweisen. Allerdings nimmt er zugleich Überschneidungen mit Art. 2 Abs. 1 lit. d ICERD an, der ebenfalls nur von Rassendiskriminierung spricht.

660 CERD, Comm. no. 30/2003 (*Jewish community of Oslo u.a./Norwegen*), para. 10.4, UN Doc. CERD/C/67/D/30/2003 (2005).

661 *Thornberry*, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, S. 267; vgl. CERD, General Recommendation 35, UN Doc. CERD/C/GC/35 (2013).

662 CERD, General Recommendation 35, para. 10, UN Doc. CERD/C/GC/35 (2013).

663 Vgl. z.B. CERD, Concluding observations on the combined nineteenth to twenty-second periodic reports of Germany, para. 18, UN Doc. CERD/C/DEU/CO/19-22 (2015); CERD, General Recommendation 34, paras 27-29, UN Doc. CERD/C/GC/34 (2011); CERD, General Recommendation 30 (2005), para. 11; CERD, Concluding observations on the combined twentieth and twenty-first periodic reports of Algeria, para. 12, UN Doc. CERD/C/DZA/CO/20-21 (2018); Concluding observations on the combined twenty-first to twenty-third period-

Ausschuss hat in seiner Allgemeinen Empfehlung Nr. 15, der einen Höhepunkt in der Betonung strafrechtlicher Mittel gegen rassistische Diskriminierung darstellt,⁶⁶⁴ festgestellt, dass Art. 4 ICERD wegen organisierter Gewalt auf Grundlage von ethnischer Herkunft und wegen politischer Ausbeutung ethnischer Differenzen von „erhöhter Bedeutung“ sei.⁶⁶⁵ Androhungen und Akte rassistischer Gewalt führten schnell zu weiteren ähnlichen Taten und einer Atmosphäre der Feindseligkeit, weshalb die Verpflichtung zu einer wirksamen Reaktion nur durch frühzeitiges Eingreifen zu erfüllen sei.⁶⁶⁶ Insoweit wird nicht nur die präventive Funktion der Norm,⁶⁶⁷ sondern auch der enge Zusammenhang zwischen den Phänomenen Hassrede und Hasskriminalität betont.

Der Diskussionsfokus auf die Hassrede hängt vor allem mit dem Spannungsverhältnis zum Recht auf freie Meinungsäußerung zusammen, das seit der Erarbeitung von Art. 4 ICERD, zu dem weiterhin staatliche Vorbehalte (*reservations*) vorliegen, zu zahlreichen Diskussionen führt.⁶⁶⁸ Beispielsweise sei an das bisher einzige erfolgreiche Individualbeschwerdeverfahren gegen Deutschland erinnert, in dem der Bundesrepublik ein Verstoß dahingehend vorgeworfen wurde, im Fall *Sarrazin* keine wirksamen Ermittlungen gegen Äußerungen vorgenommen zu haben, die im Sinne des Art. 4 lit. a ICERD eine Verbreitung von Ideen darstellten, die sich auf rassistische Überlegenheit oder Rassenhass gründeten und Elemente eines Aufreizens zu rassistischer Diskriminierung enthielten.⁶⁶⁹ Die Ansicht des CERD wurde auch mit Verweis auf die Bedeutung des Rechts auf

ic reports of Uruguay, para. 11, UN Doc. CERD/C/URY/CO/21-23 (2017); Concluding observations on the eighth to eleventh periodic reports of Turkmenistan, para. 9, UN Doc. CERD/C/TKM/CO/8-11 (2017); Concluding observations on the twenty-second and twenty-third periodic reports of Ukraine, paras 11-14, UN Doc. CERD/C/UKR/CO/22-23 (2016).

664 *Thornberry*, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, S. 497 f.

665 CERD, General Recommendation 15 (1993), para. 1.

666 CERD, General Recommendation 15 (1993), para. 2.

667 So *Thornberry*, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, S. 281.

668 Vgl. CERD, General Recommendation 35, paras 20-23, UN Doc. CERD/C/GC/35 (2013); *Thornberry*, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, S. 271–280; *Barskanmaz*, Recht und Rassismus, S. 230–235; *Zimmer*, Hate speech im Völkerrecht, passim; *Liegl/Angst*, in: HK-ICERD, Kap. 1.4 Rn. 16.

669 CERD, Comm. no. 48/2010 (*TBB-Turkish Union in Berlin-Brandenburg/Deutschland*), UN Doc. CERD/C/82/D/48/2010 (2013).

freie Meinungsäußerung vielfach kritisiert.⁶⁷⁰ Bei rassistisch motivierten Gewaltdelikten, die schon ohne Berücksichtigung der Motivation Straftaten darstellen, gibt es dieses Spannungsverhältnis nicht. Die fehlende Klarstellung des Verhältnisses von Diskriminierung und rassistisch motivierter Kriminalität könnte daher vor allem mit einem bislang fehlenden Bedarf zusammenhängen. Gewalt gegen Frauen wird dagegen vor allem deshalb auch ausdrücklich unter den Begriff der Diskriminierung subsumiert, weil ein systematisches Problem unzureichender Strafverfolgung gegen häusliche Gewalt festgestellt wurde, die vor allem Frauen betrifft.⁶⁷¹ Gleichwohl wird eine unzureichende Strafverfolgung und -erfassung auch im Bereich rassistisch motivierter Gewalt bemängelt.⁶⁷²

Bei näherer Betrachtung enthält ein Hassdelikt auch Hassrede. Laut CERD kann sich Hassrede sowohl mündlich, schriftlich als auch nonverbal äußern, etwa durch die öffentliche Zurschaustellung rassistischer Symbole, Bilder oder Verhaltensweisen.⁶⁷³ Vorurteilsgeleitete Gewalt im öffentlichen Raum ist in diesem Sinne eine der intensivsten Formen der nonverbalen Zurschaustellung von Verachtung gegenüber menschenrechtlichen Kernprinzipien der Menschenwürde und Gleichheit, mit der bezweckt wird, Individuen und Gruppen zu degradieren und in ihrem gesellschaftlichen Ansehen zu schädigen.⁶⁷⁴ Staatliche Verpflichtungen gegenüber rassistischer Hassrede gelten entsprechend auch gegenüber rassis-

670 Siehe Abweichendes Sondervotum des Ausschussmitglieds Carlos Manuel Vazquez, UN-Dok. CERD/C/82/3; Tomuschat, EuGRZ 2013, 262; Payandeh, JZ 2013, 980; Payandeh, in: HK-ICERD, Art. 4 Rn. 55; Walter, ZaöRV 2015, 753 (765–767); am zurückhaltendsten noch, sich eine "gründlichere Argumentation" wünschend, Beverungen, ZAR 2013, 429 (431); Barskanmaz, Recht und Rassismus, S. 237–247 wertet Sarrazins Äußerungen als rassistische Hassrede, jedoch nicht als Aufstachelung zu rassistischer Diskriminierung.

671 Siehe nur CEDAW-Ausschuss, Comm. no. 103/2016 (J.I./Finnland), UN Doc. CEDAW/C/69/D/103/2016 (2018); CEDAW-Ausschuss, Comm. no. 88/2015 (X./Timor-Leste), UN Doc. CEDAW/C/69/D/88/2015 (2018); CEDAW-Ausschuss, Comm. no. 91/2015 (O.G./Russland), UN Doc. CEDAW/C/68/D/91/2015, UN Doc. CEDAW/C/68/D/91/2015 (2017); EGMR, Urt. v. 09.07.2019 – 41261/17 (Volodina/Russland); EGMR, Urt. v. 09.06.2009 – 33401/02 (Opuz/Türkei), Reports 2009-III; EGMR, Urt. v. 28.05.2013 – 3564/11 (Eremia/Republik Moldova), Rn. 84–90.

672 Siehe allein die deutsche Debatte um die Anerkennung Todesopfer rechter Gewalt: Lang, Vorurteilskriminalität, S. 123–137.

673 CERD, General Recommendation 35, para. 7, UN Doc. CERD/C/GC/35 (2013).

674 Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, Second European Union minorities and discrimination survey, S. 58 bezeichnet Hasskriminalität als "the most severe expression of discrimination and a core fundamental rights abuse"; vgl. auch

tischer Hassgewalt. Dies spricht dafür, die parallele Aufzählung von rassistischer Diskriminierung und Gewalttätigkeit in Art. 4 lit. a ICERD nicht als sich begrifflich ausschließend zu verstehen, sondern als Betonung einer besonders verwerflichen Form der rassistischen Diskriminierung.⁶⁷⁵

Schließlich führt die Betrachtung der Hasskriminalität als „Botschaftsverbrechen“ dazu, dass man einschlägig motivierte Kriminalität nicht nur als Angriff auf ein Individuum bezeichnet, sondern auf eine Gruppe, die ähnliche Merkmale mit dem Opfer teilt. Wenn der CERD anmerkt, dass Androhungen und Akte rassistischer Gewalt schnell zu weiteren ähnlichen Taten und einer Atmosphäre der Feindseligkeit führen,⁶⁷⁶ dann veranschaulicht er damit die der Tat inhärente Aufforderung, es dem/der Täter*in gleichzutun und die Opfer „auf ihren Platz zu weisen“. Rassistisch motivierte Gewalt ist damit eine denkbare Methode des Aufreizens zur rassistischen Diskriminierung. Diese Auslegung ist zum einen vereinbar mit der bereits oben erwähnten Feststellung des CERD, bestimmte Aussagen stellten ein Aufreizen „zumindest zur Rassendiskriminierung, wenn nicht sogar zur Gewalttätigkeit“⁶⁷⁷ dar. Ebenfalls verständlich wird dadurch, dass der CERD im Fall eines rassistisch motivierten Angriffs auf ein Haus und das dort lebende Ehepaar Art. 2 Abs. 1 lit. d und Art. 6 ICERD zur Anwendung brachte, obwohl die jeweiligen Artikel nicht von Gewalttätigkeiten, gleichwohl von rassistischer Diskriminierung sprechen.⁶⁷⁸ Rassistische Diskriminierung ist in rassistischer Gewalt demnach inbegriffen. Vorurteilsbezogene Gewalt ist ein Ausschnitt gruppenbezogener Benachteiligung und kann daher unter den Begriff der Diskriminierung subsumiert werden. Die oben genannten Verpflichtungen gegenüber von Diskriminierung gelten mithin auch gegenüber rassistisch motivierter Gewalt.

Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, Hasskriminalität in der Europäischen Union sichtbar machen, S. 15.

675 Zum Begriffsverhältnis von Diskriminierung und Gewalt so wohl auch *Thornberry*, *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, S. 323: „Violence (...) is a regrettable commonplace that colours the understanding of 'discrimination' taken as a global phenomenon.“.

676 CERD, General Recommendation 15 (1993), para. 2.

677 CERD, Comm. no. 30/2003 (*Jewish community of Oslo u.a./Norwegen*), para. 10.4, UN Doc. CERD/C/67/D/30/2003 (2005).

678 Vgl. CERD, Comm. no. 46/2009 (*Dawas und Shava/Dänemark*), paras 7.2, 7.5, UN Doc. CERD/C/80/D/46/2009 (2012); zuletzt bestätigt im Hinblick auf Art. 6 durch CERD, Comm. no. 57/2015 (*Belemvire/Moldova*), para. 7.3, UN Doc. CERD/C/94/D/57/2015 (2018).

cc) Verpflichtungen gegenüber rassistischen Straftaten

Über die allgemeinen Verpflichtungen gegen Diskriminierung hinaus sind weitere staatliche Verpflichtungen feststellbar, die sich explizit auf rassistisch motivierte Gewaltstraftaten beziehen.

Die Strafbarkeit von Hassrede und Hasskriminalität i.S.v. Art. 4 lit. a ICERD muss von den zuständigen nationalen Gerichten und Institutionen wirksam umgesetzt werden, was typischerweise Ermittlungen und nach Möglichkeit die Strafverfolgung gegen den/die Täter*in erfordert.⁶⁷⁹ Die rassistische Motivation ist dabei als erschwerender Umstand zu berücksichtigen.⁶⁸⁰ Wird ein solcherart diskriminierendes Tatmotiv nicht berücksichtigt, ist die Strafverfolgung unvollständig und verletzt das Recht des Opfers auf wirksamen Schutz und einen wirksamen Rechtsbehelf nach Art. 6 ICERD.⁶⁸¹ In Abschließenden Bemerkungen zu Staatenberichten fordert der CERD eine Konzentration der Bemühungen, auf rassistische Angriffe von ultranationalistischen und neonazistischen Gruppen zu reagieren, sowie die Durchführung von Ermittlungen gegen die Täter*innen und gegebenenfalls Bestrafungen.⁶⁸²

Drohungen mit rassistischer Gewalt, insbesondere in der Öffentlichkeit und durch eine Gruppe, verpflichten die Vertragsstaaten zu Ermittlungen mit gebührender Sorgfalt und Eile („*with due diligence and expedition*“).⁶⁸³ Im Fall *L.K./Niederlande* ging es um einen teilweise behinderten Marokkaner, dem ein Haus zur Miete angeboten worden war. Während der

679 CERD, General Recommendation 35, para. 17, UN Doc. CERD/C/GC/35 (2013); CERD, Comm. no. 34/2004 (*Gelle/Dänemark*), para. 7.3, UN Doc. CERD/C/68/D/34/2004 (2006)

680 CERD, General Recommendation 34, para. 36, UN Doc. CERD/C/GC/34 (2011); CERD, General Recommendation 31 (2005), para. 4; CERD, Concluding observations on the combined eleventh and twelfth periodic reports of Slovakia, para. 12, UN Doc. CERD/C/SVK/CO/11-12 (2017)

681 CERD, Comm. no. 57/2015 (*Belemvire/Moldova*), para. 7.3, UN Doc. CERD/C/94/D/57/2015 (2018); CERD, Comm. no. 46/2009 (*Dawas und Shava/Dänemark*), para. 7.5, UN Doc. CERD/C/80/D/46/2009 (2012).

682 CERD, Concluding observations on the twenty-third and twenty-fourth periodic reports of the Russian Federation, para. 16, UN Doc. CERD/C/RUS/CO/23-24 (2017); neben der Strafverfolgung sind „alle erforderlichen Maßnahmen“ zu treffen, das Auftreten rassistisch motivierter verbaler und physischer Angriffe zu verhindern: CERD, Concluding observations on the seventeenth to twenty-second periodic reports of Cyprus, para. 12, UN Doc. CERD/C/CYP/CO/17-22 (2013).

683 CERD, Comm. no. 4/1991 (*L.K./Niederlande*), para. 6.6, UN Doc. CERD/C/42/D/4/1991 (1993).

Besichtigung standen etwa 20 Menschen auf der Straße, von denen einige „Keine Ausländer mehr!“ riefen; andere drohten, das Haus anzuzünden und das Auto des Betroffenen zu beschädigen, sollte er dort einziehen. Nachdem Anwohner*innen eine Petition mit dem Inhalt verfasst hatten, dass der Marokkaner nicht akzeptiert werden könne, erstattete dieser Anzeige wegen Diskriminierung auf Grundlage des Art. 137 lit. c, d Niederländisches StGB. Das Verfahren wurde mit der Begründung eingestellt, dass die Petition nicht absichtlich beleidigend sei. Dagegen erkannte der CERD in dem Vorfall eine Aufreizung zur rassistischen Diskriminierung sowie zu Gewalttätigkeiten gegen Personen aufgrund ihrer Hautfarbe oder ethnischen Herkunft.⁶⁸⁴ Der Ausschuss sah in den ungenügenden polizeilichen und staatsanwaltlichen Ermittlungen eine Verletzung gemäß Art. 4 lit. a ICERD und im Versagen des wirksamen Schutzes für den Betroffenen eine Verletzung von Art. 6 ICERD.⁶⁸⁵ Mit ähnlicher Begründung zu einem Sachverhalt, in dem 15 bis 20 Personen das Haus eines Ehepaares angriffen, das rassistischer Bemerkungen ausgesetzt war, bevor und während Tür und Fenster beschädigt wurden und eine eindringende Person auf die beiden Personen einschlug, wurde wegen unzureichender Ermittlungen hinsichtlich der Tatmotive eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 lit. d ICERD und Art. 6 ICERD angenommen.⁶⁸⁶

Zusammenfassend empfiehlt der CERD gegen rassistisch motivierte Gewalthandlungen Prävention, angemessene Wiedergutmachungen für die Opfer und ein „unverzügliches Handeln der Polizei, der Staatsanwaltschaft und der Gerichtsbarkeit (...), um solche Gewalt zu untersuchen und zu bestrafen; und sicherzustellen, dass Täter (...) in jedem Fall bestraft werden“.⁶⁸⁷ Der Aspekt der Prävention, der sich aus der Verpflichtung auf wirksamen Schutz aus Art. 6 ICERD ableiten lässt, gebietet Opferschutz sowie Abschreckung durch effektive strafrechtliche Ermittlungen.⁶⁸⁸ Betroffenen rassistischer und xenophober Straftaten soll daher nach Ansicht des CERD eine verfahrensrechtliche Stellung etwa als Partei des Verfahrens

684 CERD, Comm. no. 4/1991 (*L.K./Niederlande*), para. 6.3, UN Doc. CERD/C/42/D/4/1991 (1993).

685 CERD, Comm. no. 4/1991 (*L.K./Niederlande*), paras 6.3-6.7, UN Doc. CERD/C/42/D/4/1991 (1993).

686 CERD, Comm. no. 46/2009 (*Dawas und Shava/Dänemark*), paras 7.2 ff., UN Doc. CERD/C/80/D/46/2009 (2012).

687 CERD, General Recommendation 27 (2000), para. 12; vgl. CERD, General Recommendation 34, para. 28, UN Doc. CERD/C/GC/34 (2011); CERD, General Recommendation 29 (2002), para. 23.

688 *Schindlauer/Golob*, in: HK-ICERD, Art. 6 Rn. 19–21.

angeboten und sichergestellt werden, dass sie über die Entwicklungen der Ermittlungen informiert sind.⁶⁸⁹

Der CERD hat im Jahr 2015 seine Sorge ausgedrückt über den Anstieg gewalttätiger Angriffe gegen Asylsuchende und Geduldete in Deutschland.⁶⁹⁰ Die gesetzliche Einschränkung ihrer Bewegungsfreiheit und oft geltende Verpflichtung zur Wohnsitznahme in einer Gemeinschaftsunterkunft erhöhe ihr Risiko, Opfer von Menschenrechtsverletzungen zu werden.⁶⁹¹ Der Ausschuss äußerte sich zudem besorgt über die Unvereinbarkeit von eingeschränktem Zugang zu Sozialleistungen und anderen Diensten mit der Konvention.⁶⁹² Auf Grundlage von Art. 2, 5 und 6 ICERD fordert der CERD die Bundesregierung unter anderem dazu auf, spezifische Maßnahmen zum Schutz von Asylsuchenden vor rassistischer Gewalt und zur Sicherstellung von Untersuchungen rassistisch motivierter Delikte zu ergreifen.⁶⁹³ Der Staat solle Toleranz und Verständnis gegenüber Asylsuchenden fördern.⁶⁹⁴ In ähnlicher Weise, allerdings unter Berufung auf Art. 2, 4, und 6 ICERD äußerte sich der CERD in seinen Abschließenden Bemerkungen zum Staatenbericht von Finnland alarmiert über gewalttätige Attacken und Brandanschläge gegen Asylsuchende in den Jahren 2015 und 2016.⁶⁹⁵ Er erinnerte erneut daran, dass Fälle rassistischer Hassrede und rassistischer Gewalttaten wirksam untersucht, strafrechtlich verfolgt und Verantwortliche angemessen bestraft werden sollen.⁶⁹⁶

Hinzuweisen ist noch auf Art. 5 lit. b ICERD, der den diskriminierungsfreien Zugang zum Recht auf Sicherheit der Person sowie auf staatlichen Schutz gegen Gewalttätigkeit oder Körperverletzung gewährleistet. Nach den Leitlinien des CERD für die Staatenberichtsverfahren haben die Staaten Maßnahmen zu ergreifen, rassistische Gewalt präventiv zu verhindern und auf solche Gewalt unverzügliches Handeln der Ermittlungs- und Strafverfolgungsorgane zu gewährleisten, sodass Täter*innen keine Straflosig-

689 CERD, General Recommendation 16 (2005), para. 17

690 CERD, Concluding observations on the combined nineteenth to twenty-second periodic reports of Germany (2015), CERD/C/DEU/CO/19-22, para. 18.

691 Ebd.

692 Ebd.

693 Ebd.

694 Ebd.

695 CERD, Concluding observations on the twenty-third periodic report of Finland, para. 10, UN Doc. CERD/C/FIN/CO/23 (2017).

696 Ebd.

keit genießen.⁶⁹⁷ Kommunikation und Dialog zwischen Polizeibehörden und (potentiellen) Opfergruppen rassistischer Diskriminierung sollen unterstützt werden.⁶⁹⁸ In Bezug auf häusliche Gewalt gegen Migrantinnen und Minderheitsangehörige kritisiert der CERD etwa aufenthaltsrechtliche Regelungen, die dazu führen könnten, dass Frauen in ausbeuterischen Beziehungen leben bleiben, bevor die Frau eine eigenständige Aufenthaltserlaubnis erhält.⁶⁹⁹ In einem solchen Fall können also auch ohne das Vorliegen rassistischer Vorurteile aus der ICERD aufenthaltsrechtliche Vorgaben abgeleitet werden, damit nicht spezifische Ausländergruppen davon abgehalten werden, fundamentale Menschenrechte einzufordern.

dd) Zwischenfazit

Das Ziel der *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* ist die Beseitigung jeder Form der rassistischen Diskriminierung und deshalb nach aufgezeigtem Verständnis insbesondere auch die Bekämpfung rassistischer Gewaltdelikte. Diese erfordern eine besondere Aufmerksamkeit der Konventionsstaaten, die sich nicht auf die Anwendung einzelner Artikel des Übereinkommens beschränkt. Vielmehr muss die gesamte Konvention dahingehend verstanden werden, dass sie sich insbesondere auch gegen rassistische Gewalt wendet, unabhängig, ob sie von dem Staat zurechenbaren Akteur*innen oder von Privatpersonen begangen wird. Die Konventionsstaaten müssen auf entsprechende Straftaten mit der erforderlichen Sorgfalt (*Due Diligence*) reagieren, die nicht den Eindruck einer Ermutigung oder Tolerierung vermittelt, vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. b ICERD.

Von wesentlicher Bedeutung sind strafrechtliche Ermittlungen und Bestrafungen gegen die Verantwortlichen rassistischer Gewalt. Das Opfer hat

697 CERD, Guidelines for the CERD-specific Document to be submitted by States Parties under Article 9 Paragraph 1, of the convention, S. 9, UN Doc. CERD/C/2007/1 (2008).

698 Ebd.

699 Zum Beispiel durch eine Mindestaufenthaltsdauer im Land, siehe CERD, Concluding observations on the combined eighteenth and nineteenth periodic reports of Denmark, para. 13, UN Doc. CERD/C/DNK/CO/18-19 (2010); CERD, Concluding observations on the combined seventh to ninth periodic reports of Japan, para. 17, UN Doc. CERD/C/JPN/CO/7-9 (2014); CERD, Concluding observations on the fourth to sixth periodic reports of Liechtenstein, para. 13, UN Doc. CERD/C/LIE/CO/4 (2012).

also einen Anspruch auf strafrechtliche Verfolgung von Täter*innen.⁷⁰⁰ Den Betroffenen rassistischer Gewalt ist hierfür nach Art. 6 ICERD ein wirksamer und tatsächlich nutzbarer Rechtsbehelf zur Verfügung zu stellen. Zudem hat das Opfer – nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – Anspruch auf Entschädigung und Genugtuung, beispielsweise finanzieller Art. Ferner kann es geboten sein, weitere Maßnahmen zum Schutz von potentiellen Opfergruppen vor rassistischer Gewalt vorzunehmen, vgl. Art. 1 Abs. 4, Art. 2 Abs. 2 ICERD. Dazu gehört einerseits die Streichung von Gesetzen, die Menschen einem besonderen Risiko aussetzen, etwa eine gesetzliche Einschränkung der Bewegungsfreiheit oder eine Verpflichtung zur Wohnsitznahme in einer Gemeinschaftsunterkunft. Andererseits können Sondermaßnahmen geboten sein, um faktische Gleichheit zu erreichen, sprich anzustreben, dass Menschen nicht aufgrund einer rassistischen Zuschreibung einem höheren Risiko ausgesetzt sind, Opfer von Straftaten zu werden.

Der CERD trifft keine unmittelbaren Aussagen zum Zusammenhang von rassistischer Gewalt und dem Aufenthaltsrecht der Betroffenen. Einzige Ausnahme ist der Fall entsprechender, vor allem häuslicher Gewalt gegen Frauen. Das Aufenthaltsrecht darf nicht derart restriktiv sein, dass es betroffene Frauen davon abhält, sich ausbeuterischen Verhältnissen zu entziehen. Die Formulierung ist deutlich zurückhaltender als Aussagen des CEDAW-Ausschusses über den Einfluss des Abkommens auf das Aufenthaltsrecht.

Das Vorhandensein und der Vollzug einer Ausreisepflicht ist nicht per se diskriminierend, auch nicht, wenn der/die Betroffene Opfer rassistischer Gewalt geworden ist. Wenn der Vollzug der Ausreisepflicht allerdings die strafrechtlichen Ermittlungen oder die Wirksamkeit des Rechtsbehelfs des Opfers gegen den/die Täter*in negativ beeinflusst, ist eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen erforderlich. Die *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* betont das Ziel der Beendigung jeder Form der rassistischen Diskriminierung und das Streben nach faktischer Gleichberechtigung. Wenn Menschen Opfer rassistischer Straftaten werden, löst der diskriminierende Charakter der Tat eine spezifische staatliche Verpflichtung zum Schutze der potentiell und tatsächlich betroffenen Personen aus. Zu der Abwägung zwischen dem Ordnungsin-

700 Diesen erkannte, als Aspekt des Opferschutzes bei schweren Menschenrechtsverletzungen, im Ansatz bereits *Nowak*, in: Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), *Strafrechtspflege und Menschenrechte - Gedanken zu einer lebendigen Schnittstellenproblematik*, S. 1 (37–50).

teresse des Staates, eine Ausreisepflicht durchzusetzen, und dem öffentlichen wie subjektiven Interesse an der Strafverfolgung kommt also auch die staatliche Verpflichtung und das Interesse des Opfers hinzu, auf eine rassistische Diskriminierung zu reagieren. Eine Abwägungsentscheidung, die negativen Einfluss auf die Untersuchung des Vorfalls rassistischer Diskriminierung und auf die Wirksamkeit des Rechtsbehelfs des Betroffenen hat, wird regelmäßig nicht mit der *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* in Einklang zu bringen sein. Dies gilt jedenfalls, soweit keine anderen Umstände zu Lasten des/der Ausreisepflichtigen vorliegen als das bloße Fehlen einer Aufenthaltserlaubnis.

Die Erteilung eines allgemeinen Aufenthaltsrechts an Opfer rassistischer Diskriminierung würde über die Vorgaben des Überkommens hinausgehen. Es ließe sich jedoch argumentieren, dass auch eine Abwägungsentscheidung, die zu einer Abschiebung des betroffenen Opfers rassistischer Gewalt nach Abschluss des Strafverfahrens führt, Täter*innen ermutigt und in der Auffassung bestärkt, ein „verdientes“ Opfer ausgewählt zu haben. Die Erteilung eines Aufenthaltsrechts an das Opfer stünde einer solchen Bestärkung diametral entgegen. Gerade indem sich ein Staat mit Betroffenen rassistischer Diskriminierung solidarisch zeigt, ihnen Unterstützung, Wiedergutmachung und Genugtuung anbietet, gegebenenfalls auch über die Erteilung eines Aufenthaltsrechts, kann er eine deutliche Ablehnung rassistischer Gewalt zum Ausdruck bringen und somit möglicherweise auch in besonderer Weise präventiv wirken. Im besten Fall ermutigt eine solche Regelung Betroffene, Straftaten anzuzeigen und Rechtsbehelfe zu nutzen, auf die angesichts der eigenen Lebensumstände ansonsten verzichtet worden wäre.

Aus der *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* lässt sich schlussfolgern, dass zumindest Staaten, in denen das Phänomen der rassistisch motivierten Gewalt vermehrt auftritt, geeignete Maßnahmen zu treffen haben, um der dadurch bewirkten rassistischen Diskriminierung entgegenzuwirken. Soweit man die Erteilung eines Aufenthaltsrechts für Betroffene von rassistisch motivierten Straftaten nun als geeignetes Mittel zur Beendigung von rassistischer Diskriminierung ansähe, könnten Staaten auch diese Maßnahme in Betracht zu ziehen haben. Hierfür spricht zumindest, dass es neben dem Fokus auf das Strafrecht

aufgrund des anhaltenden Bedarfs gilt, weitere Maßnahmen und Mittel auf- und auszubauen, Hass und Gewalt entgegenzuwirken.⁷⁰¹

d) Europäische Menschenrechtskonvention

aa) Akzessorisches Diskriminierungsverbot

Die Europäische Menschenrechtskonvention enthält in Art. 14 ein akzessorisches Diskriminierungsverbot, nach dem die Konventionsrechte ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der „Rasse“, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten sind. Art. 14 EMRK ist – trotz der bis auf das ergänzte Merkmal der „Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit“ identischen Aufzählung – aufgrund der Akzessorietät und dem fehlenden Gebot des gleichen Schutzes durch das Gesetz weniger mit Art. 26 IPbPR als mit Art. 2 Abs. 1 IPbPR vergleichbar.⁷⁰² Wegen der Akzessorietät ist eine Diskriminierung nur hinsichtlich solcher Rechte verboten, die von dem Konventionsstaat in der Konvention oder in Zusatzprotokollen anerkannt worden sind.⁷⁰³ Es wird allerdings keine Verletzung einer anderen materiellen Konventionsgarantie vorausgesetzt, sondern Art. 14 EMRK ist bereits dann anwendbar, wenn der Regelungsbereich eines Konventionsrechts eröffnet ist.⁷⁰⁴ Darüber hinaus enthält Art. 12 ZP 12 EMRK ein allgemeines, autonomes Diskriminierungsverbot. Das 12. Protokoll zur EMRK vom 4. November 2000 ist am 1. April 2005 in Kraft getreten.⁷⁰⁵

701 Vgl. auch *Thornberry*, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, S. 497 f.; CERD, General Recommendation 35, para. 46, UN Doc. CERD/C/GC/35 (2013).

702 *Nowak*, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, Art. 26 CCPR Rn. 7.

703 *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 21 Rn. 31; *Meyer-Ladewig/Lehner*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer, Art. 14 Rn. 7.

704 *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 21 Rn. 33; zum historischen Hintergrund und dem "lockere[n] Verständnis der Akzessorietät" in der aktuellen Rechtsprechung des EGMR siehe *Berka*, ZaöRV 2019, 651 (656–658).

705 Zur Entstehungsgeschichte *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 21 Rn. 6 f.

Es wurde allerdings von vielen Staaten, darunter auch Deutschland, nicht ratifiziert.⁷⁰⁶

Ähnlich wie der UN-Menschenrechtsausschuss definiert der EGMR Diskriminierung als eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Personen in wesentlich gleichen Situationen.⁷⁰⁷ Der EGMR behandelt die Diskriminierung als „Kehrseite der Gleichbehandlung.“⁷⁰⁸ Art. 14 EMRK schützt ebenfalls vor Gleichbehandlungen, die die wesentlichen Unterschiede der Vergleichsgruppen nicht berücksichtigen.⁷⁰⁹ Die Elemente des Diskriminierungsschutzes nach den UN-Menschenrechtskonventionen konstituieren auch den Tatbestand der Diskriminierung im Sinne von Art. 14 EMRK.⁷¹⁰ Staatliches Unterlassen oder Nicht-Eingreifen gegenüber faktisch Diskriminierten kann eine Konventionsverletzung darstellen.⁷¹¹ Die Gewährleistungspflichten werden unter anderem mit Art. 1 sowie Art. 14 EMRK begründet, wonach die Vertragsstaaten allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die Rechte und Freiheiten der Konvention ohne Diskriminierung *zusichern* (*secure*).⁷¹²

706 Übersicht über Unterzeichnungen und Ratifizierungen des 12. Protokolls zur EMRK: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures?p_auth=kafefVDQ> (Stand: 10.06.2021).

707 St. Rspr. seit EGMR, Urt. v. 18.02.1991 – 12033/86 (*Fredin/Schweden* [Nr. 1]), Serie A192, Rn. 60.

708 *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Maruhn, Kap. 21 Rn. 53, unter Verweis auf EGMR (Plenum), Urt. v. 23.8.1968 – 1474/62 (*Belgischer Sprachenfall*), Series A5, Rn. 10, sowie EGMR, Urt. v. 28.5.1985 – 9214/80 (*Abdulaziz u.a./Vereinigtes Königreich*), Series A94, Rn. 78; zum Verhältnis zwischen allgemeinem Gleichheitssatz und besonderen Diskriminierungsverboten im Europarecht siehe *Kneib*, ZaöRV 2019, 729 (766–768).

709 EGMR (GK), Urt. v. 02.11.2010 – 3976/05 (*Şerife Yiğit/Türkei*), Rn. 69; EGMR (GK), Urt. v. 6.4.2000 – 34369/97 (*Thlimmenos/Griechenland*), Reports 2000-IV; Rn. 44; EGMR, Urt. v. 12.4.2006 – 65731/01 und 65900/01 (*Stec u.a./Vereinigtes Königreich*), Reports 2006-VI, Rn. 51; angelegt auch schon in EGMR (Plenum), Urt. v. 23.8.1968 – 1474/62 (*Belgischer Sprachenfall*), Serie A5, Rn. 10: „*certain legal inequalities tend only to correct factual inequalities*“.

710 *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Maruhn, Kap. 21 Rn. 54.

711 Vgl. EGMR, Urt. v. 12.4.2006 – 65731/01 und 65900/01 (*Stec u.a./Vereinigtes Königreich*), Reports 2006-VI, Rn. 51; EGMR (GK), Urt. v. 13.11.2007 – 57325/00 (*D.H. u.a./Tschechien*), Reports 2007-IV, Rn. 175; *Mačkić*, Proving Discriminatory Violence at the European Court of Human Rights, S. 39–46.

712 Grundlegend EGMR (Plenum), Urt. v. 18.01.1978 – 5310/71 (*Irland/Vereinigtes Königreich*), Series A25, Rn. 239; zur Entwicklung der Gewährleistungspflichten in der Rechtsprechung des EGMR mit Fokus auf die staatliche Verpflichtung zur Implementierung von Strafrecht: *Dearing*, Justice for Victims of Crime, S. 33–40; die sogenannte mittelbare Drittwirkung der Grundrechte hatte der Eu-

bb) Berücksichtigung besonderer Vulnerabilität

Viele Ziele sind als legitim und als Rechtfertigung von (Un-)Gleichbehandlungen denkbar.⁷¹³ Das als legitim festgestellte Ziel wiederum ist ein Element der Prüfung der Zweck-Mittel-Relation und hat somit Einfluss auf das Ergebnis der Rechtfertigungsprüfung.⁷¹⁴ Der EGMR überlässt den Konventionsstaaten einen Beurteilungsspielraum bei der Prüfung von Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit von Maßnahmen.⁷¹⁵ Dieser schützt die staatliche Souveränität vor Einmischung durch einen internationalen Spruchkörper.⁷¹⁶ Die Rechtfertigungsanforderungen sind allerdings höher bei verdächtigen Differenzierungsmerkmalen (*suspect categories*) wie etwa Geschlecht, Staatsangehörigkeit, Religionszugehörigkeit, sexueller Orientierung, „Rasse“ und ethnischer Herkunft.⁷¹⁷ Die Bedürfnisse verletzlicher Gruppen, zum Beispiel der Minderheit der Roma, sollen besonders be-

ropäische Gerichtshof für Menschenrechte z.B. im Fall *Caroline von Hannovers* anerkannt und die positive Handlungspflicht des Staates aus Art. 8 EMRK abgeleitet, das Recht der Beschwerdeführerin am eigenen Bild gegen Verletzungen durch Dritte zu schützen: EGMR, Urt. v. 24.6.2004 – 59320/00 (*Caroline von Hannover/Deutschland*), Rn. 57 = NJW 2004, 2647; hierzu *Chen*, Die speziellen Diskriminierungsverbote der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, S. 41 f.

713 *Chen*, Die speziellen Diskriminierungsverbote der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, S. 106 m.w.N.; eine Auflistung als legitim und als nicht legitim anerkannter Ziele findet sich bei *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 21 220–223.

714 EGMR (Plenum), Urt. v. 23.8.1968 – 1474/62 (*Belgischer Sprachenfall*), Series A5, Rn. 10; *Chen*, Die speziellen Diskriminierungsverbote der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, S. 106; *Schilling*, Internationaler Menschenrechtsschutz, Rn. 748.

715 EGMR, Urt. v. 03.05.2007 – 71156/01 (*Zeugen Jehovas u.a./Georgien*), Rn. 139; EGMR, Urt. v. 25.10.2005 – 59140/00 (*Okpisz/Deutschland*), Rn. 33; *Chen*, Die speziellen Diskriminierungsverbote der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, S. 110 f. m.w.N.

716 *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 21 Rn. 231.

717 *Chen*, Die speziellen Diskriminierungsverbote der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, S. 112–141 m.w.N.; *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 21 Rn. 225–227; siehe zum Beispiel zur Ungleichbehandlung wegen der Ethnie: EGMR (GK), Urt. v. 13.11.2007 – 57325/00 (*D.H. u.a./Tschechien*), Reports 2007-IV, Rn. 176; EGMR (GK), Urt. v. 16.03.2010 – 15766/03 (*Oršuš/Kroatien*), Reports 2010-II, Rn. 149; EGMR, Urt. v. 13.12.2005 – 55762/00, 55974/00 (*Timishev/Russland*), Reports 2005-XII, Rn. 58; zur Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Orientierung zum Beispiel: EGMR, Urt. v. 16.7.2019 – 12200/08 (*Zhdanow u.a./Russland*), Rn. 179.

rücksichtigt werden.⁷¹⁸ Der Gerichtshof hat auch Asylsuchende als besonders benachteiligte und verletzte Bevölkerungsgruppe anerkannt, die besonderen Schutz bedarf.⁷¹⁹ Dagegen ist bei Unterscheidungen anhand des rechtlichen Aufenthaltsstatus, der einen „sonstigen Status“ im Sinne des Art. 14 EMRK darstellt und solange er auf zumutbare Weise vom Betroffenen beeinflussbar ist, der Beurteilungsspielraum relativ weit.⁷²⁰

Aufenthaltsrechtlich sind In- und Ausländer*innen keine geeigneten Vergleichsgruppen.⁷²¹ Art. 3 Abs. 1 ZP 4 EMRK verbietet die Ausweisung eigener Staatsangehöriger, während fremde Staatsangehörige gemäß Art. 1 Abs. 1 ZP 1 EMRK nur vor willkürlicher Ausweisung geschützt werden. Der EGMR hatte im Fall *Abdulaziz u.a./Vereinigtes Königreich*⁷²² darüber zu entscheiden, ob Einwanderungsregeln ein rassistischer Charakter beigegeben werden kann, weil bei den potentiellen Immigrant*innen einige ethnische Gruppen andere zahlenmäßig übertreffen. Er verneinte dies – ohne die „naheliegende Frage“⁷²³ nach einer mittelbaren Diskriminierung zu vertiefen –, da die in Rede stehenden Regelungen unabhängig von „Rasse“ oder Herkunft auf alle Einwanderungswilligen aus allen Teilen der Welt anwendbar waren.⁷²⁴

Der EGMR hatte zudem in zwei ähnlich gelagerten Fällen über die Bedeutung des Diskriminierungsschutzes zu entscheiden, in denen innerhalb der Gruppe der Ausländer*innen eine Ungleichbehandlung vorlag.⁷²⁵ Einschränkungen der Aufenthaltsrechte oder Ausweisungen von Personen nur aufgrund einer HIV-Infektion, bei vorhandenen persönlichen Bindun-

718 EGMR (GK), Urt. v. 13.11.2007 – 57325/00 (*D.H. u.a./Tschechien*), Reports 2007-IV, Rn. 181; EGMR (GK), Urt. v. 18.1.2001 – 27238/95 (*Chapman/Vereinigtes Königreich*), Reports 2001-I, Rn. 96; zum Konzept der Verletzlichkeit/Vulnerabilität von Gruppen nach der Rechtsprechung des EGMR siehe Barskanmaz, Recht und Rassismus, S. 333–338.

719 EGMR (GK), Urt. 21.01.2011 – 30696/09 (*M.S.S./Belgien und Griechenland*), Reports 2011-I, Rn. 251: „particularly underprivileged and vulnerable population group in need of special protection“.

720 EGMR, Urt. v. 27.09.2011 – 56328/07 (*Bah/Vereinigtes Königreich*), Reports 2011-VI, Rn. 45–47.

721 Vgl. EGMR, Urt. v. 18.02.1991 – 12313/86 (*Moustaquim/Belgien*), Series A193, Rn. 49.

722 EGMR, Urt. v. 28.5.1985 – 9214/80 (*Abdulaziz u.a./Vereinigtes Königreich*), Series A94.

723 *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 21 Rn. 156.

724 EGMR, Urt. v. 28.5.1985 – 9214/80 (*Abdulaziz u.a./Vereinigtes Königreich*), Series A94, Rn. 84–86.

725 EGMR, Urt. v. 10.3.2011 – 2700/10 (*Kiyutin/Russland*), Reports 2011-II; EGMR, Urt. v. 15.3.2016 – 31039/11 (*Novruk u.a./Russland*).

gen, stellen demnach eine Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK aufgrund des Gesundheitszustands und damit eines „sonstigen Status“ dar.⁷²⁶ Die Ungleichbehandlung verfolge zwar das legitime Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, stehe aber unter anderem aufgrund der geringen Ansteckungsgefahr für Dritte in keinem angemessenen Verhältnis zur Rechtseinschränkung der Betroffenen.⁷²⁷ Der EGMR verwies zudem auf die Historie der Vorurteile und die weitverbreitete Stigmatisierung, Ausgrenzung und Diskriminierung gegen HIV-Positive, um die Vulnerabilität dieser Gruppe zu definieren.⁷²⁸ Die Ungleichbehandlung einer solch vulnerablen Gruppe unterliegt einer besonders strengen Rechtfertigungsprüfung.⁷²⁹ In ähnlicher Weise betonte der EGMR die in der Vergangenheit vorhandene Diskriminierung von geistig Behinderten, um einen eingeschränkten Ermessensspielraum bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Wahlrechts-Entzugs zu begründen.⁷³⁰ Historisch feststellbare Stigmatisierungen erhöhen im Ergebnis die Rechtfertigungsanforderung an eine Ungleichbehandlung.

cc) Verpflichtungen gegenüber Hasskriminalität

Im Fall *Opuz/Türkei* wurden überzeugende Anhaltspunkte prima facie vorgelegt, wonach häusliche Gewalt überwiegend Frauen betrifft.⁷³¹ Passivität auf Seiten von Exekutive und Judikative gegenüber häuslicher Gewalt wurde daher als zu Lasten von Frauen diskriminierend anerkannt und eine Verletzung der positiven Verpflichtungen des Staates nach Art. 14 EMRK festgestellt.⁷³² Ebenso wurden in einer jüngeren Entscheidung unzureichende Maßnahmen des Gesetzgebers gegen häusliche Gewalt gegen Frauen als Verstoß von Art. 14 EMRK bewertet.⁷³³ Die positiven Verpflichtungen

726 EGMR, Ur. v. 10.3.2011 – 2700/10 (*Kiyutin/Russland*), Reports 2011-II, Rn. 53-74; EGMR, Ur. v. 15.3.2016 – 31039/11 (*Novruk u.a./Russland*), Rn. 81-112.

727 Ebd.

728 EGMR, Ur. v. 10.3.2011 – 2700/10 (*Kiyutin/Russland*), Reports 2011-II, Rn. 64; EGMR, Ur. v. 15.3.2016 – 31039/11 (*Novruk u.a./Russland*), Rn. 100.

729 Ebd.

730 EGMR, Ur. v. 20.05.2010 – 38832/06 (*Alajos Kiss/Ungarn*), Rn. 42.

731 EGMR, Ur. v. 09.06.2009 – 33401/02 (*Opuz/Türkei*), Reports 2009-III, Rn. 198.

732 EGMR, Ur. v. 09.06.2009 – 33401/02 (*Opuz/Türkei*), Reports 2009-III, Rn. 199–202.

733 EGMR, Ur. v. 9.7.2019 – 41261/17 (*Volodina/Russland*), Rn. 109-133

tungen sind als limitiert zu betrachten und erstrecken sich höchstens auf die öffentliche, rechtlich regulierte Sphäre, für die der Staat eine gewisse Verantwortung hat.⁷³⁴ Gewalt ist dabei jedoch, wie der Fall *Opuz/Türkei* exemplarisch zeigt, niemals nur Privatsache.⁷³⁵

In Bezug auf rassistische Diskriminierung hat der EGMR die positiven Verpflichtungen der Konventionsstaaten besonders hervorgehoben. Ausgangspunkt ist die Betrachtung rassistischer Diskriminierung als einen gesonderten Angriff auf die Menschenwürde, die unter gewissen Umständen sogar eine erniedrigende Behandlung im Sinne des Art. 3 EMRK darstellen kann.⁷³⁶ Der EGMR billigte im Fall *Vona/Ungarn*⁷³⁷ die Auflösung einer Vereinigung, die durch ihre Demonstrationen sowohl verbal als auch visuell eine gegen Roma gerichtete einschüchternde Atmosphäre geschaffen und implizit zu rassistischen Handlungen aufgerufen hat. Ein im Ergebnis zustimmendes Sondervotum zu der Verneinung einer Verletzung von Art. 11 EMRK nutzte Richter *de Albuquerque* für eine Betonung der Bedeutung des Kampfes gegen Rassismus und erklärte, auch aus Art. 14 EMRK schlussfolgernd, dass Staaten die Verpflichtung hätten, Privatpersonen davon abzubringen, Hassrede oder jegliche andere Form der Verbreitung von Rassismus, Xenophobie und ethnischer Intoleranz zu begehen oder zu wiederholen.⁷³⁸ Zudem seien die Betroffenen von Rassismus mit einer aktiven Rolle in der Strafverfolgung gegen die mutmaßlichen Täter*innen im Sinne des Empowerments zu unterstützen.⁷³⁹ Diese positiven Verpflichtungen seien aufgrund des breiten Konsens als Völkergewohnheitsrecht anzuerkennen.⁷⁴⁰

734 Europarat, Explanatory Report to the Protocol No. 12 v. 4.11.2000, ETS 177, Rn. 27 f.

735 Siehe auch die extensive Auslegung des Merkmals "öffentliches Leben" im Rahmen der ICERD, *Zimmer*, Hate speech im Völkerrecht, S. 58–60; eine zunehmende Kriminalisierung und Ächtung von Gewalt im öffentlichen wie privaten Raum konstatiert *Reemtsma*, in: Abraham/Bublitz/Geneuss/Krell/Wegner (Hrsg.), Täterstrafrecht und der Anspruch des Opfers auf Beachtung, S. 11 (21 f.).

736 EGMR (GK), Urt. v. 10.5.2001 – 25781/94 (*Zypern/Türkei*), Reports 2014-II, Rn. 306; EKMR (Plenum), Bericht v. 14.12.1973 – 4403/70 (*Ostafrikanische Asiat*innen/Vereinigtes Königreich*) = EuGRZ 1994, 386; *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 21 Rn. 65.

737 EGMR, Urt. v. 09.07.2013 – 35943/10 (*Vona/Ungarn*), Reports 2013-IV.

738 Concurring Opinion of Judge *Pinto de Albuquerque* zu EGMR, Urt. v. 09.07.2013 – 35943/10 (*Vona/Ungarn*), Reports 2013-IV.

739 Ebd.

740 Ebd.

Aus der EMRK lässt sich für die Opfer von bestimmten schweren Menschenrechtsverletzungen – unabhängig von der Tatmotivation – ein Recht auf eine umfassende und effektive strafrechtliche Untersuchung der Vorwürfe sowie die Identifizierung und Bestrafung der verantwortlichen Personen ableiten.⁷⁴¹ Die Nichteinleitung eines Strafverfahrens kann einen Verstoß etwa gegen die verfahrensrechtlichen Gewährleistungen des Recht auf Leben nach Art. 2 EMRK oder des Rechts auf Schutz vor Folter und unmenschlicher Behandlung nach Art. 3 EMRK darstellen.⁷⁴²

In der Vergangenheit haben Gewaltdelikte, in denen es Anhaltspunkte einer Vorurteilsmotivation gegeben hat, den Schutzbereich der Konvention von Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 2 EMRK⁷⁴³ und⁷⁴⁴/oder Art. 3 EMRK⁷⁴⁵,

741 EGMR, Urt. v. 18.12.1996 – 21987/93 (*Aksoy/Türkei*), Rn. 98; Mačkić, Proving Discriminatory Violence at the European Court of Human Rights, S. 66–75 m.w.N.; Sautner, Opferinteressen und Strafrechtstheorien, S. 124 f. m.w.N.; Gade, in: MüKo StPO, Art. 2 EMRK Rn. 21–25.

742 EGMR, Urt. v. 27.07.2004 – 26144/95 (*Ikincisoğlu/Türkei*), Rn. 76 f.; EGMR, Urt. v. 28.10.1998 – 24760/94 (*Assenov u.a./Bulgarien*), Reports 1998-VIII, Rn. 102; EGMR, Urt. v. 03.05.2007 – 71156/01 (*Zeugen Jehovas u.a./Georgien*), Rn. 97, 137; Nowak, in: Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), Strafrechtspflege und Menschenrechte - Gedanken zu einer lebendigen Schnittstellenproblematik, S. 1 (32–36) m.w.N.

743 So, bei der Ermittlung von Todesfällen, EGMR (GK), Urt. v. 06.07.2005 – 43577/98, 43578/98 (*Nachova u.a./Bulgarien*), Reports 2005-VII, Rn. 161; EGMR, Urt. v. 26.7.2007 – 55523/00 (*Angelova und Iliev/Bulgarien*), Rn. 115; EGMR, Urt. v. 11.12.2018 – 655/16 (*Lakatošová und Lakatoš/Slowakei*), Rn. 77; ebenso bei der Ermittlung eines versuchten Totschlags: EGMR, Urt. v. 23.10.2012 – 43606/04 (*Yotova/Bulgarien*), Rn. 111.

744 So im Falle einer lebensgefährlichen Körperverletzung und weiteren Misshandlungen von Roma durch Polizeikräfte: EGMR, Urt. 27.01.2015 – 29414/09, 44841/09 (*Ciorcan u.a./Rumänien*), Rn. 160.

745 EGMR, Urt. v. 26.07.2007 – 48254/99 (*Cobzaru/Rumänien*), Rn. 85 ff.; EGMR, Urt. v. 4.3.2008 – 42722/02 (*Stoica/Rumänien*), Rn. 132; EGMR, Urt. v. 10.03.2009 – 44256/06 (*Turan Cakir/Belgien*), Rn. 82; EGMR, Urt. v. 24.07.2012 – 47159/08 (*B.S./Spanien*), Rn. 63; EGMR, Urt. v. 31.07.2012 – 20546/07 (*Makhashevy/Russland*), Rn. 179; EGMR, Urt. v. 20.10.2015 – 15529/12 (*Balázs/Ungarn*), Rn. 47; EGMR, Urt. v. 28.03.2017 – 25536/14 (*Škorjanec/Kroatien*), Reports 2017, Rn. 56; EGMR, Urt. v. 31.10.2017 – 45855/12 (*M.F./Ungarn*), Rn. 65 f.

Art. 8 EMRK⁷⁴⁶, Art. 9 EMRK⁷⁴⁷ oder Art. 13 EMRK⁷⁴⁸ eröffnet. Einer Ansicht zufolge stellt der akzessorische Charakter von Art. 14 EMRK für die Würdigung von Gewaltdelikten keine Einschränkung dar, weil Gewalt immer mit anderen Konventionsrechten verbunden sei.⁷⁴⁹ Dem ist im Hinblick auf Art. 8 EMRK insoweit zuzustimmen, als dass die körperliche Unversehrtheit auch vor geringfügigen Beeinträchtigungen geschützt ist.⁷⁵⁰ Die Abgrenzung zwischen der Sicherung der körperlichen Unversehrtheit gemäß Art. 8 Abs. 1 EMRK und dem Verbot der unmenschlichen Behandlung nach Art. 3 EMRK erfolgt nach der Schwere und der Qualität der in Frage stehenden Maßnahme.⁷⁵¹

Diskriminierende und damit entwürdigende Bemerkungen im Verlauf der Straftat gegen das Opfer führen in der Regel zu einer Eröffnung des Anwendungsbereichs nach Art. 3 EMRK.⁷⁵² Im Fall *Abdu/Bulgarien* erlitt der Beschwerdeführer durch Gewaltanwendung von Skinheads, die den Beschwerdeführer rassistisch beschimpft hatten, Abschürfungen und eine Schwellung an der Nase sowie Schwellungen an der rechten Hand bzw. am rechten Knie. Vor allem wegen des Angriffs auf die Menschenwürde durch die mutmaßlich rassistische Motivation der Straftat sah der Gerichtshof den Anwendungsbereich als eröffnet an.⁷⁵³ Im Fall *Škorjanec/Kroatien* führte ein rassistisch motivierter Angriff ebenfalls zu kleineren körperli-

746 So in Fällen überproportional häufiger Sterilisierungen von Roma-Frauen, siehe EGMR, Urt. v. 08.11.2011 – 18968/07 (*V.C./Slowakei*), Reports 2011-V, Rn. 176-179; EGMR, Urt. v. 12.06.2012 – 29518/10 (*N.B./Slowakei*), Rn. 120-122.

747 In Fällen unzureichender Ermittlung von Gewaltdelikten wegen der Religion: EGMR, Urt. v. 17.01.2017 – 18766/04 (*Tsartsidze u.a./Georgien*), Rn. 77-87; EGMR, Urt. v. 07.10.2014 – 28490/02 (*Begheluri u.a./Georgien*), Rn. 171-179; dagegen wurde wegen der zuvor festgestellten Verletzung von Art. 9 EMRK auf eine Prüfung von Art. 9 i.V.m. Art. 14 EMRK verzichtet in EGMR, Urt. v. 24.02.2015 – 30587/13 (*Karaahmed/Bulgarien*), Rn. 112.

748 EGMR, Urt. v. 26.07.2007 – 48254/99 (*Cobzaru/Rumänien*), Rn. 85 ff.

749 *Mačkić*, Proving Discriminatory Violence at the European Court of Human Rights, S. 34 f.

750 Siehe *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer, Art. 8 Rn. 11; *Gaede*, in: MüKo StPO, Art. 8 EMRK Rn. 13.

751 *Grabemwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, § 22 Rn. 7.

752 EGMR, Urt. v. 11.03.2014 – 26827/08 (*Abdu/Bulgarien*), Rn. 36; EGMR, Urt. 12.06.2012 – 13624/03 (*Koky u.a./Slowakei*), Rn. 224; vgl. die Verneinung der Schutzbereichseröffnung in: EGMR, Urt. v. 24.02.2015 – 30587/13 (*Karaahmed/Bulgarien*), Rn. 71-77; *Grabemwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, § 20 Rn. 48.

753 EGMR, Urt. v. 11.03.2014 – 26827/08 (*Abdu/Bulgarien*), Rn. 37-39; a.A. Richter *Mahoney* und *Wojtyczek* in ihrem teilweise abweichenden Sondervotum.

chen Verletzungen, was genauso den Anwendungsbereich von Art. 14 i.V.m. Art. 3 EMRK eröffnete.⁷⁵⁴

Dagegen sah der Gerichtshof in einem Fall wiederholter antiziganistischer Beschimpfungen und Bedrohungen zwar nicht den Anwendungsbereich von Art. 3 EMRK, allerdings von Art. 8 EMRK als eröffnet an.⁷⁵⁵ Der Schutz des Privatlebens umfasse auch die personale Autonomie und dazugehörend die ethnische Identität, die von negativer Stereotypisierung beeinträchtigt werden könne.⁷⁵⁶ Der Gerichtshof leitete daher auch unmittelbar aus Art. 8 EMRK besondere Untersuchungspflichten im Falle von rassistischer Belästigung, einschließlich verbaler Übergriffe und physischer Bedrohungen, ab.⁷⁵⁷ Wiederum anders entschied der Gerichtshof im Fall *Koky u.a./Slowakei*⁷⁵⁸, dem ein Überfall auf eine Roma-Siedlung zugrunde liegt. Unter Verwendung gegen die ethnische Herkunft gerichteter Kommentare wurden mehrere Einwohner*innen verletzt und Schäden an den Häusern verursacht. Aufgrund unzureichender Ermittlungsarbeit bejahte der Gerichtshof zwar eine Verletzung der verfahrensrechtlichen Dimension von Art. 3 EMRK, verzichtete aber mit Verweis auf eine vermeintliche Deckungsgleichheit der Beschwerden auf eine Prüfung von Art. 14 EMRK.⁷⁵⁹ Zu beobachten ist somit eine partielle Überschneidung von freiheitsrechtlicher sowie gleichheitsrechtlicher Untersuchungspflicht.⁷⁶⁰

Rassistische Diskriminierung ist laut EGMR eine „besonders gehässige“ Form der Diskriminierung, die im Hinblick auf ihre gefährlichen Folgen von den Behörden „besondere Wachsamkeit und eine heftige Reaktion“ erfordere.⁷⁶¹ Es müssten alle verfügbaren Mittel eingesetzt werden, um

754 EGMR, Urt. 28.03.2017 – 25536/14 (*Škorjanec/Kroatien*), Reports 2017, Rn. 59.

755 EGMR, Urt. v. 12.04.2016 – 64602/12 (*R.B./Ungarn*), Rn. 78 ff.

756 EGMR, Urt. v. 12.04.2016 – 64602/12 (*R.B./Ungarn*), Rn. 78; a.A. Richter *Wojtyczek*, abweichendes Sondervotum, Rn. 6, dem zufolge die ethnische Identität nicht durch Art. 8 EMRK, sondern v.a. durch Art. 3, 14 EMRK geschützt ist.

757 EGMR, Urt. v. 12.04.2016 – 64602/12 (*R.B./Ungarn*), Rn. 83 f.

758 EGMR, Urt. 12.06.2012 – 13624/03 (*Koky u.a./Slowakei*).

759 EGMR, Urt. 12.06.2012 – 13624/03 (*Koky u.a./Slowakei*), Rn. 242 - 244; kritisch dazu *Barskanmaz*, Recht und Rassismus, S. 305 f.

760 Instrukтив *Altwickler*, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, S. 375–377; zu Abgrenzungsproblemen hinsichtlich des Inhalts der Untersuchungs- und Verfolgungspflichten aus den verschiedenen Schutzbereichen der Europäischen Menschenrechtskonvention auch *Breuer*, in: Karpenstein/Mayer, Art. 13 EMRK Rn. 39.

761 St. Rspr. seit EGMR (GK), Urt. v. 06.07.2005 – 43577/98, 43578/98 (*Nachova u.a./Bulgarien*), Reports 2005-VII, Rn. 145; siehe z.B. auch EGMR (GK), Urt. v. 13.11.2007 – 57325/00 (*D.H. u.a./Tschechien*), Reports 2007-IV, Rn. 176; EGMR, Urt. v. 12.01.2016 – 40355/11 (*Boacă u.a./Rumänien*), Rn. 97.

Rassismus zu bekämpfen und damit den demokratischen Weitblick einer Gesellschaft zu stärken, in der Vielfalt nicht als Bedrohung, sondern als Quelle der Bereicherung angesehen wird.⁷⁶² Konsequenterweise betrachtet der EGMR rassistisch motivierte Gewalt und Gewaltfälle ohne rassistischen Bezug als wesentlich ungleiche Situationen: „*Treating racially induced violence and brutality on an equal footing with cases that have no racist overtones would be turning a blind eye to the specific nature of acts that are particularly destructive of fundamental rights.*“⁷⁶³ Die potentiell rassistische Motivation einer Gewalttat begründet mithin, dogmatisch auf das aus Art. 14 EMRK fließende Gebot zur Ungleichbehandlung relevant unterschiedlicher Sachverhalte gestützt, eine spezifische Schutzpflichtkonstellation.⁷⁶⁴

Art. 14 EMRK verpflichtet die Konventionsstaaten dazu, mögliche rassistische Motive bestmöglich, mit allem, was im Einzelfall vernünftig erscheint, aufzuklären.⁷⁶⁵ Die Ermittlungen müssen mit Nachdruck und unbefangen („*with vigour and impartiality*“; „*avec diligence et impartialité*“) betrieben werden.⁷⁶⁶ Dabei müssen die Bedürfnisse berücksichtigt werden, die gesellschaftliche Verurteilung von Rassismus kontinuierlich zu bekräftigen sowie das Vertrauen von Minderheiten aufrechtzuerhalten, dass staatliche Behörden sie vor der Bedrohung rassistischer Gewalt schützen können.⁷⁶⁷ Es handelt sich nicht um eine Ergebnis-, sondern um eine Verhaltenspflicht, die einen angemessenen Einsatz der staatlichen

762 EGMR (GK), Urt. v. 13.11.2007 – 57325/00 (*D.H. u.a./Tschechien*), Reports 2007-IV, Rn. 176; EGMR, Urt. v. 13.12.2005 – 55762/00, 55974/00 (*Timishev/Russland*), Reports 2005-XII, Rn. 56.

763 St. Rspr. seit EGMR (GK), Urt. v. 06.07.2005 – 43577/98, 43578/98 (*Nachova u.a./Bulgarien*), Reports 2005-VII, Rn. 160; wortgetreu EGMR, Urt. v. 26.7.2007 – 55523/00 (*Angelova und Iliev/Bulgarien*), Rn. 115; EGMR, Urt. v. 26.07.2007 – 48254/99 (*Cobzaru/Rumänien*), Rn. 90; EGMR, Urt. v. 4.3.2008 – 42722/02 (*Stoica/Rumänien*), Rn. 119; EGMR, Urt. 28.03.2017 – 25536/14 (*Škorjanec/Kroatien*), Reports 2017, Rn. 53.

764 Peters/König, in: Dörr/Grote/Maruhn, Kap. 21 Rn. 74, 88, 94; zur historischen Entwicklung der entsprechenden EGMR-Rechtsprechung mit ihrer Differenzierung eines materiellen und eines verfahrensrechtlichen Tatbestands von Art. 14 siehe Barskanmaz, Recht und Rassismus, S. 288–300.

765 EGMR (GK), Urt. v. 06.07.2005 – 43577/98, 43578/98 (*Nachova u.a./Bulgarien*), Reports 2005-VII, Rn. 160; EGMR, Urt. v. 26.7.2007 – 55523/00 (*Angelova und Iliev/Bulgarien*), Rn. 115; EGMR, Urt. v. 31.05.2007 – 40116/02 (*Šečić/Croatia*), Rn. 66.

766 EGMR, Urt. v. 21.12.2017 – 17249/10 (*Gjikondi u.a./Griechenland*), Rn. 118; EGMR, Beschl. v. 06.05.2003 – 47916/99 (*Menson/Vereinigtes Königreich*), Reports 2003-V.

767 Ebd.

Mittel unter Berücksichtigung der Schwere der Tat und der behaupteten Motivation verlangt.⁷⁶⁸ Ziel dieser prozeduralen, „gleichheitsrechtlichen Untersuchungspflicht ist die Wahrheitsermittlung und die Ermöglichung unparteiischer und objektiver Entscheidungen (der Gerichte und der Administration)“⁷⁶⁹, ohne Fakten zu übergehen, die auf rassistisch geleitete Gewalt hinweisen.⁷⁷⁰ Die Untersuchungspflicht erfordert eine Sonderbehandlung von Gewaltakten mit potentiell rassistischem Hintergrund mittels spezieller und intensiver behördlicher Untersuchungen.⁷⁷¹ Nach der Rechtsprechung stellt die verfahrens- und organisationsrechtliche Dimension, von der die Untersuchungspflicht ein Teil ist, eine selbstständige Grundrechtsfunktion dar, die der materiellen Grundrechtsverwirklichung dient.⁷⁷²

Der EGMR hat diese Verpflichtung in einem Fall, in dem die Angreifenden rechtsextremen Organisationen angehörten, auch auf eine mögliche Motivation einer Straftat durch religiösen Hass oder Vorurteile erstreckt.⁷⁷³ Ebenso ist der Anwendungsbereich bei LGBT-feindlicher Gewalt eröffnet worden, die vor allem aus Hassrede, Bedrohungen und vereinzelten körperlichen Angriffen auf Teilnehmende einer Demonstration bestand.⁷⁷⁴ Der prozessuale Aspekt von Art. 14 EMRK wurde ebenfalls bei einem Fall von Polizeigewalt, in dem ausreichende Informationen vorlagen, dass der Vorfall von der politischen Überzeugung des Betroffenen motiviert war, mit Erfolg geltend gemacht.⁷⁷⁵ Konsequenterweise ist anzunehmen, dass die Untersuchungspflicht für alle vorurteilsgeleiteten Delikte gilt, die auf der Zuschreibung eines nach Art. 14 EMRK verpönten Differenzierungsmerkmals beruhen.⁷⁷⁶ Bei ungerechtfertigter Un-

768 Peters/König, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 21 Rn. 98.

769 Altwicker, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, S. 374.

770 EGMR (GK), Urt. v. 06.07.2005 – 43577/98, 43578/98 (*Nachova u.a./Bulgarien*), Reports 2005-VII, Rn. 160; EGMR, Urt. v. 13.12.2005 – 15250/02 (*Bekos und Koutropoulos/Griechenland*), Reports 2005-XIII, Rn. 69.

771 Peters/König, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 21 Rn. 74.

772 Altwicker, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, S. 373 m.w.N.

773 EGMR, Urt. v. 14.12.2010 – 44614/07 (*Milanović/Serbien*), Rn. 96.

774 EGMR, Urt. v. 12.05.2015 – 73235/12 (*Identoba u.a./Georgien*), Rn. 67; schon in EGMR, Urt. v. 09.02.2012 – 1813/07 (*Vejdeland u. a./Schweden*), Rn. 55, unterstrich der Gerichtshof, dass die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung genauso schwerwiegend sei wie die Diskriminierung aufgrund von „Rasse“, Herkunft oder Hautfarbe.

775 EGMR, Urt. v. 02.10.2012 – 40094/05 (*Virabyan/Armenien*), § 218-225.

776 Tatsächlich hat der Gerichtshof in jüngeren Urteilen sowohl die Relevanz allgemein diskriminierender Motive bei Straftatausübung im Rahmen von Art. 14

tätigkeit oder nicht hinreichend effektiver Untersuchung liegt, aufgrund der "besondere[n] Schutzpflichtkonstellation"⁷⁷⁷, ein Fall passiver Diskriminierung vor.⁷⁷⁸

Die prozessuale Ermittlungspflicht aus Art. 14 EMRK greift, sobald der Verdacht (*suspicion*) auf ein diskriminierendes Tatmotiv besteht.⁷⁷⁹ Die staatliche Untersuchungspflicht wird einerseits durch vorhandene Anhaltspunkte im Einzelfall ausgelöst, etwa durch diskriminierende Aussagen während der Tatausübung oder bei der polizeilichen Befragung, den Tatzusammenhang oder eine Zugehörigkeit der/des Beschuldigten zu einer rechtsextremen Organisation.⁷⁸⁰ Andererseits betonte der Gerichtshof in Bezug auf Polizeigewalt insbesondere gegen Roma, dass künftig die Möglichkeit nicht auszuschließen sei, dass in bestimmten Fällen unabhängige Beweise, die ein „systemisches Problem“ darlegten, durchaus ausreichen könnten, um einen rassistischen Beweggrund zu vermuten.⁷⁸¹

Bei der Auswahl der im Einzelfall vernünftig erscheinenden Maßnahmen zur Aufklärung der Straftat und ihrer Motive kommt dem Staat grundsätzlich ein weiter Beurteilungsspielraum zu.⁷⁸² Im Einzelnen hält der Gerichtshof folgende Maßnahmen aber generell für notwendig: das Sammeln und Sichern von Beweismitteln, das Ausschöpfen aller Möglichkeiten, die Wahrheit über den Tathergang zu ermitteln sowie den Abschluss des Verfahrens durch eine wohlbegründete, unparteiische und objektive Entscheidung, die keine Verdachtsmomente unberücksichtigt lässt.⁷⁸³

EMRK betont als auch den Begriff der Hasskriminalität übernommen, siehe EGMR, Urt. v. 28.03.2017 – 25536/14 (*Škorjanec/Kroatien*), Reports 2017, Rn. 55, 66 f.; EGMR, Urt. v. 12.04.2016 – 12060/12 (*M.C. und A.C./Rumänien*), Rn. 113, 124; vgl. auch schon EGMR, Urt. v. 02.10.2012 – 40094/05 (*Virabyan/Armenien*), § 224: „the authorities failed in their duty under Article 14 (...) to take all possible steps to investigate whether or not discrimination may have played a role in the applicant's ill-treatment.“

777 Peters/König, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 21 Rn. 97.

778 Altwicker, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, S. 373.

779 EGMR (GK), Urt. v. 06.07.2005 – 43577/98, 43578/98 (*Nachova u.a./Bulgarien*), Reports 2005-VII, Rn. 160.

780 Vgl. Barskanmaz, Recht und Rassismus, S. 294 f.

781 EGMR, Urt. v. 14.12.2010 – 74832/01 (*Mizigarova/Slowakei*), Rn. 122.

782 Altwicker, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, S. 379.

783 Altwicker, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, S. 379 mit beispielhaftem Verweis auf EGMR (GK), Urt. v. 06.07.2005 – 43577/98, 43578/98 (*Nachova u.a./Bulgarien*), Reports 2005-VII, Rn. 159 sowie EGMR, Urt. v. 23.02.2006 – 46317/99 (*Ognyanova und Choban/Bulgarien*), Rn. 145; EGMR, Urt. v. 07.01.2010 – 14383/03 (*Sashov u.a./Bulgarien*), Rn. 78.

Die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz,⁷⁸⁴ eine 1993 vereinbarte unabhängige Kommission des Europarates zur Bekämpfung von Rassismus, Diskriminierung, Fremdenfeindlichkeit, Antisemitismus und Intoleranz, empfiehlt, Opfer und Zeug*innen rassistischer Vorfälle zu einer Anzeige zu ermutigen.⁷⁸⁵ Eine Stärkung der Verfahrens- und Anwesenheitsrechte für Betroffene würde eine solche Ermutigung darstellen. Zugleich kritisiert die ECRI, dass in Deutschland Betroffene abgeschoben würden, bevor sie in Strafverfahren aussagen können und die Motive von Täter*innen nicht ausreichend untersucht oder ernst genommen würden und empfiehlt daher die Einführung verbindlicher Regeln, um sicherzustellen, „dass Opfer von Hassdelikten, deren Anträge auf Asyl abgelehnt wurden, nicht vor der endgültigen Entscheidung der Strafverfahren abgeschoben werden.“⁷⁸⁶

e) KSZE/OSZE

Bereits im Jahre 1990 verpflichteten sich die teilnehmenden Staaten der Konferenz über Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (KSZE), geeignete und verhältnismäßige Maßnahmen zum Schutze von Personen oder Gruppen zu ergreifen, „die Androhungen oder Handlungen von Diskriminierung, Feindseligkeit oder Gewalt aufgrund ihrer rassistischen, ethnischen, kulturellen, sprachlichen oder religiösen Identität ausgesetzt sein könnten.“⁷⁸⁷ Die aus der KSZE 1995 hervorgegangene Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE) erkennt spätestens seit 2003 explizit die Notwendigkeit an, als ein Mittel gegen Diskriminierung auch gegen Hassdelikte vorzugehen.⁷⁸⁸

784 Allgemein Hofmann/Malkmus, in: HK-ICERD, Kap. 2.2 Rn. 38–67; Barskanmaz, Recht und Rassismus, S. 252 f.

785 ECRI, Allgemeine Politik-Empfehlung Nr. 11 zur Bekämpfung von Rassismus und Rassendiskriminierung in der Polizeiarbeit (2007), S. 18 - CRI(2007)39.

786 ECRI, Bericht über Deutschland (Sechste Prüfungsrunde), 10.12.2019, Rn. 70 f.

787 KSZE, Dokument des Kopenhagener Treffens der Konferenz über die menschliche Dimension der KSZE, Rn. 40.2, 29.06.1990, <<https://www.osce.org/de/odihr/elections/14304>> (Stand: 10.06.2021).

788 OSZE, Beschluss Nr. 4/03, Tolerance and Non-Discrimination – MC.DEC/4/03, paras 6-8; dazu und zur Arbeit der OSZE bezüglich Hasskriminalität Whine, in: Hall/Corb/Giannasi/Grieve/Lawrence (Hrsg.), Hate Crime in Europe, S. 95 (95-99); Liegl/Angst, in: HK-ICERD, Kap. 1.4 Rn. 39–43.

Im Jahr 2009 beschloss der Ministerrat der OSZE einen 13-Punkte-Plan zur Bekämpfung von Vorurteils kriminalität. Dieser fordert die Teilnehmerstaaten dazu auf,

*„geeignete Maßnahmen zu ergreifen, durch die die Opfer zur Anzeige von Hassverbrechen ermutigt werden; (...) Möglichkeiten zu sondieren, wie Opfer von Hassverbrechen (...) wirksamen Zugang zu den Gerichten erhalten können; (...) bei Hassverbrechen unverzüglich Untersuchungen einzuleiten und sicherzustellen, dass die Motive verurteilter Hasstätter von den zuständigen Behörden und von der politischen Führung aufgezeigt und öffentlich verurteilt werden“.*⁷⁸⁹

Seitdem veröffentlicht die OSZE jährlich eine Statistik zum Aufkommen von Hasskriminalität in allen teilnehmenden Staaten.⁷⁹⁰ Dabei greift die OSZE auf Daten von staatlichen sowie zivilgesellschaftlichen Einrichtungen zurück. Im Bericht zu Deutschland bemängelt die OSZE regelmäßig, dass sie keine Angaben zu Anzahl und Strafmaß gerichtlicher Verurteilungen erhält.⁷⁹¹

f) Recht der Europäischen Union

aa) Grundlagen

Auch das europäische Primärrecht kennt Gleichheitsrechte und Diskriminierungsverbote. Eine besondere Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes stellen Art. 18 Abs. 1 AEUV und – wortgleich – Art. 21 Abs. 2 EU-GrCh dar,⁷⁹² die im Anwendungsbereich und unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge jede Diskriminierung aus Gründen der

789 OSZE, Beschluss Nr. 9/09, Combating Hate Crimes – MC.DEC/9/09.

790 Zur Webseite: <<https://hatecrime.osce.org/what-do-we-know>> (Stand: 07.06.2021).

791 <<https://hatecrime.osce.org/germany>> (Stand: 07.06.2021).

792 In der Rechtsprechung kommt vor allem Art. 18 AEUV zur Anwendung, nicht Art. 21 Abs. 2 AEUV, Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 21 Rn. 34; Sachs, in: Stern/Sachs, Art. 21 Rn. 29 m.w.N.; Michl, in: Pechstein/Nowak/Häde, Art. 21 GRC Rn. 15 m.w.N., fasst Art. 21 Abs. 2 GRC gar als bloßen Rechtsgrundverweis ohne eigenständigen Regelungsgehalt auf; ähnlich Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 18 AEUV Rn. 2.

Staatsangehörigkeit verbieten.⁷⁹³ Das Verbot von Ungleichbehandlungen aufgrund der Staatsangehörigkeit bezieht sich aber lediglich auf Ungleichbehandlungen zwischen Unionsbürger*innen.⁷⁹⁴ Besondere Diskriminierungsverbote können nach Art. 19 AEUV im Sekundärrecht aus Gründen des Geschlechts, der „Rasse“, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung eingeführt werden. Art. 19 AEUV stellt eine Rechtsgrundlage dar.⁷⁹⁵ Gestützt auf Art. 19 AEUV wurden vier Richtlinien erlassen,⁷⁹⁶ die aufgrund ihres Geltungsbereichs in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen an dieser Stelle keiner tieferen Betrachtung bedürfen. Die RL 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft⁷⁹⁷ (Antirassismusrichtlinie) schließt gemäß Art. 3 Abs. 2 eine Berührung der Vorschriften und Bedingungen für die Einreise von Staatsangehörigen dritter Staaten oder staatenlosen Personen in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten oder deren Aufenthalt sogar explizit aus. Eine weitere Rechtsgrundlage zur Bekämpfung bestimmter Formen der Diskriminierung ist Art. 67 Abs. 3 AEUV. Demnach wirkt die Union darauf hin, durch Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Kriminalität sowie von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit ein hohes Maß an Sicherheit zu gewährleisten.

793 Zum Anwendungsbereich von Art. 18 AEUV *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, Art. 18 AEUV Rn. 15–36; der Wortlaut enthält dagegen keine Beschränkung, weshalb in dem unionsrechtlichen Gleichheitssatz teilweise ein Jedermannsrecht für möglich gehalten wird, siehe *Kneibls*, ZaöRV 2019, 729 (750 f.).

794 *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, Art. 18 AEUV Rn. 41; *Farahat*, Progressive Inklusion, S. 328 f.

795 *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, Art. 18 AEUV Rn. 1; das entsprechende Gesetzgebungsverfahren, das Einstimmigkeit des Rates und Zustimmung des Europäischen Parlaments erfordert, reduziert die Aussicht auf eine schnelle weitreichende Harmonisierung laut *Puchalska*, Contemporary Issues in Law 2013, 34 (42).

796 RL 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. 2000 L 180/22); RL 2000/78/EG zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. 2000 L 303/16); RL 2004/113/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. 2004 L 373/37); RL 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung) (ABl. 2006 L 204/23).

797 ABl. 2000 L 180/22.

Die Verpflichtungen der Europäischen Grundrechte-Charta gelten bei der Durchführung von Unionsrecht, sei es von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der EU oder von den Mitgliedstaaten, Art. 51 Abs. 1 EU-GrCh. Gemäß Art. 20 EU-GrCh sind alle Personen vor dem Gesetz gleich. Dem allgemeinen Gleichheitssatz folgt in Art. 21 Abs. 1 EU-GrCh ein umfassendes Diskriminierungsverbot insbesondere wegen des Geschlechts, der „Rasse“, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung. Bei Art. 21 EU-GrCh handelt es sich um ein nicht-akzessorisches, selbstständiges Diskriminierungsverbot.⁷⁹⁸ Das Verbot jeder Art von Diskriminierung wegen eines der in Art. 21 Abs. 1 EU-GrCh genannten Merkmale hat als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts zwingenden Charakter und verleiht schon für sich allein jeder und jedem ein subjektives Recht für vom Unionsrecht erfasste Bereiche.⁷⁹⁹

Aus Art. 21 Abs. 1 EU-GrCh könnte sich eine der Untersuchungspflicht aus Art. 14 EMRK entsprechende Verpflichtung für die Mitgliedstaaten ergeben. Die obenstehenden Ausführungen zur Europäischen Menschenrechtskonvention wären in dem Fall auch maßgeblich für die Auslegung der Diskriminierungsverbote im EU-Recht.⁸⁰⁰ Davon unabhängig ist der Umstand, dass alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union auch Konventionsstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention sind. Zu beachten ist in jedem Fall die Achtung der Grenzen der Kompetenzen der Europäischen Union, die durch die Anwendung der Unionsgrundrechte nicht erweitert werden darf, § 51 Abs. 2 Satz 2 EU-GrCh.⁸⁰¹

Zunächst einmal können sich positive Verpflichtungen ebenfalls aus der der EU-Grundrechtecharta ergeben. Dies ergibt sich aus Art. 51 Abs. 1

798 *Sachs*, in: Stern/Sachs, Art. 21 Rn. 10.

799 So, in Bezug auf das Verbot jeder Art von Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, EuGH (GK), Urt. v. 17.04.2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, Rn. 76.

800 So hat die EU-Grundrechteagentur eine Broschüre für die Mitgliedstaaten verfasst, die sich auf eine Zusammenfassung der EGMR-Rechtsprechung zu Vorurteils kriminalität beschränkt, *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte*, Unmasking bias motives in crimes: selected cases of the European Court of Human Rights.

801 *Sachs*, in: Stern/Sachs, Art. 21 Rn. 15; *Chen*, Die speziellen Diskriminierungsverbote der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, S. 160.

EU-GrCh, wonach die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union sowie die Mitgliedstaaten die Anwendung der Unionsgrundrechte zu „fördern“ haben.⁸⁰² *Jarass/Kment* bejahen eine Schutzpflicht aus Art. 21 Abs. 1 EU-GrCh, gegen Ungleichbehandlungen anhand der diskriminierungsrechtlich sensiblen Merkmale durch Private vorzugehen.⁸⁰³ Diese gelte wegen der gemäß Art. 1 EU-GrCh zu achtenden und zu schützenden Menschenwürde insbesondere bei rassistischen Handlungen.⁸⁰⁴ Gestützt wird diese Ansicht durch Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GrCh, wonach die Rechte der Charta, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie sie ihnen in der EMRK verliehen werden.⁸⁰⁵ Die Akzessorietät des Art. 14 EMRK steht einer Entsprechung des Art. 21 Abs. 1 EU-GrCh, der insoweit über den Schutz des Art. 14 EMRK hinausgeht, nicht entgegen.⁸⁰⁶ Ziel des Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GrCh ist es sicherzustellen, dass der Schutz nach der EU-Grundrechtecharta kohärent mit und nie geringer als nach der Europäischen Menschenrechtskonvention ist.⁸⁰⁷ Die Grundrechte der Europäischen Menschenrechtskonvention sind zudem gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts. Durch den geplanten Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Art. 6 Abs. 2 EUV würde diese von einer Rechtserkenntnis- zu einer Rechtsquel-

802 *Jarass/Kment*, EU-Grundrechte, § 5 Rn. 4; *Chen*, Die speziellen Diskriminierungsverbote der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, S. 160; grundlegend für (aus der Warenverkehrsfreiheit abgeleitete) Schutzpflichten im EU-Recht: EuGH, Urt. v. 09.12.1997, Kommission/Frankreich, C-265/95, EU:C:1997:595, Rn. 29 ff.

803 *Jarass/Kment*, EU-Grundrechte, § 25 Rn. 27; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 21 Rn. 18; **a.A.** *Sachs*, in: Stern/Sachs, Art. 21 Rn. 17; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, Art. 21 EU-GrCh Rn. 10.

804 *Jarass/Kment*, EU-Grundrechte, § 25 Rn. 27.

805 Bestätigt durch EuGH, Urt. v. 05.10.2010, PPU, C-400/10, EU:C:2010:582, Rn. 53.

806 *Sachs*, in: Stern/Sachs, Art. 21 Rn. 8–10; *Folz*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Art. 21 EU-GrCh Rn. 6; *Chen*, Die speziellen Diskriminierungsverbote der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, S. 89 f.; *Michl*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Art. 21 GRC Rn. 5; **a.A.** *Hölscheidt*, in: Meyer/Hölscheidt, Art. 21 Rn. 4, 32; der EuGH spricht davon, dass Art. 21 Abs. 1 EU-GrCh von Art. 14 EMRK „geleitet“ wird (*“is based”/“s’inspire”*): EuGH, Urt. v. 07.11.2013, X u.a., C-199/12, EU:C:2013:720, Rn. 54.

807 *Puchalska*, Contemporary Issues in Law 2013, 34 (36); *Folz*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Art. 21 EU-GrCh Rn. 6–8; *Barskanmaz*, Recht und Rassismus, S. 163 m.w.N.

le.⁸⁰⁸ Die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte geprägte besondere Untersuchungspflicht gegenüber diskriminierenden Straftaten ist daher auch bei der Durchführung von Unionsrecht anzuwenden, soweit eines der in Art. 21 Abs. 1 EU-GrCh genannten Merkmale betroffen ist.

bb) Verpflichtungen gegenüber Hasskriminalität

Hasskriminalität wird von den EU-Organen als anhaltendes Problem anerkannt und gilt als ein Angriff auf die „key European values“.⁸⁰⁹ In ihrem jüngsten „EU-Aktionsplan gegen Rassismus“ mahnt die Europäische Kommission die Mitgliedstaaten, hassmotivierte Straftaten wirksam strafrechtlich zu bekämpfen und Opfer mit wirksamen Rechtsbehelfen auszustatten.⁸¹⁰ In diesem Zusammenhang ist der *Rahmenbeschluss 2008/913/JI des Rates der Europäischen Union zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit*⁸¹¹ aus dem Jahr 2008 hervorzuheben. Dieser verpflichtet die Mitgliedstaaten der Europäischen Union hinsichtlich des zu erreichenden Ziels und unterliegt einer vollständigen Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH).⁸¹² Zuvor hatte das Europäische Parlament im Jahr 2006 eine Resolution zum Anstieg rassistischer und homophober Gewalt in Europa verabschiedet und dabei auch die Bedeutung der Arbeit am Rahmenbeschluss betont.⁸¹³

808 Vgl. EuGH (GK), Urt. v. 26.02.2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, Rn. 44.

809 Puchalska, Contemporary Issues in Law 2013, 34 (40).

810 Europäische Kommission, A Union of equality: EU anti-racism action plan 2020-2025, S. 6, COM(2020) 565 final v. 18.09.2020.

811 ABl. 2008 L 328/55; dazu Weiß, in: Sieber/Satzger/Heintschel-Heinegg (Hrsg.), § 25 Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, § 25 Rn. 28-39; Barskanmaz, Recht und Rassismus, S. 177–180; Lantschner, in: HK-ICERD, Kap. 2.3 Rn. 48–53.

812 Weiß, in: Sieber/Satzger/Heintschel-Heinegg (Hrsg.), § 25 Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, § 25 Rn. 39. Instrukтив zur Rechtsnatur und Rechtswirkung von Rahmenbeschlüssen Schönberger, ZaöRV 2007, 1107. Art. 9, 10 des Protokolls Nr. 36 über die Übergangsbestimmungen zum Lissabon-Vertrag regeln die fortgeltende Rechtswirkung der vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon auf der Grundlage der Titel V und VI des Vertrags über die Europäische Union angenommenen Rechtsakte.

813 Europäisches Parlament, Increase in racist and homophobic violence in Europe, P6_TA(2006)0273.

Kern des Rahmenbeschlusses ist Art. 1 Abs. 1, der die Strafbarkeit der öffentlichen Aufstachelung zu Gewalt oder Hass (lit. a, b) anordnet. Gemäß Art. 4 des Rahmenbeschlusses treffen die Mitgliedstaaten die Maßnahmen, die erforderlich sind, um sicherzustellen, dass bei Straftaten rassistische und fremdenfeindliche Beweggründe entweder als erschwerender Umstand gelten oder dass solche Beweggründe bei der Festlegung des Strafmaßes durch die Gerichte berücksichtigt werden können. Die Mitgliedstaaten haben daher sicherzustellen, dass rassistische und fremdenfeindliche Beweggründe auf geeignete Weise aufgedeckt und hinreichend berücksichtigt werden.⁸¹⁴ Dieser Ansatz spiegelt das vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte geprägte Prinzip der besonderen Untersuchungspflicht wider.⁸¹⁵

Neben den rechtlichen Initiativen der Europäischen Union kommt der Aufklärungs- und Informationsarbeit durch die Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, kurz FRA (*European Union Agency for Fundamental Rights*), ein hoher Stellenwert zu.⁸¹⁶ Die bis 2007 bestehende Vorgängerorganisation, die Europäische Stelle zur Beobachtung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, kurz EUMC (*European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia*) veröffentlichte 2005 eine Studie zu rassistischer Gewalt in 15 Mitgliedstaaten.⁸¹⁷ Seitdem werden Hassrede und Hasskriminalität in verschiedenen Studien und Veröffentlichungen vermehrt als europaweites, virulentes Problem benannt und Stellungnahmen erarbeitet.⁸¹⁸ Im Grundrechte-Bericht 2019 fordert die FRA die EU-Mitgliedstaaten unter anderem

814 *Europäische Kommission*, Bericht an das Europäische Parlament und den Rat über die Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI des Rates zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, S. 7, COM(2014) 27 final.

815 *EU High Level Group on combating racism, xenophobia and other forms of intolerance*, Guidance Note on the practical application of Council Framework Decision 2008/913/JHA on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by Means of Criminal Law, November 2018, S. 8.

816 Errichtung durch VO 168/2007/EG des Rates vom 15.02.2007 zur Errichtung einer Agentur der Europäischen Union für Grundrechte; zu Zielen und Aufgaben der FRA siehe auch *Weiß*, in: Sieber/Satzger/Heintschel-Heinegg (Hrsg.), § 25 Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, § 25 Rn. 22-26.

817 *EUMC*, Racist Violence In 15 EU Member States.

818 Vgl. etwa *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte*, Ensuring justice for hate crime victims; *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte*, Hasskriminalität in der Europäischen Union sichtbar machen; *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte*, Second European Union minorities and discrimination survey, S. 56–75; *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte*, Experiences and perceptions of antisemitism; *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte*,

auf, sicherzustellen, dass jedes mutmaßliche Hassdelikt, einschließlich illegaler Formen von Hassreden, effektiv erfasst, untersucht, verfolgt und geahndet wird.⁸¹⁹

Im Juni 2016 richtete die Europäische Kommission die Hochrangige EU-Gruppe zur Bekämpfung von Rassismus, Fremdenfeindlichkeit und anderen Formen der Intoleranz (*EU High Level Group on combating racism, xenophobia and other forms of intolerance*) ein, um die Zusammenarbeit und Koordinierung zu intensivieren und um Hasskriminalität besser zu verhindern und zu bekämpfen.⁸²⁰ In ihr sind alle Mitgliedstaaten sowie internationale und zivilgesellschaftliche Organisationen vertreten. In ihren Anmerkungen zum Rahmenbeschluss 2008/913/JI schlägt die Gruppe den Mitgliedstaaten vor, Maßnahmen zu ergreifen, die es dem Strafrechtssystem ermöglicht, besser mit den Opfern zusammenzuarbeiten und ihre Bedürfnisse und Vulnerabilität zu berücksichtigen.⁸²¹ Schließlich sei das Opfer in vielen Fällen der/die wichtigste Zeug*in, dessen bzw. deren Beteiligung entscheidend für die Beweissicherung und -würdigung sein könne.⁸²² Zuletzt hat die Gruppe Leitlinien zur Förderung der Meldung von Hasskriminalität veröffentlicht und angemahnt, dass Behörden die erhöhten Barrieren bestimmter Opfergruppen anerkennen und adressieren sollten. Beispielsweise könnten Geflüchtete mit Angst vor einer Festnahme oder einer Abschiebung konfrontiert sein.⁸²³

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Umfang der Diskriminierungsverbote der Europäischen Union grundsätzlich nicht über die Anforderungen der Abkommen des Europarats hinausgeht. Die wesentlich

Diskriminierung und Hasskriminalität gegenüber Juden in den EU-Mitgliedstaaten.

819 *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte*, Fundamental Rights Report 2019, S. 100 (FRA-Stellungnahme 4.1).

820 Zur Webseite der Gruppe und ihren Dokumenten: <<https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/51025>> (Stand: 10.06.2021).

821 *EU High Level Group on combating racism, xenophobia and other forms of intolerance*, Guidance Note on the practical application of Council Framework Decision 2008/913/JHA on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by Means of Criminal Law, November 2018, S. 10, 16.

822 *EU High Level Group on combating racism, xenophobia and other forms of intolerance*, Guidance Note on the practical application of Council Framework Decision 2008/913/JHA on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by Means of Criminal Law, November 2018, S. 9.

823 *EU High Level Group on combating racism, xenophobia and other forms of intolerance*, Key Guiding Principles on Encouraging Reporting of Hate Crime, März 2021, S. 12 f.

vom EGMR geprägte Untersuchungspflicht, die über Art. 21 Abs. 1 i.V.m. Art. 51 Abs. 1, 52 Abs. 3 S. 1 EU-GrCh auch Eingang in das Unionsrecht findet, legt Auswirkungen auf die aufenthaltsrechtliche Position von Geschädigten nahe. Daneben fokussiert insbesondere die Arbeit der *Hochrangigen EU-Gruppe zur Bekämpfung von Rassismus, Fremdenfeindlichkeit und anderen Formen der Intoleranz* zunehmend die Opferperspektive und thematisiert in diesem Zusammenhang auch eine fehlende aufenthaltsrechtliche Sicherheit als mögliche Barriere für die effektive Untersuchung und Verfolgung von Hasskriminalität.

g) Grundgesetz

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistet die, rein formale,⁸²⁴ Rechtssetzungs- sowie Rechtsanwendungsgleichheit.⁸²⁵ Der Gesetzgeber hat wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln.⁸²⁶ Aus dem Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmal unterschiedliche Grenzen, die vom bloßen Willkürverbot⁸²⁷ bis zu einer strengeren Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen.⁸²⁸ Der Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG ist mithin stufenlos.⁸²⁹ Die Bindung des Gesetzgebers ist beispielweise „um so enger, je mehr sich die personenbezogenen Merkmale den in Art. 3 Abs. 3 GG

824 *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 21 Rn. 102.

825 *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), § 181 Allgemeiner Gleichheitssatz, § 181 Rn. 5 m.w.N.

826 St. Rspr, siehe BVerfG, Beschl. v. 16.10.2018 – 2 BvL 2/17 –, Rn. 17 m.w.N. = NVwZ 2019, 152 (154). Instrukтив zum "Gebot zur Ungleichbehandlung" *Stern*, FS Dürig, S. 207; zur Problematik von Gleichheits- und Ungleichheitsrelation siehe etwa *Wapler*, in: Sacksofsky (Hrsg.), Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses, S. 53 (61–64).

827 Seit BVerfGE 1, 14 (52).

828 St. Rspr., siehe nur BVerfGE 120, 125 (144); zur Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG zum allgemeinen Gleichheitssatz *Nußberger*, in: Sachs, Art. 3 Rn. 8–37 m.w.N.

829 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.06.2015 – 1 BvL 13/11 –, Rn. 70; *Chen*, Die speziellen Diskriminierungsverbote der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, S. 173–183; *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 99–102; *Nußberger*, in: Sachs, Art. 3 Rn. 30 spricht von einer "Integration von Willkürverbot und Gebot verhältnismäßiger Gleichheit auf einer gleitenden Skala unterschiedlich strenger Anforderungen".

genannten annähern" und „je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlicher Freiheiten auswirken kann.“⁸³⁰ Die sogenannte „neue“ Formel zu Art. 3 Abs. 1 GG, die das Willkürverbot ergänzt,⁸³¹ ähnelt den materiellen Anforderungen an die Rechtfertigung von Differenzierungen bei Art. 14 EMRK.⁸³² Jedenfalls im Rahmen von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG ist eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung durch das BVerfG festzustellen.⁸³³

Eine Schutzpflicht, Privatrechtssubjekte zur gegenseitigen Gleichbehandlung anzuhalten, lässt sich Art. 3 Abs. 1 GG wegen des spezifischen Bezugs der Gleichheit „vor dem Gesetz“ nicht entnehmen.⁸³⁴ Dagegen ist umstritten, ob Art. 3 Abs. 3 GG ein formelles oder ein materielles Gleichheitsverständnis zugrunde zu legen ist.⁸³⁵ Dessen Satz 1 verbietet Benachteiligungen oder Bevorzugungen wegen des Geschlechtes, der Abstammung, der „Rasse“, der Sprache, der Heimat, der Herkunft, des Glaubens und der religiösen oder politischen Anschauungen. Ein formelles Gleichheitsverständnis fokussiert sich auf das Verbot von Unterscheidungen und die Gewährung grundsätzlich gleicher Rechte für alle.⁸³⁶ Ein materielles Gleichheitsverständnis strebt dagegen nach dem Abbau faktischer Benachteiligungen aufgrund von verpönten Merkmalen, verbietet daher auch mittelbare Diskriminierungen und erfordert im Notfall verfassungsrechtlich ein gesetzgeberisches Eingreifen zur Beseitigung struktureller

830 St. Rspr. seit BVerfGE 88, 87 (96).

831 BVerfGE 55, 72 (88); 88, 87 (96).

832 *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 21 Rn. 243 m.w.N.

833 Vgl. zuletzt BVerfG, Urt. v. 26.05.2020 - 1 BvL 5/18 -, Rn. 94 f.; *Chen*, Die speziellen Diskriminierungsverbote der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, S. 183–189 m.w.N.; *Britz*, NJW 2014, 346.

834 BVerfGE 97, 35 (44); *Epping*, Grundrechte, Rn. 773; *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, S. 185 f.; *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 84; *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 175–177; dagegen hält die Frage für umstritten *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 3 Rn. 16 m.w.N.

835 Grundlegend *Sacksofsky*, in: Handbuch des Verfassungsrechts, § 19 Gleichheitsrechte; *Jestaedt*, in: Huber (Hrsg.), Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, S. 298; zur Unterscheidung auch *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 418–425; *Mangoldt*, RphZ 2016, 152–168 (160–161); *Wapler*, in: Sacksofsky (Hrsg.), Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses, S. 53 (66 f.).

836 *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 418; *Farahat*, in: Baer/Lepsius/Schönberger/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Inklusion in der superdiversen Einwanderungsgesellschaft, S. 337 (364–366).

Benachteiligungen.⁸³⁷ Ziel ist dabei nicht die tatsächliche Gleichstellung, sondern die Durchsetzung rechtlicher Gleichheit.⁸³⁸

Ein materielles Gleichheitsverständnis kommt jedenfalls für die Merkmale des Geschlechts⁸³⁹ und der Behinderung⁸⁴⁰ in Betracht, für die der Verfassungsgesetzgeber textliche Anhaltspunkte geschaffen hat, die Gleichheit in der gesellschaftlichen Wirklichkeit fordern, Art. 3 Abs. 2 GG beziehungsweise Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG.⁸⁴¹ Mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Merkmalen des Geschlechts und der Behinderung wird ein Verbot mittelbarer Diskriminierung auch wegen anderer in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG genannter Merkmale zunehmend bejaht.⁸⁴² Allerdings ist das Vorliegen einer staatlichen Verpflichtung aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, Diskriminierungen durch Private entgegenzuwirken, umstritten.⁸⁴³ *Baer/Markard* nehmen, „eventuell auch i.V.m. Art. 1 Abs. 1 S. 2 oder gleichfalls betroffenen Freiheitsrechten“, eine Schutzpflicht gegenüber privater Diskriminierung jedenfalls dann an, wenn sie strukturell Exklusion bewirkt oder gar in Gewalt umschlägt, weil individueller Rechtsschutz in Anbetracht der über den Einzelfall hinausgehen-

837 *Farahat*, in: Baer/Lepsius/Schönberger/Waldhoff/Walter (Hrsg.), *Inklusion in der superdiversen Einwanderungsgesellschaft*, S. 337 (364–366).

838 *Wapler*, in: Sacksofsky (Hrsg.), *Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und des juristischen Diskurses*, S. 53 (67).

839 BVerfGE 121, 241 (254); BVerfGE 97, 35 (43), die sich auf Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG stützen und nicht – wie BVerfGE 126, 29 (53 f.) – auf Art. 3 Abs. 2 GG.

840 BVerfG, Beschl. v. 29.02.2019 - 2 BvC 62/14 -, Rn. 55 f.

841 *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig, Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 38; *Chen*, *Die speziellen Diskriminierungsverbote der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, S. 189 f.

842 *Nußberger*, in: Sachs, Art. 3 Rn. 255 f.; *Krieger*, in: Hofmann/Henneke, Art. 3 Rn. 58–60; *Wolff*, in: Hömig/Wolff, Art. 3 Rn. 20; *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 430 f.; *Sacksofsky*, in: *Handbuch des Verfassungsrechts*, § 19 Gleichheitsrechte Rn. 75–154; *Chen*, *Die speziellen Diskriminierungsverbote der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, S. 191 f.; mit Einschränkung *Sodan*, in: Sodan, Art. 3 Rn. 23; *a.A. Kischel*, in: BeckOK Grundgesetz, Art. 3 GG Rn. 215; *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig, Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 37–39.

843 Eine entsprechende Verpflichtung bejahen *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 3 Rn. 150; *Dietlein*, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, S. 84–86; *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), § 182 Besondere Gleichheitsgarantien, Rn. 144, der allerdings die Figur der mittelbaren Diskriminierung ablehnt (Rn. 32, 95–97); *a.A. Wollenschläger*, FS Franz und Müller, S. 299 (300–303), dem zufolge sich aber aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG ein Auftrag zum Abbau tatsächlicher Ungleichheiten ergibt.

den Wirkung nicht greife.⁸⁴⁴ Der vom Bundesverfassungsgericht genannte Zweck des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen,⁸⁴⁵ spricht für eine solche Auslegung. Auch dogmatisch vermag die Ansicht zu überzeugen, im Verhältnis zwischen Privaten Differenzierungen anhand grundrechtlich geschützter Merkmale nur insoweit zuzulassen, wie sie wiederum durch andere Grundrechtspositionen zu rechtfertigen sind.⁸⁴⁶

Andere lehnen ein materielles Gleichheitsverständnis und staatliche Schutzpflichten strikt ab.⁸⁴⁷ *Langenfeld* und *Lehner* nehmen stattdessen staatliche Schutzpflichten gegen Diskriminierung im Privatrechtsverkehr aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG an.⁸⁴⁸ Wenn sich allerdings aus den objektiven Wertenscheidungen der Diskriminierungsverbote „fassbare persönlichkeitsrechtliche Schutzgegenstände“⁸⁴⁹ herausbilden, wären diese *lex specialis* gegenüber dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Art. 3 Abs. 3 GG ist als greifbares Ausgrenzungsverbot zu verstehen.⁸⁵⁰ Die Schutzbedürftigkeit des Diskriminierungsverbots leitet sich aus seiner Nähe zum Menschenwürdegebot und der Gefahr einer Aushöhlung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ab, wenn Übergriffe Privater toleriert würden.⁸⁵¹

Ferner ist zu beachten, dass staatliche Schutzpflichten vor allem wegen und in Bezug auf eine vermeintliche Einschränkung der Privatautonomie

844 *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 425 m.w.N.; *a.A. Langenfeld*, in: Maunz/Dürig, Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 83–86.

845 BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 –, Rn. 59.

846 So *Kneihls*, ZaöRV 2019, 729 (764–766); auch im Unionsrecht ist eine Horizontalwirkung von Diskriminierungsverboten in der jüngeren Judikatur anerkannt worden, vgl. EuGH (GK), Urt. v. 22.01.2019, Cresco Investigation GmbH, C-193/17, EU:C:2018:614, Rn. 76 ff.; EuGH (GK), Urt. v. 06.11.2018, Bauer u.a., C-569/16 und C-570/16, EU:C:2018:337, Rn. 88 ff.; EuGH (GK), Urt. v. 17.04.2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, Rn. 70 ff.

847 *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig, Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 83–86; *Lehner*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte, S. 209; *Majer/Pautsch*, ZAR 2020, 414 (416 f.); mit Einschränkung *Rüfner*, FS Friauf, S. 331 (333–336).

848 *Langenfeld* Rn. 97–100; *Lehner*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte, S. 226–248.

849 *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 84.

850 So auch *Baer*, KJ 2020, 543 (552): "Es ist ein Ausgrenzungsverbot, ganz real, ganz greifbar."

851 *Fries*, Die Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention im deutschen Recht, S. 249–252; vgl. auch *Schmidt*, in: ErfK, Art. 3 GG Rn. 67; *Sacksofsky*, in: Handbuch des Verfassungsrechts, § 19 Gleichheitsrechte Rn. 85 f.

im Zivilrechtsverkehr abgelehnt werden.⁸⁵² Dieses Argument greift nicht, wenn es um die Grundrechtswirkung der Diskriminierungsverbote für Organisation und Verfahren der Ausübung von Staatsgewalt geht. *Sachs* trennt diese Frage konsequent von der nach den Schutzpflichten vor privater Diskriminierung (und bejaht beide).⁸⁵³ Das privatrechtsspezifische kontradiktorische Spannungsverhältnis von Freiheit und Gleichheit⁸⁵⁴ wird durch eine prozessuale Verpflichtung im Grundsatz nicht berührt. Im Gegenteil vergrößern Gleichstellungsmaßnahmen die Freiheitsspielräume von Diskriminierungsgefährdeten.⁸⁵⁵

Im Verfassungsrecht wurden aus Art. 3 GG bisher keine Untersuchungspflichten entwickelt.⁸⁵⁶ Die Ausführungen zu Schutzpflichten und vor allem die wesentlich vom EGMR geprägte Untersuchungspflicht aus den völkerrechtlichen Diskriminierungsverboten⁸⁵⁷ können mit Blick auf das Prinzip der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes⁸⁵⁸ allerdings auch für das deutsche Verfassungsrecht fruchtbar gemacht werden. Zwar treffen die völkerrechtlichen Konventionen keine Aussage darüber, ob staatliche Gewalt privatrechtlichen Diskriminierungsschutz gerade verfassungsrechtlich gewähren muss.⁸⁵⁹ Allerdings stützt das Völkerrecht eine solche Interpretation der verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote.⁸⁶⁰ Die Auslegung der Europäischen Menschenrechtskonvention durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wird wiederum als Auslegungshilfe für die Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes herangezogen, soweit dies methodisch vertretbar und mit

852 *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig, Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 83–90; *Lehner*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte, S. 210–216; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 175 f.

853 *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), § 182 Besondere Gleichheitsgarantien, Rn. 144 f.; ähnlich *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 175–183, der originäre Leistungsrechte und Schutzpflichten von der Teilhabe- und der verfahrens- und organisatorischen Dimension trennt.

854 Grundlegend *Lauffer*, in: Leibholz (Hrsg.), Freiheit und Gleichheit, S. 337; kritisch *Heckel*, FS Dürig, S. 241 (254–257), dem zufolge Freiheits- und Gleichheitsgarantien im Art. 3 Abs. 3 GG verbunden sind.

855 *Sacksofsky*, in: Handbuch des Verfassungsrechts, § 19 Gleichheitsrechte Rn. 12.

856 *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 21.

857 Kapitel C. II. 1. b)-d).

858 BVerfGE 112, 1 (25 f.).

859 Ausführliche Prüfung von *Lehner*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte, 136–146.

860 *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 425.

den Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar ist.⁸⁶¹ Die völkerrechtsfreundliche Auslegung darf nicht dazu führen, dass der Grundrechtsschutz nach dem Grundgesetz eingeschränkt wird, etwa in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen.⁸⁶²

Eine staatliche Schutzpflicht in Bezug auf besondere verfahrensrechtliche Garantien für Betroffene von diskriminierender Gewalt berührt – wie oben aufgezeigt – nicht unmittelbar ein mehrpoliges Grundrechtsverhältnis. Einer besonderen, prozessualen Untersuchungspflicht von Straftaten stünde ein Grundrecht des/der Beschuldigten/Angeklagten nicht prinzipiell entgegen. Eine Einschränkung in die Privatautonomie und den Grundrechtsschutz nach dem Grundgesetz liegt nicht vor. Eine völkerrechtsfreundliche Auslegung des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, eine besondere Untersuchungspflicht für Fälle vorurteilsgeleiteter Gewalt aus den im Katalog genannten Merkmalen anzunehmen, stößt daher auf keine tiefgreifenden Bedenken. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG stellt kein Ignorierungsgebot im Sinne eines Anknüpfungsverbots an die persönlichen Merkmale dar, sondern muss Verschiedenheit achten, um Gleichheit als Gleichwertigkeit (und nicht als Gleichförmigkeit) zu erreichen.⁸⁶³ Die Rechtsprechung des EGMR hinsichtlich der Rechte des Opfers auf ein und solche im Strafverfahren gegen die mutmaßlichen Täter*innen schlägt also auf das innerstaatliche deutsche Recht durch.⁸⁶⁴

Laut Bundesverfassungsgericht stellen sich die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG als Konkretisierung der Menschenwürde dar.⁸⁶⁵ In Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG ergibt sich daraus neben der Achtungs-, eine Schutzpflicht der staatlichen Gewalt.⁸⁶⁶ Aus der objektiven Wertentscheidung der Norm kann somit die Rechtspflicht des Staates abgeleitet werden, Menschen vor Diskriminierungen zu schützen, damit sie keiner Benachteiligung aufgrund ihrer persönlichen Merkmale unterliegen. In ähnlicher Form, wie der Sozialstaat die faktische Ungleichheit der

861 BVerfGE 111, 307 (328 f.) – *Görgülü*; 128, 326 (366 f.); *Daiber*, DÖV 2018, 957 (963) zufolge erhebt das Bundesverfassungsgericht die EMRK und die diesbezügliche Rechtsprechung "vielmehr indirekt in den Verfassungsrang und macht sie de facto zum Prüfungsmaßstab".

862 BVerfGE 128, 326 (371).

863 *Heckel*, FS Dürig, S. 241 (244).

864 *Peter*, Verbesserung der Stellung des Opfers im Strafverfahren, S. 54.

865 BVerfGE 144, 20 (207 f.) Rn. 541 – NPD-Verbotsverfahren.

866 Von einer staatlichen Schutzpflicht, Verletzungen durch Dritte gegen das Diskriminierungsverbot vorzubeugen, geht auch die Bundesregierung aus: *Bundesregierung*, Nationaler Aktionsplan gegen Rassismus, S. 13.

Lebensverhältnisse durch rechtliche Ungleichheit teilweise ausgleicht,⁸⁶⁷ muss der Staat dann versuchen, faktische Benachteiligungen aufgrund eines der in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG genannten Merkmale auszugleichen. Selbst Fördermaßnahmen sind nach materieller Betrachtung keine Benachteiligung oder Bevorzugung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, soweit sie bestehende Nachteile ausgleichen.⁸⁶⁸ Das Grundgesetz erlaubt im Hinblick auf eine besondere Untersuchungspflicht gegenüber Vorurteils kriminalität eine materielle Betrachtung der Diskriminierungsverbote, die aufgrund des Prinzips der Völkerrechtsfreundlichkeit die gebotene Auslegung darstellt.⁸⁶⁹

h) Zwischenfazit

Eine Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte muss sachlich nachvollziehbar begründbar sein, um Willkür auszuschließen. Opfer vorurteilsgeleiteter Straftaten befinden sich allerdings in einer psychisch oftmals labileren, jedenfalls ungleichen Situation gegenüber Opfern nicht-vorurteilsgeleiteter Straftaten.⁸⁷⁰ Opfer dieser besonderen Kriminalitätsform mit ihren spezifischen Schadensdimensionen können daher grundsätzlich rechtlich anders behandelt werden als Opfer von nicht vorurteilsmotivierter Kriminalität. Normierungen, die zwischen beiden Opfergruppen unterscheiden, sind daher einer sachlichen Nachvollziehbarkeit grundsätzlich zugänglich. Eine Bleiberechtsregelung für Opfer von Vorurteils kriminalität ist daher rechtlich möglich und verstößt nicht per se gegen Gleichbehandlungsgebote oder Diskriminierungsverbote.

Insbesondere die Entscheidungen des *Committee on the Elimination of Racial Discrimination* und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zeigen stattdessen auf, dass Opfer von Hasskriminalität sich in einem wesentlich ungleichen Sachverhalt gegenüber Opfern anderer Kriminalitätsformen befinden, sodass eine Gleichbehandlung willkürlich wäre. Die Staaten müssen dieser Kriminalitätsform und den Opfern daher in besonderer Weise begegnen. Daraus ergibt sich als spezifische Ausprägung staatlicher Schutzpflichten eine Untersuchungs- und Bestrafungspflicht möglicher Vorurteilsmotive bei der Anwendung von Gewaltstraftaten.

867 Vgl. *Heckel*, FS Dürig, S. 241 (253 f.).

868 *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 435.

869 So i.E. auch *Cremer*, Das Verbot rassistischer Diskriminierung, S. 13 f.

870 Siehe Kapitel B. III.

Zudem kommen weitere gegen die Diskriminierung gerichtete positive Maßnahmen zu Gunsten der Betroffenen in Betracht.

Die Untersuchungs- und Bestrafungspflicht von Hasskriminalität korrespondiert mit einem subjektiven Recht Betroffener auf adäquaten Rechtsschutz und angemessene Entschädigungs- oder Genugtuungsmöglichkeiten. Zunehmend wird sich im Zusammenhang mit der Untersuchungs- und Bestrafungspflicht auch der Bedeutung der Beteiligung des Opfers am Strafverfahren zugewendet. Betroffene sollen hierbei eine aktive Rolle einnehmen können. Aufenthaltsrechtliche Barrieren können eine solche aktive Rolle behindern.

Die Diskriminierungsverbote stützen mithin die Forderung nach einer aufenthaltsrechtlichen Privilegierung für Betroffene von Hasskriminalität. Trotzdem können zentrale Fragen zur aufenthaltsrechtlichen Wirkung zu Gunsten der Rechteinhaber*innen einer Untersuchungs- und Bestrafungspflicht aktuell nicht allein aus den Diskriminierungsverboten beantwortet werden. Haben Betroffene eines Hassdelikts einen Anspruch auf Aufenthalt im betroffenen Land jedenfalls bis zum Abschluss der sorgfältigen Untersuchung des Vorfalls sowie eines etwaigen Bestrafungs- und/oder Entschädigungsverfahrens? Ist möglicherweise in bestimmten Fällen Betroffenen diskriminierender Straftaten ein längerfristiges Aufenthaltsrecht zu gewähren?

Die Beantwortung dieser Fragen hängt insbesondere von etwaigen Beteiligungsrechten ab, die sich aus der Untersuchungs- und Bestrafungspflicht sowie den Rechten auf Rechtsschutz, Entschädigung und Wiedergutmachung ergeben. Entscheidend ist, inwieweit hierfür die physische Anwesenheit der Betroffenen förderlich oder sogar erforderlich ist. Im nächsten Abschnitt werden daher die Beteiligungsrechte im Verfahren zur Untersuchung des Hassdelikts analysiert.

2. Beteiligungsrecht des Opfers im Strafverfahren

Es ist zu untersuchen, ob die sich aus den Diskriminierungsverboten ergebenden Untersuchungs- und Bestrafungspflichten mit einem Anwesenheitsrecht des Opfers im Strafverfahren korrespondieren. Für die Begründung eines etwaigen Anwesenheitsrechts werden im Folgenden Beteiligungsrechte des Opfers analysiert. Beispielsweise könnte das Recht auf Ermittlungen, die geeignet sind, zu Bestrafungen von Verantwortlichen zu führen, eine adäquate Stellung für das Opfer während der Ermittlungen beinhalten. Erfordern Beteiligungsrechte die physische Anwesenheit

des Opfers, so ist dies bei einer Entscheidung über einen Vollzug einer etwaigen Ausreisepflicht zu berücksichtigen und könnte sich zu einem Aufenthaltsrecht für die Dauer des Strafverfahrens gegen die Täter*innen verdichten. Weitestgehend ausgeklammert wird dagegen die Position des Opfers in der Funktion als Zeug*in, zumindest soweit sich die Rechte von Zeug*innen und Opfern nicht überschneiden.

a) Völkerrechtliche Vorgaben

Während nationale Rechtsordnungen Betroffenen von Straftaten in bestimmten Fällen eine Beteiligung als Prozesspartei einräumen, wird die prozessrechtliche Stellung der Opfer im Völkerrecht regelmäßig nicht konkretisiert.⁸⁷¹ Dennoch ist im internationalen Recht eine zunehmende Würdigung und Berücksichtigung der Interessen Betroffener von Menschenrechtsverletzungen festzustellen.⁸⁷² Dies gilt in besonderer Weise für Opfer schwerer Verbrechen, die eine Untersuchungs- und Bestrafungspflicht auslösen (lit. aa). Anfangs noch auf Unterstützung und Schutz beschränkt, wird mittlerweile auch die aktive Beteiligung Betroffener und ihre physische Anwesenheit im Strafverfahren als legitimes Interesse von Straftatopfern anerkannt (lit. bb). Damit in Übereinstimmung steht die zunehmende Bedeutung des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK für Straftatopfer (lit. cc). Aber auch das Recht der Angeklagten auf ein faires Verfahren kann Implikationen für das Aufenthaltsrecht des Opfers haben (lit. dd).

aa) Einbindung Betroffener zur Bekämpfung von Straflosigkeit

Hervorzuheben sind die Ausführungen zur Opferbeteiligung im Rahmen der internationalen Bemühungen zur Bekämpfung der Straflosigkeit

871 Hirst, in: Sheeran/Rodley (Hrsg.), Victims' Participation and reparations in international criminal proceedings, S. 683 (688 f.); Mujuzi, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 2016, 107. Zu Beteiligungsrechten in nationalen Rechtsordnungen siehe etwa die folgenden rechtsvergleichenden Studien: Braun, Victim participation rights, S. 87–202 Stehle, Das Strafverfahren als immaterielle Wiedergutmachung, S. 70–206; Kirchengast, Victimology and Victim Rights, S. 137–210.

872 Vgl. Ambos, in: Haldemann/Unger/Cadelo, Principle 19 Rn. 13–16.

schwerer Verbrechen. Zunächst ist allerdings festzustellen, ob Hasskriminalität hiervon überhaupt umfasst ist.

In den sogenannten Joinet-Prinzipien legte der damalige UN-Sonderberichterstatter der Unterkommission der UN-Menschenrechtskommission seine Grundsätze zur Bekämpfung der Straflosigkeit, insbesondere gegenüber schweren Verbrechen im Sinne des Völkerrechts, vor.⁸⁷³ Diese Grundsätze finden mittlerweile breite Anerkennung in der internationalen Staatenpraxis und Rechtsprechung.⁸⁷⁴ Die Definition des schweren Verbrechens beschränkt sich in den Joinet-Prinzipien allerdings auf Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Genozid und schwere Verstöße gegen das humanitäre Völkerrecht.⁸⁷⁵

Überarbeitet und aktualisiert wurden die Joinet-Prinzipien im Jahr 2005 durch die vom UN-Generalsekretär benannte Juristin Orentlicher.⁸⁷⁶ Dabei wurde die Definition des schweren Verbrechens auf alle Verletzungen völkerrechtlich geschützter Menschenrechte erweitert, die eine Bestrafungspflicht auslösen.⁸⁷⁷ Hierfür ist insbesondere die internationale Rechtsprechung zu Menschenrechtsverträgen heranzuziehen.⁸⁷⁸ Die auf Grundlage von Diskriminierungsverboten bestehenden Verpflichtungen zur Bekämpfung von Hasskriminalität⁸⁷⁹ sind also zu beachten. Im Ergebnis sind die Joinet-Orentlicher-Prinzipien zur Bekämpfung von Straflosigkeit auch auf diskriminierende Kriminalität anzuwenden.

873 UN-Menschenrechtskommission, Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political). Revised final report prepared by Mr. Joinet pursuant to Sub-Commission decision 1996/119, UN-Dok. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 (1997).

874 Müller-Hoff, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maaß (Hrsg.), Unternehmen als Täter – internationale Perspektiven und Herausforderungen für das deutsche Straf- und Prozessrecht, S. 223 (227) m.w.N.

875 UN-Menschenrechtskommission, Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political). Revised final report prepared by Mr. Joinet pursuant to Sub-Commission decision 1996/119, at Annex II, Definitions, B., UN-Dok. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 (1997).

876 UN-Menschenrechtskommission, Promotion and Protection of Human Rights. Impunity. Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity, Diane Orentlicher, UN-Dok. E/CN.4/2005/102/Add.1 (2005).

877 UN-Menschenrechtskommission, Promotion and Protection of Human Rights. Impunity. Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity, Diane Orentlicher, at Definitions B., UN-Dok. E/CN.4/2005/102/Add.1 (2005).

878 Ambos, in: Haldemann/Unger/Cadelo, Principle 19 Rn. 17–21; Kräbenmann, in: Haldemann/Unger/Cadelo, Definitions Rn. 12.

879 Kapitel C. II. 1.

Gemäß Joinet-Orentlicher-Prinzip Nr. 19 Abs. 2 soll Opfern schwerer Menschenrechtsverletzungen und jeder Person mit einem berechtigtem Interesse eine umfassende rechtliche Stellung (*broad legal standing*) in allen geeigneten Stadien des Strafverfahrens gegen die mutmaßlichen Täter*innen garantiert werden.⁸⁸⁰ Die umfassende rechtliche Stellung kann in diesem Zusammenhang nur die Einräumung von Beteiligungsrechten meinen.⁸⁸¹ Zudem spricht Joinet-Orentlicher-Prinzip Nr. 31 f. allen Betroffenen von Menschenrechtsverletzungen das Recht auf Wiedergutmachung durch den Staat und die Möglichkeit zu, Entschädigung von den Täter*innen zu suchen.

Noch konkreter sind die Ausführungen zur Opferbeteiligung in den vom Ministerkomitee des Europarats am 30. März 2011 beschlossenen *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on eradicating impunity for serious human rights violations*.⁸⁸² Die Richtlinien fordern die Staaten zur effektiven Bestrafung schwerer Menschenrechtsverletzungen auf.⁸⁸³ Schwere Menschenrechtsverletzungen im Sinne der Richtlinien meint auch hier solche Handlungen, gegenüber denen Staaten strafrechtliche Vorschriften erlassen müssen.⁸⁸⁴ Dies wird im Kontext des Rechts auf Leben (Art. 2 EMRK), des Verbots von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung (Art. 3 EMRK), des Verbots von Sklaverei und Zwangsarbeit (Art. 4 EMRK), des Rechts auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5 Abs. 1 EMRK) und des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) ausdrücklich bejaht.⁸⁸⁵ Im Entwurf der Richtlinie wird als Referenz zudem auch die oben aufgezeigte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Bezug auf die Untersuchung und Bestrafung rassistischer Motive aufgeführt.⁸⁸⁶

Nach den Richtlinien des Europarats hat die prozessuale Verpflichtung zu wirksamen Untersuchungen in allen Fällen schwerer Menschenrechts-

880 UN-Menschenrechtskommission, Promotion and Protection of Human Rights. Impunity. Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity, Diane Orentlicher, para. 37, UN-Dok. E/CN.4/2005/102 (2005).

881 *Ambos*, in: Haldemann/Unger/Cadelo, Principle 19 Rn. 5, 13–16.

882 Europarat, Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on eradicating impunity for serious human rights violations, CM/Del/Dec (2011) 1110 (im Folgenden: Guidelines on eradicating impunity).

883 Europarat, Guidelines on eradicating impunity, para. III. 1.

884 Europarat, Guidelines on eradicating impunity, para. II. 3.

885 Ebd.

886 Europarat, Steering Committee for Human Rights (CDDH), CM(2011)13-add, para. V. 1.

verletzungen absoluten Charakter.⁸⁸⁷ Die Richtlinie erarbeitet einen Kriterienkatalog, der zur Wahrung der prozessualen Verpflichtung erfüllt werden muss. Hierzu gehört auch die Einbindung des Opfers in die Ermittlungen. Die Staaten sollen demnach sicherstellen, dass sich Betroffene an den Ermittlungen und dem Strafverfahren in dem Maße beteiligen dürfen, wie dies zur Wahrung ihrer berechtigten Interessen (*legitimate interests*) erforderlich ist.⁸⁸⁸ Die Staaten haben ebenfalls zu gewährleisten, dass die Betroffenen regelmäßig Informationen über die Entwicklungen und Ergebnisse ihrer Anzeigen, des Verfahrens, der Vollstreckung und aller Maßnahmen erhalten können, die die Wiedergutmachung für verursachte Schäden beim Opfer betreffen.⁸⁸⁹

Zudem ist die Bereitstellung von Rechtsberatung und -beistand sicherzustellen, soweit die nationalen Verfahrensordnungen den Opfern die Stellung als Prozesspartei einräumen und dies für die Beteiligung am Verfahren erforderlich ist.⁸⁹⁰ Nach Notwendigkeit sollen die Staaten in allen Verfahrensstadien Schutzmaßnahmen für die physische und psychische Integrität von Opfern und Zeug*innen erlassen. Opfer und Zeug*innen sollten geschützt werden vor Einschüchterungen, Vergeltungsakten oder anderen Maßnahmen, die sie davon abbringen, ihre Beschwerden vorzubringen oder zu verfolgen oder am Strafverfahren teilzunehmen.⁸⁹¹ Um die Sicherheit und Würde der betroffenen Personen entsprechend zu schützen, kommen sowohl während als auch nach dem Ermittlungsprozess besondere Maßnahmen und Unterstützungsleistungen in Betracht.⁸⁹²

bb) Recht auf wirksame Teilnahme am Strafverfahren

1985 wurden in Bezug auf die Position von Geschädigten in nationalen Strafverfahren sowohl von der UN-Generalversammlung als auch vom Ministerkomitee des Europarats unverbindliche Empfehlungen ausgesprochen. Dem Ministerkomitee des Europarats zufolge soll ein Opfer im Strafverfahren über Ort und Zeit des Verfahrens, über seine Möglichkeiten, innerhalb des Strafverfahrens Entschädigungs- und Wiedergutmachungs-

887 Europarat, Guidelines on eradicating impunity, para. V. 1.

888 Europarat, Guidelines on eradicating impunity, para. VII. 1.

889 Europarat, Guidelines on eradicating impunity, para. VII. 2.

890 Europarat, Guidelines on eradicating impunity, para. VII. 5.

891 Europarat, Guidelines on eradicating impunity, para. VII. 6.

892 Ebd.

ansprüche geltend zu machen und rechtlichen Beistand und Beratung zu erhalten, sowie darüber, wie er sich über das Ergebnis des Verfahrens unterrichten kann, informiert werden.⁸⁹³

Gemäß *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power* der UN-Generalversammlung sollen darüber hinaus in geeigneten Verfahrensabschnitten die Standpunkte und Belange der Geschädigten dargelegt und gewürdigt werden, soweit ihre persönlichen Interessen berührt sind.⁸⁹⁴ Zudem sollen Geschädigte die erforderliche materielle, medizinische, psychologische und soziale Unterstützung erhalten.⁸⁹⁵ Hierbei sind besondere Bedürfnisse aufgrund der Art des zugefügten Schadens oder aufgrund eines bestimmten Diskriminierungsmerkmals zu berücksichtigen.⁸⁹⁶ Diese Berücksichtigungspflicht lässt sich auch ohne explizite Bezugnahme auf Hasskriminalität als Empfehlung deuten, Opfern vorurteilsgeleiteter Straftaten besonderen Beistand und Unterstützung zur Verfügung zu stellen.

Art. 2 Abs. 3 IPbPR verpflichtet die Staaten zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes zwecks Verteidigung der Konventionsrechte.⁸⁹⁷ Dies macht es jedenfalls bei Tötungsdelikten erforderlich, Opfern und Angehörigen Zugang zu einem Verfahren zu verschaffen, das gründliche staatliche Ermittlungen mit der Möglichkeit der Bestrafung von Verantwortlichen beinhaltet.⁸⁹⁸ Den Betroffenen sind zudem angemessene Informationen über die Ermittlungsergebnisse und angemessene Entschädigungen zur Verfügung zu stellen.⁸⁹⁹ Dieses Recht auf eine wirksame Beschwerde (*right to an effective remedy*) umfasst bei schweren Menschenrechtsverletzungen

893 Ministerkomitee des Europarats, Recommendation No. R (85) 11 on the position of the victim in the framework of criminal law and procedure vom 28.06.1985, para. 9.

894 UN General Assembly, Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, UN GAOR, 40th sess., Suppl. no. 53, para. 6 (b), UN Doc. A/RES/40/34 (1985).

895 UN General Assembly, Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, UN GAOR, 40th sess., Suppl. no. 53, para. 14, UN Doc. A/RES/40/34 (1985).

896 UN General Assembly, Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, UN GAOR, 40th sess., Suppl. no. 53, para. 17, UN Doc. A/RES/40/34 (1985).

897 *Hofmann/Boldt*, Kommentar zu dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, Art. 2 Rn. 3.

898 HRCtee, Comm. no. 1196/2003 (*Boucherf/Algerien*), para. 11, UN Doc. CCPR/C/86/D/1196/2003 (2006); HRCtee, Comm. no. 1780/2008 (*Zarzi/Algerien*), paras 9 f., UN Doc. CCPR/C/101/D/1813/2008 (2011).

899 Ebd.

das Recht des Opfers auf Zugang zur Justiz, auf Entschädigung sowie auf Zugang zu relevanten Informationen im Zusammenhang mit der Rechtsverletzung und mit Entschädigungsmechanismen.⁹⁰⁰ Eng verknüpft mit dem Recht auf wirksame Beschwerde ist die effektive Ermittlungspflicht in Fällen schwerer Straftaten durch private Dritte.⁹⁰¹ Auf der Ebene der UN-Menschenrechtsverträge bleibt das erforderliche Maß der Einbindung Betroffener von Straftaten in den Strafprozess allerdings weitgehend vage.

Besondere Untersuchungspflichten ergeben sich laut der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nicht nur – wie oben aufgezeigt – bei vorurteilsgeleiteten Straftaten, sondern ebenso zum Schutz weiterer fundamentaler Menschenrechte, wie dem Recht auf Leben⁹⁰² und dem Recht auf Freiheit von Folter oder Misshandlungen⁹⁰³ sowie von Sklaverei⁹⁰⁴. Zudem haben Betroffene schwerer Menschenrechtsverletzungen aus Art. 13 EMRK Anspruch auf, „*in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible (...) and including effective access for the complainant to the investigation procedure*“.⁹⁰⁵ Zur Reichweite dieses Rechts auf wirksame Beteiligung von Opfern und Angehörigen an Strafverfahren gegen die mutmaßlichen Täter*innen hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bereits

900 UN General Assembly, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, UN GAOR, 60th sess., Suppl. no. 49, para. 11, UN-Doc. A/RES/60/147 (2006).

901 Hirst, in: Sheeran/Rodley (Hrsg.), Victims' Participation and reparations in international criminal proceedings, S. 683 (690) m.w.N.

902 EGMR (GK), Urt. v. 27.09.1995 – 18984/91 (*McCann u.a./Vereinigtes Königreich*), Series A324, Rn. 161; EGMR (GK), Urt. v. 20.05.1999 – 21594/93 (*Oğur/Türkei*), Reports 1999-III, Rn. 88; EGMR, Urt. v. 04.05.2001 – 24746/94 (*Hugh Jordan/Vereinigtes Königreich*), Rn. 105; EGMR, Urt. v. 04.05.2001 – 37715/97 (*Shanaghan/ Vereinigtes Königreich*), Rn. 88; EGMR, Urt. v. 04.05.2001 – 30054/96 (*Kelly u.a./Vereinigtes Königreich*), Rn. 94-98.

903 EGMR, Urt. v. 28.10.1998 – 24760/94 (*Assenov u.a./Bulgarien*), Reports 1998-VIII, Rn. 102; EGMR (GK), Urt. v. 13.12.2012 – 39630/09 (*El-Masri/Frühere jugoslawische Republik Mazedonien*), Reports 2012-VI, Rn. 183-185.

904 EGMR, Urt. v. 07.01.2010 – 25965/04 (*Rantsev/Zypern und Russland*), Reports 2010-I, Rn. 288.

905 EGMR, Urt. v. 10.04.2001 – 26129/95 (*Tanli/Türkei*), 2001-III, Rn. 171; zum Verhältnis von Art. 13 und der Ermittlungspflicht aus anderen Artikeln *Dearing, Justice for Victims of Crime*, S. 42–45.

mehrfach geurteilt und dabei – wie im Folgenden aufgezeigt werden wird – das Recht auf Information und Beteiligung gestärkt.⁹⁰⁶

Die verfahrensrechtliche Dimension von Art. 2 EMRK verpflichtet die Staaten, Opferangehörige insoweit in die Ermittlungen und das Verfahren zu involvieren, wie dies zur Wahrung ihrer berechtigten Interessen (*legitimate interests*) erforderlich ist.⁹⁰⁷ Auch bei Ermittlungen nach Art. 3 EMRK muss das Opfer in der Lage sein, wirksam daran teilzunehmen.⁹⁰⁸ Nicht geboten ist es, Betroffenen die Einsichtnahme in alle Unterlagen der polizeilichen Ermittlungsbehörden zu ermöglichen.⁹⁰⁹ Die Ermittlungsbehörden müssen auch nicht jeder Bitte nach besonderen Ermittlungsmethoden nachkommen, sondern haben einen Ermessensspielraum.⁹¹⁰

Allerdings sind die Konventionsstaaten dazu verpflichtet, Angehörige oder unmittelbar Betroffene in die Ermittlungen einzubeziehen und sie über den Verlauf und etwaige Ergebnisse ordnungsgemäß zu unterrichten.⁹¹¹ Ihre Einbindung darf nicht von einer Beteiligung als Zivilpartei abhängig gemacht werden.⁹¹² Ihre Anträge und Hinweise zu gebotenen Maßnahmen der Beweissicherung sind rechtzeitig zu bearbeiten.⁹¹³ Opfer

906 Vgl. Meyer-Ladewig/Huber, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer, Art. 2 Rn. 21–31.

907 EGMR (GK), Urt. v. 30.03.2016 – 5878/08 (*Armani Da Silva/Vereinigtes Königreich*), Reports 2016, Rn. 235; EGMR (GK), Urt. v. 14.04.2015 – 24014/05 (*Mustafa Tunç und Fecire Tunç/Türkei*), Rn. 179; EGMR (GK), Urt. v. 07.07.2011 – 55721/07 (*Al-Skeini u.a./Vereinigtes Königreich*), Reports 2011-IV, Rn. 167; EGMR, Urt. v. 18.12.2012 – 2944/06 (*Aslakhanova u.a./Russland*), Rn. 121; EGMR, Urt. v. 13.06.2002 – 38361/97 (*Angelova/Bulgarien*), Reports 2002-IV, Rn. 140; EGMR, Urt. v. 04.05.2001 – 30054/96 (*Kelly u.a./Vereinigtes Königreich*), Rn. 98.

908 EGMR (GK), Urt. v. 17.09.2014 – 10865/09 (*Mocanu ua/Rumänien*), Reports 2014-V, Rn. 324.

909 EGMR, Urt. v. 04.05.2001 – 24746/94 (*Hugh Jordan/Vereinigtes Königreich*), Rn. 121.

910 EGMR (GK), Urt. v. 15.05.2007 – 52391/99 (*Ramsahai u.a./Niederlande*), Reports 2007-II, Rn. 348; EGMR (GK), Urt. v. 24.03.2011 – 23458/02 (*Giuliani und Gaggio/Italien*), Reports 2011-II, Rn. 304; EGMR (GK), Urt. v. 25.06.2019 – 41720/13 (*Nicolae Virgiliu Tănase/Rumänien*), Rn. 183.

911 EGMR (GK), Urt. v. 16.02.2021 – 4871/16 (*Hanan/Deutschland*), Rn. 208; EGMR (GK), Urt. v. 17.09.2014 – 10865/09 (*Mocanu ua/Rumänien*), Reports 2014-V, Rn. 349-351; EGMR, Urt. v. 16.04.2015 – 44297/06 (*Mezhiyeva/Russland*), Rn. 75; EGMR, Urt. v. 12.11.2013 – 23502/06 (*Benzer u.a./Türkei*), Rn. 193; EGMR, Urt. v. 29.05.2012 – 36150/04 (*Damayev/Russland*), Rn. 87.

912 EGMR, Urt. v. 27.07.2004 – 57671/00 (*Slimani/Frankreich*), Reports 2004-IX, Rn. 47.

913 EGMR, Urt. v. 31.05.2016 – 11167/12 (*Bakanova/Litauen*), Rn. 73.

oder ihre Angehörigen müssen des Weiteren eine finanzielle Entschädigung, auch für immaterielle Schäden, geltend machen können.⁹¹⁴ Den Rechteinhabern muss ermöglicht werden, Fragen an Zeug*innen stellen zu können, sei es persönlich oder etwa über einen Rechtsbeistand.⁹¹⁵ Zu diesem Zweck muss in ausreichendem Umfang und rechtzeitig Akteneinsicht gewährt werden.⁹¹⁶

In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte wurde auch das Recht auf persönliche Anwesenheit bei gerichtlichen Untersuchungen thematisiert. Im Fall *Rantsev/Zypern und Russland* erhob der russische Beschwerdeführer und Vater von Oxana Rantseva, die unter ungeklärten Umständen in Zypern verstarb, erfolgreich Beschwerde. Angesichts von Behauptungen von Menschenhandel, Misshandlung und unrechtmäßiger Freiheitsentziehung waren die zypriotischen Behörden verpflichtet, die Todesumstände effektiv zu untersuchen. Als einen Grund für die Feststellung einer Verletzung von Art. 2 EMRK benannte der Gerichtshof das Versäumnis der Behörden, dem Beschwerdeführer die Anwesenheit an der gerichtlichen Untersuchung und Urteilsverkündung zu ermöglichen:

*„despite his clear request to the Cypriot authorities, the applicant was not personally advised of the date of the inquest and as a consequence was not present when the verdict was handed down. (...) Accordingly, the Cypriot authorities failed to ensure that the applicant was able to participate effectively in the proceedings, despite his strenuous efforts to remain involved.“*⁹¹⁷

Der EGMR verknüpft hier das Recht, über Zeit und Ort des Verfahrens zur Aufklärung einer möglichen Menschenrechtsverletzung informiert zu werden,⁹¹⁸ mit dem Anspruch, an diesem auch persönlich teilnehmen zu können. Im Ergebnis hat der EGMR aus der Schutzpflichtdimension

914 Vgl. EGMR, Urt. v. 21.07.2020 – 31434/15 (*Vanyo Todorov/Bulgarien*), Rn. 65-67.

915 Vgl. EGMR, Urt. v. 14.03.2002 – 46477/99 (*Paul und Audrey Edwards/Vereinigtes Königreich*), Reports 2002-II, Rn. 84.

916 Vgl. EGMR, Urt. v. 04.05.2001 – 28883/95 (*McKerr/Vereinigtes Königreich*), Reports 2001-III, Rn. 148; EGMR, Urt. v. 20.05.1999 – 21594/93 (*Oğur/Türkei*), Reports 1999-III, Rn. 92; *Pichl*, HRRS 2016, 142 (146).

917 EGMR, Urt. v. 07.01.2010 – 25965/04 (*Rantsev/Zypern und Russland*), Reports 2010-I, Rn. 239.

918 Siehe die entsprechende Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats, Recommendation No. R (85) 11 on the position of the victim in the framework of criminal law and procedure v. 28.06.1985, para. 9.

der materiellen Konventionsgarantien eine staatliche Ermittlungs- und Strafverfolgungspflicht hergeleitet und subjektiviert.⁹¹⁹ Die Aussagen des EGMR zur Untersuchungspflicht nach Art. 2 EMRK können auch für die prozeduralen Verpflichtungen nach Art. 14 EMRK gegen vorurteilsgeleitete Gewaltdelikte herangezogen werden, zumal der Gerichtshof im Zusammenhang mit dem Recht auf wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK im vergleichbaren Maßstab Opferrechte im Strafverfahren entwickelt hat.⁹²⁰

Einerseits lässt sich die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte so interpretieren, dass die Beteiligung des Opfers bzw. seiner Angehörigen primär der öffentlichen Kontrolle des Verfahrens und nicht der Durchsetzung individueller Strafverfolgungsinteressen dient.⁹²¹ So wird die Opferbeteiligung auch in mehreren Urteilen im Zusammenhang mit der Pflicht behandelt, eine ausreichende öffentliche Kontrolle der Untersuchung und ihrer Ergebnisse sicherzustellen.⁹²² Nach dieser Ansicht können die Staaten zwar ihre prozedurale Pflicht zur sorgfältigen und wirksamen Ermittlung verletzen, nicht jedoch ein spezifisches Teilnahmerecht des Opfers.⁹²³ Die Beteiligungsrechte der Betroffenen am Verfahren wären dann kein Selbstzweck, sondern bloß Mittel, um die Wirksamkeit der Untersuchungen sicherzustellen.⁹²⁴ Eine Beteiligung der

919 Göhler, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 402, die im Übrigen (S. 403-406) rechtsdogmatisch kritisiert, dass nach beendeter Straftat, sprich nach Beendigung des Eingriffs in das höchstpersönliche Rechtsgut, mangels anhaltender Gefährdung für das Opfer regelmäßig keine Schutzpflicht mehr bestehe; Holz, Justizgewähranspruch des Verbrechensofers, S. 100.

920 Vgl., mit einer Auflistung verschiedener Opferrechte, *Dearing*, Justice for Victims of Crime, S. 343 f.; ohne, dass an dieser Stelle praxisrelevante Unterschiede ausgemacht werden können, sei darauf hingewiesen, dass die Anforderungen aus Art. 13 EMRK als "breiter" gelten als die sich aus Art. 2 ergebenden Untersuchungspflichten, so EGMR (GK), Urt. v. 27.06.2000 - 21986/93 (*Salman/Türkei*), Rn. 123; Richter, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 20 Rn. 125; *Meżykowska*, Polish Yearbook of International Law 2011, 285-313 (310 f.).

921 Göhler, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 414.

922 EGMR (GK), Urt. v. 16.02.2021 – 4871/16 (*Hanan/Deutschland*), Rn. 208, 230-235; EGMR, Urt. v. 16.04.2015 – 44297/06 (*Mezhiyeva/Russland*), Rn. 75; EGMR, Urt. v. 03.07.2014 – 37966/07 (*Antayev/Russland*), Rn. 105.

923 Hirst, in: Sheeran/Rodley (Hrsg.), Victims' Participation and reparations in international criminal proceedings, S. 683 (697).

924 Hirst, in: Sheeran/Rodley (Hrsg.), Victims' Participation and reparations in international criminal proceedings, S. 683 (692 f.).

Opfer wäre möglicherweise nicht erforderlich, wenn andere Sicherungsmaßnahmen wirksame Ermittlungen gewährleisten.⁹²⁵ An diesem Ansatz lässt sich kritisieren, dass es die Betroffenen auf ihren Nutzen für die Untersuchungen reduziert und instrumentalisiert.⁹²⁶

Andererseits verlangt die aufgezeigte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte aber explizit eine Einbindung Betroffener. Erstens wird die besondere Kontrollfunktion der Ermittlungen durch die Opfer betont, die ein subjektives Recht auf Durchführung eines Strafverfahrens und auf Zugang zu diesem haben.⁹²⁷ Sie nehmen somit eine Sonderrolle ein, die sie von der allgemeinen Öffentlichkeit abhebt.

Zweitens spricht der Gerichtshof im Fall *Rantsev/Zypern und Russland* explizit vom Versäumnis der Behörden, dem Beschwerdeführer eine wirkungsvolle Teilnahme („*participate effectively in the proceedings*“) am Verfahren sicherzustellen.⁹²⁸ Die Formulierung betont das besondere Interesse des Opfers an den Ermittlungen, das über das rein rechtliche Interesse hinausgeht, zumal im einschlägigen Fall allein die fehlende Möglichkeit zur persönlichen Anwesenheit am Verfahren zur Feststellung einer Konventionsverletzung herangezogen wurde.

Abschließend ist zu betonen, dass Staaten Betroffene insoweit in die Ermittlungen einbeziehen müssen, wie dies zum Schutz ihrer berechtigten Interessen (*legitimate interests*) erforderlich ist. Die berechtigten Interessen der Betroffenen von Menschenrechtsverletzungen können über das ausschließliche öffentliche Ermittlungsinteresse hinausgehen. Hängen zudem Wiedergutmachungs- und Entschädigungsansprüche des Opfers mit den Ermittlungen (und ihren Ergebnissen) zusammen, hat das Opfer jedenfalls auch ein rechtliches und damit berechtigtes Interesse an ihnen und also

925 Ebd.

926 Hirst, in: Sheeran/Rodley (Hrsg.), *Victims' Participation and reparations in international criminal proceedings*, S. 683 (695 f.); Göbler, *Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union*, S. 414 hält die ebenfalls wahrgenommene "Instrumentalisierung [des Opfers] zur Effektivierung der öffentlichen Kontrolle" für naheliegend, da es dem aufzuklärenden Sachverhalt "von allen denkbaren Repräsentanten der anonymen Öffentlichkeit" am nächsten sei.

927 Göbler, *Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union*, S. 402.

928 EGMR, Urt. v. 07.01.2010 – 25965/04 (*Rantsev/Zypern und Russland*), Reports 2010-I, Rn. 239; das Recht des Opfers auf effektive Teilnahme wird auch betont in EGMR (GK), Urt. v. 15.05.2007 – 52391/99 (*Ramsabai u.a./Niederlande*), Reports 2007-II, Rn. 354; EGMR (GK), Urt. v. 28.09.2015 – 23380/09 (*Bouyid/Belgien*), Reports 2005-V, Rn. 122.

möglicherweise an einer stärkeren Beteiligung und Kontrolle aller Verfahrensschritte und -entscheidungen bis zum Abschluss des Verfahrens.⁹²⁹

Die Ermittlungspflicht lässt sich schließlich auch als Verwirklichung des sukzessive in den Menschenrechtsdiskurs übernommenen „Rechts auf die Wahrheit“ verstehen.⁹³⁰ Dieses hat seine Wurzeln im Humanitären Völkerrecht, das verlangt, dass Angehörige über das Schicksal von Vermissten und Verstorbenen informiert werden.⁹³¹ Die UN-Generalversammlung fordert die Offenlegung der Wahrheit als eine Form der Genugtuung für die Betroffenen schwerer Menschenrechtsverletzungen ein.⁹³² Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erkennt das „Recht auf die Wahrheit“ im Sinne eines allgemeinen Rechtsprinzips grundsätzlich an. Dieses umfasst vor allem die Feststellung der Fakten und die rechtliche Verantwortung identifizierter Täter*innen in Bezug auf schwere Menschenrechtsverletzungen.⁹³³ Die Erforschung der Wahrheit ist ein Bestandteil der ef-

929 Ähnlich *Hirst*, in: Sheeran/Rodley (Hrsg.), *Victims' Participation and reparations in international criminal proceedings*, S. 683 (697 f.).

930 Vgl. *Klinkner/Davis*, *The right to the truth in international law*, S. 135 f.; *Dearing*, *Justice for Victims of Crime*, S. 344 f.; allerdings grenzte der EGMR im Katyn-Fall die verfahrensrechtliche Verpflichtung zur Untersuchung nach Art. 2 EMRK ausdrücklich ab vom Zweck der Feststellung der historischen Wahrheit: EGMR (GK), Urt. v. 21.10.2013 - 55508/07 (*Janowiec u.a./Russland*), Reports 2013-V, Rn. 143; kritisch dazu im selben Urteil: Joint Partly Dissenting Opinion of Judges *Ziemele, De Gaetano, Laffranque and Keller; Efficowicz/Kress*, in: Brunner/Stahl (Hrsg.), *Über die Grenzen des Rechts auf Wahrheit*, S. 120 (131–134); *Groome*, in: Haldemann/Unger/Cadelo, *Principle 2* Rn. 1–6.

931 Art. 32 f. Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I), UNTS 1125, 3, in Kraft getreten am 07.12.1978; zur Historie und Entwicklung siehe *Klinkner/Davis*, *The right to the truth in international law*, S. 32–41; *Brunner/Stahl*, in: Brunner/Stahl (Hrsg.), *Einleitung*, S. 9.

932 UN General Assembly, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, UN GAOR, 60th sess., Suppl. no. 49, paras 22 (b), 24, UN-Doc. A/RES/60/147 (2006).

933 EGMR, Urt. v. 24.07.2014 – 7511/13 (*Husayn [Abu Zubaydah]/Polen*), Rn. 489; EGMR, Urt. 24.05.2011 – 33810/07, 18817/08 (*Association "21 december 1989" u.a./Rumänien*), Rn. 144; EGMR (GK), Urt. v. 13.12.2012 – 39630/09 (*El-Masri/Frühere jugoslawische Republik Mazedonien*), Reports 2012-VI, Rn. 191, mit abweichendem Sondervotum der Richter *Tulkens, Spielmann, Sicilianos und Keller*, die sich gegen die Urteilsbegründung insoweit wenden, als sie das Recht auf Wahrheit in Art. 3 EMRK und nicht – wie *Tulkens et al.* fordern – in Art. 13 EMRK verankert.

fektiven Ermittlungspflicht.⁹³⁴ Davon abzugrenzen sind Untersuchungen, die ausschließlich auf die Feststellung einer historischen Wahrheit gerichtet sind und mithin keine Verfahrenshandlungen im Sinne der prozessualen Verfahrenspflicht darstellen, nämlich Handlungen, die zur Identifizierung und Bestrafung der Verantwortlichen oder zur Gewährung einer Entschädigung an die Geschädigten führen können.⁹³⁵

Die opferrechtsorientierte Betrachtungsweise verdeutlicht, dass sich eine weitere Konkretisierung der Beteiligungsrechte des Opfers am Strafverfahren aus dem Recht auf ein faires Verfahren ergeben könnten.⁹³⁶ In den Fällen, in denen die Staaten eine besondere Untersuchungspflicht trifft, lässt sich daher möglicherweise in Verbindung mit dem Recht auf ein faires Verfahren der Umfang der Beteiligungsrechte des Opfers näher bestimmen.

cc) Recht auf ein faires Verfahren

Das Recht auf ein faires Verfahren, das seine Verankerung in Art. 14 Abs. 1 IPbpR und Art. 6 Abs. 1 EMRK hat, konzentriert sich aus historischen Gründen primär auf den Schutz der einer Straftat beschuldigten und angeklagten Person vor staatlichem Handeln und nicht auf das Verhältnis zum mutmaßlichen Opfer.⁹³⁷ Vielmehr werden Schutz- und Beteiligungsrechte von Opfern am Strafprozess regelmäßig als Eingriff in das Recht

934 Vgl. EGMR, Urt. v. 15.10.2015 – 16664/07 (*Abakarova/Russland*), Rn. 98 f.; EGMR, Urt. v. 28.10.1998 – 24760/94 (*Assenov u.a./Bulgarien*), Reports 1998-VIII, Rn. 103; EGMR (GK), Urt. v. 13.12.2012 – 39630/09 (*El-Masri/Frühere jugoslawische Republik Mazedonien*), Reports 2012-VI, Rn. 193 f.

935 EGMR (GK), Urt. v. 21.10.2013 – 55508/07 (*Janowiec u.a./Russland*), Reports 2013-V, Rn. 143.

936 So auch *Hirst*, in: Sheeran/Rodley (Hrsg.), *Victims' Participation and reparations in international criminal proceedings*, S. 683 (696–698).

937 *Trechsel*, *Human Rights in Criminal Proceedings*, S. 36 f.; *Helmken*, *Das Opfer im Strafverfahrensrecht*, S. 61; *Kilchling*, *Opferschutz innerhalb und außerhalb des Strafrechts*, S. 15; Anderes ließe sich dem angedeuteten Zweifel entnehmen, dass das italienische Strafverfahrensrecht möglicherweise das Opfer benachteilige und eine Verletzung der Waffengleichheit darstelle, siehe EGMR, Beschl. v. 24.02.2005 – 26775/02 (*Sottani/Italien*), Reports 2005-III; ebenfalls kritisch, das Fairnessgebot auch für das Opfer annehmend: *Böttcher*, FS Schöch, S. 929 (937 f.); *Rieß*, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, Rn. 73 f.

der Beschuldigten auf ein faires Verfahren diskutiert.⁹³⁸ Das Recht auf ein faires Verfahren erstreckt sich allerdings auch auf Streitigkeiten in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen (Art. 6 Abs. 1 EMRK: „civil rights and obligations“; Art. 14 Abs. 1 IPbPR: „rights and obligations in a suit at law“). Entscheidend ist, ob das jeweilige Verfahren unmittelbar über materiell-rechtliche Ansprüche der Betroffenen entscheidet, ohne dass ein generelles hoheitliches Handeln vorliegt oder der Streitgegenstand zum Kernbereich der öffentlichen Verwaltung gehört.⁹³⁹

(1) Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK

In der EGMR-Leitentscheidung *Perez/Frankreich*⁹⁴⁰ ging es um die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK in seiner zivilrechtlichen Ausprägung in Bezug auf die mutmaßlich Betroffene einer Straftat, die dem Ermittlungsverfahren gegen die Beschuldigten als Zivilpartei beitrug. Dieser Beitritt ermöglicht Betroffenen Informations- und Beteiligungsrechte im Strafverfahren und eine verbindliche gerichtliche Entscheidung über Schadensersatzansprüche.⁹⁴¹ Die Große Kammer erkannte hierin eine ausreichende Verbindung zwischen Strafverfahren und zivilrechtlichen Ansprüchen und sah im Ergebnis den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK als eröffnet an.⁹⁴² Daher erstreckt sich das Recht auf ein faires Verfahren, soweit um die zivilrechtlichen (Schadensersatz-)Ansprüche des/der Verletzten gegenüber dem/der Beschuldigten geht, zum Beispiel im Adhäsionsverfahren

938 Vgl. EuGH (GK), Urt. v. 16.06.2005, Pupino, C-105/03, EU:C:2005:386, Rn. 59 f.; *Pollähne*, in: Müller/Schlothauer (Hrsg.), § 56 Verteidigung bei Beteiligung von Verletzten, § 56 Rn. 2, 6 f.; *Schünemann*, Die Europäisierung der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats, S. 337 f.; differenzierend zwischen Schutz- und Offensivrechten zur aktiven Beteiligung am Strafverfahren und solchen, die sich nicht auf die Stellung des Angeklagten auswirken: *Göhler*, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 209–214.

939 *Lohse/Jakobs*, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, Art. 6 EMRK Rn. 8.

940 EGMR (GK), Urt. v. 12.02.2004 – 47287/99 (*Perez/Frankreich*), Reports 2004-I, siehe auch die Zusammenfassung von *Helmken*, StV 2016, 456–459; zur historischen Einordnung siehe *Mężykowska*, Polish Yearbook of International Law 2011, 285–313 (292–296, 312 f.).

941 EGMR (GK), Urt. v. 12.02.2004 – 47287/99 (*Perez/Frankreich*), Reports 2004-I, Rn. 19, 61.

942 EGMR (GK), Urt. v. 12.02.2004 – 47287/99 (*Perez/Frankreich*), Reports 2004-I, Rn. 47–75.

(§§ 403 – 406c StPO),⁹⁴³ auch auf dieses Verfahren.⁹⁴⁴ Dabei kommt es nicht auf die Höhe an: Die Forderung einer Entschädigung von umgerechnet etwa drei Euro weise, so der Gerichtshof, einen ökonomischen und mithin zivilrechtlichen Aspekt auf, sei die Summe noch so symbolisch.⁹⁴⁵

Unabhängig von der nationalstaatlichen Ausgestaltung, unterstellt Art. 6 EMRK allen (auch) auf finanzielle Entschädigung ausgerichteten Verfahren einen zivilrechtlichen Charakter.⁹⁴⁶ Fraglich ist dagegen, ob sich ein Opfer im Strafverfahren auf die Gewährleistungen aus Art. 6 Abs. 1 EMRK berufen kann, wenn kein konkreter Schadensersatzanspruch geltend gemacht wird.

Obgleich das Konzept des zivilrechtlichen Anspruchs vom Gerichtshof autonom ausgelegt wird,⁹⁴⁷ berücksichtigt er bei der Prüfung, ob eine Streitigkeit zivilrechtliche Ansprüche im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK vermittelt, das nationale Recht des jeweiligen Staates und dessen Auslegung durch die nationalen Gerichte.⁹⁴⁸ Verleiht ein Staat Rechte, die juristisch durchgesetzt werden können, so können diese grundsätzlich als zivilrechtlicher Anspruch im Sinne von Art. 6 EMRK angesehen werden.⁹⁴⁹ Zu einem zivilrechtlichen Anspruch kann deshalb auch das verfassungsrechtlich eingeräumte Recht gehören, sich juristisch gegen Diskriminierung zu wehren.⁹⁵⁰

Der Begriff des zivilrechtlichen Anspruchs wird vom Gerichtshof allerdings noch bedeutend weiter ausgelegt und umfasst auch das Streben

943 EGMR, Urt. v. 22.11.2018 – 18297/13 (*D.L./Deutschland*), Rn. 19.

944 Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer, Art. 6 Rn. 41; Schilling, Internationaler Menschenrechtsschutz, S. 599; Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, S. 40 f.; Peter, Verbesserung der Stellung des Opfers im Strafverfahren, S. 39; skeptisch zu einer Einstufung des Adhäsionsverfahrens nach deutschem Recht in den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK: Helmken, StV 2016, 456 (460 f.).

945 EGMR (GK), Urt. v. 20.03.2009 – 12686/03 (*Gorou/Griechenland [Nr. 2]*), Rn. 26.

946 Reid, A practitioner's guide to the European Convention on Human Rights, S. 129 m.w. Rechtsprechungsnachweisen.

947 EGMR, Urt. v. 23.09.2008 – 9907/02, (*Emine Araz/Türkei*), Reports 2008-IV, Rn. 18; Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer, Art. 6 Rn. 9.

948 EGMR (GK), Urt. v. 14.12.2006 – 1398/03 (*Markovic ua/Italien*), Reports 2006-XIV, Rn. 95.

949 EGMR (GK), Urt. v. 16.03.2010 – 15766/03 (*Oršuš/Kroatien*), Reports 2010-II, Rn. 105.

950 EGMR (GK), Urt. v. 16.03.2010 – 15766/03 (*Oršuš/Kroatien*), Reports 2010-II, Rn. 107; Reid, A practitioner's guide to the European Convention on Human Rights, S. 130.

des Opfers nach symbolischer Wiedergutmachung oder nach einem „guten Ruf“.⁹⁵¹ Ausgeschlossen sind allerdings Fälle des Strebens nach privater Rache oder der Popularklage.⁹⁵² Art. 6 EMRK vermittelt kein Recht auf ein Strafverfahren gegen Dritte.⁹⁵³ Es bedarf also eines Surplus zu dem erkennbaren Willen auf Strafverfolgung, um eine vorrangig punitive Motivation ausschließen zu können.⁹⁵⁴ Zudem müssen Betroffene eine nach nationalem Verfahrensrecht vorgesehene Beteiligungsbefugnis zur Ausübung eines anerkannten zivilrechtlichen Anspruchs nutzen.⁹⁵⁵ Wenn und solange zivilrechtliche (z.B. Entschädigungs-)Ansprüche sowohl auf dem Wege des Beitritts zum Strafverfahren als auch separat vor einem Zivilgericht geltend gemacht werden können, verletzt das Unterlassen des Strafgerichts, eine Entscheidung über die zivilrechtliche Forderung herbeizuführen, nicht das Recht der Betroffenen auf Zugang zu einem Gericht.⁹⁵⁶

Zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des Rechts auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK kommt es im Ergebnis für Opfer, die sich am Strafverfahren beteiligen möchten, die aber nicht unmittelbar finanzielle Ansprüche geltend machen, darauf an, ob andere geschützte Individualrechte wie die Sicherstellung einer symbolischen Wiedergutmachung oder die Verteidigung des guten Rufs untrennbar mit dem Verfah-

951 EGMR (GK), Urt. v. 20.03.2009 – 12686/03 (*Gorou/Griechenland* [Nr. 2]), Rn. 24; EGMR (GK), Urt. v. 12.02.2004 – 47287/99 (*Perez/Frankreich*), Reports 2004-I, Rn. 70; EGMR, Entsch. v. 03.03.2020 – 27969/10 (*Bruni/Italien*), Rn. 22; EGMR, Entsch. v. 10.06.2004 – 66752/01 (*Garimpo/Portugal*); EGMR (Plenum), Urt. v. 29.10.1991 – 11826/85 (*Helmers/Schweden*), Series A212-A, Rn. 29; EGMR, Urt. v. 28.9.2004 – 62179/00 (*Pieniazek/Polen*), Rn. 20; EGMR, Urt. v. 16.11.2006 – 11801/04 (*Tsalkitzis/Griechenland*), Rn. 29; Bock, in: Barton/Kölbel (Hrsg.), Opferrechte im Lichte europäischer Vorgaben, S. 67 (71 f.) m.w.N.

952 EGMR (GK), Urt. v. 12.02.2004 – 47287/99 (*Perez/Frankreich*), Reports 2004-I, Rn. 70; EGMR, Urt. v. 08.02.2005 – 52621/99 (*Schwarkmann/Frankreich*), Rn. 41.

953 EGMR (GK), Urt. v. 20.03.2009 – 12686/03 (*Gorou/Griechenland* [Nr. 2]), Rn. 24; Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer, Art. 6 Rn. 57.

954 Helmken, StV 2016, 456 (458).

955 Helmken, StV 2016, 456 (457); der Gerichtshof betont, dass das nationalstaatliche Recht zum Zwecke der Entschädigung von Opfern das Institut der Nebenklage einrichten kann: EGMR (GK), Urt. v. 25.06.2019 – 41720/13 (*Nicolae Virgiliu Tănase/Rumänien*), Rn. 194.

956 EGMR (GK), Urt. v. 25.06.2019 – 41720/13 (*Nicolae Virgiliu Tănase/Rumänien*), Rn. 198-202.

ren verbunden sind.⁹⁵⁷ Es ist also zu erörtern, wie der Gerichtshof das Recht auf symbolische Wiedergutmachung und den guten Ruf versteht. Unter den Ruf fällt zum einen das berufliche Ansehen.⁹⁵⁸ Zum anderen wird der Ruf jedenfalls durch Ehrverletzungen berührt, weshalb Ansprüche in diesem Zusammenhang, etwa in Verfahren wegen Verleumdung und Meineids zu Lasten der Betroffenen, zivilrechtlicher Natur sind und den Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 EMRK eröffnen.⁹⁵⁹

Der EGMR verankert das Recht auf Schutz des Rufs einer Person in Art. 8 EMRK als Recht auf Achtung des Privatlebens.⁹⁶⁰ Der Ruf einer Person sei Teil ihrer persönlichen Identität und geistigen Integrität.⁹⁶¹ Ein Eingriff liegt nur vor, wenn der Angriff auf die Ehre und den guten Ruf einer Person eine bestimmte Schwere erreicht und das Recht auf Achtung des Privatlebens beeinträchtigt.⁹⁶² Die in diesem Zusammenhang vom Gerichtshof verhandelten Fälle betreffen in der Regel diffamierende oder beleidigende Äußerungen oder auch Hassrede und das Verhältnis zwischen Art. 8 Abs. 1 EMRK und dem Recht auf freie Meinungsäußerung nach Art. 10 Abs. 1 EMRK.⁹⁶³ Hassrede und zu Gewalt aufwiegelnde Sprache stellen einen Eingriff in das Recht aus Art. 8 Abs. 1 EMRK dar.⁹⁶⁴

957 Der Ausgang des Verfahrens muss für den fraglichen zivilrechtlichen Anspruch unmittelbar entscheidend sein, siehe: EGMR (GK), Urt. v. 20.03.2009 – 12686/03 (*Gorou/Griechenland* [Nr. 2]), Rn. 27.

958 Vgl. EGMR, Urt. v. 15.11.2001 – 26760/95 (*Werner/Polen*), Rn. 31-33.

959 EGMR (GK), Urt. v. 20.03.2009 – 12686/03 (*Gorou/Griechenland* [Nr. 2]), Rn. 26; EGMR, Entsch. v. 03.03.2020 – 27969/10 (*Bruni/Italien*), Rn. 23; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, § 24 Rn. 13.

960 EGMR, Urt. v. 20.09.2018 – 3682/10 (*Annen/Deutschland* [Nr. 2]) Rn. 26.

961 EGMR, Urt. v. 15.11.2007 – 12556/03 (*Pfeifer/Österreich*), Rn. 35.

962 EGMR (GK), Urt. v. 25.09.2018 – 76639/11 (*Denisov/Ukraine*), Rn. 112 m.w. Rechtsprechungsnachweisen; EGMR, Urt. v. 20.09.2018 – 3682/10 (*Annen/Deutschland* [Nr. 2]) Rn. 26; EGMR, Urt. v. 09.04.2009 – 28070/06 (*A./Norwegen*), Rn. 64; *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer*, Art. 8 Rn. 43.

963 So etwa in EGMR (GK), Urt. v. 16.06.2015 – 64569/09 (*Delfi AS/Estland*), Reports 2015-II; EGMR, Urt. 21.11.2013 – 16882/03 (*Putistin/Ukraine*); EGMR, Urt. v. 28.04.2009 – 39311/05 (*Karako/Ungarn*); EGMR, Urt. v. 09.04.2009 – 28070/06 (*A./Norwegen*); EGMR, Urt. v. 15.11.2007 – 12556/03 (*Pfeifer/Österreich*); EGMR, Urt. v. 19.09.2006 – 42435/02 (*White/Schweden*); der Schutz des guten Rufs wird in Art. 10 Abs. 2 EMRK ausdrücklich als legitimer Eingriffsgrund in das Recht aus Art. 10 Abs. 1 EMRK aufgeführt – explizit angewandt etwa im Fall der Presseberichterstattung über ein Drogendelikt eines bekannten Schauspielers: EGMR (GK), Urt. v. 07.02.2012 – 39954/08 (*Axel Springer AG/Deutschland*).

964 Vgl. EGMR (GK), Urt. v. 16.06.2015 – 64569/09 (*Delfi AS/Estland*), Reports 2015-II, Rn. 110.

Eine Beeinträchtigung des Rufs einer Person durch diskriminierendes Verhalten erkennt im Übrigen auch der CERD an. Im Fall eines aus rassistischen Gründen verwehrten Einlasses in eine Diskothek betonte der UN-Ausschuss, dass das Recht auf Entschädigung in jedem Fall beachtet werden müsse, „including those cases where no bodily harm has been inflicted but where the victim has suffered humiliation, defamation or other attack against his/her reputation and self-esteem.“⁹⁶⁵ Diskriminierung kann somit ein Angriff auf den Ruf einer Person darstellen. Dieses Verständnis der Auswirkungen von Diskriminierung kann auch für die Auslegung der Europäischen Menschenrechtskonvention zu Nutze gemacht werden.

Nach den Erörterungen zu Hasskriminalität und der Rechtsprechung des EGMR zu der Bedeutung von diskriminierenden Tatmotiven ist es überzeugend anzunehmen, dass eine entsprechend motivierte Straftat einen Angriff auf die persönliche Identität und geistige Integrität darstellt, gegebenenfalls sogar auf die Würde der Betroffenen.⁹⁶⁶ Im Ergebnis ist bei vorurteilsgeleiteten Straftaten von einem Angriff auf das in Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Privatlebens, konkretisiert durch den Schutz des „guten Rufs“, auszugehen. Betroffenen von Hasskriminalität ist somit stets ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK zu garantieren, um ihren Ruf und die Achtung vor ihrem Privat- und Familienleben gegen Dritte zu verteidigen.

Darüber hinaus berührt die Frage, welche Opferinteressen als legitime „civil rights“ im Sinne des Art. 6 Abs. 1 EMRK im Strafverfahren geltend gemacht werden können, auch diejenige nach dem Zweck des Strafprozesses aus der Opferperspektive, die weiter unten behandelt wird.⁹⁶⁷ Jedenfalls kann die im Strafverfahren und in der Kriminalstrafe zum Ausdruck kommende sozial-ethische Missbilligung des Verhaltens der Täter*innen, das Unwerturteil,⁹⁶⁸ eine besondere Funktion für das Opfer erfüllen, die gleichwertig neben oder sogar über dem materiellen Ersatzanspruch (i.d.R.

965 CERD, Comm. no. 17/1999 (B.J./Dänemark), para. 6.2, UN Doc. CERD/C/56/D/17/1999 (2000).

966 Nach EGMR (GK), Urt. v. 10.5.2001 – 25781/94 (Zypern/Türkei), Reports 2014-II, Rn. 306; EKMR (Plenum), Bericht v. 14.12.1973 – 4403/70 (Ostafrikanische Asiat*innen/Vereinigtes Königreich) = EuGRZ 1994, 386.

967 Kapitel C. II. 2. d).

968 BVerfGE 118, 212 (231); BVerfGE 96, 245 (249); Holz, Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers, S. 33–36; Heger, JA 2007, 244. Tatsächlich gibt es den Vorschlag zur Einführung eines unabhängig von der Verurteilung des Beschuldigten, die Tat deklaratorisch missbilligenden, Unrechtsinterlokuts im Strafverfahren: Jerouschek, JZ 2000, 185 (191–193); Hörnle, JZ 2006, 950 (958).

in Form eines finanziellen Schadensersatzes) steht.⁹⁶⁹ Es wird kritisiert, dass in der Entscheidung *Perez/Frankreich* insoweit das ökonomische Interesse von Straftatopfern überbewertet ist und entsprechend gefordert, dass zwischen finanziellen und moralischen Motiven der Betroffenen keine Unterscheidung gemacht wird.⁹⁷⁰ Nach dieser Ansicht wäre es konsequent, generell davon auszugehen, dass ein sich am Verfahren beteiligendes Opfer „stets auch einen (immateriellen) Genugtuungsanspruch durchsetzen will und daher das Recht auf ein faires Verfahren in seiner zivilrechtlichen Ausprägung für sich reklamieren kann.“⁹⁷¹ In Bezug auf Betroffene von Hasskriminalität würde dieser Anspruch in der oben aufgezeigten Garantie, seinen „guten Ruf“ verteidigen zu können, aufgehen.

(2) Materieller Gehalt von Art. 6 EMRK

Art. 6 Abs. 1 EMRK sichert das Recht zu, zivilrechtliche Ansprüche vor Gericht zu bringen.⁹⁷² Dieses Recht auf Zugang zu einem Gericht muss „praktisch und wirksam“ sein.⁹⁷³ Die Gerichte müssen deshalb die von Verfahrensbeteiligten vorgebrachten Anträge, Argumente und Beweise in angemessenem Maße überprüfen und Entscheidungen begründen.⁹⁷⁴ Mit diesem Recht auf Gehör hängt auch Gebot der Mündlichkeit des Verfahrens zusammen.⁹⁷⁵ Entscheidend ist, in welchen Fällen die Verfahrensrech-

969 Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, S. 41 f.; vgl. auch *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte*, Sanctions that do justice, S. 18 f.

970 Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, S. 41 f.

971 Bock, in: Barton/Kölbels (Hrsg.), Opferrechte im Lichte europäischer Vorgaben, S. 67 (72); vgl. auch *Mężykowska*, Polish Yearbook of International Law 2011, 285-313 (297-299, 309); dieser Schlussfolgerung allgemein Plausibilität einräumend, aber aufgrund von Skepsis gegenüber den Opferinteressen Distanz wahrend: *Helmken*, StV 2016, 456 (460); *a.A.*, ein *victim's right to justice* in Art. 13 verortend, *Dearing*, Justice for Victims of Crime, S. 356 f.

972 EGMR (GK), Urt. v. 29.11.2016 – 76943/11 (*Lupeni Greek Catholic Parish u.a./ Rumänien*), Reports 2016, Rn. 84.

973 EGMR (GK), Urt. v. 29.11.2016 – 76943/11 (*Lupeni Greek Catholic Parish u.a./ Rumänien*), Reports 2016, Rn. 86.

974 EGMR (GK), Urt. v. 12.02.2004 – 47287/99 (*Perez/Frankreich*), Reports 2004-I, Rn. 80 f.

975 *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer, Art. 6 Rn. 112; instruktiv *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 467-480.

te nach Art. 6 Abs. 1 EMRK einen Anspruch auf Teilnahme an der mündlichen Verhandlung vermitteln.⁹⁷⁶

Im Strafverfahren ist die persönliche Teilnahme der Angeklagten prinzipiell erforderlich.⁹⁷⁷ Auch ein Rechtsbeistand kann Angeklagte und ihre Möglichkeit zur individuellen Einflussnahme auf die in eigener Sache ergehende Entscheidung nie ganz ersetzen.⁹⁷⁸ Das Recht auf persönliche Teilnahme leitet der EGMR aus dem Prinzip der kontradiktorischen Verfahrensführung⁹⁷⁹ und dem „right to a hearing“⁹⁸⁰ aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK ab, das die Anwesenheit von Angeklagten im gesamten Verfahren fordere, auch aus der Notwendigkeit, die Richtigkeit der Ausführungen von Beteiligten zu überprüfen und sie den Aussagen von Zeug*innen gegenüber zu stellen.⁹⁸¹ Die Anwesenheit der Angeklagten dient zudem der Wahrheitsfindung.⁹⁸²

Anderes gilt für zivilrechtliche Streitigkeiten: Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährt nicht explizit eine persönliche Anwesenheit vor einem Zivilgericht, sondern das allgemeinere Recht, seinen Fall effektiv vor Gericht zu präsentieren und die Waffengleichheit mit der Gegenseite zu genießen.⁹⁸³ Teil-

976 Vgl. Köhler, Opferschutz im Bereich des Menschenhandels, S. 58, der zufolge das Recht auf Gehör nach Art. 6 EMRK (parallel ggf. auch nach Art. 14 IPbPr) verletzt sein kann, wenn Opfern nicht die Möglichkeit gegeben wird, am Strafverfahren gegen den oder die mutmaßliche*n Täter*in teilzunehmen.

977 EGMR (GK), Urt. v. 18.10.2006 – 18114/02 (*Hermi/Italien*), Reports 2006-XII, Rn. 58; Meyer, in: Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rn. 107; Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer, Art. 6 Rn. 112; Kühne, in: IntKomm EMRK, Art. 6 Rn. 383; Grabenwarter/Pabel, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 14 Rn. 146; Barkhuysen et al., in: van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak (Hrsg.), 10. Right to a Fair Trial, S. 497 (573 f.).

978 EGMR, Urt. v. 08.04.2010 – 20508/03 (*Sinichkin/Russland*), Rn. 30; Gaede, in: MüKo StPO, Art. 6 EMRK Rn. 282 m.w.N.

979 EGMR, Urt. v. 18.03.1997 – 21497/93 (*Mantovanelli/Frankreich*), Rn. 33 („each party must in principle have the opportunity not only to make known any evidence needed for his claims to succeed, but also to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed with a view to influencing the court's decision“).

980 Ins Deutsche i.d.R. als "Recht auf Gehör" übersetzt, siehe Germelmann, Das rechtliche Gehör vor Gericht im europäischen Recht, S. 257 f. m.w.N.

981 EGMR, Urt. v. 23.11.1993 – 14032/88 (*Poitrimol/Frankreich*), Rn. 35; Germelmann, Das rechtliche Gehör vor Gericht im europäischen Recht, S. 337 f. m.w.N.; Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer, Art. 6 Rn. 112.

982 Kühne, in: IntKomm EMRK, Art. 6 Rn. 383.

983 EGMR, Urt. v. 26.04.2016 – 19920/13 (*Cumhuriyet Halk Partisi/Türkei*), Rn. 115; EGMR, Urt. 27.10.2015 – 66048/09 (*Koni/Zypem*), Rn. 46; EGMR, Urt. v.

weise wird vertreten, dass sich aus dem Grundsatz der Waffengleichheit⁹⁸⁴ ein Anspruch des Opfers auf Ausbau seiner Rechte ergeben könne, da Beschuldigte diverse Verteidigungsrechte haben, denen kaum Rechte des Opfers gegenüberstünden.⁹⁸⁵ Allerdings ist Hauptaufgabe des Strafprozesses der Nachweis einer strafbaren Handlung der Angeklagten und deren angemessene Sanktionierung, wofür dem Opfer nicht generell die Handlungsbefugnisse von Beschuldigten einzuräumen sind.⁹⁸⁶

Voraussetzung für den Anspruch auf Anwesenheit einer Partei ist das mit ihm eng verknüpfte Recht auf eine öffentliche, mündliche Verhandlung, die mit Ausnahme außergewöhnlicher Fälle (z.B. ausschließlich rechtliche oder hochgradig technische Fragestellungen; Glaubwürdigkeit irrelevant oder Tatsachen unbestritten) in mindestens einer Instanz stattfinden muss.⁹⁸⁷ In früheren Entscheidungen zur Anhörung im Rechtsmittelverfahren hat der Gerichtshof den Anspruch auf eine mündliche Verhandlung nicht ausdrücklich unterschieden vom Recht, die eigenen Ausführungen und Argumente dem Gericht unmittelbar persönlich vorzutragen.⁹⁸⁸ Mittlerweile hat der Gerichtshof klargestellt, dass er die Anwe-

17.12.2009 – 20075/03 (*Shilbergs/Russland*), Rn. 105: “Article 6 of the Convention does not guarantee the right to personal presence before a civil court but rather a more general right to present one’s case effectively before the court and to enjoy equality of arms with the opposing side.”

984 Instrukтив *Germelmann*, Das rechtliche Gehör vor Gericht im europäischen Recht, S. 307–316.

985 *Rieß*, Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, C. 55; *Patsourakou*, Die Stellung des Verletzten im Strafrechtssystem, S. 89–93.

986 So auch *Peter*, Verbesserung der Stellung des Opfers im Strafverfahren, S. 70; *Bommer*, Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, S. 270; *Endler*, Die Doppelstellung des Opferzeugen, S. 63 f.

987 EGMR, Urt. v. 28.05.2020 – 17895/14 (*Evers/Deutschland*), Rn. 94 f.; EGMR, Urt. v. 16.03.2017 – 23621/11 (*Fröbrich/Deutschland*), Rn. 34 f.; EGMR, Urt. v. 11.06.2015 – 19844/08 (*Becker/Österreich*), Rn. 39 f. EGMR, Urt. v. 25.11.2010 – 30251/03 (*Roman Karasev/Russland*), Rn. 60; EGMR, Entsch. v. 02.02.2010 – 29647/08 und 33269/08 (*Kabwe/Vereinigtes Königreich*); EGMR (GK), Urt. v. 23.11.2006 – 73053/01 (*Jussila/Finnland*), Rn. 42; *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer, Art. 6 Rn. 170–182; *Kühne*, in: Int-Komm EMRK, Art. 6 Rn. 381.

988 EGMR (GK), Urt. v. 26.07.2002 – 32911/96 u.a. (*Meftah u.a./Frankreich*), § 41; EGMR, Urt. v. 19.02.1998 – 16970/90 (*Allan Jacobsson/Schweden* [Nr. 2]), § 49; EGMR, Urt. v. 23.02.1994 – 18928/91 (*Fredin/Schweden* [Nr. 2]), Serie A283-A, § 20-22; EGMR, Urt. v. 29.10.1991 – 11274/84 (*Jan-Åke Andersson/Schweden*), Rn. 27; EGMR, Urt. v. 29.10.1991 – 12631/87 (*Fejde/Schweden*), Rn. 31; EGMR, Urt. v. 26.05.1988 – 10563/83 (*Ekbatani/Schweden*), Rn. 31.

senheit einer Partei als ein Mehr zur mündlichen Verhandlung betrachtet und beides nach Art. 6 EMRK nicht immer erforderlich sei.⁹⁸⁹

Außerhalb von Strafverfahren garantiert das Recht auf ein faires Verfahren etwa dann ein absolutes Anwesenheitsrecht, wenn es für die Bewertung der maßgeblichen Streitfragen entscheidend auf den persönlichen Eindruck der Beteiligten zur Einschätzung von Persönlichkeit, Lebensart, Verhalten, Fähigkeiten oder Gesundheitszustand ankommt.⁹⁹⁰ Bereits 1959 hat die Europäische Kommission für Menschenrechte rasoniert, dass die Verweigerung eines Visums zur persönlichen Teilnahme an einem Verfahren, in dem es um die Scheidung der Ehe und das Kinder-Besuchsrecht geht, gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstoßen könnte.⁹⁹¹ Mithin kann sich bei im Ausland lebenden Prozessbeteiligten ein Anspruch auf Einreiseerlaubnis ergeben.⁹⁹²

Es ist zu untersuchen, ob die persönliche Anwesenheit der Zivilpartei auch in Fällen erforderlich sein kann, die die Aufklärung strafbarer Handlungen zum Gegenstand haben. Im Fall *Kovalev/Russland*⁹⁹³ wand sich ein mutmaßliches Opfer einer Misshandlung im Polizeigewahrsam an den EGMR, weil das für die zivilrechtliche Klage auf Schadensersatz zuständige Gericht sich weigerte, den sich in Haft befindlichen Beschwerdeführer per-

989 EGMR, Urt. v. 18.10.2006 – 18114/02 (*Hermi/Italien*), Reports 2006-XII, Rn. 62 (“Article 6 does not always require a right to a public hearing, still less a right to appear in person”); ähnlich auch schon EGMR, Urt. v. 21.09.1993 – 12350/86 (*Kremzow/Österreich*), Series A268-B, Rn. 58 (“Article 6 does not always require a right to a public hearing and a fortiori a right to be present in person”)

990 EGMR, Urt. 03.07.2012 – 13579/09 (*Razvyazkin/Russland*), Rn. 138; EGMR, Urt. v. 06.12.2011 – 50098/07 (*Rozhin/Russland*), Rn. 32; EGMR, Entsch. v. 02.02.2010 – 29647/08 und 33269/08 (*Kabwe/Vereinigtes Königreich*): “in respect of non-criminal matters there is no absolute right to be present at one’s trial, except in respect of a limited category of cases, such as those where the personal character and manner of life of the person concerned is directly relevant to the subject matter of the case, or where the decision involves the person’s conduct.”; ähnlich schon EKMR (Plenum), Entsch. v. 28.02.1977 – 7370/76 (*X/Schweiz*), Decisions and reports 9, 97: “cases where the personal character and manner of life of the party concerned is directly relevant to the formation of the Court’s opinion.”; Meyer, in: Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rn. 106; Kühne, in: IntKomm EMRK, Art. 6 Rn. 380.

991 EKMR, Entsch. v. 30.06.1959 – 434/58 (*X./Schweden*), S. 12 f. Aufgrund einer Nichterschöpfung des Rechtsweges wurde über die Frage nicht abschließend entschieden.

992 Kühne, in: IntKomm EMRK, Art. 6 Rn. 388.

993 EGMR, Urt. v. 10.05.2007 – 78145/01 (*Kovalev/Russland*).

sönlich anzuhören.⁹⁹⁴ Obwohl dieser sich in der mündlichen Verhandlung vertreten lassen konnte, erkannte das Gericht eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren und führte an:

*„Given that the applicant's claim was, by its nature, largely based on his personal experience, his statement would have been an important part of the plaintiff's presentation of the case, and virtually the only way to ensure adversarial proceedings. In refusing to order his attendance, the domestic courts therefore failed to ensure a fair hearing of the applicant's claim.”*⁹⁹⁵

Genauso entschied der Gerichtshof in einem ähnlichen Fall, in dem der Kläger vom nationalen Gericht auf die Möglichkeit schriftlicher Ausführungen verwiesen wurde.⁹⁹⁶

Wenn Forderungen und Ansprüche auf persönliche Erlebnisse gestützt sind, ist die wirksame, sachgerechte und zufriedenstellende Darstellung des Sachverhalts regelmäßig nur durch die persönliche Teilnahme der Betroffenen an der Verhandlung zu gewährleisten.⁹⁹⁷ Ihr Erfahrungsbericht ist dann ein „unentbehrlicher Bestandteil“⁹⁹⁸ der Beweisführung. Im Fall *Helmers/Schweden*⁹⁹⁹, dem ein Klageerzwingungsverfahren wegen Verleumdung zu Grunde lag, bejahte der Gerichtshof das Recht des Nebenklägers auf Anwesenheit und persönlichen Vortrag sogar für das Berufungsverfahren. Dieses Recht stützte er zum einen darauf, dass es für die Entscheidung des Gerichts entscheidend auf die Glaubwürdigkeit der involvierten Parteien angekommen sei.¹⁰⁰⁰ Zum anderen unterstrich der Gerichtshof die

994 Das Problem fehlender Anwesenheitsmöglichkeit für Strafgefangene in mündlichen Verhandlungen in zivilrechtlichen Streitigkeiten beschäftigte den EGMR häufiger, siehe EGMR, Urt. 03.07.2012 – 13579/09 (*Razvyazkin/Russland*); EGMR, Urt. v. 25.11.2010 – 30251/03 (*Roman Karasev/Russland*); EGMR, Urt. v. 23.10.2008 – 13470/02 (*Khuzhin u.a./Russland*); Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer, Art. 6 Rn. 128.

995 EGMR, Urt. v. 10.05.2007 – 78145/01 (*Kovalev/Russland*), Rn. 37.

996 EGMR, Urt. v. 25.11.2010 – 30251/03 (*Roman Karasev/Russland*), Rn. 16, 67; siehe ferner EGMR, Urt. v. 27.05.2010 – 14146/02 (*Artyomov/Russland*), Rn. 204-208; EGMR, Urt. v. 17.12.2009 – 20075/03 (*Shilbergs/Russland*), Rn. 107-113.

997 Vgl. EGMR, Urt. v. 06.12.2011 – 50098/07 (*Rozhin/Russland*), Rn. 33 m.w. Rechtsprechungsnachweisen.

998 Ebd. [„an indispensable part of the plaintiffs' presentation of the case“].

999 EGMR (Plenum), Urt. v. 29.10.1991 – 11826/85 (*Helmers/Schweden*), Series A212-A.

1000 EGMR (Plenum), Urt. v. 29.10.1991 – 11826/85 (*Helmers/Schweden*), Series A212-A, Rn. 37.

Bedeutung des Verfahrens, das das berufliche Ansehen und die Karriere des Antragstellers betraf.¹⁰⁰¹

Für das Anwesenheitsrecht eines (mutmaßlichen) Opfers einer Straftat kommt es zusammenfassend auf die Bedeutung und Notwendigkeit der Anwesenheit und des persönlichen Vortrags für Beweiserhebung, Beweiswürdigung und die Lösung der Rechtsfragen sowie auf die persönliche Bedeutung des Verfahrens an. Aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK lässt sich ein Anwesenheitsrecht vor allem dann ableiten, wenn die persönlichen Schilderungen geeignet erscheinen, maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidung in der Sache zu nehmen.

Dies ist in der Praxis grundsätzlich anzunehmen, da das Opfer am eindrucklichsten über seine Wahrnehmung der Tat sowie über die Tatfolgen sprechen kann. Zudem geht es bei Ausführungen in strafrechtlichen Belangen regelmäßig auch um die Glaubwürdigkeit der Zeug*innen sowie die Glaubhaftmachung streitiger Tatsachen, namentlich der Tatvorwürfe. Die Schilderungen insbesondere von Opferzeug*innen betreffen regelmäßig rechts- und entscheidungserhebliche Tatsachen. Als Partei des Verfahrens können sie zudem die Angeklagten und andere Zeug*innen unmittelbar konfrontieren sowie Erklärungen abgeben, die zur Aufklärung und Würdigung des Sachverhalts erheblich beizutragen vermögen.

Die Schilderungen sowie die persönliche Teilnahme am Verfahren sind daher stets geeignet, Einfluss auf die Entscheidung in der Sache und gegebenenfalls auf mit der Klage verbundene Schmerzensgeldansprüche zu nehmen.¹⁰⁰² Der öffentlichen Missbilligung der Straftat im Allgemeinen, vor allem aber auch der diskriminierenden Tatmotive im Besonderen, kommt in Bezug auf Hasskriminalität zudem in der Regel eine große Bedeutung für die Betroffenen zu.¹⁰⁰³ Demnach ist gemäß Art. 6 Abs. 1

1001 EGMR (Plenum), Urt. v. 29.10.1991 – 11826/85 (*Helmers/Schweden*), Series A212-A, Rn. 36-39; dass es für das „*right to be present in person*“ auch auf die Bedeutung des Verfahrens für die Beteiligten ankommt, wird ebenfalls unterstrichen in: EGMR (GK), Urt. v. 02.11.2010 – 21272/03 (*Sakhnovskiy/Russland*), Rn. 96; EGMR (GK), Urt. v. 18.10.2006 – 18114/02 (*Hermi/Italien*), Reports 2006-XII, Rn. 62; *Barkhuysen et al.*, in: van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak (Hrsg.), 10. Right to a Fair Trial, S. 497 (575).

1002 In Bezug auf die Ermittlung von Schmerzensgeldansprüchen: EGMR, Urt. v. 25.11.2010 – 30251/03 (*Roman Karasev/Russland*), Rn. 67 [“*his claims in those proceedings were, to a certain extent, based on his personal experience and served, inter alia, as a basis for the assessment of the non-pecuniary damage which his detention entailed for him in terms of distress and anxiety.*”].

1003 So auch *Cremer/Cobbinah*, StV 2019, 648 (654).

EMRK für die Tatsacheninstanzen regelmäßig von einem Anwesenheitsrecht des Opfers einer vorurteilsgeleiteten Straftat auszugehen.

dd) Bedeutung des Konfrontationsrechts der Angeklagten für das Opfer

Neben dem Recht Betroffener von Delikten auf Teilnahme am Strafprozess besteht möglicherweise auch ein Beschuldigtenrecht auf die Anwesenheit des Opfers. Dies wiederum könnte Einfluss auf die Rechte des Opfers haben.

Zu der Pflicht des Staates, wirksame Ermittlungen durchzuführen, die geeignet sind, zu einer Bestrafung von Verantwortlichen zu führen, gehört es konsequenterweise auch, eine Verfahrensfehlerfreiheit zu gewährleisten, damit die etwaigen Bestrafungen rechtskräftig werden. Andernfalls würde das Recht des Opfers einer schweren Menschenrechtsverletzung auf effektive Strafverfolgung unterminiert. Durch dieses Recht Betroffener auf verfahrensfehlerfreie Ermittlungen wird mithin eine Verbindung zu den Verfahrensrechten von Beschuldigten hergestellt. Haben Beschuldigte einen Anspruch auf Anwesenheit von (Opfer-)Zeug*innen im Strafverfahren, könnte daraus wiederum auch das Opfer ein mit dem Recht der Beschuldigten kongruentes Recht auf Anwesenheit haben.

Das Recht der Angeklagten auf Anwesenheit von (Opfer-)Zeug*innen könnte sich aus ihrem Frage- und Konfrontationsrecht ergeben. Die einer strafbaren Handlung angeklagte Person hat das Recht, Fragen an die Belastungszeug*innen zu stellen oder stellen zu lassen und die Vernehmung der Entlastungszeug*innen unter den für die Belastungszeug*innen geltenden Bedingungen zu erwirken, Art. 14 Abs. 3 lit. e IPbpR und Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK.¹⁰⁰⁴

In der früheren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte erfolgte eine starre Interpretation der *sole or decisive rule*, wonach das Konfrontationsrecht verletzt ist, wenn die Verteidigung zu keinem Zeitpunkt im gesamten Strafverfahren die Möglichkeit hat, konkrete Fragen an Hauptbelastungszeug*innen zu stellen oder stellen zu lassen, soweit es sich bei der Aussage um den alleinigen oder entscheidenden

1004 HRCttee, General Comment 32, para. 39, UN Doc. CCPR/C/GC/32 (2007); eine Verletzung des Rechts auf ein Kreuzverhör wurde festgestellt in: HRCttee, Comm. no. 1089/2002 (*Rouse/Philippinen*), para. 7.5, UN Doc. CCPR/C/84/D/1089/2002 (2005); ausführlich *Lohse/Jakobs*, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, Art. 6 EMRK Rn. 95–114.

(*sole or decisive*) Beweis handelt.¹⁰⁰⁵ Die Große Kammer des EGMR hat die starre Interpretation seit dem Urteil *Al-Khawaja und Tahery/Vereinigtes Königreich*¹⁰⁰⁶ zugunsten einer flexibleren Auslegung aufgegeben.¹⁰⁰⁷

Kann das Konfrontationsrecht im Verfahren nicht gewahrt werden, ist nunmehr in einer Gesamtwürdigung festzustellen, ob dies insgesamt die Fairness des Verfahrens verletzt.¹⁰⁰⁸ Als Kriterien sind nach der vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte entwickelten Rechtsprechung heranzuziehen, ob ein legitimer Grund für die Abwesenheit des Zeugen in der Hauptverhandlung vorliegt, ob die Aussage des abwesenden Zeugen der alleinige oder entscheidende Beweis für die Verurteilung war und ob entsprechende kompensierende Faktoren vorliegen.¹⁰⁰⁹ Je weniger nachvollziehbare Gründe für die Nichtgewährung der Befragungsmöglichkeit bestehen und je größer die Bedeutung dieses Beweismittels ist, desto höhere Anforderungen sind an die kompensierenden, ausgleichenden Faktoren zu stellen, um in der abschließenden Gesamtwürdigung die Fairness des Verfahrens insgesamt noch bejahen zu können.¹⁰¹⁰

Wird eine von der Verteidigung in der Hauptverhandlung nicht unmittelbar konfrontierbare Aussage verwertet, bedarf es zunächst eines triftigen, ausreichenden Grundes für das Nicht-Erscheinen der Zeug*innen.¹⁰¹¹ Das Fehlen eines solchen Grundes begründet noch nicht zwingend die Unfairness des Verfahrens, stellt für die Bewertung allerdings ein gewichtiges Element dar.¹⁰¹² Die legitimen Abwesenheitsgründe sind rechtlicher oder tatsächlicher Natur,¹⁰¹³ beispielsweise kann eine besondere Schutzbedürftigkeit des Opfers unter engen Voraussetzungen seine Abwesenheit in

1005 *Helmken*, Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 122–129.

1006 EGMR (GK), Urt. v. 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (*Al-Khawaja und Tahery/Vereinigtes Königreich*), Reports 2011-VI.

1007 Ausführlich *Helmken*, Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 129–141.

1008 *Lohse/Jakobs*, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, Art. 6 EMRK Rn. 98.

1009 EGMR (GK), Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili/Deutschland*), Reports 2015-VIII, Rn. 107 = NJOZ 2017, 544 (547); ähnlich schon EGMR (GK), Urt. v. 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (*Al-Khawaja und Tahery/Vereinigtes Königreich*), Reports 2011-VI, Rn. 147; *Lohse/Jakobs*, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, Art. 6 EMRK Rn. 98–114; *Lohse*, JR 2015, 60 (61).

1010 *Lohse/Jakobs*, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, Art. 6 EMRK Rn. 104; *Helmken*, Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 133.

1011 Vgl. EGMR, Urt. v. 11.12.2012 – 3653/05 (*Asadbeyli u.a./Aserbaidshan*), Rn. 134; *Lohse/Jakobs*, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, Art. 6 EMRK Rn. 100–103.

1012 EGMR (GK), Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili/Deutschland*), Reports 2015-VIII, Rn. 112 f.

1013 Siehe den Überblick von *Bois-Pedain*, HRRS 2012, 120 (123 f.).

der Hauptverhandlung rechtfertigen.¹⁰¹⁴ Die zur Verweigerung des Fragerechts grundsätzlich anerkannten Rechtfertigungsgründe eines unbekannten Aufenthaltsorts von Zeug*innen oder die Verweigerung der Rechtshilfe¹⁰¹⁵ durch einen anderen Staat, in dem Zeug*innen sich aufhalten, setzen jeweils voraus, dass dem ermittelnden Staat die Abwesenheit der Zeug*innen nicht zuzurechnen ist.¹⁰¹⁶

Dagegen dürfte ein fehlendes Aufenthaltsrecht keinen triftigen Grund für die Abwesenheit von Zeug*innen darstellen. Zwar weist der EGMR bei der Prüfung des legitimen Abwesenheitsgrunds teilweise auch gezielt auf die Bemühungen der Strafverfolgungsbehörden und des Gerichts innerhalb des bestehenden rechtlichen Rahmens hin.¹⁰¹⁷ Im konkreten Fall betraf dies allerdings freiwillig ausgereiste Personen, deren Habhaftwerdung für das Strafverfahren nunmehr nur noch durch internationale, spricht nicht mehr einseitig vom Nationalstaat abhängige Absprachen zu erreichen gewesen wäre. Es kommt dann auf das Bemühen um Rechtshilfe durch den Aufenthaltsstaat an.¹⁰¹⁸ Obgleich Zeug*innen regelmäßig nicht an ihrem Recht auf Ausreise zu hindern sind, ist die Ausgestaltung und etwaige Verweigerung eines Aufenthaltsrechts ebenso wie eine behördlich angeordnete Aufenthaltsbeendigung dem Staat zurechenbar. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK verlangt den Konventionsstaaten positive Maßnahmen ab, wie die Große Kammer im Urteil *Schatschaschwili/Deutschland* betont:

„In Fällen, bei denen es um die Abwesenheit eines Zeugen wegen Unerreichbarkeit geht, verlangt der Gerichtshof vom Tatgericht, dass es alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um das Erscheinen des Betroffenen sicherzustellen (...) Die Tatsache, dass es den innerstaatlichen Gerichten nicht möglich war, den Zeugen ausfindig zu machen, oder die Tatsache, dass dieser das Land, in dem das Verfahren geführt wird, verlassen hat, reicht allein nicht aus, um Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK zu genügen, der von den Kon-

1014 Helmken, Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 147 f.

1015 Der häufigste Fall der zwischenstaatlichen Rechtshilfe ist wohl das Ersuchen um die Vernehmung eines im Ausland befindlichen Zeugen, Ahlbrecht et al., Internationales Strafrecht, S. 505.

1016 Vgl. EGMR, Urt. v. 27.02.2014 – 5699/11 (*Lučić/Kroatien*), Rn. 79; EGMR, Urt. v. 10.04.2012 – 8088/05 (*Gabrielyan/Armenien*), Rn. 81; EGMR, Urt. v. 22.11.2012 – 46203/08 (*Tseber/Tschechische Republik*), Rn. 48; Grabenwarter/Pabel, in: Dörr/Grote/Marauhn, Kap. 14 Rn. 158 mit Rechtsprechungs nachweisen.

1017 EGMR (GK), Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili/Deutschland*), Reports 2015-VIII, Rn. 139.

1018 Vgl. Helmken, Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 149.

ventionsstaaten verlangt, dass sie positive Maßnahmen ergreifen, um dem Angeklagten zu ermöglichen, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen (...) Das ergibt sich aus der Sorgfaltspflicht der Konventionsstaaten, die gewährleisten müssen, dass die Rechte aus Artikel 6 EMRK wirksam in Anspruch genommen werden können (...) Anderenfalls ist den innerstaatlichen Behörden die Abwesenheit des Zeugen anzulasten.“¹⁰¹⁹

Mithin muss ein Konventionsstaat alle zumutbaren Anstrengungen unternehmen, um das Erscheinen der Zeug*innen sicherzustellen und der Verteidigung eine unmittelbare Befragung im Laufe des Verfahrens zu ermöglichen.¹⁰²⁰ Dazu gehört es auch, den Aufenthalt von Zeug*innen zu ermöglichen und also im Zweifel eine Aufenthaltsbeendigung zurückzustellen, wenn ansonsten das Konfrontationsrecht von Angeklagten verletzt wäre.

Alternativ lässt sich zu Recht argumentieren, dass die persönliche Anwesenheit und Befragung von Belastungszeug*innen nach ihrer Rückführung auch durch die Erteilung eines Einreisvisums gewahrt werden könnte. Pauschal kann dieses Argument allerdings nicht überzeugen, sondern muss durch die Umstände und konkreten Anhaltspunkte im Einzelfall gestützt werden. Für die Ermittlungsbehörden ist es weitaus schwieriger und aufwendiger, den Kontakt mit ausländischen Zeug*innen aufrecht zu erhalten, die bereits in ihr Heimatland zurückgekehrt sind oder gar zwangsweise zurückgeführt wurden und diese zu einer erneuten Einreise in das Bundesgebiet und zu einer Aussage in der Hauptverhandlung zu bewegen.¹⁰²¹ Insbesondere nach einer zwangsweisen Rückführung dürfte regelmäßig äußerst fraglich sein, ob die Wiedereinreise eines Opfers zur Teilnahme am Strafverfahren organisatorisch und praktisch gelingt.

Tatsächlich hatte das Schweizerische Bundesgericht im Falle eines asylsuchenden Opfers von Menschenhandel über das Argument zu entscheiden, dass statt einer Aufenthaltsbewilligung für die Zwecke des Strafverfahrens auch ein Einreisevisum ausgestellt werden könne. Der Betroffenen drohte eine Überstellung nach Italien und gegebenenfalls eine Abschie-

1019 EGMR (GK), Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili/Deutschland*), Reports 2015-VIII, Rn. 120 = EuGRZ 2016, 511 (523), NJOZ 2017, 544 (549).

1020 *Lohse/Jakobs*, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, Art. 6 EMRK Rn. 96; *Esser*, NStZ 2007, 106; vgl. EGMR, Urt. v. 11.12.2012 – 3653/05 (*Asadbeyli u.a./Aserbaidschan*), Rn. 134 ("reasonable effort to secure their attendance"); EGMR (GK), Urt. v. 18.12.2018 – 36658/05 (*Murtazaliyeva/Russland*), Rn. 147; BGH NStZ 2017, 602 (603).

1021 *Ritter*, Art. 4 EMRK und das Verbot des Menschenhandels, S. 484 f. m.w.N.

bung nach Kenia. Das Bundesgericht betonte, dass im letzteren Falle die Verfügbarkeit des Opfers für das Strafverfahren, dessen Dauer noch nicht absehbar war, „offensichtlich nicht mehr sichergestellt“ werden könne und beurteilte die entgegenstehende Feststellung der Vorinstanz als willkürlich. Abschließend stellte es fest, „dass eine allenfalls erforderliche Verfügbarkeit eines asylsuchenden Menschenhandelsopfers für das Strafverfahren in der Schweiz im Prinzip nur dadurch sichergestellt werden kann, indem es sich für die Dauer des Strafverfahrens in der Schweiz aufhält.“¹⁰²²

Ist die Abwesenheit von Belastungszeug*innen in der Hauptverhandlung absehbar, sind angemessene Sicherungsmaßnahmen vorzusehen, „um die Schwierigkeiten auszugleichen, die der Verteidigung durch Zulassung von Aussagen in der Hauptverhandlung nicht erschienener Zeugen verursacht werden.“¹⁰²³ Als ausreichende Kompensationsmöglichkeit hat der EGMR bereits vor der Entscheidung *Al-Khawaja und Tahery/Vereinigtes Königreich* bei besonders schutzbedürftigen Personen die Möglichkeit der Konfrontation von Belastungszeug*innen durch Verteidiger*innen oder auch durch vernehmende Polizeibeamt*innen bzw. Sachverständige im Vorverfahren anerkannt.¹⁰²⁴ Zudem verlangt der EGMR eine ausreichende Grundlage zur Überprüfung der Zuverlässigkeit und Glaubwürdigkeit des Zeug*innenbeweises in der Hauptverhandlung, die insbesondere durch eine Videoaufzeichnung der Aussagen des Opfers während des Vorverfahrens gewahrt werden kann.¹⁰²⁵

Durch den Rechtsprechungswandel zur vorzunehmenden Gesamtbeurteilung ist prinzipiell auch die Verwertung belastender Zeug*innenaussagen denkbar, ohne dass eine konfrontative Befragung stattgefunden hat. In einem solchen Fall müssen kompensierende Maßnahmen ein insgesamt faires Verfahren ermöglichen.¹⁰²⁶ Ist konkret mit einem Beweismittelver-

1022 Schweizerisches Bundesgericht, Urt. v. 14.02.2019 – 2C_373/2017, Ziff. 4.1.

1023 EGMR (GK), Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili/Deutschland*), Reports 2015-VIII, Rn. 130 = NJOZ 2017, 544 (550). Der Gerichtshof führt beispielhaft auf: Die Ermöglichung einer schriftlichen Befragung, die Videoaufzeichnung einer Befragung im Ermittlungsverfahren oder auch die der Verteidigung bereits im Ermittlungsverfahren eingeräumte Möglichkeit, dem Zeugen Fragen zu stellen.

1024 Siehe die Rechtsprechungsanalyse von *Helmken*, Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 121–129.

1025 *Helmken*, Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 128 f.

1026 Vgl. *Helmken*, Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 138 f.; *Bois-Pedain*, HRRS 2012, 120 (122, 132–133).

lust zu rechnen, etwa weil Zeug*innen im weiteren Verfahren nicht zu erreichen sein könnten, ist der Verteidigung jedenfalls in den Fällen, in denen eine Verurteilung voraussichtlich ausschließlich oder überwiegend auf der Aussage dieser Zeug*innen beruhen wird, im Ermittlungsverfahren die Möglichkeit einzuräumen, dieser oder diesen Person(en) Fragen zu stellen.¹⁰²⁷ Sofern der Verteidigung zu irgendeinem Zeitpunkt während des Strafverfahrens ermöglicht wurde, Opferzeug*innen bestimmte Fragen zu stellen oder stellen zu lassen, ist die Wahrscheinlichkeit der Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK durch den EGMR als gering zu erachten.¹⁰²⁸

Als Kompensationsmöglichkeit kommt des Weiteren die Durchführung einer Videovernehmung in der Hauptverhandlung zur Ermöglichung des Frage- und Konfrontationsrechts der Angeklagten in Betracht.¹⁰²⁹ Die Beschränkung einer persönlichen Teilnahme und Befragung auf eine Videokonferenz ist allerdings stets rechtfertigungsbedürftig.¹⁰³⁰ Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass es selbst innerhalb der Europäischen Union noch Schwierigkeiten bei der transnationalen Zusammenarbeit in Bezug auf Vernehmungen gibt.¹⁰³¹ Zeug*innen im Ausland können weder durch noch vor ein nationales Gericht unter Androhung von Zwangsmitteln geladen werden.¹⁰³² Für das deutsche Recht verdeutlicht die „von Anfang

1027 EGMR (GK), Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili/Deutschland*), Reports 2015-VIII, Rn. 130, 157; EGMR, Urt. v. 03.04.2012 – 18475/05 (*Chmura/Polen*), Rn. 51; Kirchhoff, HRRS 2015, 506 (511 f.).

1028 Helmken, Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 149.

1029 Lohse/Jakobs, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, Art. 6 EMRK Rn. 105; Esser, NSTZ 2007, 106 (107 f.); siehe zu den strengen Vss.: EGMR, Urt. v. 16.02.2016 – 27236/05 (*Yevdokimov u.a./Russland*), Rn. 43.

1030 Vgl. EGMR, Urt. v. 27.11.2007 – 35795/02 (*Asciutto/Italien*), Rn. 63 ff.; EGMR (GK), Urt. v. 02.11.2010 – 21272/03 (*Sakniovskij/Russland*), Rn. 98, 104-107; EGMR (GK), Urt. v. 29.11.2016 – 76943/11 (*Lupeni Greek Catholic Parish u.a./Rumänien*), Reports 2016, Rn. 89; Gaede, in: MüKo StPO, Art. 6 EMRK Rn. 28–32.

1031 Vgl. EGMR (GK), Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili/Deutschland*), Reports 2015-VIII, Rn. 23-29. Günther, FS Widmaier, S. 253 (261 f.) berichtet von der (auf § 244 Abs. 5 S. 2 StPO zurückgeführten) Schwierigkeit, ein deutsches Gericht davon zu überzeugen, die Vernehmung von Zeug*innen im Rechtshilfeweg anzustreben. Dagegen hält die Ladung von Auslandszeug*innen im EU-Raum für "nicht mehr nennenswert komplizierter und/oder umständlicher als die Ladung inländischer Zeugen": Gerst, StV 2018, 755 (758).

1032 Gerst, StV 2018, 755 (758) m.w.N.; dies gilt auch innerhalb der EU: Gleß, FS Eisenberg, S. 499 (504 f.).

an umstrittene Regelung¹⁰³³ der Erleichterung der Ablehnung von „Auslandsbeweisanträgen“ gemäß § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO,¹⁰³⁴ dass Beschuldigte jedenfalls schlechter gestellt sind, wenn Zeug*innen sich nicht (mehr) im In-, sondern im Ausland aufhalten. Das Gleiche gilt auch für das Konfrontationsrecht, das grundsätzlich eine persönliche Gegenüberstellung der Angeklagten mit den Belastungszeug*innen verlangt. Wenn also die persönliche Anwesenheit im Strafverfahren ermöglicht werden kann, beispielsweise durch die Einräumung eines vorübergehenden Bleiberechts, bedarf es keiner Kompensation, sondern wahrt dies die Rechte (auch) der Beschuldigten am besten. Die persönliche Anwesenheit und Befragung von Zeug*innen ist daher stets zu bevorzugen.

Zusammenfassend kann die Abwesenheit von Zeug*innen in der Hauptverhandlung das Recht der Angeklagten nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK verletzen. Dies gilt einerseits bei der Unmöglichkeit einer Befragung von Entlastungszeug*innen, aber genauso auch bei einer unmöglich gewordenen Befragung von Belastungszeug*innen, deren Aussagen aus dem Vorverfahren daher regelmäßig nicht verwertet werden dürfen, wenn die Angeklagten keine Möglichkeit zur Ausübung des Frage- und Konfrontationsrechts erhalten.¹⁰³⁵ Der Aussage von Belastungszeug*innen muss zumindest wesentliches Gewicht zukommen und die Zulassung der Aussage aus dem Vorverfahren die Verteidigung behindern können.¹⁰³⁶ Die Auslegung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK durch den EGMR gewährt zudem vielfältige Kompensationsmöglichkeiten, durch die die Fairness eines Verfahrens trotz des Unterbleibens einer persönlichen Konfrontationsmöglichkeit durch den Angeklagten in der Hauptverhandlung insgesamt gewahrt werden kann. Wenn die Abwesenheit von Zeug*innen in der Hauptverhandlung absehbar ist, sind die Kompensationsmöglichkeiten umso strenger zu beurteilen.¹⁰³⁷ Im Hinblick auf staatlich veranlasste Aufenthaltsbeendigungen kommt es auf die im Detail ungeklärten Fragen an, inwieweit einer deshalb unterbliebenen Konfrontationsmöglichkeit ein legitimer Grund für die Abwesenheit von Zeug*innen abgesprochen wird

1033 Anm. *Julius* zu BGH NStZ 2002, 653 (655).

1034 BGH NStZ 2002, 653, Rn. 2-4, m. Anm. *Julius*. Die Regelung für einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK haltend: *Gerst*, StV 2018, 755 (759); *Günther*, FS Widmaier, S. 253 (264 f.); *Gleß*, FS Eisenberg, S. 499 (508 f.).

1035 *Gaede*, in: MüKo StPO, Art. 6 EMRK Rn. 262.

1036 EGMR (GK), Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili/Deutschland*), Reports 2015-VIII, Rn. 116.

1037 Vgl. EGMR (GK), Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili/Deutschland*), Reports 2015-VIII, Rn. 159.

und inwieweit dennoch durch dargelegte Kompensationsmaßnahmen die fehlende Konfrontationsmöglichkeit ausgeglichen werden kann, sodass das Verfahren insgesamt als fair zu bezeichnen ist.

Nach der Rechtsprechung des EGMR kommt im Rahmen der Gesamtwürdigung gerade den im Vorverfahren getroffenen Maßnahmen und Vorkehrungen ein erhebliches Gewicht zu.¹⁰³⁸ Vieles spricht für die Pflicht der ermittelnden Behörden, die Aussagen von Belastungszeug*innen, die in absehbarer Zeit das Hoheitsgebiet des ermittelnden Staates verlassen könnten, schnellstmöglich im Ermittlungsverfahren einer Konfrontation durch die Verteidigung zugänglich zu machen.¹⁰³⁹ Ein entsprechendes Versäumnis kann den Ausschlag für die Feststellung einer Verletzung von Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 lit. d EMRK geben.¹⁰⁴⁰ Allerdings vermittelt das Konfrontationsrecht keinen absoluten Anspruch der Verteidigung auf die Anwesenheit von Belastungszeug*innen, weder in der Hauptverhandlung noch im Vorverfahren.¹⁰⁴¹ Zudem können Angeklagte auf die Garantien des Rechts auf ein faires Verfahren verzichten, wenn dem kein öffentliches Interesse entgegensteht.¹⁰⁴² Mithin scheidet auch ein absolutes Recht von Belastungszeug*innen auf ein Aufenthaltsrecht zur Wahrung der persönlichen Anwesenheit, abgeleitet aus dem Recht auf verfahrensfehlerfreie Ermittlungen etwa gemäß Art. 2, 3 EMRK i.V.m. Art. 6 Abs. 1, 3 lit. d EMRK, aus.

Allenfalls dort, wo Beschuldigten noch keine Befragung von Belastungszeug*innen ermöglicht wurde und kompensierende Maßnahmen wenig vielversprechend sind, kann die staatliche Aufenthaltsbeendigung der Belastungszeug*innen ein fehlendes Bemühen der Behörden zur Wahrung der Beschuldigtenrechte belegen, mithin einen Sorgfaltspflichtverstoß dar-

1038 *Helmken*, Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 148.

1039 Vgl. EGMR (GK), Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili/Deutschland*), Reports 2015-VIII, Rn. 159 – 162; *Helmken*, Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 149; eine solche Maßnahme erscheint allgemein in besonderen Fällen aus traumatherapeutischer Perspektive erstrebenswert, siehe *Ellison/Munro*, in: Cooper/Hunting (Hrsg.), Trauma and victim participation in the criminal process, S. 176 (181).

1040 Vgl. EGMR (GK), Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili/Deutschland*), Reports 2015-VIII, Rn. 114.

1041 Laut *Helmken*, Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 147 ist das "Recht der 'Befragung' selbst zu einer Soll-Vorschrift verkommen".

1042 EGMR (GK), Urt. v. 18.12.2018 – 36658/05 (*Murtazaliyeva/Russland*), Rn. 117; EGMR, Urt. v. 24.04.2009 – 32165/02 (*Sibgatullin/Russland*), Rn. 46; *Meyer*, in: Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rn. 114.

stellen und gegen das Recht des Opfers auf verfahrensfehlerfreie Ermittlungen verstoßen.

Des Weiteren haben Angeklagte gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK das Recht auf eine Verhandlung innerhalb angemessener Frist. Das Strafverfahren ist ohne vermeidbare Verzögerungen durchzuführen.¹⁰⁴³ Eine Terminvereinbarung für Auslandszeug*innen, inklusive der Zusammenarbeit mit den ausländischen Behörden, um etwa eine rechtskonforme Video-Konferenz zu gewährleisten, stellt einen deutlich langwierigeren Prozess dar als eine Terminvereinbarung mit in Deutschland ansässigen Personen.¹⁰⁴⁴ Nicht ohne Grund wird die Erforderlichkeit zügiger Verfahren vor allem in Bezug auf internationale Strafgerichtsverfahren als Argument gegen eine stärkere Einbindung von Opfern angeführt.¹⁰⁴⁵

Eine zwangsweise Aufenthaltsbeendigung von Zeug*innen ist dem Staat zuzurechnen. Eine dadurch in der Folge auftretende Verfahrensverzögerung kann daher nicht mehr als unvermeidbar bezeichnet werden. Eine Verletzung des Rechts von Beschuldigten auf eine Verhandlung innerhalb angemessener Frist kann im Ergebnis gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK verstoßen, was dann wiederum das Recht des Opfers von Hasskriminalität auf effektive Untersuchung und Bestrafung des Vorfalls verletzt.

Im Ergebnis kann sich in Extremfällen das Recht auf effektive und verfahrensfehlerfreie Ermittlungen von Hasskriminalität in Verbindung mit den Rechten des Beschuldigten aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. d EMRK zu einem Aufenthaltsrecht von Opferzeug*innen verdichten.

1043 Gaede, in: MüKo StPO, Art. 6 EMRK Rn. 361.

1044 § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO wurde wegen Bedenken einer möglichen Prozessverzögerung durch Anträge auf Vernehmung von Auslandszeugen eingeführt, siehe Günther, FS Widmaier, S. 253 (260); Gerst, StV 2018, 755.

1045 Hirst, in: Sheeran/Rodley (Hrsg.), Victims' Participation and reparations in international criminal proceedings, S. 683 (701–704) m.w.N.; Ambos, in: Haldemann/Unger/Cadelo, Principle 19 Rn. 23; die internationale Opferbeteiligung hat die deutsche Justiz im FDLR-Verfahren vor noch weitere praktische Probleme gestellt, vgl. Kroker, Weltrecht in Deutschland?, S. 100 f.; Johnson/Schlindwein/Schmolze, Tatort Kongo - Prozess in Deutschland, S. 371–374, 397 f., 448–452.

b) Europäischer Opferschutz

aa) Richtlinie RL 2012/29/EU (Opferschutzrichtlinie)

Die Europäische Union widmete sich vor dem Vertrag von Lissabon von 2007 vor allem dem Schutz des (mutmaßlichen) Opfers vor Viktimisierungen durch das Verfahren.¹⁰⁴⁶ Neben der Richtlinie 2004/80/EG vom 29. April 2004 zur Entschädigung der Opfer von Straftaten versprachen die Mitgliedstaaten im Rahmenbeschluss 2001/220/JI die Anerkennung berechtigter Interessen der Verletzten insbesondere im Rahmen des Strafverfahrens, den Zugang zu Informationen, Beratung und Schutz.¹⁰⁴⁷ Eine aktive Teilnahme des Opfers am Strafverfahren stand nicht im Vordergrund und wurde diesem bis auf ein Recht auf Gehör in Artikel 3 nicht zuerkannt.¹⁰⁴⁸ Der Rahmenbeschluss schloss im neunten Erwägungsgrund sogar explizit aus, dass das Opfer den Prozessparteien gleichgestellt werden müsse.

Der Vertrag von Lissabon enthält die ausdrückliche Wertung, dass Opfern ein angestammter Platz im Strafjustizsystem zukommt.¹⁰⁴⁹ Durch Art. 82 Abs. 2 lit. c AEUV werden das Europäische Parlament und der Rat ermächtigt, Mindestvorschriften für die Rechte von Straftatopfern festzulegen. Die darauf gestützte Richtlinie 2012/29/EU über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten (Opferschutzrichtlinie)¹⁰⁵⁰ hat den Rahmenbeschluss 2001/220/JI ersetzt.

1046 Instrukтив Göbler, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 35–40.

1047 Rahmenbeschluss des Rates vom 15. März 2001 über die Stellung des Opfers im Strafverfahren, ABl. 2004 L 261/2. Zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses siehe den Bericht der Kommission in KOM(2009) 166 endg.

1048 Nach Art. 3 Abs. 1 sollte das Opfer im Lauf des Verfahrens gehört werden und Beweismaterial liefern können, doch beließ diese Bestimmung den nationalen Behörden ein weites Ermessen bei der konkreten Umsetzung dieses Ziels, so EUGH, Urt. v. 15.09.2011, Gueye and Salmerón Sánchez, C-483/09 und C-1/10, EU:C:2011:583, Rn. 56–59. Das Recht auf Gehör ist im Rahmenbeschluss ausschließlich zum Schutz verfahrensbezogener Interessen, nicht in Anerkennung eines Opferinteresses an der Verurteilung, zu gewähren, vgl. Hanloser, Das Recht des Opfers auf Gehör im Strafverfahren, S. 73–81; Göbler, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 37 f. m.w.N.

1049 Göbler, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 50.

1050 ABl. L 315/57.

Gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV sind Richtlinien für die sie betreffenden Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen den innerstaatlichen Stellen allerdings die Wahl der Form und der Mittel.

Die Opferschutzrichtlinie hat unter anderem zum Ziel, sicherzustellen, dass Opfer von Straftaten sich am Strafverfahren beteiligen können, Art. 1 Abs. 1 UAbs. 1 RL 2012/29/EU. Die Bedeutung dieses Ziels wird auch durch die Überschrift des dritten Kapitels verdeutlicht: „Teilnahme am Strafverfahren“. Der Richtlinie 2012/29/EU fehlt zudem eine dem neunten Erwägungsgrund des RB 2001/220/JI vergleichbare Klarstellung, dass Opfer keine Parteistellung erhalten müssten. Trotz des Ziels der Richtlinie garantiert jene dem Straftatopfer keine Stellung als Partei des Verfahrens.¹⁰⁵¹ Ihr ist ebenfalls kein explizites Recht auf Anwesenheit und physische Teilnahme am Strafverfahren zu entnehmen. Allerdings könnten die Beteiligungsrechte der Richtlinie eine Anwesenheit des Opfers jedenfalls in Fällen von Hasskriminalität erforderlich machen.

Die in der Opferschutzrichtlinie festgelegten Rechte gelten für die Opfer ohne Diskriminierung in Bezug auf ihren Aufenthaltsstatus, Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2012/29/EU. Im zehnten Erwägungsgrund wird jedoch betont, dass die Richtlinie nicht die Bedingungen für den Aufenthalt von Opfern von Straftaten im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zum Gegenstand hat und dass die Anzeige einer Straftat und das Auftreten in Strafprozessen keine Rechte in Bezug auf den Aufenthaltsstatus des Opfers verleihen.¹⁰⁵² Zwar sind die Erwägungsgründe eines Unionsrechtsakts nach ständiger Rechtsprechung des EuGH rechtlich nicht verbindlich und können weder herangezogen werden, um von den Bestimmungen des betreffenden Rechtsakts abzuweichen, noch, um diese Bestimmungen in einem Sinne auszulegen, der ihrem Wortlaut offensichtlich widerspricht.¹⁰⁵³ Dennoch sind die Erwägungsgründe eines der bestimmenden Auslegungselemente.¹⁰⁵⁴

Ein offensichtlicher Widerspruch mit dem Wortlaut der Richtlinie RL 2012/29/EU ist in der Versagung einer physischen Teilnahme eines

1051 *Helmken*, Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 67–69.

1052 So auch Europäische Kommission, DG Justice Guidance Document, S. 8, Ref. Ares(2013)3763804 (19.12.2013).

1053 EuGH, Urt. v. 13.09.2019, Srf konsulterna, C-647/17, EU:C:2019:195, Rn. 32.

1054 EuGH, Urt. v. 07.03.2018, SNCF Mobilités/ Kommission, C-127/16 P, EU:C:2018:165, Rn. 29: „der verfügende Teil eines Rechtsakts der Union [ist] untrennbar mit seiner Begründung verbunden“; *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), § 10 Die Auslegung, S. 199 (215) („die Begründungserwägungen sind [...] die Richtschnur für jede teleologische Interpretation“).

Opfers am Strafverfahren nicht zu erkennen. Es ist daher zu prüfen, ob ein Anwesenheitsrecht dennoch den Bestimmungen der Richtlinie zu entnehmen ist. Ein solches kommt möglicherweise insbesondere für Betroffene von Vorurteilskriminalität in Betracht. Denn bei der Ermittlung besonderer Schutzbedürfnisse erhalten „Opfer, die Hasskriminalität und von in diskriminierender Absicht begangenen Straftaten erlitten haben, die insbesondere im Zusammenhang mit ihren persönlichen Merkmalen stehen könnten“, besondere Aufmerksamkeit, Art. 22 Abs. 3 RL 2012/29/EU.¹⁰⁵⁵ Die Ermittlungsbehörden der Mitgliedstaaten müssen bei der individuellen Begutachtung der Opfer Hinweise auf Vorurteile und diskriminierende Motive der Täter*innen daher gebührend berücksichtigen.¹⁰⁵⁶ Gemäß Art. 23 Abs. 2 lit. a, b RL 2012/29/EU sollen Vernehmungen von Personen mit besonderen Schutzbedürfnissen nach Möglichkeit in Räumlichkeiten sowie durch oder unter der Mitwirkung von Fachkräften stattfinden, die für den Zweck entsprechend ausgelegt beziehungsweise ausgebildet wurden.¹⁰⁵⁷ Das dürfte insbesondere auf Polizeibeamt*innen zutreffen, die gemäß Art. 25 Abs. 1 RL 2012/29/EU entsprechenden Schulungs- und Fortbildungsverpflichtungen unterliegen.¹⁰⁵⁸ Zumindest bis zum Abschluss der Vernehmung(en) des Opfers im Ermittlungsverfahren wäre der Aufenthalt daher zu gewähren oder alternativ zu prüfen, ob eine Vernehmung im Ausland in geeigneten Räumlichkeiten und durch oder unter Mitwirkung von Fachkräften im Sinne der Richtlinie stattfinden kann.

Neben der Sicherstellung des angemessenen Schutzes im Strafverfahren könnte auch der Zugang zu Opferunterstützung eine physische Anwesenheit der Betroffenen voraussetzen. Insbesondere die im Rahmen des Bedarfs nach Art. 8 Abs. 1 obligatorische emotionale und psychologische Unterstützung gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. c RL 2012/29/EU bedarf mitunter eines unmittelbaren Kontakts. In Erwägungsgrund 38 werden als beson-

1055 Allgemein zu Problemen des Begutachtungsverfahrens Göhler, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 218–221.

1056 *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte*, Ensuring justice for hate crime victims, S. 45.

1057 Im Übrigen sieht die RL 2012/29/EU in Art. 23 überwiegend Schutzmaßnahmen gegen eine Retraumatisierung durch die Konfrontation des Opfers mit Täter*in, Gericht und Öffentlichkeit vor, vgl. EuGH (GK), Urt. v. 16.06.2005, Pupino, C-105/03, EU:C:2005:386, Rn. 56; bestätigt durch EuGH, Urt. v. 29.07.2019, Gambino und Hyka, C-38/18, EU:C:2019:628, Rn. 23, das im Verfahren der Frage nachgeht, inwieweit wiederholte Vernehmungen des Opfers der RL 2012/29 entgegenstehen.

1058 Helmken, Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 96.

ders schutzbedürftige Personen solche genannt, die Opfer einer Straftat in einem Mitgliedsstaat werden, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen oder in dem sie nicht ihren Wohnsitz haben. Den Betroffenen sollte spezialisierte Unterstützung und rechtlicher Schutz gewährt werden. Zu spezialisierten Unterstützungsdiensten können laut dem 38. Erwägungsgrund unter anderem Obdach und sichere Unterbringung sowie kurz- und langfristige psychologische Betreuung und Traumabehandlung gehören. Nach Erwägungsgrund 37 soll die Unterstützung während des Strafverfahrens wie auch für einen angemessenen Zeitraum nach dem Verfahren gewährt werden.¹⁰⁵⁹ Die Unterstützung solle zudem „in hinreichender geographischer Verteilung im ganzen Mitgliedsstaat“ zur Verfügung gestellt werden. Die Richtlinie geht mithin von einer unmittelbaren und persönlichen Unterstützung aus, die lokal erreichbar sein soll. Diese Unterstützungsverpflichtung ist von den Mitgliedstaaten vor einer etwaigen Aufenthaltsbeendigung eines unterstützungsbedürftigen Opfers im Sinne der Richtlinie gebührend zu berücksichtigen.

Zuletzt könnten die Aktivrechte aus Kapitel 3 der RL 2012/29/EU eine physische Anwesenheit der Betroffenen erforderlich machen. Aufgrund des Kontexts der Richtlinie wird der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 10 Abs. 1 RL 2012/29/EU trotz der beinahe wortgleichen Regelung in Art. 3 Abs. 1 RB 2001/220/JI teleologisch und systematisch als Offensivrecht ausgelegt, mit dem das Opfer sein Interesse am Strafverfahrensausgang verfolgen kann.¹⁰⁶⁰ Bereits Art. 3 Abs. 1 RB 2001/220/JI garantierte dem Opfer über die reine Zeug*innenstellung und der Möglichkeit zur objektiven Tathergangsbeschreibung hinaus das Recht, den „eigenen Standpunkt“ im Verfahren erklären zu dürfen.¹⁰⁶¹ Im Mittelpunkt des

1059 Da es im Interesse des Opfers sein kann, erst nach einer längeren Periode der Verarbeitung („Coping-Phase“) einige Jahre nach der Tat einen vollzugsbegleitenden Tatausgleich zu initiieren oder auf ein Ausgleichsangebot der Gegenseite zu reagieren, fordert *Kilchling*, das Zugangsrecht für das Opfer zu Wiedergutmachungsdiensten nach der Opferschutzrichtlinie (Art. 12 RL 2012/29/EU) als von einem bestimmten Verfahrensstadium unabhängig zu betrachten, damit der Tatausgleich eine Langzeitoption ist: *Kilchling*, in: Sautner/Jesionek (Hrsg.), Opferrechte und Restorative Justice, S. 63 (77).

1060 Ausführlich *Göhler*, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 137–143.

1061 EuGH, Urt. v. 15.09.2011, Gueye and Salmerón Sánchez, C-483/09 und C-1/10, EU:C:2011:583, Rn. 59. Die Generalanwältin *Kokott* hat in ihren Schlussanträgen (EU:C:2011:297, Rn. 47) erläutert, dass sich ein enges Verständnis des Anhörungsrechts verbiete und das Opfer „seine subjektiven Beurteilungen und Erwartungen an das Verfahren“ mitteilen können müsse. Siehe dazu *Helmken*,

Gehörsrechts nach Art. 10 Abs. 1 RL 2012/29 steht nicht das objektive Ziel der Informationsgewinnung, sondern die Erfüllung subjektiver Interessen des Opfers.¹⁰⁶² Das Opfer soll das Gehör nutzen können, um erstens ein eigenes Interesse am Ausgang des Strafverfahrens durch Beiträge zur Sachverhaltsaufklärung und Strafzumessung zu verfolgen, zweitens mittels kathartischer Kommunikation die Tat zu verarbeiten und drittens aktiv am Verfahren teilzunehmen, um so die Zufriedenheit mit diesem zu steigern.¹⁰⁶³ Allerdings soll das Gehörsrecht des Opfers gemäß Erwägungsgrund 41 als gewahrt gelten, wenn das Opfer schriftliche Erklärungen oder Erläuterungen abgeben darf. Ob die Beschränkung des Gehörsrechts auf schriftliche Beteiligung dem Zweck der Norm gerecht wird, muss bezweifelt werden.¹⁰⁶⁴

Als weiteres Offensivrecht räumt die Richtlinie den Betroffenen einer Straftat gemäß Art. 11 das Recht ein, Einstellungsentscheidungen der Strafverfolgungsbehörden (nicht des Gerichts¹⁰⁶⁵), die keinen Strafcharakter aufweisen, überprüfen zu lassen.¹⁰⁶⁶ Dieses Kontrollrecht soll unabhängig von der nationalstaatlich eingeräumten Prozessstellung jedenfalls den Opfern schwerer Straftaten zukommen, Art. 11 Abs. 2 RL 2012/29/EU. Die Richtlinie definiert zwar den Begriff des Opfers,¹⁰⁶⁷ nicht aber den der schweren Straftat. Es handelt sich um einen autonomen unionsrechtlichen

Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 101–103; ähnlich bereits EuGH, Urt. v. 09.10.2008, Katz, C-404/07, EU:C:2008:553, Rn. 47.

1062 Göbner, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 148.

1063 Göbner, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 148; a.A. Helmken, Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 103, dem zufolge für eine kathartische Funktionsweise des Gehörsanspruchs keine Anzeichen vorhanden seien. Helmken bezieht sich allerdings ausschließlich auf Rechtsprechung zum RB 2001/220/JI und berücksichtigt nicht das aus systematischen und teleologischen Gründen gebotene erweiterte Verständnis des Gehörsrechts im Rahmen der RL 2012/29/EU, das Göbner ausführlich analysiert.

1064 Im Hinblick auf den Zweck zur Vermeidung einer Sekundärviktimisierung wurde teilweise bereits aus Art. 3 Abs. 1 RB 2001/220/JI das Recht auf eine *mündliche Äußerung* in der Hauptverhandlung gefolgert, siehe Hanloser, Das Recht des Opfers auf Gehör im Strafverfahren, S. 110–112.

1065 Erwägungsgrund 43 RL 2012/29/EU.

1066 Helmken, Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 104 f.

1067 Art. 2 Nr 1 lit. a RL 2012/29/EU: Neben Familienangehörigen einer getöteten Person ist das Opfer „eine natürliche Person, die eine körperliche, geistige oder seelische Schädigung oder einen wirtschaftlichen Verlust, der direkte Folge einer Straftat war, erlitten hat. Siehe zum Begriff Göbner, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 115–119.

Begriff, dessen Interpretation sich nach Unionsrecht richtet.¹⁰⁶⁸ Zu beachten sind dabei die existierende Unionsgesetzgebung im Strafrecht und internationale Strafrechtsstandards.¹⁰⁶⁹

Es gibt keine einheitliche EU-weite Definition der „schweren Kriminalität“. ¹⁰⁷⁰ In Art. 86 Abs. 4 AEUV wird der Begriff der schweren Kriminalität verwendet, der jedenfalls Bagateltaten, aber auch schwere „Durchschnittstaten“ nicht erfasst und nur vorliegt, wenn Unrecht und Schuld auch im Einzelfall schwer wiegen. ¹⁰⁷¹ Art. 2 Abs. 1 lit. d des Ratsbeschlusses 2008/633/JI bestimmt als „schwerwiegende Straftaten“ solche, die den in Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl (2002/584/JI) aufgeführten Straftaten entsprechen oder gleichwertig sind. Dort wiederum wird „Rassismus und Fremdenfeindlichkeit“ als entsprechende Straftat aufgezählt. Ebenso sind „Rassismus und Fremdenfeindlichkeit“ in der Europol-Verordnung (2016/794/EU) aufgelistet zur Bestimmung der „schweren Kriminalität, des Terrorismus und der Kriminalitätsformen, die ein gemeinsames Interesse verletzen“. ¹⁰⁷² Dagegen werden Rassismus und Fremdenfeindlichkeit nicht aufgeführt in der Legaldefinition des Art. 3 RL 2016/681/EU (Fluggastdatenrichtlinie), wonach schwere Straftaten solche im Anhang der Richtlinie aufgeführte strafbare Handlungen meint, die nach dem innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung im Höchstmaß von mindestens drei Jahren bedroht sind. Dem bloßen Strafmaß zufolge könnte prinzipiell nach deutschem Recht allerdings auch eine Nötigung oder eine einfache Körperverletzung als schwere Straftat in Betracht kommen, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von drei bzw. fünf Jahren bestraft wird. ¹⁰⁷³

Eine Indizwirkung, Vorurteilskriminalität als schwer einzuordnen, lässt sich schließlich auch den Vorgaben zur Ermittlung besonderer Schutzbedürfnisse nach Art. 22 Abs. 3 RL 2012/29/EU entnehmen. ¹⁰⁷⁴ In Erwä-

1068 Göhler, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 150; Klip, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2015, 177 (182).

1069 Europäische Kommission, DG Justice Guidance Document, S. 30, Ref. Ares(2013)3763804 (19.12.2013).

1070 Röben, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 67 AEUV Rn. 113.

1071 Vogel/Eisele, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 86 AEUV Rn. 62.

1072 Art. 3 i.V.m. Anhang 1 VO 2016/794/EU.

1073 §§ 223 Abs. 1, 240 Abs. 1 StGB.

1074 Vgl. Göhler, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 151, die auf Wiederholungen in den Erwägungsgründen rekurriert und

gungsgrund 57 heißt es hierzu, dass Opfer geschlechtsbezogener Gewalt oder von Hasskriminalität in hohem Maße einer sekundären und wiederholten Viktimisierung, Einschüchterung und Vergeltung ausgesetzt seien und die hohe Wahrscheinlichkeit vorausgesetzt werden solle, dass Betroffene besonderer Schutzmaßnahmen bedürfen. Opfern von Hasskriminalität ist mithin jedenfalls nach den Umständen des Einzelfalls – unter besonderer Berücksichtigung der Folgen diskriminierender Kriminalität –¹⁰⁷⁵ das Anfechtungsrecht nach Art. 11 Abs. 1, 2 RL 2012/29/EU einzuräumen.¹⁰⁷⁶

Das Anfechtungsrecht beinhaltet ein Recht auf die dafür nötigen Informationen („sufficient information“), Art. 11 Abs. 3 RL 2012/29/EU. Es ist strittig, ob dies ein umfangreiches Akteneinsichtsrecht beinhaltet.¹⁰⁷⁷ Jedenfalls sind die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, dem Opfer wesentliche Erkenntnisse der Ermittlungsergebnisse zur Verfügung zu stellen. Sie haben entsprechend dafür Sorge zu tragen, dass dieses Recht auch nach einer etwaigen Aufenthaltsbeendigung gewahrt bleibt. Dabei ist darauf zu achten, dass dem Opfer durch die Teilnahme am Strafverfahren keine Kosten entstehen sollen.¹⁰⁷⁸

Gemäß Art. 16 Abs. 1 RL 2012/29/EU haben die Mitgliedstaaten das Recht des Opfers sicherzustellen, im Rahmen des Strafverfahrens eine Entscheidung über eine Entschädigung durch die Straftäter*innen zu erwirken, außer wenn diese Entscheidung nach innerstaatlichem Recht im Rahmen eines anderen gerichtlichen Verfahrens ergehen muss. Erfasst sind sämtliche Schäden materieller und immaterieller Art, die infolge der Straftat entstanden sind.¹⁰⁷⁹ Bei Opfern mit Wohnsitz in einem an-

entsprechend Terrorismus, Gewalt in engen Beziehungen und geschlechtsbezogene Gewalt als schwere Straftaten qualifiziert.

1075 Siehe Kapitel B. III.

1076 Die Kontrollmöglichkeit ist nur entbehrlich, wenn die Entscheidung der Staatsanwaltschaft über den Verzicht auf Strafverfolgung einen außergerichtlichen Vergleich zur Folge hat, Art. 11 Abs. 5 RL 2012/29/EU. Zur (bejahten) Anwendbarkeit des Abs. 5 auch in den Fällen von Abs. 2 siehe *Göhler*, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 152–154.

1077 Ein umfangreiches Akteneinsichtsrecht des Opfers nehmen an: *Bock*, ZIS 2012, 201 (206); *Bock*, in: Barton/Kölbel (Hrsg.), Opferrechte im Lichte europäischer Vorgaben, S. 67 (81); *Schünemann*, Die Europäisierung der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats, S. 337; *Schünemann*, ERA Forum 2011, 445 (460); *a.A.* *Göhler*, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 155, wonach der Wortlaut der Richtlinie den Anspruch ausdrücklich auf die notwendigen Informationen beschränke, was den Umfang der zur Verfügung stehenden Informationen reduziere.

1078 Erwägungsgrund 47 RL 2012/29/EU.

1079 *Helmken*, Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 110.

deren EU-Mitgliedstaat sollen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 17 Abs. 1 RL 2012/29/EU „geeignete Maßnahmen“ zur Reduktion von Schwierigkeiten treffen. Insbesondere müssen die Behörden nach lit. a zu einer Aufnahme der Aussage des Opfers unmittelbar nach der Anzeige der Straftat imstande sein sowie nach lit. b dazu, von den europäischen Regelungen über Video- und Telefonkonferenzen Gebrauch zu machen. Im Fokus stehen dabei die Verfahrensregeln nach Art. 10 f. des Übereinkommens zwischen den Mitgliedstaaten vom 29. Mai 2000 über Rechtshilfe in Strafsachen.¹⁰⁸⁰

Sowohl die Schutz- und Unterstützungsverpflichtungen als auch die Aktivrechte legen einen Bedarf an physischer Präsenz des (mutmaßlichen) Straftatopfers nahe.¹⁰⁸¹ Unter diesem Eindruck wurde möglicherweise aus politischen Erwägungen heraus im zehnten Erwägungsgrund der Opfer-schutzrichtlinie betont, dass die Anzeige einer Straftat oder das Auftreten in Strafprozessen keine Rechte in Bezug auf den Aufenthaltsstatus des Opfers verleihen. Der europäische Grundsatz des *effet utile* verlangt allerdings eine Auslegung der Richtlinie im Licht der Zielsetzung ebenjener und in einer Weise, die ihre praktische Wirksamkeit gewährleistet.¹⁰⁸² Die Mitgliedstaaten müssen zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus einer Richtlinie alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um die vollständige Wirksamkeit der Richtlinie gemäß ihrer Zielsetzung zu gewährleisten.¹⁰⁸³

Die Rechte der RL 2012/29/EU kommen allen Betroffenen zu, die im Raum der EU Opfer einer Straftat werden.¹⁰⁸⁴ Die Rechte der Richtlinie sind allerdings – wie oben aufgezeigt – von den Mitgliedstaaten mitunter nicht vollständig zu garantieren, wenn sich das Opfer einer Straftat außerhalb des Hoheitsbereichs der Mitgliedstaaten aufhält. Dies gilt insbesondere für spezialisierte Unterstützungsdienste wie psychologische Betreuung und Traumabehandlung, die Opfer von Hasskriminalität, die als besonders schutzbedürftig im Sinne der Richtlinie gelten, gemäß Art. 8 f. iV.m. Erwägungsgrund 58 RL 2012/29/EU zur Verfügung zu stellen sind. Die Europäische Kommission bittet die Mitgliedstaaten daher, migrationsrechtliche Regelungen angemessen anzupassen, damit Opfer von den Rechten

1080 C2000/197/01, ABl. C 197/1.

1081 Siehe auch *Hanloser*, Das Recht des Opfers auf Gehör im Strafverfahren, S. 214 f.

1082 EuGH (GK), Urt. v. 25.10.2005, Schulte, C-350/03, EU:C:2005:637, Rn. 69; *Riesenhuber*, in: Riesenhuber (Hrsg.), § 10 Die Auslegung, S. 199 (217).

1083 EuGH (GK), Urt. v. 25.10.2005, Schulte, C-350/03, EU:C:2005:637, Rn. 69.

1084 Europäische Kommission, DG Justice Guidance Document, S. 8 ff., Ref. Ares(2013)3763804 (19.12.2013).

der Richtlinie profitieren können.¹⁰⁸⁵ Beispielhaft aufgeführt werden die Aussetzung der Abschiebung oder die Erteilung einer temporären Aufenthaltserlaubnis mit Bezug zum laufenden Strafverfahren.¹⁰⁸⁶ Allgemeiner fordert die Europäische Grundrechte-Agentur die Mitgliedstaaten auf, ihre Anstrengungen zu intensivieren, damit Opfer in den Gerichtsverfahren eine „angemessene Stellung“ einnehmen.¹⁰⁸⁷

Eine Abschiebung kann im Ergebnis Betroffenenrechte der Richtlinie unwirksam machen. Das Gebot richtlinienkonformer Auslegung¹⁰⁸⁸ verpflichtet Behörden und Gerichte, bestehende Auslegungsspielräume des Aufenthaltsgesetzes im Sinne der Richtlinie zu nutzen. Wenngleich von der bloßen Anzeige einer Straftat oder der Teilnahme an einem Strafprozess kein Aufenthaltsrecht entsteht, können die Rechte der Opferschutzrichtlinie dem Vollzug einer Ausreisepflicht entgegen stehen und den weiteren Aufenthalt von Betroffenen erforderlich machen. Hilfsweise ist jedenfalls die Wahrung der Schutz- und Aktivrechte aus dem Ausland heraus zu beachten, um die Ziele der Richtlinie – Schutz, Unterstützung und Teilnahme des Opfers am Strafverfahren – zu erreichen.

bb) Reformbestrebungen

Die *Hochrangige EU-Gruppe zur Bekämpfung von Rassismus, Fremdenfeindlichkeit und anderen Formen der Intoleranz* erkennt aufenthaltsrechtliche Einschränkungen als bedeutsame Herausforderung für die Betroffenen an. Weil gerade undokumentierte Migrant*innen gehindert sein könnten, Straftaten anzuzeigen und den Rechtsweg zu suchen, verweist die Gruppe auf eine Empfehlung der ECRI.¹⁰⁸⁹ Dieser zufolge sind Garantien vorzusehen, damit irreguläre Migrant*innen, die Opfer von Straftaten sind, ihre Rechte kennen und in der Lage sind, den Strafvollzugsbehörden alle

1085 Europäische Kommission, DG Justice Guidance Document, S.9, Ref. Ares(2013)3763804 (19.12.2013).

1086 Ebd.

1087 *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte*, Fundamental Rights Report 2020, S. 17.

1088 Zur richtlinienkonformen Auslegung *Roth/Jopen*, in: Riesenhuber (Hrsg.), § 13 Die richtlinienkonforme Auslegung, S. 263; *Dienelt*, in: Bergmann/Dienelt, Vorbem. FreizügG/EU Rn. 43–51.

1089 *EU High Level Group on combating racism, xenophobia and other forms of intolerance*, Ensuring justice, protection and support for victims of hate crime and hate speech: 10 key guiding principles (2017), S. 6.

Straftaten zu melden, vor Gericht als Zeug*in auszusagen und effektiven Zugang zur Justiz und Rechtsbehelfen zu haben, ohne dass die Gefahr besteht, dass ihre Daten zum Zweck der Einwanderungskontrolle und entsprechender Vollzugsmaßnahmen mit den Einwanderungsbehörden ausgetauscht werden.¹⁰⁹⁰ Als Positivbeispiele nennt die Hochrangige EU-Gruppe eine Regelung in Griechenland, nach der Opfer und Zeug*innen rassistischer Straftaten aus humanitären Gründen eine Aufenthaltserlaubnis für die Dauer des Strafverfahrens erteilt wird. Ferner werden die vergleichbaren Bleiberechtserlasse der Bundesländer Berlin und Brandenburg¹⁰⁹¹ genauso erwähnt wie ein Programm in den Niederlanden, dass es undokumentierten Ausländer*innen ermöglicht, als Zeug*innen oder Opfer eine Straftat anzuzeigen, ohne strafrechtlich für den irregulären Aufenthalt belangt zu werden.¹⁰⁹²

Das Europäische Parlament nahm im Mai 2018 eine Resolution zur Umsetzung der Opferschutzrichtlinie 2012/29/EU an.¹⁰⁹³ Das Europäische Parlament führt dabei als Erwägungsgründe an, dass die Opfer von Straftaten unabhängig von Staatsangehörigkeit und Aufenthaltsstatus in den Mittelpunkt des Strafrechtssystems gestellt werden sollen und dass

„Vorfälle oder Täter im Zusammenhang mit Gewalt in der EU immer noch systematisch zu selten zur Anzeige gebracht werden, vor allem in Fällen, die mit Minderheiten, Migranten, Personen mit Aufenthaltsrecht als Familienangehörige oder mit prekärem Aufenthaltsstatus, LGBTI-Personen, antisemitischen Straftaten, sexuellem Missbrauch von Kindern, häuslicher und geschlechtsbezogener Gewalt oder Opfern von Menschenhandel und Zwangsarbeit in Verbindung stehen.“¹⁰⁹⁴

Das Europäische Parlament fordert die Mitgliedstaaten auf, sicherzustellen, dass der Aufenthaltsstatus kein Kriterium dafür ist, dass die Opferrech-

1090 ECRI, Allgemeine Politik-Empfehlung Nr. 16 über den Schutz irregulärer Migranten vor Diskriminierung (2016), Nr. 33 - CRI(2016)16.

1091 Siehe Kapitel C. III. 2.

1092 *EU High Level Group on combating racism, xenophobia and other forms of intolerance*, Ensuring justice, protection and support for victims of hate crime and hate speech: 10 key guiding principles (2017), S. 6; zum Programm in den Niederlanden auch ECRI, Allgemeine Politik-Empfehlung Nr. 16 über den Schutz irregulärer Migranten vor Diskriminierung (2016), S. 36 - CRI(2016)16.

1093 Europäisches Parlament, Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten, P8_TA(2018)0229 (30.05.2018).

1094 Europäisches Parlament, Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten, Erwägungsgründe A. und L., P8_TA(2018)0229 (30.05.2018).

te in vollem Umfang in Anspruch genommen werden können.¹⁰⁹⁵ Außerdem sollten auch Opfer ohne einen gesicherten Aufenthaltsstatus Zugang zu Rechten und Dienstleistungen im Sinne der Opferschutzrichtlinie haben, „ohne Angst haben zu müssen, dass sie abgeschoben werden“.¹⁰⁹⁶

Zuletzt hat die Europäische Kommission für den Zeitraum von 2020 bis 2025 eine neue „EU-Strategie für die Rechte von Opfern“ vorgelegt.¹⁰⁹⁷ Ausweislich der Begründung hält die Kommission unter anderem aufgrund des Anstiegs von häuslicher Gewalt sowie von „rassistisch und fremdenfeindlich motivierten Hassdelikte[n]“ eine Stärkung des Opferschutzes für bedeutsam.¹⁰⁹⁸ Die Strategie bezweckt, „die Opfer von Straftaten dahingehend zu stärken, dass sie Straftaten anzeigen, an Strafverfahren teilnehmen, Entschädigung erwirken und sich schließlich – soweit dies möglich ist – von den Folgen der Straftat erholen können.“¹⁰⁹⁹ Die Europäische Kommission erkennt an, dass sich irreguläre Migrant*innen, die Opfer von Straftaten werden, häufig in einer Gefährdungssituation mit einer drohenden Abschiebung befinden und möglicherweise Schwierigkeiten haben, Zugang zur Justiz zu erhalten.¹¹⁰⁰ Daher möchte sie „den Austausch zwischen den Mitgliedstaaten in Bezug auf bewährte Verfahren fördern, die darauf abzielen, die Anzeige von Straftaten vom Rückführungsverfahren zu trennen, ohne die Wirksamkeit dieser Verfahren zu gefährden.“¹¹⁰¹ Außerdem möchte die Kommission „rechtliche und praktische Instrumente auf EU-Ebene bewerten, um die Anzeige von Straftaten und den Zugang zu Unterstützungsdiensten für Migranten, die Opfer einer Straftat wurden, unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus, zu verbessern.“¹¹⁰² Etwaige Le-

1095 Europäisches Parlament, Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten, Nr. 12., P8_TA(2018)0229 (30.05.2018).

1096 Europäisches Parlament, Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten, Nr. 13, P8_TA(2018)0229 (30.05.2018).

1097 Europäische Kommission, EU-Strategie für die Rechte von Opfern (2020-2025), COM/2020/258 final (24.06.2020).

1098 Europäische Kommission, EU-Strategie für die Rechte von Opfern (2020-2025), S. 2., COM/2020/258 final (24.06.2020).

1099 Europäische Kommission, EU-Strategie für die Rechte von Opfern (2020-2025), S. 5., COM/2020/258 final (24.06.2020).

1100 Europäische Kommission, EU-Strategie für die Rechte von Opfern (2020-2025), S. 16., COM/2020/258 final (24.06.2020).

1101 Europäische Kommission, EU-Strategie für die Rechte von Opfern (2020-2025), S. 17., COM/2020/258 final (24.06.2020).

1102 Ebd.

gislativvorschläge sind bis 2022 angekündigt.¹¹⁰³ Die Mitgliedstaaten sind allerdings bereits aufgefordert, Maßnahmen zu ergreifen, um zu gewährleisten, dass alle Opfer von Straftaten unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus Zugang zur Justiz haben.¹¹⁰⁴

cc) Zwischenfazit

Die Opferschutzrichtlinie vermittelt keinen Anspruch des Opfers auf Anwesenheit am Strafprozess. Das Aufenthaltsrecht des Opfers bleibt von einer Anzeige und der Teilnahme an einem Strafverfahren grundsätzlich unberührt. Allerdings kommen Opfern von Vorurteilskriminalität unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus die Rechte der Richtlinie RL 2012/29/EU zu, darunter Schutz-, Unterstützungs- und Offensivrechte. Diese Rechte sind von den Mitgliedstaaten zu wahren und machen entweder die Vornahme entsprechender Maßnahmen am Zielort einer Abschiebung erforderlich oder das Absehen von einer Aufenthaltsbeendigung insbesondere bis zum Abschluss des Strafverfahrens oder einer psychotherapeutischen Behandlung des Opfers.

Die Erklärungen der *Hochrangigen EU-Gruppe zur Bekämpfung von Rassismus, Fremdenfeindlichkeit und anderen Formen der Intoleranz*, des Europäischen Parlaments und zuletzt auch der Europäischen Kommission weisen auf einen Reformwillen hin, die aufenthaltsrechtliche Stellung von (prekär und irregulär aufhältigen) Betroffenen stärker zu regeln, um der Bekämpfung und Aufklärung von Straftaten sowie der Umsetzung der Opferschutzrechte gerecht zu werden.

c) Verfassungsrechtlicher Anspruch auf effektive Strafverfolgung

Soweit Straftatopfer am Strafverfahren beteiligt sind, dürften sie verfassungsrechtlich jedenfalls das Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip genießen, Art. 20 Abs. 3 GG.¹¹⁰⁵ Darüber hinaus wurde ein etwaiger verfassungsrechtlicher Anspruch auf

1103 Europäische Kommission, EU-Strategie für die Rechte von Opfern (2020-2025), S. 18., COM/2020/258 final (24.06.2020).

1104 Europäische Kommission, EU-Strategie für die Rechte von Opfern (2020-2025), S. 19., COM/2020/258 final (24.06.2020).

1105 Endler, Die Doppelstellung des Opferzeugen, S. 62–65, 114–119.

Beteiligung des Opfers am Strafverfahren gegen den Beschuldigten insbesondere in den 2000'er Jahren vielfach diskutiert und dogmatisch unterschiedlich begründet.¹¹⁰⁶ Die verstärkte Opferzuwendung im Schrifttum sowie in der bereits aufgezeigten Rechtsprechung des EGMR hat sich seit 2010 in einem partiellen Wandel in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bemerkbar gemacht.¹¹⁰⁷ Zunächst hatte das Bundesverfassungsgericht in jahrzehntelanger ständiger Rechtsprechung betont, dass die Verfassung (grundsätzlich)¹¹⁰⁸ keinen Anspruch auf Strafverfolgung eines anderen durch den Staat gewährleiste.¹¹⁰⁹ Das Opfer einer Straftat habe entsprechend auch gegen eine Einstellung des Strafverfahrens keine Rechtsposition inne, deren Verletzung gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG im Rechtsweg geltend gemacht werden könne.¹¹¹⁰

In jüngeren Kammerentscheidungen wird dieser Grundsatz jedoch eingeschränkt.¹¹¹¹ Demnach kommt ein Anspruch auf Strafverfolgung Dritter erstens bei erheblichen Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die sexuelle Selbstbestimmung und die Freiheit der Person in Betracht, zweitens bei Straftaten gegen Opfer, die sich in einem besonderen Obhutsverhältnis zur öffentlichen Hand befinden sowie drittens bei Delikten von Amtsträgern bei der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben.¹¹¹²

1106 Einen dezidiert kritischen Überblick bietet Göhler, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 423–441; siehe auch Sturm, GA 2017, 398 (401 f.); einen verfassungsrechtlichen Anspruch des Opfers auf Beteiligung am Strafverfahren gegen die Angeklagten bejahen etwa Däubler-Gmelin, StV 2001, 359 (360); Peter, Verbesserung der Stellung des Opfers im Strafverfahren, S. 55–58.

1107 Instrukтив Helmken, Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 153–158; Hörnle, JZ 2015, 893; Barton, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), § 19 Das Opfer, Rn. 63.

1108 Der Zusatz wurde zwischen 1979 und 2010 nicht weiter entfaltet, manchmal sogar unterschlagen, siehe (mit Rechtsprechungsnachweisen) Sturm, GA 2017, 398 (399).

1109 BVerfGE 51, 176 (187); BVerfG, Beschl. v. 05.11.2001 – 2 BvR 1551/01 –, Rn. 12; BVerfG, Beschl. v. 27.08.2003 – 2 BvR 911/03 –, Rn. 7;

1110 BVerfG, Beschl. v. 05.11.2001 – 2 BvR 1551/01 –, Rn. 12.

1111 Erstmals BVerfG, Beschl. v. 04.02.2010 – 2 BvR 2307/06 –, Rn. 19; zur Entwicklung Sturm, GA 2017, 398 (399); Esser/Lubrich, StV 2017, 418 (420–422); Würdinger, HRRS 2016, 29 f.; kritisch zur Rechtsfortbildung im Kammerverfahren Gärditz, JZ 2015, 896 (898); Hörnle, JZ 2015, 893 (896).

1112 BVerfG, Beschl. v. 23.02.2021 – 2 BvR 1304/17 –, Rn. 19; BVerfG, Beschl. v. 25.10.2019 – 2 BvR 498/15 –, Rn. 13; BVerfG, Beschl. v. 26.06.2014 – 2 BvR 2699/10 –, Rn. 8; BVerfG, Beschl. v. 06.10.2014 – 2 BvR 1568/12 – (Gorch Fock), Rn. 9; siehe auch die Auflistung von Schemmel, NJW 2020, 651 (652 f.).

Für die erste Fallgruppe erläutert das Bundesverfassungsgericht, dass der Anspruch vor allem dort bestehe, wo der/die Einzelne nicht in der Lage ist, erhebliche Straftaten gegen seine/ihre höchstpersönlichen Rechtsgüter abzuwehren und ein Verzicht auf die effektive Verfolgung solcher Taten zu einer Erschütterung des Vertrauens in das Gewaltmonopol des Staates und einem allgemeinen Klima der Rechtsunsicherheit und Gewalt führen kann.¹¹¹³ Insbesondere das Ausmaß feststellbarer Verletzungen kann zur Annahme einer erheblichen Straftat führen.¹¹¹⁴ Das Bundesverfassungsgericht erkennt bei „Gewaltverbrechen und vergleichbaren Straftaten“ ein Recht von Straftatopfern auf effektive Strafverfolgung als Konkretisierung der staatlichen Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG an.¹¹¹⁵ Bei Kapitaldelikten kann der Anspruch auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Art. 1 Abs. 1 GG auch nahen Angehörigen zustehen.¹¹¹⁶

Offen bleibt, ob das Recht auf effektive Strafverfolgung auf Verbrechen im Sinne von § 12 Abs. 1 StGB beschränkt sein soll oder ob es etwa auch solche vorurteilsmotivierten Gewaltstraftaten umfasst, die nach § 12

1113 BVerfG, Beschl. v. 23.01.2020 – 2 BvR 859/17 –, Rn. 22; BVerfG, Beschl. v. 15.01.2020 – 2 BvR 1763/16 –, Rn. 38; BVerfG, Beschl. v. 19.05.2015 – 2 BvR 987/11 –, Rn. 20; BVerfG, Beschl. v. 26.06.2014 – 2 BvR 2699/10 –, Rn. 10; *Sturm*, GA 2017, 398 (400) hält diesen Zusatz für ein Begründungselement der allgemeinen Herleitung des Anspruchs, nicht für eine tatbestandliche Voraussetzung der Anspruchsentstehung im konkreten Fall; kritisch zur Argumentation mit Allgemeininteressen und der darauf folgenden Ableitung einer nicht nur objektiven staatlichen Schutzpflicht, sondern eines individuellen Schutzanspruchs: *Göhler*, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 420 f.; *Weigend*, FS Streng, S. 781 (789); *Sachs*, JA 2015, 376 (377); *Hörnle*, JZ 2015, 893 (895); *Gärditz*, JZ 2015, 896 (897).

1114 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 22.01.2021 – 2 BvR 757/17 –, Rn. 11.

1115 Ausführlich BVerfG, Beschl. v. 15.01.2020 – 2 BvR 1763/16 –, Rn. 32–42 = NJW 2020, 675 (676–677); siehe auch BVerfG, Beschl. v. 23.01.2020 – 2 BvR 859/17 –, Rn. 21; BVerfG, Beschl. v. 04.02.2010 – 2 BvR 2307/06 –, Rn. 19; rechtsdogmatisch wird kritisiert, dass nach beendeter Straftat, sprich nach Beendigung des Eingriffs in das höchstpersönliche Rechtsgut, mangels anhaltender Gefährdung für das Opfer regelmäßig keine Schutzpflicht mehr bestehe: *Hörnle*, JZ 2015, 893 (894); *Göhler*, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 403–406, 420; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 3 Rn. 36k; diese Kritik halten für nicht durchgreifend: *Sturm*, GA 2017, 398 (408–410); *Dearing*, Justice for Victims of Crime, S. 336–341.

1116 BVerfG, Beschl. v. 23.01.2020 – 2 BvR 859/17 –, Rn. 21; BVerfG, Beschl. v. 02.07.2018 – 2 BvR 1550/17 –, Rn. 38; BVerfG, Beschl. v. 19.05.2015 – 2 BvR 987/11 –, Rn. 20.

Abs. 2 StGB lediglich als Vergehen eingestuft werden. Für Letzteres spricht die oben aufgezeigte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, der die Untersuchungs- und Bestrafungspflichten auf alle diskriminierenden Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit anwendet. Der Wortlaut des Bundesverfassungsgerichts („erhebliche Straftaten“ gegen bestimmte Rechtsgüter; „Gewaltverbrechen und vergleichbare Straftaten“¹¹¹⁷) ist insoweit auslegungsfähig. In seiner Rechtsprechung zum Anspruch auf effektive Strafverfolgung bezieht sich das Bundesverfassungsgericht explizit auch auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Ermittlungspflichten gemäß Art. 2 i.V.m. Art. 1 EMRK.¹¹¹⁸

Inhaltlich erfordert die (verfassungsrechtliche) Verpflichtung zur effektiven Strafverfolgung das Tätigwerden aller Strafverfolgungsorgane.¹¹¹⁹ Es muss gewährleistet werden, dass Straftäter*innen für von ihnen verschuldete Verletzungen höchstpersönlicher Rechtsgüter auch tatsächlich zur Verantwortung gezogen werden.¹¹²⁰ Dies begründet nicht in jedem Fall die Notwendigkeit der Erhebung einer Anklage, sondern vielfach wird es ausreichend sein, wenn die Staatsanwaltschaft und Polizei die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel personeller und sächlicher Art sowie ihre Befugnisse auch nach Maßgabe eines angemessenen Ressourceneinsatzes nutzen, um den Sachverhalt aufzuklären und Beweismittel zu sichern.¹¹²¹ Die Erfüllung der Verpflichtung zur effektiven Strafverfolgung setzt eine detaillierte und vollständige Dokumentation des Ermittlungsverlaufs ebenso voraus wie eine nachvollziehbare Begründung von Einstellungsentscheidungen.¹¹²²

Zur Erfüllung der Verpflichtung zur effektiven Strafverfolgung wird regelmäßig die umfangreiche Vernehmung von (Opfer-)Zeug*innen sowie die Auswertung ihrer Aussagen gehören.¹¹²³ Vor einer Verfahrenseinstellung wegen angenommener Geringfügigkeit gemäß § 153 Abs. 1 Satz 2

1117 BVerfG, Beschl. v. 23.01.2020 – 2 BvR 859/17 –, Rn. 21; BVerfG, Beschl. v. 15.01.2020 – 2 BvR 1763/16 –, Rn. 36; BVerfG, Beschl. v. 23.01.2020 – 2 BvR 859/17 –, Rn. 21.

1118 BVerfG, Beschl. v. 26.06.2014 – 2 BvR 2699/10 –, Rn. 16-18; BVerfG, Beschl. v. 04.02.2010 – 2 BvR 2307/06 –, Rn. 20-22.

1119 BVerfG, Beschl. v. 23.01.2020 – 2 BvR 859/17 –, Rn. 23; BVerfG, Beschl. v. 26.06.2014 – 2 BvR 2699/10 –, Rn. 13.

1120 Ebd.

1121 BVerfG, Beschl. v. 23.01.2020 – 2 BvR 859/17 –, Rn. 24; BVerfG, Beschl. v. 26.06.2014 – 2 BvR 2699/10 –, Rn. 14.

1122 BVerfG, Beschl. v. 23.01.2020 – 2 BvR 859/17 –, Rn. 24; BVerfG, Beschl. v. 26.06.2014 – 2 BvR 2699/10 –, Rn. 15.

1123 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.03.2015 – 2 BvR 1304/12 –, Rn. 22.

StPO sind sämtliche unmittelbaren und mittelbaren Tatfolgen des konkreten Einzelfalls zu ermitteln, zu beurteilen und gegebenenfalls fachlich geeignete Sachverständige hinzuzuziehen.¹¹²⁴ Rechtliche und tatsächliche Feststellungen sind nachvollziehbar zu begründen.¹¹²⁵

Straftatopfern wird in den genannten Ausnahmefällen das subjektive öffentliche Recht auf ein Tätigwerden der Strafverfolgungsbehörden eröffnet.¹¹²⁶ Als Prüfungsmaßstäbe des Rechts auf effektive Strafverfolgung kommen Art. 19 Abs. 4, Art. 103 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG in Betracht.¹¹²⁷ Gemäß des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG hat das zuständige Gericht die Ausführungen der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen.¹¹²⁸ Das Opfer hat vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen, um Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können.¹¹²⁹ Im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG verlangt das Bundesverfassungsgericht, dass der Zugang zu den Gerichten und den prozessrechtlich vorgesehenen Instanzen nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden darf.¹¹³⁰ Nach der noch herrschenden Meinung gebietet Art. 19 Abs. 4 GG Rechtsschutz nur gegen die vollziehende Gewalt und damit gegen staatsanwaltschaftliche, nicht jedoch gegen gerichtliche Verfahrenseinstellungen.¹¹³¹ Gegen gerichtliche Verfahrenseinstellungen kommt der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch¹¹³² in Betracht.¹¹³³ Zwar schreibt Art. 19 Abs. 4 GG nicht zwingend die persönliche Anwesenheit der Partei im gerichtlichen Verfahren vor. Al-

1124 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.01.2020 – 2 BvR 1763/16 –, Rn. 50, 52.

1125 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.01.2020 – 2 BvR 1763/16 –, Rn. 56.

1126 Schmidt-Recla/Pischulti, MedR 2020, 745 (751); Esser/Lubrich, StV 2017, 418 (421); Würdinger, HRRS 2016, 29 (37).

1127 Löffelmann, in: Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge (Hrsg.), Teil 7 Verfassungsbeschwerde gegen Entscheidungen im Klageerzwingungsverfahren, Rn. 830; Esser/Lubrich, StV 2017, 418 (422); Endler, Die Doppelstellung des Opferzeugen, S. 66 f.

1128 BVerfG, Beschl. v. 23.01.2020 – 2 BvR 859/17 –, Rn. 36.

1129 BVerfG, Beschl. v. 25.10.2019 – 2 BvR 498/15 –, Rn. 18.

1130 BVerfG, Beschl. v. 22.01.2021 – 2 BvR 757/17 –, Rn. 13; BVerfG, Beschl. v. 19.05.2015 – 2 BvR 987/11 –, Rn. 33.

1131 Sturm, GA 2017, 398 (404–407); kritisch zur entsprechenden Einschränkung des Rechtsschutzes gegen die Strafgerichtsbarkeit Holz, Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers, S. 206–209.

1132 Voßkuhle/Kaiser, JuS 2014, 312; Knauff, NVwZ 2007, 546; Remmert, in: Maunz/Dürig, Art. 103 GG Rn. 31.

1133 Skeptisch hinsichtlich der Reichweite des Anspruchs auf die Phase der gerichtlichen Verfahrensleitung Helmken, Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 158.

lerdings hat das Bundesverfassungsgericht bereits auf die Schwierigkeiten hingewiesen, sich vom Ausland her rechtliches Gehör zu verschaffen.¹¹³⁴ Gerade in Verfahren, in denen die Aussagen, die persönliche Glaubwürdigkeit und möglicherweise die Gegenüberstellung mit Zeug*innen von besonderer Bedeutung sind, kann die Verwehrung der persönlichen Anwesenheit durch eine Abschiebung gegen Art. 19 Abs 4 GG verstoßen.¹¹³⁵

Die Mitwirkungsrechte des Opfers oder dessen Angehörigen (an der Strafverfolgung, am Ermittlungsverfahren und am Strafprozess) sind mit dem Wandel der Rechtsprechung in den Vordergrund gerückt.¹¹³⁶ Betroffenen erheblicher Straftaten ist ein effektives Kontrollmittel über die Einhaltung der staatlichen Schutzpflicht einzuräumen.¹¹³⁷ Eine darüber hinaus gehende offensive Beteiligung wird hingegen nicht legitimiert.¹¹³⁸ Insoweit bleibt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinter derjenigen des EGMR zurück. Dies gilt auch für den sachlichen Schutzbereich des Anspruchs auf effektive Strafverfolgung. Während dieser vom EGMR unter anderem mit der Rechtsprechung zu Hasskriminalität bereits weit verstanden wird, ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf von Privaten ausgehende Gewalt bis dato auf Tötungsdelikte und Freiheitsberaubung beschränkt. Es stellt sich die Frage, inwieweit Opfer von erheblichen Straftaten aus verfassungsrechtlichen Gründen in das Strafverfahren einzubeziehen sind, um überhaupt ihr Anfechtungsrecht ausüben zu können. Das Opfer muss jedenfalls die Möglichkeit haben, sich über den Stand des Verfahrens zu informieren, um so von einer etwaigen Einstellung zu erfahren.

Das Bundesverfassungsgericht erkennt mit dem subjektiven Recht der Verletzten auf effektive Strafverfolgung Dritter nicht zuletzt ein legitimes rechtliches Opferinteresse an der öffentlichen Strafverfolgung an.¹¹³⁹ Die Opferinteressen wiederum sind vor allem in straftheoretischen Debatten thematisiert worden und vermögen gegebenenfalls ein Beteiligungsrecht von Straftatopfern zu stützen und zu präzisieren.

1134 BVerfGE 35, 382 (406).

1135 BVerfGE 35, 382 (406 f.).

1136 *Schmidt-Recla/Pischulti*, MedR 2020, 745 (751).

1137 *Helmken*, Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 158.

1138 *Endler*, Die Doppelstellung des Opferzeugen, S. 74, der allerdings als Untergrenze des mit dem Recht auf effektive Strafverfolgung verbundenen Gehörsrechts die "Möglichkeit der Einwirkung auf die Beweisaufnahme" ansieht (S. 120).

1139 *Helmken*, Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 157.

d) Strafreoretischer Ansatz

Die traditionellen Strafzwecktheorien fokussieren auf das Verhältnis zwischen Staat und Beschuldigten, adressieren zum Teil auch die Bedeutung der Strafe für die Gesellschaft, allerdings nicht diejenige für das individuelle Opfer der Straftat.¹¹⁴⁰ Sie begründen keine direkte Grundlage für die Berücksichtigung der Opferinteressen im Strafverfahren.¹¹⁴¹ Das Strafrecht soll demnach den Beschuldigten ein faires Verfahren ohne Störung des prozessualen Gleichgewichts durch das Opfer gewährleisten.¹¹⁴² Entsprechend wurde den Verletzten spätestens seit der Durchsetzung des Inquisitionsgedankens über die Zeug*innenaussage hinaus lange Zeit kaum Beachtung geschenkt,¹¹⁴³ was sich mit Beginn der „modernen Opferdiskussion“ in den 70‘er Jahren des 20. Jahrhunderts allmählich änderte.¹¹⁴⁴ Seitdem werden Strafreorien diskutiert, die expressive Ansätze enthalten und nach einem legitimen Interesse des Opfers an einer Bestrafung von Täter*innen fragen.¹¹⁴⁵

1140 *Braun*, Victim participation rights, S. 66–75; *Göhler*, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 245–257; *Peter*, Verbesserung der Stellung des Opfers im Strafverfahren, S. 48–53.

1141 *Helmken*, Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 158–167; *Peter*, Verbesserung der Stellung des Opfers im Strafverfahren, S. 48–53; *Anders*, ZStW 2012, 374 (402 f.); *Reemtsma*, in: Hassemer/Reemtsma (Hrsg.), 6. Kapitel: Das Interesse des Opfers am strafenden Staat, S. 112 (115–120); *Kleinert*, Persönliche Betroffenheit und Mitwirkung, S. 350.

1142 *Weigend*, FS Streng, S. 781 (787); *Weigend*, Deliktsoffer und Strafverfahren, S. 428 f.

1143 Grundlegend für das "germanische Recht" *Weigend*, Deliktsoffer und Strafverfahren, S. 24–172; *Görg*, Die Entstehung des strafprozessualen Anklageerzwingungsverfahrens als historische Konsequenz aus dem Wandel von der privaten zur staatlich monopolisierten Strafverfolgung, S. 15–95.

1144 *Schroth/Schroth*, Die Rechte des Verletzten im Strafprozess, Rn. 1 f.; siehe auch die grundsätzliche Kritik an der "Viktimisierung" der Strafjustiz *Pollähne*, StV 2016, 671.

1145 *Hörnle*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), § 12 Strafreorien, Rn. 37 m.w.N.; *Hörnle*, in: Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Claus Roxins straftheoretischer Ansatz, S. 3 (14–16); vgl. *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 3 Rn. 36a–36m; *Braun*, Victim participation rights, S. 76–81.

aa) Das Genugtuungsinteresse des Straftatopfers

Als Oberbegriff für diejenigen Bedürfnisse, die gegenwärtig im Schrifttum mit straftheoretischem Einschlag diskutiert werden, bietet sich der Begriff des (ideellen)¹¹⁴⁶ Genugtuungsinteresses an.¹¹⁴⁷ Das Genugtuungsinteresse beschreibt das Opferinteresse an Unrechtsfeststellung im Strafurteil und damit das Interesse des Opfers am Strafverfahrensausgang.¹¹⁴⁸ Es ist auf den psychischen oder emotionalen Prozess bei Verletzten gerichtet und nicht auf ein ethisch wie rechtlich zweifelhaftes Bestreben nach Vergeltung oder Rache zu reduzieren.¹¹⁴⁹ Laut Bundesverfassungsgericht konkretisiert sich im strafrechtlichen Schuldspruch „ein sozial-ethisches Unwerturteil über Tat und Täter“¹¹⁵⁰ oder auch eine „besondere sittliche Missbilligung“.¹¹⁵¹ Das Unwerturteil stellt eine förmliche Feststellung dar, dass den Betroffenen ein Unrecht geschehen ist und nicht etwas nur ein schicksalhaftes

1146 In Abgrenzung zur materiellen Genugtuung durch finanzielle Schadenswiedergutmachung, *Schroth/Schroth*, Die Rechte des Verletzten im Strafprozess, Rn. 280; *Dölling*, FS Jung, S. 77 (81).

1147 *Helmken*, Das Opfer im Strafverfahrensrecht, S. 167; *Weigend*, FS Streng, S. 781 (788); *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers, S. 133–135; zu historischen Bezügen des Genugtuungsinteresses als Strafzweck seit der germanischen Zeit bis zum deutschen Idealismus: *Weber*, Zum Genugtuungsinteresse des Verletzten als Strafzweck, S. 54–80.

1148 *Göhler*, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 241; *Bommer*, Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, S. 247–255 grenzt die dem Opfer auf legitime und schützenswerte Weise Genugtuung verschaffende Unrechtsfeststellung ab von Straf- und Schuldspruch sowie dem Strafvollzug des/der Verurteilten; dagegen trennt *Dölling*, FS Jung, S. 77 (81) zwischen dem Genugtuungsinteresse für das erlittene Unrecht und dem Interesse an Feststellung des durch die Tat geschehenen Unrechts.

1149 *Bommer*, Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, S. 241; *Patsourakou*, Die Stellung des Verletzten im Strafrechtssystem, S. 48 f.; *Endler*, Die Doppelstellung des Opferzeugen, S. 49 f.; *Kleinert*, Persönliche Betroffenheit und Mitwirkung, S. 134; Genugtuung im Sinne von Rache dezidiert ablehnend *Reemtsma*, in: Hassemer/Reemtsma (Hrsg.), 6. Kapitel: Das Interesse des Opfers am strafenden Staat, S. 112 (126 f.); *Reemtsma*, Rechtsmedizin 2005, 86 (90); zur Frage, inwieweit auch Rache eine therapeutische Funktion erfüllen kann: *van Stokkom*, in: Erez/Kilchling/Wemmers (Hrsg.), Victim's Needs, Well-Being and 'Closure': Is Revenge Therapeutic?, S. 207; das rachsüchtige Opfer als Mythos bezeichnend und für Toleranz gegenüber Emotionen im Gerichtssaal plädierend: *Dearing*, Justice for Victims of Crime, S. 378–381.

1150 BVerfGE 118, 212 (231); BVerfGE 96, 245 (249); ebenso *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers, S. 33–36.

1151 BVerfGE 140, 317 (345).

Unglück.¹¹⁵² Diese Feststellung soll eine besondere, Genugtuung verschaffende Funktion erfüllen, die gleichwertig neben oder sogar über dem finanziellen Ersatzanspruch steht.¹¹⁵³

Dem verurteilenden Erkenntnis im Strafverfahren wird eine seelisch heilende oder traumatherapeutische Wirkung für das Opfer zugesprochen.¹¹⁵⁴ Die strafrechtliche Sanktionierung des Täter*innenverhaltens wird entsprechend auch als ein Mittel der Reintegration des Opfers betrachtet, dessen gestörtes Normvertrauen wiederherzustellen sei.¹¹⁵⁵ In schweren Fällen gehe es um die Verhinderung einer Verschlimmerung der psychischen Schäden der Betroffenen, die einträten, wenn das Täter*innenverhalten nicht sanktioniert und damit als Unrecht markiert würde.¹¹⁵⁶ Psychotraumatologisch stellt die Verurteilung von Gewaltdelikten und die damit einhergehende Anerkennung des widerfahrenen Unrechts eine für die Geschehenseinordnung bedeutsame Solidarisierung mit und für das Opfer dar.¹¹⁵⁷ Die sozialetische Missbilligung und die Beseitigung des Normgeltungsschaden beim Opfer haben daher präventiven Charakter, so dass sich die entsprechende Aufgabe des Strafrechts als Opferprävention (oder alternativ als Opferrestitution) bezeichnen lässt.¹¹⁵⁸ Im Gegensatz dazu würde

1152 Hörnle, in: Hilgers/Koch/Möllers/Müller-Mall (Hrsg.), *Expressive Straftheorien*, S. 143 (156); *Dearing*, *Justice for Victims of Crime*, S. 90–92.

1153 Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, S. 41 f.; Hörnle, in: Hilgen-dorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), § 12 *Straftheorien*, Rn. 38; vgl. auch *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte*, *Sanctions that do justice*, S. 18 f.

1154 Bommer, *Offensive Verletztenrechte im Strafprozess*, S. 241 f.; Jerouschek, *JZ* 2000, 185 (193); Prittwitz, in: Schünemann (Hrsg.), *Opferlose Straftheorien?*, S. 51 (71 f.); kritisch zur Idee der Heilung seelischer Erschütterungen durch das Strafrecht: Hamel, *Strafen als Sprechakt*, S. 176; allgemein als "Zweckkonstruktionen" werden die Begründungen eines Genugtuungsbedürfnisses kritisiert von Kölbel, *StV* 2014, 698 (702).

1155 Sautner, *Opferinteressen und Strafrechtstheorien*, S. 290; Kilchling, *NStZ* 2002, 57 (59).

1156 Sautner, *Opferinteressen und Strafrechtstheorien*, S. 289; von der Gefahr einer "traumatisierenden Sequenz" im Falle einer unterbleibenden Normenbestätigung in der Form des richterlichen Unrechtsurteils spricht Reemtsma, in: Hassemer/Reemtsma (Hrsg.), 6. Kapitel: *Das Interesse des Opfers am strafenden Staat*, S. 112 (127–134); Reemtsma, *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters - als Problem*, S. 27.

1157 Instruktiv Hamel, *Strafen als Sprechakt*, S. 176–188; zustimmend wohl auch Fischer/Riedesser, *Lehrbuch der Psychotraumatologie*, S. 81.

1158 Sautner, *Opferinteressen und Strafrechtstheorien*, S. 290; Holz, *Justizgewähranspruch des Verbrechensoپfers*, S. 196 spricht von einer "Restitution des Normvertrauens"; zur Restitutionslehre Endler, *Die Doppelstellung des Opferzeugen*, S. 83–89.

das Unterbleiben einer Verurteilung, der Verzicht auf ein staatliches Unwerturteil das Opfer negativ charakterisieren: „Du bist es nicht wert, dass sich der Staat um Deine Belange kümmert“. ¹¹⁵⁹ In Extremfällen kann eine solche Aussage das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) verletzen. ¹¹⁶⁰

Neben einer Verurteilung gilt auch die aktive Teilnahme des Opfers am Strafprozess gegen die mutmaßlichen Täter*innen als bedeutsam. Manche Betroffene von Straftaten könnten gar erst dadurch „die Opferrolle verlassen“. ¹¹⁶¹ Einerseits werden in der Theorie zahlreiche Nutzen einer Opferbeteiligung am Strafverfahren für die Betroffenen aufgezeigt. *Hobbs* analysiert in der Debatte um eine Opferbeteiligung in internationalen Strafgerichtsverfahren, die sich insoweit auf nationale Strafgerichtsverfahren übertragen lässt, vor allem drei potentielle Nutzen: eine Förderung des individuellen Heilungs- und Rehabilitierungsprozesses; einen Beitrag zum gesellschaftlichen Versöhnungsprozess durch die öffentliche Aufmerksamkeit für die Opfer; eine Begünstigung von Kenntnis, Bewusstsein und Verständnis für den Strafprozess und damit eine größere Akzeptanz für die strafrechtliche Entscheidung. ¹¹⁶² Andererseits gilt die Prozesssituation als Risiko für eine sekundäre Traumatisierung des Opfers und als besondere Gefahr für seine Grundrechte. ¹¹⁶³ Deshalb verfügt das vermeintliche Opfer

1159 Hörnle, in: Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Claus Roxins straftheoretischer Ansatz, S. 3 (16); ähnlich *Patsourakou*, Die Stellung des Verletzten im Strafrechtssystem, S. 49.

1160 Hörnle, in: Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Claus Roxins straftheoretischer Ansatz, S. 3 (16); *Weigend*, Rechtswissenschaft 2010, 39 (50–53).

1161 *Kilchling*, Opferschutz innerhalb und außerhalb des Strafrechts, S. 12; von einer Überschreitung oder auch "Transzendierung der Opferrolle" durch das Institut der Nebenklage spricht *Reemtsma*, in: Hassemer/Reemtsma (Hrsg.), 7. Kapitel: Die Interessen des Opfers und seine Rolle als Zeuge und Nebenkläger, S. 138 (148 f.); *Sautner*, Opferinteressen und Strafrechtstheorien, S. 264: "Die Möglichkeit, qua prozessualer Mitwirkungsrechte am Strafverfahren teilzuhaben, versetzt Opfer in eine Art status activus, der sie aus der passiven Rolle des Opferseins herausführen kann."

1162 *Hobbs*, Texas International Law Journal 2014, 1 (10 f.).

1163 *Kilchling*, Opferschutz innerhalb und außerhalb des Strafrechts, S. 5–9, 21–24; *Wollmann*, Mehr Opferschutz ohne Abbau liberaler Strukturen im Verständnis der Prinzipien der Strafprozessordnung, S. 49; *Weigend*, Rechtswissenschaft 2010, 39 (49 f.); *Heger*, JA 2007, 244 (245); dies gilt in besonderer Weise für traumatisierte Personen, siehe *Ellison/Munro*, in: Cooper/Hunting (Hrsg.), Trauma and victim participation in the criminal process, S. 176 (178 f.); *Ellison/Munro*, The International Journal of Evidence & Proof 2017, 183 (188–

als Zeug*in im Strafverfahren nach allgemeiner Überzeugung über einen Schutzanspruch gegen den Staat.¹¹⁶⁴ Zudem gilt etwa die Möglichkeit einer „anwaltliche[n] Vertretung des Opfers in Kombination mit einer weitestgehend reduzierten persönlichen Anwesenheit“¹¹⁶⁵ als ein erstrebenswerter Beitrag zu einer opfersensiblen Prozessgestaltung.¹¹⁶⁶ Tatsächlich ist fraglich, ob es für die Anerkennung als Opfer im Strafurteil überhaupt einer gesicherten Rechtsposition im Verfahren bedarf.¹¹⁶⁷ Zu beachten ist schließlich, dass es sich bei allen aufgezeigten straftheoretischen Argumenten stets nur um *mögliche*, potentielle Nutzen einer Opferbeteiligung am Verfahren handelt.¹¹⁶⁸ Es ist daher angezeigt, die theoretische

194); Sautner betrachtet daher Präventionsmaßnahmen im Hinblick auf eine weitere Viktimisierung des Opfers durch das Strafverfahren als sekundäre opferbezogene Aufgabe des Strafrechts: Sautner, Opferinteressen und Strafrechtstheorien, S. 346–366; ähnlich Reemtsma, in: Hassemer/Reemtsma (Hrsg.), 7. Kapitel: Die Interessen des Opfers und seine Rolle als Zeuge und Nebenkläger, S. 138 (140–142).

1164 Göbner, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 81 m.w.N.; Rössner, in: Dölling et al., Vorb. zu §§ 1 ff. Rn. 28; insbesondere das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG kann von Zeug*innen geltend gemacht werden, siehe BVerfGE 38, 105 (114); Weigend, Deliktsoffer und Strafverfahren, S. 433 f.; Weigend, in: Barton/Kölbel (Hrsg.), Internationale Entwicklungen bei der Stellung des Verletzten im Strafverfahren, S. 29 (48); Sautner, Opferinteressen und Strafrechtstheorien, S. 346–366; Reemtsma, in: Hassemer/Reemtsma (Hrsg.), 7. Kapitel: Die Interessen des Opfers und seine Rolle als Zeuge und Nebenkläger, S. 138 (140–142); Hörnle, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), § 12 Straftheorien, Rn. 44 gesteht den betroffenen Individuen als Ausgleich für die Verdrängung des Opfers aus dem staatlichen Strafverfahren einen Anspruch auf ein Unrechtsurteil zu.

1165 Kilchling, Opferschutz innerhalb und außerhalb des Strafrechts, S. 79; ebenso, im Hinblick auf die anwaltliche Vertretung, Braun, Victim participation rights, S. 253–255.

1166 Andere Ansätze fordern eine systematische Veränderung des Ermittlungs- und Gerichtsprozesses, siehe Jacobson, in: Cooper/Hunting (Hrsg.), Balancing accessibility and authority: Towards an integrated approach to vulnerability in the criminal courts, S. 219 (225–228); Ellison/Munro, The International Journal of Evidence & Proof 2017, 183 (200).

1167 Ablehnend Kleinert, Persönliche Betroffenheit und Mitwirkung, S. 198.

1168 Hobbs, Texas International Law Journal 2014, 1 (11 f.), dem zufolge die Vielzahl an möglichen positiven Auswirkungen allerdings für sich genommen bereits eine verstärkte Einbindung Betroffener am Strafprozess ausreichend begründet. Mitunter wird ein Mangel empirischer Nachweise für eine therapeutische oder andere vorteilhafte Wirkungen durch die Teilnahme am Strafverfahren für das Opfers beklagt, siehe Hirst, in: Sheeran/Rodley (Hrsg.), Victims' Participation and reparations in international criminal proceedings,

Diskussion zu Opferinteressen und Effekten einer Teilnahme des Opfers am Strafverfahren um die empirischen Erkenntnissen zu ergänzen.¹¹⁶⁹

Zu betonen ist zunächst die Einsicht der empirischen Viktimologie,¹¹⁷⁰ dass Opfer keine homogene Personengruppe sind, sondern sehr unterschiedlich mit belastenden Situationen umgegangen wird.¹¹⁷¹ Allerdings sind, so *Sautner*, die unterschiedlichen Befragungsergebnisse von Opfern und Nichtopfern zu Opfer- beziehungsweise Nichtopferverhalten und Sanktionseinstellungen derart markant, dass Menschen mit eigener Viktimisierungserfahrung als eine soziale Gruppe zu betrachten seien.¹¹⁷² Opfer können nicht mit der Allgemeinheit gleichgesetzt werden, sondern sind durch die Viktimisierung individualisiert.¹¹⁷³ Konkret wünschen sich Opfer beispielweise seltener als Nichtopfer die Bestrafung von Täter*innen und stehen Opfer einer Wiedergutmachung aufgeschlossener gegenüber als Nichtopfer in Bezug auf fiktive Täter*innen.¹¹⁷⁴ Das Interesse an einer Wiedergutmachung und allgemein am Strafverfahren ist unter Opfern stark ausgeprägt und überwiegt das Interesse an einer bloßen (harten) Bestrafung.¹¹⁷⁵ Insbesondere unter Opfern von Kontaktdelikten, Opfern mit Nichtsachschäden und Opfern, die sich durch die Tat schwer beein-

S. 683 (691). In einer Befragung von drei Nebenkläger*innen äußerten sich diese positiv über die Auswirkung der Prozessbeteiligung auf ihr psychisches Wohlbefinden: *Kury/Kilchling*, in: Erez/Kilchling/Wemmers (Hrsg.), *Accessory Prosecution in Germany*, S. 41 (56 f.).

1169 Ähnlich *Kleinert*, Persönliche Betroffenheit und Mitwirkung, S. 347; einschränkend *Bommer*, Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, S. 242.

1170 Grundlegend zur Viktimologie *Schneider*, Kriminologie, S. 236–263; *Görgen*, in: Barton/Kölbel (Hrsg.), *Zum Stand der internationalen viktimologischen Forschung*, S. 89.

1171 *Kilchling*, Opferschutz innerhalb und außerhalb des Strafrechts, S. 11 f. m.w.N.; *Sautner*, Opferinteressen und Strafrechtstheorien, S. 259; *Kirchengast*, *Victimology and Victim Rights*, S. 224; *Reemtsma*, *Rechtsmedizin* 2005, 86 (88); allerdings betont etwa *Stehle*, *Das Strafverfahren als immaterielle Wiedergutmachung*, S. 44, dass eine völlig getrennte Behandlung verschiedener Opfergruppen künstlich erschiene.

1172 *Sautner*, Opferinteressen und Strafrechtstheorien, S. 257 f.

1173 *Kilchling*, *NStZ* 2002, 57 (59).

1174 *Sautner*, Opferinteressen und Strafrechtstheorien, S. 257; *Bliesener/Fleischer*, *FS Streng*, S. 201 (210–212); dieses Ergebnis lässt sich möglicherweise nicht für Opfer schwerer Straftaten bestätigen, vgl. *Kury/Kilchling*, in: Erez/Kilchling/Wemmers (Hrsg.), *Accessory Prosecution in Germany*, S. 41 (60 f.).

1175 *Peter*, Verbesserung der Stellung des Opfers im Strafverfahren, S. 47 f. m.w.N.; vgl. auch *Hassemer*, in: *Hassemer/Reemtsma* (Hrsg.), 8. Kapitel: *Gerechtigkeit für das Opfer*, S. 150 (159–168); *Weigend*, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, S. 404 f. m.w.N.; *Kury*, *FS Rössner*, S. 240 (241) m.w.N.; *Schöch*, *FS Jung*, S. 865

trächtigt fühlen, wünscht sich eine deutliche Mehrheit Möglichkeiten der Einflussnahme auf das Strafverfahren.¹¹⁷⁶ Auf Grundlage von Interviews mit Betroffenen von Straftaten wird geschlussfolgert, dass der psychische Erholungsprozess neben dem persönlichen Sicherheitsgefühl vor allem von der sozialen und juristischen Anerkennung des Unrechts abhängt.¹¹⁷⁷

Studien zu Betroffenen von Menschenrechtsverletzungen lassen sich dahingehend zusammenfassen, dass die Geschädigten sich vor allem finanzielle Entschädigung wünschen, die Möglichkeit der Ablegung einer (die individuelle Wahrheit aussprechenden) Zeug*innenaussage, sowie die Anerkennung des Geschehenen und einer Verantwortlichkeit, für die es eine Entschuldigung gibt.¹¹⁷⁸ Es wird betont, dass es den Betroffenen nicht nur um das Ergebnis von Ermittlungen gehe, sondern vor allem um den Prozess dorthin, also *wie* das Ergebnis zustande kommt.¹¹⁷⁹ Sautner bezeichnet dies als auf Informationsgewinnung gerichtetes Bedürfnis des Opfers, aktiv am Verfahren mitzuwirken.¹¹⁸⁰ Im Ergebnis erfahren Geschädigte von Straftaten in der Regel weniger Genugtuung durch eine hohe Bestrafung als vielmehr durch ein transparentes und partizipatives Strafverfahren.¹¹⁸¹ Insofern dient der Einfluss des Opfers auf die Beweiserhebung nicht zuletzt auch dem Allgemeininteresse an einer vollständigen Sachaufklärung.¹¹⁸²

Die empirischen Erkenntnisse um die Opferinteressen vermögen einen Impuls zu geben für die Debatte um ein Beteiligungs- und Anwesenheitsrecht des Opfers am Strafverfahren.¹¹⁸³ Sie stehen grundsätzlich im Ein-

(871–873); Kilchling, NStZ 2002, 57 (61 f.); Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, Sanctions that do justice, S. 21, 34.

1176 Kilchling, Opferinteressen und Strafverfolgung, S. 289–291.

1177 Bolívar, Restoring harm, S. 133–143.

1178 McKay, in: Shelton (Hrsg.), What Outcomes for Victims?, S. 921 (925 f.) m.w.N.; ähnlich auch Weigend, Rechtswissenschaft 2010, 39 (55).

1179 McKay, in: Shelton (Hrsg.), What Outcomes for Victims?, S. 921 (926); Hirst, in: Sheeran/Rodley (Hrsg.), Victims' Participation and reparations in international criminal proceedings, S. 683 (696).

1180 Sautner, Opferinteressen und Strafrechtstheorien, S. 263 f.

1181 So auch Weigend, Deliktsoffer und Strafverfahren, S. 410 f.; Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, Sanctions that do justice, S. 43; zur psychotraumatologischen Bedeutung der Verfahrenstransparenz für das Opfer Jerouschek, JZ 2000, 185 (191).

1182 Weigend, Rechtswissenschaft 2010, 39 (56); Peter, Verbesserung der Stellung des Opfers im Strafverfahren, S. 70.

1183 Weigend, Deliktsoffer und Strafverfahren, S. 546 kommt auf Grundlage der Erwartungen und Bedürfnisse von Opfern zur Forderung, den/die Verletzte*n im Strafverfahren "als persönlich beteiligten Beobachter mit besonderen Schutz- und Anhörungsrechten zu behandeln".

klang mit den genannten straftheoretischen Überlegungen und vermögen diese zu stützen. Opfer erlangen eine Befriedigung und aussichtsreiche Möglichkeit zur Tatverarbeitung neben der abschließenden Unrechtsfeststellung vor allem durch die Anwesenheit und (zumindest partielle) Beteiligung am strafprozessualen Verfahren.

bb) Strafrechtstheoretische Verankerung des Genugtuungsinteresses

Aus der bloßen Anerkennung eines Genugtuungsinteresses folgt noch kein Anspruch auf dessen tatsächliche Befriedigung.¹¹⁸⁴ Es ist umstritten, ob und wie sich ein solcher Anspruch strafrechtstheoretisch herleiten lässt. Eine Ansicht erachtet als übergeordnetes Ziel des Strafrechts beziehungsweise des Strafverfahrens¹¹⁸⁵ (auch) die justizförmige Wiederherstellung des Rechtsfriedens.¹¹⁸⁶ Durch die Sanktionierung von Täter*innen werde dem eingetretenen Normgeltungsschaden von Opfern entgegengewirkt und damit der Rechtsfrieden sowohl bei den Betroffenen als auch bei der Allgemeinheit wiederhergestellt.¹¹⁸⁷ Eine andere Ansicht leitet aus dem Rechtsgüterschutz des materiellen Strafrechts einen Anspruch des Opfers auf Beteiligung am Strafverfahren ab.¹¹⁸⁸ Jede Strafnorm sei nicht nur eine Verhaltensnorm, die das Verhalten von Täter*innen, sondern auch eine Sanktions- bzw. Schutznorm, die die Verletzung der Opfer missbilligt.¹¹⁸⁹ Die Verletzten seien Prozesssubjekte, gerade weil sie von einer Straftat als Rechtssubjekte betroffen seien.¹¹⁹⁰ Zumindest die in beiden Ansichten

1184 So auch Göhler, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 393; Bommer, Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, S. 240.

1185 So, in bewusster Abgrenzung zu den Straftheorien, Endler, Die Doppelstellung des Opferzeugen, S. 96–99.

1186 Das Bundesverfassungsgericht spricht von der Sicherung des Rechtsfriedens durch das Strafrecht: BVerfGE 51, 324 (343); 107, 104 (118 f.); ablehnend Kleinert, Persönliche Betroffenheit und Mitwirkung, S. 238–247.

1187 Sautner, Opferinteressen und Strafrechtstheorien, S. 375–383; wohl auch Kilchling, NStZ 2002, 57 (59); Endler, Die Doppelstellung des Opferzeugen, S. 100–103; Patsourakou, Die Stellung des Verletzten im Strafrechtssystem, S. 69 f.

1188 Peter, Verbesserung der Stellung des Opfers im Strafverfahren, S. 58 f.; Patsourakou, Die Stellung des Verletzten im Strafrechtssystem, S. 49.

1189 Holz, Justizgewähranspruch des Verbrechensofers, S. 220 f.; Patsourakou, Die Stellung des Verletzten im Strafrechtssystem, S. 62.

1190 Hirsch, in: Abraham/Bublitz/Geneuss/Krell/Wegner (Hrsg.), Verletzung in eigenen Rechten – Zur strafrechtsdogmatischen Stellung des Verletzten, S. 31 (50).

enthaltene Annahme zum doppelten Wesen einer Straftat spiegelt sich auch in der Opferschutzrichtlinie, laut dessen Erwägungsgrund 9 eine Straftat ein Unrecht gegenüber der Gesellschaft und eine Verletzung der individuellen Rechte des Opfers sei.¹¹⁹¹

Allerdings sind der vielfach vertretenen Gegenmeinung zufolge die derzeit überwiegend konsentierten Ziele des Strafrechts, die Spezial- und Generalprävention, allesamt nicht auf die Befriedigung des individuellen Unrechtsfeststellungsinteresses des Opfers ausgerichtet.¹¹⁹² Die Opferprävention bzw. -restitution müsste daher als weiterer Strafrechtswitz neben die General- und die Spezialprävention aufgenommen werden.¹¹⁹³ Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts steht dem nicht entgegen, sondern tendiert ohnehin in ständiger Rechtsprechung zu einer (umfassenden) Vereinigungstheorie, die versucht, sämtliche Strafzwecke in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander zu bringen.¹¹⁹⁴

Unbestritten ist, dass das Opfer jedenfalls als Nebenfolge des Strafverfahrens Genugtuung erfahren können darf.¹¹⁹⁵ Darüber hinaus wird als Kon-

1191 *Dearing*, Justice for Victims of Crime, S. 2 f. betont die Bedeutung des Erwägungsgrunds für den Wandel zu einer menschenrechtsbasierten Betrachtungsweise des Strafrechts.

1192 *Göhler*, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 270; *Kleinert*, Persönliche Betroffenheit und Mitwirkung, S. 188–220; *Hörnle*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), § 12 Straftheorien, Rn. 18; *Hörnle*, in: Hilgers/Koch/Möllers/Müller-Mall (Hrsg.), Expressive Straftheorien, S. 143 f.; *Bommer*, Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, S. 55–57; *a.A.*, wonach das Opferinteresse an Normverdeutlichung in den Strafzweck der positiven Generalprävention integriert werden kann: *Reemtsma*, in: Hassemer/Reemtsma (Hrsg.), 6. Kapitel: Das Interesse des Opfers am strafenden Staat, S. 112 (137); *Weigend*, Rechtswissenschaft 2010, 39 (44); *Rieß*, Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Rn. 66; entsprechende Ansatzpunkte erkennt auch *Sautner*, Opferinteressen und Strafrechtstheorien, S. 50–56.

1193 Visualisiert von *Sautner*, Opferinteressen und Strafrechtstheorien, S. 369; von einer dem Inhalt nach ähnlichen "Restitutionstheorie" spricht *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensofners, S. 190–200; zustimmend *Endler*, Die Doppelstellung des Opferzeugen, S. 88 f.; von einer "viktinologische[n] Straftheorie" spricht *Jerouschek*, JZ 2000, 185 (193); i.E. auch *Hörnle*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), § 12 Straftheorien, Rn. 37–46; *Hörnle*, in: Hilgers/Koch/Möllers/Müller-Mall (Hrsg.), Expressive Straftheorien, S. 143 (passim).

1194 BVerfGE 45, 187 (253 f.); 91, 1 (31); 109, 133 (173); dazu *Hörnle*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), § 12 Straftheorien, Rn. 53–55; *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensofners, S. 200 f.

1195 *Kleinert*, Persönliche Betroffenheit und Mitwirkung, 319–320 kritisiert semantisch, dass eine beschränkte Genugtuung keine Genugtuung mehr sei.

sequenz der Anerkennung eines Genugtuungsinteresses den Verletzten vielfach eine aktive Position im Strafverfahren zugesprochen.¹¹⁹⁶ Die entsprechenden Stimmen fordern, dem Opfer zwecks Geltendmachung seiner Interessen in allen Verfahrensstadien (in verschiedenen Abstufungen) Informations-, Dispositions-, Kontroll- und Offensivrechte einzuräumen.¹¹⁹⁷ Aber selbst Ansichten, die Genugtuungs- und Vergeltungswünschen von Verletzten keine juristische Relevanz beimessen, räumen Verletzten eine Subjektstellung im Strafverfahren ein, damit ihnen Gehör und Anerkennung zuteilwerde.¹¹⁹⁸

Die Kritik richtet sich tatsächlich in der Regel weder gegen die Befriedigung von Opferinteressen an sich noch gegen Informations- und Unterstützungsleistungen für das Opfer sowie dessen bloßer Teilnahme am Strafprozess. Befürchtet wird dagegen eine zu starke Beeinflussung und Verschiebung des Strafverfahrens durch aktive Beteiligungsrechte des Opfers sowie ein – auch von Befürworter*innen einer Befriedigung des

1196 Dölling, FS Jung, S. 77 (81 f.); Bommer, Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, S. 252–255; Rössner, FS Roxin, S. 977 (985 f.); Patsourakou, Die Stellung des Verletzten im Strafrechtssystem, S. 96 f.; a.A. Kleinert, Persönliche Betroffenheit und Mitwirkung, S. 220.

1197 Sautner, Opferinteressen und Strafrechtstheorien, S. 322–345; Kilchling, Opferchutz innerhalb und außerhalb des Strafrechts, S. 11 f.; Stehle, Das Strafverfahren als immaterielle Wiedergutmachung, S. 43; Rieß, Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, Rn. 68; Rieß, FS Jung, S. 751 (755); Peter, Verbesserung der Stellung des Opfers im Strafverfahren, S. 59.

1198 Reemtsma, in: Abraham/Bublitz/Geneuss/Krell/Wegner (Hrsg.), Täterstrafrecht und der Anspruch des Opfers auf Beachtung, S. 11 (27 f.); wohl auch Schöch, FS Jung, S. 865 (873 f.); Anders, ZStW 2012, 374 (407–410); Kleinert, Persönliche Betroffenheit und Mitwirkung, S. 317–332 versteht die Nebenklage in diesem Zusammenhang als "antizipiert-sozialrechtliches Institut mit dem Ziel der Resozialisierung"; Weigend, Deliktsoffer und Strafverfahren, S. 430 f., der i.E. eine Beteiligungsberechtigung des/-r Verletzten am Verfahren, "an der offiziellen Verarbeitung des Vorfalls" bejaht (S. 503 f.) und ein Anwesenheitsrecht befürwortet (S. 508 f.); Weigend, Rechtswissenschaft 2010, 39 (57): "Dass das Opfer einer Straftat (auch) nach Genugtuung für das erlittene Unrecht strebt, ist nicht nur ein psychologisches Faktum, sondern auch von der Rechtsordnung anzuerkennen."; Weigend, in: Barton/Kölbel (Hrsg.), Internationale Entwicklungen bei der Stellung des Verletzten im Strafverfahren, S. 29 (49 f.); Hanloser, Das Recht des Opfers auf Gehör im Strafverfahren, S. 195 f., 214 f. bejaht ein Anwesenheitsrecht des Straftatopfers aus dem Gehörsrecht; Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 3 Rn. 36m fordern zur Befriedigung von Opferbelangen einen Ausbau der Wiedergutmachung (und insbesondere des Täter-Opfer-Ausgleichs) als "dritte Spur des Strafrechts".

Genugtuungsinteresses abgelehnter¹¹⁹⁹ – Anspruch des Opfers auf eine bestimmte Strafhöhe.¹²⁰⁰ Die Rechtswissenschaftlerin *Göhler* etwa hält sowohl das englische als auch das deutsche Strafjustizsystem für ungeeignet, das in Literatur und Rechtspolitik als legitim anerkannte Interesse von Verletzten an Unrechtsfeststellung und gesellschaftlicher Solidarisierung zu befriedigen.¹²⁰¹ Als Konsequenz schlägt sie ein sozialrechtlich ausgerichtetes sog. „additives Betroffenenforum“ vor, um in diesem eine konfliktfreie und effektivere Befriedigung von Opferinteressen zu erreichen, ohne die Balance zu den Beschuldigtenrechten im Strafjustizsystem zu stören.¹²⁰²

Den mahnenden Stimmen in der Diskussion um ein Genugtuungs- oder auch Unrechtsfeststellungsinteresse des Opfers ist dahingehend zu folgen, dass im Mittelpunkt des Strafverfahrens immer der/die Angeklagte stehen muss, auf dessen bzw. deren angemessene Sanktionierung das Verfahren gerichtet ist.¹²⁰³ Hierauf muss eine moderne, opferorientierte Straftheorie Rücksicht nehmen. Einigkeit besteht dagegen in dem Bestre-

1199 Siehe nur *Hörnle*, in: Hilgers/Koch/Möllers/Müller-Mall (Hrsg.), *Expressive Straftheorien*, S. 143 (158).

1200 Besonders deutlich bei *Hoppe*, in: Abraham/Bublitz/Geneuss/Krell/Wegner (Hrsg.), *Opfer, Verletzter, Zeuge: Was muss, kann und soll Opferschutz im Strafverfahren leisten?*, S. 147 (164 f.); *Roxin/Greco*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 3 Rn. 36l; siehe auch die Zusammenfassung der Kritik an einer aktiven Beteiligungsbefugnis des/der Verletzten bei *Patsourakou*, *Die Stellung des Verletzten im Strafrechtssystem*, S. 87; *Holz*, *Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers*, S. 195 f.; *Kölbel*, *StV* 2014, 698 (702 f.) lehnt vor allem einen subjektiven Anspruch des Opfers auf Bestrafung ab; *Rössner*, in: Dölling et al., *Vorb. zu §§ 1 ff. Rn. 28* fordert, den/die Verletzte "im Strafprozess stets in dem Maße zu berücksichtigen, als Verteidigungsrechte des Angeklagten nicht unzulässig eingeschränkt werden."

1201 *Göhler*, *Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union*, S. 391, der zufolge die konstitutive Wirkung der grundsätzlich im Ermessen stehenden Kriminalisierungsentscheidung die staatliche Verantwortung zur effektiven Unterstützung von Straftatopfern begründet (S. 451–462).

1202 *Göhler*, *Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union*, S. 489–526; der Vorschlag stellt eine Weiterentwicklung der Idee einer Einführung eines unabhängig von der Verurteilung des Beschuldigten, die Tat deklaratorisch missbilligenden, Unrechtsinterlokuts im Strafverfahren, dar, vgl. dazu *Jerouschek*, *JZ* 2000, 185 (191–193); *Hörnle*, *JZ* 2006, 950 (958); *Hamel*, *Strafen als Sprechakt*, S. 203 f.; ebenso die Resozialisierung des Opfers dem Sozialrecht zuordnend *Kleinert*, *Persönliche Betroffenheit und Mitwirkung*, S. 222 f.

1203 *Peter*, *Verbesserung der Stellung des Opfers im Strafverfahren*, S. 70; *Heger*, *JA* 2007, 244 (248).

ben, (Genugtuungs-)Interessen von Straftatopfern Rechnung zu tragen.¹²⁰⁴ Ein straftheoretischer Konsens ist in der Anerkennung eines schützenswerten Interesses des Opfers an einer persönlichen Begleitung des Strafverfahrens gegen die mutmaßlichen Täter*innen gegeben. Das Opfer soll von der im gegebenenfalls ergehenden Strafurteil enthaltenen Unrechtsfeststellung profitieren können. Die persönliche Anwesenheit von Betroffenen schränkt die Verteidigungsrechte von Angeklagten nicht unverhältnismäßig ein.¹²⁰⁵ Insoweit ist das Genugtuungsinteresse in einer modernen, menschenrechtsbasierten¹²⁰⁶ Straftheorie widerzuspiegeln.¹²⁰⁷ Nach dieser sollte ein Opfer grundsätzlich einen Anspruch auf Anwesenheit im Strafverfahren bis zur Urteilsverkündung haben.

Darüber hinaus überzeugt es, Göhler folgend das Genugtuungsinteresse nicht auf die Unrechtsfeststellung im Strafverfahren zu beschränken, sondern aus psychotraumatologischen und strafverfahrensrechtlichen Gründen eine gesellschaftliche Solidarisierung mit Straftatopfern anzustreben.¹²⁰⁸ Auch ein dafür erforderliches (sozialrechtlich ausgerichtetes) Verfahren wie das vorgeschlagene „additive Betroffenenforum“¹²⁰⁹ erfordert die Anwesenheit und Beteiligung des mutmaßlichen Opfers. In diesem könnten eine Unrechtsfeststellung und Anerkennung des erlittenen Leids der Betroffenen unabhängig vom zufälligen Erfolg strafprozessualer Aufklärung erfolgen. Als ein weiteres Ergebnis des Forums könnte die Solidarisierung mit dem Opfer in materiellen wie immateriellen Angeboten der Wiedergutmachung zum Ausdruck kommen.

1204 Siehe schon Weber, Zum Genugtuungsinteresse des Verletzten als Strafzweck, S. 89 f.

1205 Vgl. mit dem Maßstab bei Endler, Die Doppelstellung des Opferzeugen, S. 131–134.

1206 Zum "Human-Rights Based Approach" des Strafrechts Dearing, Justice for Victims of Crime, S. 3–9, 41 f. et passim.

1207 Roxin, GA 2015, 185 (201) ("Das Genugtuungsinteresse des Opfers und ggf. auch ihm nahestehender Personen sollte (...) in eine moderne Straftheorie integriert werden"); Rössner, FS Roxin, S. 977 (981 f.) bezeichnet die Integration von Opfergerechtigkeit und Opferschutz in eine "zivile Strafrechtstheorie" als eine "realitätsbezogene und nüchterne Funktionsbestimmung" strafrechtlicher sozialer Kontrolle.

1208 Ein erlittenes Trauma wird durch die Unrechtsfeststellung sicherlich nicht aufgehoben, siehe etwa Hörnle, in: Hilgers/Koch/Möllers/Müller-Mall (Hrsg.), Expressive Straftheorien, S. 143 (156 f.).

1209 Göhler, Strafprozessuale Rechte des Verletzten in der Europäischen Union, S. 489–526.

3. Recht auf Wiedergutmachung

Das Recht auf Wiedergutmachung für Betroffene schwerer Straftaten ist im Hinblick auf die aufenthaltsrechtliche Position von Geschädigten vorurteilsgeleiteter Straftaten zu untersuchen. Ein (temporäres oder langfristiges) Aufenthaltsrecht ist möglicherweise aus dem Recht auf Wiedergutmachung abzuleiten oder stellt selbst eine Form der Wiedergutmachung dar.

Zunächst wird dargelegt, dass das Recht auf Wiedergutmachung nicht auf finanzielle Entschädigungen beschränkt ist, sondern eine Vielfalt von Maßnahmen ermöglichen und erforderlich machen kann (lit. a). Daher sind die Zusammenhänge und die Zweckmäßigkeit einer aufenthaltsrechtlichen Reaktion auf diskriminierende Kriminalität zu beleuchten (lit. b).

a) Vielfalt möglicher Maßnahmen

Das Joinet-Orentlicher-Prinzip Nr. 31 spricht allen Betroffenen von Menschenrechtsverletzungen das Recht auf Wiedergutmachung durch den Staat und die Möglichkeit zu, Entschädigung von den Täter*innen zu suchen. Es wird diskutiert, ob hierbei sogar von einem Gewohnheitsrecht auszugehen ist.¹²¹⁰ Jedenfalls wird das Recht auf Wiedergutmachung im internationalen Recht regelmäßig betont. Dabei wird die Vielfalt möglicher Maßnahmen zur Wiedergutmachung deutlich. Das Joinet-Orentlicher-Prinzip Nr. 32 Abs. 2 erklärt etwa, dass Wiedergutmachung auch durch Programme geleistet werden könnte, an deren Konzeption und Umsetzung Betroffene und Akteur*innen der Zivilgesellschaft eine bedeutende Rolle spielen sollten.¹²¹¹

Trotz der Abwesenheit konkreter Vorgaben zu Wiedergutmachungsansprüchen im entsprechenden Vertragstext sieht der CEDAW-Ausschuss die Vertragsstaaten in der Pflicht, betroffenen Frauen von geschlechtsbezogener Gewalt Entschädigungen anzubieten.¹²¹² Diese sollen angemessen, verhältnismäßig sowie holistisch sein und zeitnah zugesprochen werden.¹²¹³ Der Ausschuss bezeichnet als mögliche Entschädigungsmaßnahmen die

1210 *Haldemann*, in: Haldemann/Unger/Cadelo, Principle 31 Rn. 14f.

1211 Hierzu *Argent/Ghellinck*, in: Haldemann/Unger/Cadelo, Principle 32 Rn. 13–16.

1212 CEDAW-Ausschuss, General Recommendation 35, para. 23, UN Doc. CEDAW/C/GC/35 (2017).

1213 CEDAW-Ausschuss, General Recommendation 35, para. 33, UN Doc. CEDAW/C/GC/35 (2017).

Zurverfügungstellung von finanziellem Schadensersatz, von juristischen, sozialen und gesundheitlichen Dienstleistungen sowie von Garantien für die Nichtwiederholung der Tat.¹²¹⁴ Damit kommen als Akteur*innen der Wiedergutmachung sowohl Täter*innen als auch staatliche Institutionen in Betracht.¹²¹⁵

Im Gegensatz zum CEDAW sieht das ICERD in Art. 6 explizit das Recht Betroffener von rassistischer Diskriminierung auf eine gerechte und angemessene Entschädigung oder Genugtuung vor. Bereits in der Vorbereitung des Art. 6 ICERD wurde über den Begriff der „Entschädigung“ diskutiert und im Ergebnis um den Zusatz „oder Genugtuung“ ergänzt, um zu verdeutlichen, dass neben finanziellen auch immaterielle Formen der Wiedergutmachung in Betracht zu ziehen sind.¹²¹⁶ Ausdrücklich zur Interpretation des Art. 6 ICERD geeignet sind die von der UN-Generalversammlung beschlossenen *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*.¹²¹⁷ Diesen zufolge soll Opfern für eine wirksame Entschädigung – wo möglich und nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit – Wiederherstellung, Schadensersatz, gesundheitliche Rehabilitation, Genugtuung und/oder Garantien der Nicht-Wiederholung zur Verfügung gestellt werden.¹²¹⁸ Der Europarat macht sich die gleiche Auflistung zu eigen und fordert die Mitgliedstaaten auf, zur Wiedergutmachung schwerer Menschenrechtsverletzungen alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um zugängliche und

1214 Ebd.

1215 Im deutschen Strafrecht wird dagegen bei der Wiedergutmachung primär an einen Beitrag des/der Täter*in gedacht, so etwa Kleinert, Persönliche Betroffenheit und Mitwirkung, S. 223–225.

1216 Vgl. Thornberry, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, S. 404–407; Schindlauer/Golob, in: HK-ICERD, Art. 6 Rn. 5.

1217 UN General Assembly, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, UN GAOR, 60th sess., Suppl. no. 49, at preamble, UN-Doc. A/RES/60/147 (2006); siehe auch den entsprechenden Rückgriff durch den CERD, Comm. no. 49/2011 (*L.A./Slowakei*), para. 7.4, UN-Doc. CERD/C/85/D/49/2011 (2014).

1218 UN General Assembly, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, UN GAOR, 60th sess., Suppl. no. 49, para. 18-23, UN-Doc. A/RES/60/147 (2006)

effektive Mechanismen für eine zügige und angemessene Entschädigung für erlittene Schäden einzurichten.¹²¹⁹

Der CERD ist der Ansicht, dass oft unterschätzt werde, wie weit rassistische Diskriminierung und rassenbezogene Beleidigungen bei der betroffenen Person die Wahrnehmung ihres eigenen Werts und ihren Ruf schädigen.¹²²⁰ In diesem Zusammenhang fordert er von den Vertragsstaaten, auf entsprechende Vorfälle nicht nur mit der Bestrafung der für die Diskriminierung verantwortlichen Täter*innen zu reagieren, sondern, soweit angemessen, eine finanzielle Wiedergutmachung für den materiellen und moralischen Schaden beim Opfer in Betracht zu ziehen.¹²²¹ Im Fall *B.J./Dänemark*¹²²² wurde dem Beschwerdeführer aus rassistischen Motiven der Eintritt in eine Diskothek verwehrt. Hierfür musste der Türsteher eine Geldstrafe zahlen, allerdings wurde dem Beschwerdeführer keine Entschädigung zugesprochen. Der CERD betonte, dass strafrechtliche Verurteilungen und die Anordnung einer Entschädigungszahlung juristische Sanktionsmittel mit unterschiedlichen Aufgaben und Zwecken seien. Auch wenn eine Entschädigung nicht immer zusätzlich zur strafrechtlichen Verurteilung erforderlich sei, müsse eine entsprechende Forderung von Betroffenen „in jedem Fall“ beachtet werden, *„including those cases where no bodily harm has been inflicted but where the victim has suffered humiliation, defamation or other attack against his/her reputation and self-esteem.“*¹²²³

Entschädigungen sind allerdings nicht gleichbedeutend mit finanziellen Zuwendungen. So sind laut *Thornberry* insbesondere die juristischen Verfahren nach nicht-verhinderten Schädigungen durch rassistische Diskriminierung wichtig, um die Entschlossenheit zu symbolisieren, den Opfern Anerkennung ihrer Rechte und ihrer Würde widerfahren zu lassen.¹²²⁴ Die Wirksamkeit des nach Art. 6 ICERD zu garantierenden Rechtsbehelfs und die „gerechte und angemessene Entschädigung oder Genugtuung“ seien zwangsläufig kontextabhängig:

1219 Europarat, Guidelines on eradicating impunity, para. XVI.

1220 CERD, General Recommendation 26 (2000), para. 1.

1221 CERD, General Recommendation 26 (2000), para. 2.

1222 CERD, Comm. no. 17/1999 (*B.J./Dänemark*), UN Doc. CERD/C/56/D/17/1999 (2000).

1223 CERD, Comm. no. 17/1999 (*B.J./Dänemark*), para. 6.2, UN Doc. CERD/C/56/D/17/1999 (2000).

1224 *Thornberry*, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, S. 429.

„remedies (...) are required to function in the real world of those who suffer racial discrimination, and not merely within the Elysium of elegantly drafted abstract legal proscriptions. The concept of a remedy is as nuanced as the concept of discrimination itself.“¹²²⁵

Grundsätzlich sind mithin vielfältige Formen von Entschädigung und Genugtuung denkbar und auch völkerrechtlich möglich.¹²²⁶ Der Begriff der Wiedergutmachung kann sich auf materielle wie immaterielle Tatfolgen beziehen. Auch der Zweck des ICERD rechtfertigt ein möglichst umfassendes, weites Verständnis. Empfehlungen des CERD nach Individualbeschwerdeverfahren gemäß Art. 14 ICERD sehen unter anderem eine förmliche Entschuldigung vor, die Sicherstellung alternativer Arbeitsplätze für den Beschwerdeführer, die Überprüfung von Gesetzen, die Vereinfachung nationaler Verfahren im Umgang mit Fällen rassistischer Diskriminierung, die Vornahme erforderlicher Maßnahmen um die Bewegungsfreiheit zu gewährleisten, die Entfernung eines rassistischen Schildes oder auch die Sicherstellung, dass in Zukunft keine Rechtsverletzungen eintreten mögen.¹²²⁷ Es werden also mitunter strukturelle und legislatorische Vorhaben angeregt.¹²²⁸ Der CERD betrachtet es dabei nicht als seine Aufgabe, die nationale Rechtsanwendung zu interpretieren, soweit die Entscheidungen nicht offensichtlich willkürlich sind oder anderweitig einer Rechtsverweigerung gleichkommen.¹²²⁹ Allerdings bedauerte er es in einem Fall eines verweigerten Diskotheken-Zutritts für Roma, dass das einschlägige Gesetz

1225 *Thornberry*, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, S. 428 f.

1226 Besonders weitgehend agiert diesbezüglich die Interamerikanische Kommission für Menschenrechte, die neben monetären Zuwendungen und Entschädigungen etwa medizinische und psychologische Behandlungen für die Opfer, Entschuldigungen, Denkmäler, legislative Reformen und Fortbildungsprogramme für Staatsbedienstete angeordnet hat, vgl., mit entsprechenden Nachweisen, *Thornberry*, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, S. 404.

1227 *Thornberry*, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, S. 420 f. m.w.N.; *Schindlauer/Golob*, in: HK-ICERD, Art. 6 Rn. 56; eine Übersicht der Mitteilungen des CERD, die keine Verstöße feststellen, jedoch dennoch Empfehlungen aussprechen, bietet *Spénlé*, in: HK-ICERD, Kap. 6 Rn. 22–32.

1228 *Spénlé*, in: HK-ICERD, Kap. 6 Rn. 33.

1229 CERD, Comm. no. 49/2011 – *L.A./Slowakei*, para. 7.2, UN-Doc. CERD/C/85/D/49/2011 (2014)

keine Sanktionen für immaterielle Schäden vorsah, denn diese könnten wirksam präventiv und abschreckend wirken.¹²³⁰

Allen Formen der Wiedergutmachung ist gemein, dass sie in einem Zusammenhang mit der Opferwerdung bzw. Diskriminierung des/der Betroffenen stehen: Die Entschädigungen sollen *für* erlittene Schaden eingerichtet werden, sie sollen gerecht, angemessen und verhältnismäßig sein. Eine Wiedergutmachung in Form einer aufenthaltsrechtlichen Privilegierung kommt für Opfer also nur in Betracht, wenn ein solcher Zusammenhang bejaht werden kann. Zu untersuchen ist mithin die Zweckmäßigkeit einer aufenthaltsrechtlichen Wiedergutmachung.

b) Zweckmäßigkeit einer aufenthaltsrechtlichen Wiedergutmachung

Zunächst ist festzustellen, dass jedenfalls ein Aufenthaltsrecht für die Dauer des Strafverfahrens gegen die mutmaßlichen Täter*innen als eine Form der angemessenen Wiedergutmachung verstanden werden kann. Im Rahmen der Geltendmachung eines „zivilrechtlichen Anspruchs“ i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK und insbesondere im strafrechtstheoretischen Überblick wurden die Vielfalt möglicher Opferinteressen an Genugtuung und Wiedergutmachung durch das Strafverfahren bereits diskutiert.¹²³¹ Aus dem Recht auf Wiedergutmachung könnte sich nach diesem Verständnis ein Recht auf physische Anwesenheit am Strafprozess gegen die Beschuldigten ableiten, um das Verfahren mit dem Ziel der Unrechtsfeststellung zu begleiten. Die viktimologische Straftheorie sieht in der Strafe die Ausgrenzung der Täter*innen und die Demonstration der Solidarität des Sozialverbands mit dem Opfer.¹²³² Geht es um Solidarität mit den Opfern, sind über das Strafverfahren weitere vielfältige Maßnahmen zu Gunsten Betroffener denkbar. Im Folgenden soll daher geprüft werden, ob das Recht auf Wiedergutmachung auch herangezogen werden kann zur Begründung eines allgemeinen Bleiberechts für Betroffene von Hasskriminalität über das Strafverfahren hinaus.

Eine Wiedergutmachung muss in einem sinnvollen Zusammenhang zum erlittenen Unrecht stehen, auf das sie reagiert. Fraglich ist nun, ob

1230 CERD, Comm. no. 49/2011 – *L.A./Slowakei*, para. 7.4, UN-Doc. CERD/C/85/D/49/2011 (2014).

1231 Kapitel C. II. 2. a) cc), C. II. 2. d).

1232 *Reemtsma*, Im Keller, S. 216; *Jerouschek*, JZ 2000, 185 (194); *Schöch*, FS Jung, S. 865 (873).

es einen Zusammenhang zwischen einer vorurteilsgeleiteten Straftat und der aufenthaltsrechtlichen Situation von Betroffenen gibt, der eine aufenthaltsrechtliche Reaktion zweckmäßig macht. Ein solcher Zusammenhang muss inlandsbezogen sein. Nehmen wir etwa an, dass bereits regelmäßige leichte Diskriminierung eine erhebliche seelische Belastung für Betroffene darstellen kann und im Ausnahmefall ein stark traumatisiertes Opfer von im Zielland nicht ausreichend vorhandener medizinischer und psychologischer Betreuung abhängig ist.¹²³³ Hinsichtlich der erforderlichen medizinischen Versorgung handelt es sich um zielstaatsbezogene Gefahren, die ohnehin bei der Prüfung von Abschiebungsverboten zu berücksichtigen sind. Denkbar ist allerdings, als Form der Wiedergutmachung eine Gesundheitsversorgung zu fordern, die über die strengen Voraussetzungen des § 60 Abs. 5, 7 AufenthG hinausgeht, nach denen nur eine Menschenrechtsverletzung oder existentielle Gefährdung ein Abschiebungsverbot begründet.¹²³⁴

Im Bereich der Hasskriminalität handelt es sich aufgrund der auf gesellschaftlich verbreiteten Vorurteilen basierenden Tat bei den Betroffenen regelmäßig um Angehörige besonders vulnerabler Personengruppen.¹²³⁵ Die besondere Vulnerabilität Betroffener von diskriminierender Kriminalität kann nun allerdings nicht dazu führen, dass das Opfer in jeder rechtlichen Situation unterschiedlich zu behandeln ist. Vielmehr kommt es auf den Konnex, auf eine Verbindung, in diesem Fall zwischen der Opferwerdung und dem Aufenthaltsstatus Betroffener an. Ein solcher kann insbesondere angenommen werden, wenn eine Straftat erst die Ursachen für die Ausreisepflicht schafft. Ist einer Person beispielsweise aufgrund der Folgen eines rassistischen Vorfalls die eigenständige (vollständige) Lebensunterhaltssicherung nicht mehr möglich, ist die allgemeine Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG nicht mehr erfüllt, weshalb ein Aufenthaltstitel zurückgenommen oder eine Verlängerung verweigert werden kann.¹²³⁶ Wenn Betroffene aufgrund der Folgen der Straftat nicht

1233 So bei Köhler, Opferschutz im Bereich des Menschenhandels, S. 197, 235.

1234 Zu den Vss. des § 60 V, VII AufenthG siehe etwa Dollinger, in: Bergmann/Dienelt, § 60 AufenthG Rn. 82–106.

1235 Vgl. zum Zusammenhang von Vorurteilen, Stigmatisierung und der Zugehörigkeit zu einer vulnerablen Gruppe in der Rechtsprechung des EGMR Peroni/Timmer, International Journal of Constitutional Law 2013, 1056 (1065–1067).

1236 Wittmann/Baumann, ZAR 2022, 60 (64 f.); vgl. den Beitrag über die veranlasste Abschiebung eines Ägypters nach einem Brandanschlag auf seine Pizzeria: Berg, Stefan: Zynischer, Umgang, DER SPIEGEL 37/2000, S. 55–57 (56); Ge-

mehr selbstständig den Lebensunterhalt sichern können, ist eine Verbindung zwischen Straftat und aufenthaltsrechtlicher Position unmittelbar ersichtlich und somit eine Wiedergutmachung in Form einer unabhängig von der Lebensunterhaltssicherung erteilten Aufenthaltsverlängerung zweckmäßig und geboten.

Etwas komplexer ist die Situation der „Entdeckung“ der Irregularität des Aufenthalts einer ausländischen Person infolge der Opferwerdung. In ihrem Gesetzentwurf wies die Fraktion DIE LINKE im Jahr 2014 darauf hin, dass auch der vom sogenannten Nationalsozialistischen Untergrund im Jahr 2004 in Rostock getötete Mehmet Turgut wegen der Verwendung der Identität seines Bruders nach einem möglichen Überleben des Anschlags vermutlich abgeschoben worden wäre – wie im Übrigen sein Bruder Y., der nach seiner polizeilichen Zeugenvernehmung im Mordfall in die Türkei zurückgeführt wurde.¹²³⁷ Es ist jedenfalls im öffentlichen Interesse, ansonsten möglicherweise nicht mitwirkenden Zeug*innen und Betroffenen erheblicher Straftaten eine aufenthaltsrechtliche Perspektive anzubieten, um die strafrechtliche Anzeige- und Aufklärungsrate zu erhöhen.

War eine ausländische Person dagegen bereits vor einer Opferwerdung ausreisepflichtig oder verliert sie ein Aufenthaltsrecht aus einem Grund, der nicht mit der gegen ihr begangenen Straftat zusammenhängt, ist ein Konnex zwischen Straftat und Aufenthaltsstatus nicht unmittelbar ersichtlich. Die Gründe für die Ausreisepflicht des oder der Betroffenen sind dann genuin migrationsrechtlicher Natur. In einem solchen Fall trifft den Staat grundsätzlich keine Pflicht, die Situation eines Straftatopfers aufenthaltsrechtlich zu berücksichtigen. Allerdings könnte möglicherweise durch die Motivation der Täter*innen ein Zusammenhang zwischen Straftat und Opferposition hergestellt werden. Hierfür ist der Zweck von Hasskriminalität zu verdeutlichen.

Hasskriminalität ist eine Botschaftstat mit dem Ziel der Einschüchterung als „fremd“, als „anders“ markierter Personen.¹²³⁸ Durch einen Bezug auf eine nationale Identität bezwecken insbesondere rassistische, oft als „ausländer“- oder „fremdenfeindlich“ deklarierte Straftaten die Vertrei-

waltpfer verdienen im ersten Jahr nach der Tat im Durchschnitt etwa 10 % weniger als zuvor, siehe *Bindler/Ketel*, Scaring or scarring? Labour market effects of criminal victimisation, S. 38.

1237 BT-Drs. 18/2492, 4.

1238 Kapitel B. III. 1.

bung der angegriffenen Personengruppen aus dem Aufenthaltsstaat.¹²³⁹ Als Botschaftstat richtet sich Hasskriminalität ebenso an die Mehrheitsbevölkerung und an die Politik, einerseits keine weitere Migration zuzulassen, andererseits bereits aufhältigen Migrant*innen keine Verfestigung ihres Aufenthalts zu ermöglichen. Der Zusammenhang zwischen (Flucht-)Migration und dem Anstieg von Rassismus und Hasskriminalität ist nicht erst seit 2015 evident.¹²⁴⁰ Insbesondere die rassifizierte Person hat aus der Perspektive der Täter*innen im politischen Sinne kein Recht auf einen Aufenthalt. Diskriminierende Kriminalität stellt mithin selbst einen Konnex zum Aufenthaltsrecht der Betroffenen her, indem ein solches in abstracto gerade bestritten wird.

Verdeutlicht wird dieser Zusammenhang auch durch den Umstand, dass Migrant*innen einem erhöhten Risiko ausgesetzt sind, von Hasskriminalität betroffen zu werden. In der Dunkelfeldbefragung des *International Crime Victims Survey* (ICVS) berichteten 10 % der Migrant*innen in den teilnehmenden 15 EU-Staaten davon, im Vorjahr Hasskriminalität gegen sich oder ihre nächsten Angehörigen erfahren zu haben. Unter den Nicht-Migrant*innen liegt dieser Wert bei 2 %. Die Autor*innen der Studie schlussfolgern, dass der Migrationsstatus das Viktimisierungsrisiko, insbesondere auch durch rassistisch motivierte Straftaten, erhöht.¹²⁴¹ Zu diesem Ergebnis kommt auch eine Analyse der US-amerikanischen Dunkelfeldbefragung des *National Crime Victimization Survey*. Demnach

1239 Vgl. auch Keienborg, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/6197, BT-Ausschuss für Inneres und Heimat-Drs. 19(4)523 A, 3; a.A. Kluth, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/6197, BT-Ausschuss für Inneres und Heimat-Drs. 19(4)523 D, 5, der argumentiert, bei Gewalttaten gegenüber Deutschen mit Migrationshintergrund und Unionsbürger*innen spiele die Vertreibungsabsicht keine Rolle. Dabei verkennt er, dass die Motivation zur Hasskriminalität nicht am tatsächlichen Aufenthaltsstatus anknüpft und also auch trotz eines unbefristeten Aufenthaltsrechts des Opfers diesem gegenüber Vertreibungswünsche bestehen können.

1240 Vgl. Kapitel A; ECRI, Bericht über Deutschland (Sechste Prüfungsrunde), 10.12.2019, Rn. 39–43, 64 f; der CERD hat im Rahmen eines *Statement on current migrant crises* an die Grenzen der Migrationssteuerung erinnert und die Staaten aufgerufen, bei der Lösung der Probleme die Migrations- und Asylpolitik dahingehend zu überprüfen, dass dem Auftreten diskriminierender Praktiken vorgebeugt werde: CERD, Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 85th and 86th sess., S. 11, UN Doc. A/70/18 (2015).

1241 Alles van Dijk/van Kesteren/Smit, Criminal Victimization in International Perspective, S. 92–95; dazu auch Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, Hasskriminalität in der Europäischen Union sichtbar machen, S. 52 f.

haben Migrant*innen im Vergleich zu Staatsbürger*innen ein mehr als doppelt so hohes Risiko, Opfer von Hasskriminalität zu werden (5,1 % zu 2,3 %).¹²⁴²

Gerade die ausgrenzende Funktion der Hasskriminalität, die zwischen einem „Wir“ und „Ihr“ unterscheidet, gebietet es daher, dem Opfer eine Wiedergutmachung anzubieten, die einschließend wirkt und signalisiert, dass der/die Betroffene – ganz im Widerspruch zur Botschaftstat – als Mensch wahrgenommen wird, dessen Identitätsmerkmale keine Grundlage einer Ausgrenzung sein dürfen und dem ein Recht auf Aufenthalt zugestanden wird. Eine Sicherung des Aufenthalts bietet Betroffenen darüber hinaus die Möglichkeit, die Gewalterfahrung(en) zu bewältigen und Selbstbestimmung und Handlungsfähigkeit wiederzuerlangen. Hingegen kann eine mit unmittelbarem Zwang ausgeübte Durchsetzung der Ausreisepflicht eine neuerliche traumatische Ausgrenzungserfahrung darstellen, die die Wirkung vorurteilsgeleiteter Gewalt verstärkt.¹²⁴³

Im Ergebnis ist bei vorurteilsgeleiteten Straftaten ein Zusammenhang zwischen der Opferwerdung und dem Aufenthaltsstatus der Betroffenen durch die Tatmotivation regelmäßig zu bejahen. Die Anwendung des Aufenthaltsrechts als wiedergutmachende Reaktion auf eine vorurteilsgeleitete Straftat kann mithin als zweckmäßig und je nach den Umständen des Einzelfalls auch als angemessen gerechtfertigt werden.

III. Regelungen im Aufenthaltsgesetz für Opfer von Straftaten

1. Aufenthaltsgesetz des Bundes

a) Allgemeine Erteilungsvoraussetzungen

Grundsätzlich müssen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels die allgemeinen Regelerteilungsvoraussetzungen vorliegen. Von der Anwendung der § 5 Abs. 1, 2 AufenthG kann in den Fällen des Aufenthalts aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen nach Ermessen abgesehen werden, § 5 Abs. 3 Satz 2 AufenthG, soweit Satz 1 das Absehen nicht sogar verbindlich vorschreibt.

1242 *McCann/Boateng*, An Analysis of Hate Crime Victimization Amongst Immigrants, *American Journal of Criminal Justice* 2021, S. 16.

1243 Vgl. Kapitel B. III. 2. d).

Von dem Regelerfordernis nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG kann allerdings etwa dann abgesehen werden, wenn eine ausländische Person ohne Verschulden in die Lage versetzt wird, in der sie ihren Lebensunterhalt nicht sichern kann.¹²⁴⁴ Nach Einschätzung von *Hailbronner* stellt der Eintritt einer verminderten oder fehlenden Fähigkeit zur Sicherung des Lebensunterhalts als Folge einer rassistischen Gewalttat einen „eindeutige[n] Fall eines Dispenses vom Erfordernis der Sicherung des Lebensunterhalts“ dar.¹²⁴⁵ In den Fällen eines zuvor nach § 30 Abs. 3 Nummer 1 bis 6 AsylG als offensichtlich unbegründet abgelehnten Asylantrags ist eine mögliche Sperrwirkung nach § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG zu beachten.

b) Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG

Gemäß § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG kann nicht vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer*innen für einen vorübergehenden Aufenthalt eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, solange dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen ihre vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern. Erhebliche öffentliche Interessen können vorliegen, wenn die ausländische Person als Zeug*in in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren benötigt wird oder mit deutschen Behörden bei der Ermittlung von Straftaten vorübergehend zusammenarbeitet.¹²⁴⁶

Ein dringender humanitärer oder persönlicher Grund ist anzunehmen bei der Teilnahme an einer Gerichtsverhandlung als Zeug*in.¹²⁴⁷ Bei der Teilnahme an einer Gerichtsverhandlung als Verfahrenspartei kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an.¹²⁴⁸ Dringend im Sinne des § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG ist der Grund der Teilnahme an einer Gerichts-

1244 Vgl. *Hailbronner*, Ausländerrecht, § 5 Rn. 18, 21.

1245 *Hailbronner*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/6197, BT-Ausschuss für Inneres und Heimat-Drs. 19(4)523 C, 3; diese Möglichkeit bejaht auch *Wittmann*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/6197, BT-Ausschuss für Inneres und Heimat-Drs. 19(4)523 B, 23.

1246 BT-Drs. 15/420, 80; Nr. 25.4.1.6.3 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26. Oktober 2009.

1247 Nr. 25.4.1.6.1 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26. Oktober 2009; OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.07.2012, 8 ME 94/12, juris Rn. 14; *Koch*, in: Kluth/Hornung/Koch, § 4 Aufenthalt Rn. 936.

1248 Nr. 25.4.1.6.1 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26. Oktober 2009; OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.07.2012, 8 ME 94/12, juris Rn. 14.

verhandlung als Verfahrenspartei nur, wenn aufgrund einer umfassenden Würdigung aller Umstände des Einzelfalls dem privaten Interesse des oder der Ausländer*in an der sofortigen vorübergehenden Legalisierung seines oder ihres Aufenthalts ein deutlich höheres Gewicht zukommt als dem widerstrebenden öffentlichen Interesse an der Durchsetzung der Ausreisepflicht.¹²⁴⁹ Erforderlich ist der Aufenthalt nur, wenn das mit dem weiteren Aufenthalt der ausländischen Person angestrebte Ziel nicht auch in zumutbarer Weise im Ausland erreicht werden kann.¹²⁵⁰

Zu beachten ist der explizite Ausschluss vollziehbar ausreisepflichtiger Personen i.S.v. §§ 50 Abs. 1, 58 Abs. 2 AufenthG, weshalb insbesondere Menschen mit einer Duldung nach § 60a AufenthG nicht in den Anwendungsbereich der Norm fallen.¹²⁵¹ Diese können allerdings von der im Übrigen korrespondierenden Vorschrift des § 60a Abs. 2 Satz 3 AufenthG erfasst werden.¹²⁵² Das Tatbestandsmerkmal „für einen vorübergehenden Aufenthalt“ in § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG impliziert zudem eine Ex-ante-Prognose, wonach die Ausländerbehörde bereits zum Zeitpunkt der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis den späteren Wegfall des vorübergehenden Ausreisehindernisses erwarten darf, weshalb die ausländische Person gegenüber der Ausländerbehörde nachzuweisen hat, dass sie nach Ablauf der Aufenthaltserlaubnis freiwillig ausreisen wird.¹²⁵³

Die umfassende Würdigung aller und gegebenenfalls entgegenstehender Interessen erfordert ein hohes Maß an Verantwortungsbewusstsein bei allen Rechtsanwender*innen.¹²⁵⁴ Im Ergebnis dürften angesichts der grund- und menschenrechtlichen sowie straftheoretischen Erwägungen insbesondere die Interessen von Opfern diskriminierender Straftaten regelmäßig höher zu gewichten sein als das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der Ausreisepflicht.¹²⁵⁵ Der enge Anwendungsbereich schließt eine Anwendung allerdings gerade für viele prekär aufhältige Personen aus.

1249 OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.07.2012 8 ME 94/12, juris Rn. 14.

1250 Nr. 25.4.1.7 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26. Oktober 2009.

1251 Vgl. *Dollinger*, in: Bergmann/Dienelt, § 60a AufenthG Rn. 4.

1252 *Maßßen/Kluth*, in: BeckOK Ausländerecht, § 25 AufenthG Rn. 66.

1253 OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.07.2012, 8 ME 94/12, juris Rn. 17 m.w.N.

1254 *Benassi*, InfAuslR 2005, 357 (364 f.).

1255 Vgl. Kapitel C. II. 1. und 2.

c) Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4a AufenthG

Für Betroffene bestimmter Straftaten richtet sich die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4a, 4b AufenthG. § 25 Abs. 4b AufenthG normiert den vorübergehenden Aufenthalt für Opfer bestimmter Formen der illegalen Beschäftigung und wird an dieser Stelle nicht näher betrachtet.

Mit der Regelung des § 25 Abs. 4a AufenthG werden die unionsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie 2004/81/EG vom 29. April 2004¹²⁵⁶, sowie der Richtlinie 2011/36/EU vom 5. April 2011¹²⁵⁷ umgesetzt.¹²⁵⁸ Gemäß § 25 Abs. 4a Satz 1 AufenthG soll Betroffenen von Straftaten nach den §§ 232 bis 233a StGB (Menschenhandel; Zwangsprostitution; Zwangsarbeit; Ausbeutung der Arbeitskraft; Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung), auch wenn sie vollziehbar ausreisepflichtig sind, für einen Aufenthalt während eines Strafverfahrens ein Aufenthaltstitel erteilt werden. In den Fällen des § 25 Abs. 4a und 4b AufenthG ist von der Anwendung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 bis 2 und 4, Abs. 2 AufenthG abzusehen.¹²⁵⁹

Gemäß § 25 Abs. 4a Satz 2 Nr. 1 AufenthG darf die Aufenthaltserlaubnis nur erteilt werden, wenn die Anwesenheit der betroffenen Person im Bundesgebiet für ein Strafverfahren wegen dieser Straftat von der Staatsanwaltschaft oder dem Strafgericht für sachgerecht erachtet wird, weil ohne ihre Angaben die Erforschung des Sachverhalts erschwert wäre. Zudem muss die betroffene Person jede Verbindung zu den tatverdächtigen Personen abgebrochen haben und ihre Bereitschaft erklären, in dem Strafverfahren wegen der Straftat als Zeug*in auszusagen, § 25 Abs. 4a Satz 2 Nr. 2, 3 AufenthG. Unabhängig von ihrer Aussagebereitschaft haben Zeug*innen, wenn sie von der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht geladen werden, eine Erscheins- und Aussagepflicht, vgl. §§ 51, 70, 161a StPO. Auch die Fälle eines Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht nach §§ 52 ff. StPO verhindern nicht, dass Zeug*innen vor Gericht oder der Staatsanwaltschaft auf deren Ladung zu erscheinen haben.¹²⁶⁰ Die Bedenkfrist für die Aussagebereitschaft beträgt mindestens drei Monate, soweit der Ausländerbehör-

1256 ABl. L 261/19

1257 ABl. L 101/1.

1258 BGBl. I 2007, 1970; I 2016, 2226.

1259 § 5 Abs. 3 Satz 1 AufenthG.

1260 Nr. 25.4a.2.3 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26. Oktober 2009.

de konkrete Anhaltspunkte für die Opferstellung vorliegen, § 59 Abs. 7 AufenthG.

Nach Beendigung des Strafverfahrens soll eine Aufenthaltserlaubnis verlängert werden, wenn humanitäre oder persönliche Gründe oder öffentliche Interessen die weitere Anwesenheit der ausländischen Person im Bundesgebiet erfordern, § 25 Abs. 4a Satz 3 AufenthG. Ausweislich der Gesetzesbegründung wird damit

*„eine sichere Perspektive für einen Daueraufenthalt für die Zeit nach Beendigung des Strafverfahrens geschaffen. Für die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis kommt es danach nicht mehr darauf an, ob die weitere Anwesenheit der ausländischen Person für die Durchführung eines Strafverfahrens erforderlich ist.“*¹²⁶¹

Unter der Beendigung des Strafverfahrens sind nicht nur Verurteilungen zu verstehen, sondern auch solche Konstellationen, in denen ein Strafverfahren ohne Verschulden der betroffenen und aussagebereiten Zeug*innen aus anderen Gründen nicht durchgeführt wird, beispielsweise durch eine Einstellung des Verfahrens.¹²⁶² Die Aufenthaltserlaubnisse nach § 25 Abs. 4a Satz 1, 4b AufenthG werden jeweils für ein Jahr, Aufenthaltserlaubnisse nach § 25 Abs. 4a Satz 3 AufenthG jeweils für zwei Jahre erteilt und verlängert, § 26 Abs. 1 Satz 5 AufenthG.

In der Anhörung zum Gesetzesvorschlag eines Aufenthaltsrechts für Betroffene von Hasskriminalität wurde insbesondere die Verortung mit dem Hinweis auf die vermeintlich mangelnde Vergleichbarkeit der Regelung mit § 25 Abs. 4a und 4b AufenthG kritisiert.¹²⁶³ Zwar ist es richtig, dass es ein wesentliches Spezifikum des Menschenhandels ist, dass er überwiegend im Kontext von Migrationsbewegungen geschieht.¹²⁶⁴ Auf Menschenhandel mit aufenthaltsrechtlichen Regelungen zu reagieren erscheint daher bereits bei oberflächlicher Betrachtung naheliegend.¹²⁶⁵ Allerdings sind wesentliche Gemeinsamkeiten der Betroffenen von Hasskriminalität, Menschenhandel und illegaler Beschäftigung ihre Position als Opfer und Zeug*in in einem möglichen Strafverfahren.

Menschenhandel stellt zudem in vielen Fällen ein Beispiel einer intersektionalen Diskriminierung mit sexistischen und rassistischen Elementen

1261 BT-Drs. 18/4097, 41.

1262 BT-Drs. 18/4097, 41.

1263 Kapitel A. II. 3. b).

1264 Follmar-Otto/Rabe, Menschenhandel in Deutschland, S. 44.

1265 Zum Zweck des Aufenthaltsrechts Frei, Menschenhandel und Asyl, S. 208.

dar.¹²⁶⁶ Ebenso ist es vorstellbar, dass eine illegale Beschäftigung gegebenenfalls intersektionale Formen der Diskriminierung enthält und die Straftat des Beschäftigungsgebers insoweit vorurteilsmotiviert ist. Ferner gibt es sowohl bei Menschenhandel als auch bei Hasskriminalität Zusammenhänge zwischen der Opferwerdung und einer prekären aufenthaltsrechtlichen Situation. Die in § 25 Abs. 4a, 4b AufenthG genannten Straftaten betreffen oft Migrant*innen aufgrund einer prekären aufenthaltsrechtlichen Situation beziehungsweise eines fehlenden Aufenthaltsstatus. Hasskriminalität trifft ebenfalls überproportional oft Migrant*innen.¹²⁶⁷ Dabei können bestimmte gesetzlich angeordnete Unterbringungsformen, insbesondere für Geflüchtete, sie besonders vulnerabel machen.¹²⁶⁸

d) Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG:

Gemäß § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG kann vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer*innen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn ihre Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen (objektiv oder subjektiv)¹²⁶⁹ unmöglich ist und mit dem Wegfall der Ausreisehindernisse in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist. Letzteres ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Ausreisehindernisse voraussichtlich noch mindestens 6 Monate andauern.¹²⁷⁰ Die Ausländerbehörde entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen.¹²⁷¹ Dagegen soll die Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn die Aussetzung der Abschiebung bereits seit 18 Monaten andauert, § 25

1266 *Thornberry*, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, S. 325; *World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance*, The Race Dimensions of Trafficking in Persons—Especially Women and Children, März 2001, <https://www.un.org/WCAR/e-kit/trafficking_e.pdf> (Stand: 12.06.2021).

1267 *Van Dijk/van Kesteren/Smit*, Criminal Victimisation in International Perspective, S. 92–95; *McCann/Boateng*, An Analysis of Hate Crime Victimization Amongst Immigrants, *American Journal of Criminal Justice* 2021, S. 16.

1268 Vgl. CERD, Concluding observations on the combined nineteenth to twenty-second periodic reports of Germany (2015), CERD/C/DEU/CO/19-22, para. 18.

1269 BT-Drs. 15/420, 80.

1270 *Koch*, in: Kluth/Hornung/Koch, § 4 Aufenthalt Rn. 1018 m.w.N.

1271 Nr. 25.5.0 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26. Oktober 2009.

Abs. 5 Satz 2 AufenthG. Mit dieser Soll-Vorschrift ist ein Rechtsanspruch begründet, sofern kein atypischer Ausnahmefall vorliegt.¹²⁷²

Die Unmöglichkeit der Ausreise aus tatsächlichen Gründen betrifft zum Beispiel Fälle der Reiseunfähigkeit, unverschuldeter Passlosigkeit und unterbrochener oder fehlender Verkehrsverbindungen in den Zielstaat.¹²⁷³ Die Unmöglichkeit der Ausreise aus rechtlichen Gründen ist gegeben, wenn der Ausreise rechtliche Hindernisse entgegenstehen, welche die Ausreise ausschließen oder als unzumutbar erscheinen lassen.¹²⁷⁴ Umfasst sind vor allem inlandsbezogene Ausreisehindernisse.¹²⁷⁵ Es kommen insbesondere der Ausreise entgegenstehende Rechtspositionen der ausländischen Person in Betracht, die aus Grundrechten, aus Völkerrecht oder aus einfachem Gesetz abgeleitet sind.¹²⁷⁶ Die rechtliche Unmöglichkeit der Ausreise kann auch aus Rechten Dritter (z.B. Familienangehörige, pflegebedürftige Personen) abgeleitet werden.¹²⁷⁷ Sofern durch die Ausreise eine Rechtsschutzvereitelung nach Art. 19 Abs. 4 GG droht, kann einer Ausreise auch ein in Deutschland stattfindendes Gerichtsverfahren entgegenstehen.¹²⁷⁸

Die ausländische Person muss unverschuldet an der Ausreise gehindert sein, § 25 Abs. 5 Satz 3 AufenthG. Sie darf insbesondere keine falschen Angaben machen, über ihre Identität oder Staatsangehörigkeit täuschen oder zumutbare Anforderungen zur Beseitigung der Ausreisehindernisse nicht erfüllen, § 25 Abs. 5 Satz 4 AufenthG. Die ausländische Person darf

1272 Nr. 25.5.2. Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26. Oktober 2009; *Röcker*, in: Bergmann/Dienelt, § 25 AufenthG Rn. 132.

1273 Nr. 25.5.1.2 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26. Oktober 2009; *Röcker*, in: Bergmann/Dienelt, § 25 AufenthG Rn. 104.

1274 BVerwG, Beschl. v. 14.12.2010, 1 B 30/10, juris; *Röcker*, in: Bergmann/Dienelt, § 25 AufenthG Rn. 104–107; *Göbel-Zimmermann/Hupke*, in: Huber/Mantel, § 25 AufenthG Rn. 60; *Benassi*, InfAuslR 2005, 357 (360–362); *a.A.*, wonach eine unzumutbare Ausreise nicht unmöglich ist: *Maaßen/Kluth*, in: BeckOK Ausländerecht, § 25 AufenthG Rn. 139.

1275 BVerwG, Beschl. v. 14.12.2010, 1 B 30/10, juris; Nr. 25.5.1.3.1 f. Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26. Oktober 2009; *Maaßen/Kluth*, in: BeckOK Ausländerecht, § 25 AufenthG Rn. 138.

1276 *Koch*, in: Kluth/Hornung/Koch, § 4 Aufenthalt Rn. 1001; *Fränkel*, in: Hofmann, § 25 AufenthG Rn. 75.

1277 *Fränkel*, in: Hofmann, § 25 AufenthG Rn. 77.

1278 BVerfGE 35, 382 (406 f.); *Endres de Oliveira*, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, VI. Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen Rn. 583; *Fränkel*, in: Hofmann, § 25 AufenthG S. 75.

die Unmöglichkeit der Ausreise also nicht zurechenbar, gegenwärtig und kausal zu vertreten haben.¹²⁷⁹

Die oben ausgeführten grund- und menschenrechtlichen Erwägungen sind als gegebenenfalls die Ausreise aus rechtlichen Gründen unmöglich machende Faktoren im Rahmen der Prüfung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG zu berücksichtigen. Im Ergebnis kann die Norm im Einzelfall, insbesondere bei langen und komplizierten Strafverfahren, zur Begründung einer Aufenthaltserlaubnis für Opfer von Hasskriminalität herangezogen werden.

e) Aufenthaltserlaubnis nach § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG

Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG kann eine Aufenthaltserlaubnis in begründeten Fällen auch für einen von diesem Gesetz nicht vorgesehenen Aufenthaltszweck erteilt werden. Es handelt sich hierbei um eine Auffangregelung für die gesetzlich nicht näher geregelten, aber dennoch begründeten Fälle der Erteilung eines Aufenthaltstitels.¹²⁸⁰ Denkbar ist insbesondere der Fall vermögender Ausländer*innen, die sich in Deutschland niederlassen möchten, um hier von ihrem Vermögen zu leben.¹²⁸¹

Im Bereich § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG kommt der Ausübung des eröffneten Ermessens große Bedeutung zu.¹²⁸² Dieses dürfte nach Ansicht von *Seegmüller* im Falle eines Straftatopfers, das medizinische Behandlung benötigt, „regelmäßig auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Durchführung der zur Heilung der Tatfolgen erforderlichen psychotherapeutischen Behandlung verengt sein.“¹²⁸³

1279 *Endres de Oliveira*, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, VI. Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen Rn. 591–594; *Röcker*, in: Bergmann/Dienelt, § 25 AufenthG Rn. 123–126.; *Benassi*, InfAuslR 2005, 357 (362 f.). Das Fehlverhalten kann auch in der Vergangenheit liegen und seine Auswirkungen gegenwärtig fortwirken, vgl. BVerwG, Urt. v. 19. 4. 2011, 1 C 3/10, NVwZ 2011, 1277.

1280 *Maor*, in: BeckOK Ausländerrecht, § 7 AufenthG Rn. 10.

1281 Nr. 7.1.3 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26. Oktober 2009; VG Stuttgart, Beschl. v. 10.06.2010 - 2 K 1260/10; *Dienelt*, in: Bergmann/Dienelt, § 7 AufenthG S. 14; die meisten Aufenthaltserlaubnisse nach § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG werden an Staatsangehörige aus den Vereinigten Staaten erteilt, siehe BT-Drs. 19/25100, 144 f.

1282 *Maor*, in: BeckOK Ausländerrecht, § 7 AufenthG Rn. 15.

1283 *Seegmüller*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/6197, BT-Ausschuss für Inneres und Heimat-Drs. 19(4)523 F, 5.

Zu berücksichtigen ist, dass es sich bei § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG um Aufenthaltsw Zwecke handeln muss, die ihrer Art nach in §§ 16–38 AufenthG nicht vorkommen.¹²⁸⁴ Auf die Vorschrift kann auch dann nicht zurückgegriffen werden, wenn der Aufenthaltsw Zweck im Aufenthaltsgesetz geregelt ist, der/die Betroffene jedoch die Anspruchsvoraussetzungen verfehlt.¹²⁸⁵ Insoweit dürfte die Anwendung des § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG jedenfalls für die Teilnahme an Straf- oder Gerichtsverfahren gesperrt sein, da dieser Aufenthaltsw Zweck insbesondere auch durch § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG geregelt ist.¹²⁸⁶

f) Aufenthaltserlaubnis in Härtefällen nach § 23a AufenthG

Kommt nach den allgemeinen Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes keine Aufenthaltsgewährung in Betracht, kann eine solche gemäß § 23a AufenthG erteilt werden. Nach dessen Absatz 1 Satz 1 darf die oberste Landesbehörde anordnen, dass einer ausländischen Person, die vollziehbar ausreisepflichtig ist, abweichend von den im Aufenthaltsgesetz festgelegten Erteilungs- und Verlängerungsvoraussetzungen sowie von den §§ 10, 11 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird, wenn eine von der Landesregierung durch Rechtsverordnung eingerichtete Härtefallkommission darum ersucht (Härtefallersuchen). Alle Bundesländer haben eine solche Kommission eingerichtet.¹²⁸⁷

Gemäß § 23a Abs. 2 Satz 4 AufenthG setzt die Entscheidung für ein Härtefallersuchen voraus, dass nach den Feststellungen der Härtefallkommission dringende humanitäre oder persönliche Gründe die weitere Anwesenheit der ausländischen Person im Bundesgebiet rechtfertigen. Beide Tatbestandsalternativen könnten regelmäßig für Betroffene von Hasskriminalität geltend gemacht werden.

g) Duldung

Eine vorübergehende Aussetzung der Abschiebung, sog. Duldung, stellt keinen Aufenthaltstitel dar. Die Duldung beseitigt weder die Ausreise-

1284 Dienelt, in: Bergmann/Dienelt, § 7 AufenthG Rn. 12.

1285 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 05.11.2018, OVG 3 B 8.18, juris Rn. 38.

1286 Ebenfalls skeptisch Wittmann/Baumann, ZAR 2022, 60 (63).

1287 Röcker, in: Bergmann/Dienelt, § 23a AufenthG Rn. 4.

pflicht, siehe § 60a Abs. 3 AufenthG, noch deren Vollziehbarkeit und führt auch nicht zur Erledigung der Abschiebungsandrohung; sie setzt nur den Vollzug der Abschiebung zeitweilig aus.¹²⁸⁸ Eine unmittelbare Rechtsfolge der Duldung besteht darin, dass der geduldete Aufenthalt nicht strafbar ist; die Rechtsstellung der betroffenen Person bleibt allerdings eher prekär.¹²⁸⁹

aa) Duldung nach § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG

Gemäß § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG ist die Abschiebung einer ausländischen Person auszusetzen, solange die Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist und keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird. In diesem Fall ist eine Duldung zu erteilen. Die Abschiebung ist aus rechtlichen Gründen unmöglich, wenn sich aus nationalem Recht, aus Unions- oder Völkerrecht ein zwingendes Abschiebeverbot ergibt.¹²⁹⁰ In Betracht kommt auch ein noch nicht erteiltes oder verweigertes erforderliches Einvernehmen der Staatsanwaltschaft oder der Zeugenschutzdienststelle nach § 72 Abs. 4 AufenthG für zu schützende Personen im Sinne des Zeugenschutz-Harmonisierungsgesetzes. Für Betroffene von Gewaltdelikten könnte im Extremfall eine Reiseunfähigkeit zum Beispiel auf Grund einer posttraumatischen Belastungsstörung vorliegen, die nach den Voraussetzungen des § 60a Abs. 2c, 2d AufenthG zu belegen ist.¹²⁹¹

bb) Duldung nach § 60a Abs. 2 Satz 2 AufenthG

Nach § 60a Abs. 2 Satz 2 AufenthG ist die Abschiebung einer ausländischen Person zwingend auszusetzen, wenn ihre Anwesenheit als Zeug*in für ein Strafverfahren wegen eines Verbrechens von der Staatsanwaltschaft oder dem Strafgericht für sachgerecht erachtet wird, weil ohne ihre Angaben die Erforschung des Sachverhalts erschwert wäre. Die Norm bietet einen Anknüpfungspunkt für eine Verfahrensduldung. Zu beachten ist die Tatbestandsvoraussetzung des Verbrechens, also einer Straftat, die im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht ist, § 12

1288 *Dollinger*, in: Bergmann/Dienelt, § 60a AufenthG Rn. 19.

1289 *Dollinger*, in: Bergmann/Dienelt, § 60a AufenthG Rn. 20 f.

1290 *Dollinger*, in: Bergmann/Dienelt, § 60a AufenthG Rn. 24.

1291 Ausführlicher *Wittmann/Baumann*, ZAR 2022, 60 (63); vgl. auch *Dollinger*, in: Bergmann/Dienelt, § 60a AufenthG Rn. 35.

Abs. 1 StGB. Eine einfache oder gefährliche Körperverletzung (§§ 223 f. StGB) stellt unabhängig von der Motivation der Täter*innen kein Verbrechen dar und ermöglicht mitunter keine Verfahrensduldung gemäß § 60a Abs. 2 Satz 2 AufenthG.

Liegt dem Ermittlungsverfahren in der Deliktausprägung ein Verbrechen zu Grunde, besteht – sofern die Anwesenheit der Betroffenen von der Staatsanwaltschaft oder dem Strafgericht für sachgerecht erachtet wird – zwingend der Duldungsgrund nach § 60a Abs. 2 Satz 2 AufenthG.¹²⁹² Die Duldung erfolgt aufgrund einer Stellungnahme der Staatsanwaltschaft, dass die Anwesenheit des oder der Zeug*in erforderlich ist.¹²⁹³

Dem Wortlaut nach ist lediglich erforderlich, dass die Abwesenheit des oder der Betroffenen die Erforschung des Sachverhalts erschwert. Demnach ist auch denkbar, dass die Teilnahme als Nebenkläger*in in den Schutz des § 60a Abs. 2 Satz 2 AufenthG fällt. Die Gesetzesbegründung geht dagegen lediglich auf die Zeug*innenstellung der Betroffenen ein.¹²⁹⁴

cc) Duldung nach § 60a Abs. 2 Satz 3 AufenthG

Gemäß § 60a Abs. 2 Satz 3 AufenthG kann einer ausländischen Person eine Duldung erteilt werden, wenn dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen ihre vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern. Die Erteilung einer Duldung nach § 60a Abs. 2 Satz 3 AufenthG kommt auch für Strafverfahren in Betracht, denen kein Verbrechen zu Grunde liegt.¹²⁹⁵

Die Norm korrespondiert mit § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG und ermöglicht daher auch die Erteilung einer Verfahrensduldung um Rechte des Opfers zu wahren beziehungsweise die Durchführung des Strafverfahrens zu gewährleisten.¹²⁹⁶ Die Bekämpfung und Verfolgung von Straftaten stellt regelmäßig ein erhebliches öffentliches Interesse dar;¹²⁹⁷ dies gilt

1292 VG München, Beschl. v. 28.06.2018, M 1 S 17.51745, juris Rn. 12.

1293 Bruns, in: Hofmann, § 60a AufenthG Rn. 28.

1294 BT-Drs. 16/5065, 187.

1295 VG München, Beschl. v. 28.06.2018, M 1 S 17.51745, juris Rn. 12; Bruns, in: Hofmann, § 60a AufenthG Rn. 28.

1296 Nr. 60a.2.3.1 i.V.m. Nr. 25.4.1.6.1 und Nr. 25.4.1.6.3 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26. Oktober 2009.

1297 Vgl. z.B. für die „Bekämpfung und Strafverfolgung des Menschenhandels im Bereich des Asylrechts“: VG München, Beschl. v. 28.06.2018, M 1 S 17.51745, juris Rn. 13.

aufgrund der menschen- und grundrechtlichen Diskriminierungsverbote insbesondere für vorurteilsgeleitete Delikte.¹²⁹⁸ Daher liegt auch die Beteiligung Betroffener am Strafverfahren regelmäßig im öffentlichen Interesse.¹²⁹⁹ Wo eine Abschiebung die Wirksamkeit der den Opfern zustehenden Rechte aus der Opferschutzrichtlinie gefährdet, muss den Betroffenen bei richtlinienkonformer Auslegung zudem auch aus diesem Grund zwingend zumindest eine Duldung erteilt werden. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass auch einer bereits abgeschobenen Person zur Teilnahme etwa an der Hauptverhandlung eine Duldung oder eine Betretenserlaubnis erteilt werden kann.¹³⁰⁰

2. Verwaltungsvorschriften der Länder

Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG vermittelt dem Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für die Regelung der Ein- und Auswanderung, das heißt für auf Dauer gerichtete, die Außengrenzen der Bundesrepublik überschreitende Bewegungen.¹³⁰¹ Hingegen fällt die Regelung der Rechtsstellung ausländischer Personen nach erfolgter Einwanderung unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 4 GG und ist damit Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung.¹³⁰² Der Bund hat von seiner Gesetzgebungskompetenz mit Subsidiaritätsklausel, vgl. Art. 72 Abs. 1, 2 GG, unter anderem durch das Aufenthaltsgesetz Gebrauch gemacht.¹³⁰³ Im Bereich des Aufenthaltsrechts sind entsprechend der Grundentscheidung des Art. 83 GG überwiegend die Länder für die Ausführung des Bundesgesetzes zuständig.¹³⁰⁴

Gemäß Art. 84 Abs. 2 GG kann die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates allgemeine Verwaltungsvorschriften zu Bundesgesetzen erlassen.¹³⁰⁵ Von dieser Kompetenz hat die Bundesregierung für das Aufenthaltsgesetz zuletzt am 26. Oktober 2009 Gebrauch gemacht und

1298 Vgl. Kapitel C. II. 1.

1299 *Bruns*, in: Hofmann, § 60a AufenthG Rn. 28; *Gordzielik/Huber*, in: Huber/Mantel, § 60a AufenthG Rn. 39.

1300 *Gordzielik/Huber*, in: Huber/Mantel, § 60a AufenthG Rn. 39.

1301 *Uhle*, in: Maunz/Dürig, Art. 73 GG Rn. 71.

1302 *Uhle*, in: Maunz/Dürig, Art. 74 GG Rn. 161.

1303 *Uhle*, in: Maunz/Dürig, Art. 74 GG Rn. 162.

1304 *Kluth*, in: Kluth/Hornung/Koch, § 8 Verwaltungsverfahren und Mitteilungspflichten Rn. 11.

1305 Hierzu *Kluth*, in: Kluth/Hornung/Koch, § 8 Verwaltungsverfahren und Mitteilungspflichten Rn. 12.

mit Zustimmung des Bundesrats eine „Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz“ beschlossen.¹³⁰⁶ Verwaltungsvorschriften konkretisieren Rechtssätze oder geben in Fällen, in denen der Verwaltung Ermessen eingeräumt wird, Hinweise zur Ermessensausübung.¹³⁰⁷ Über den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 GG entfalten die eigentlich nur an die Behörden gerichteten Anweisungen auch Außenwirkung.¹³⁰⁸

Auf Grundlage von Art. 84 Abs. 2 GG erlassene allgemeine Verwaltungsvorschriften des Bundes begrenzen inhaltlich die Befugnis der Bundesländer, eigene Verwaltungsvorschriften zu erlassen.¹³⁰⁹ Für den Fall einer Kollision von Verwaltungsvorschriften, die zum Vollzug der materiellen Norm eines Gesetzes erlassen wurden, gelten die allgemeinen Regeln des Kollisionsrechts, insbesondere Art. 31 GG, wonach Bundesrecht Landesrecht bricht.¹³¹⁰ Der Vollzug materieller Normen des Aufenthaltsgesetzes wurde gegenüber Opfern von Hasskriminalität mittels Verwaltungsvorschriften der Länder seit 2016 in Brandenburg, Thüringen und Berlin spezifiziert. Die allgemeine Verwaltungsvorschrift des Bundes zum Aufenthaltsgesetz vom 26. Oktober 2009 regelt diese Materie nicht, weshalb keine Kollision vorliegt.

a) Brandenburg

Der Landtag in Brandenburg beschäftigte sich auf einen Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN erstmals explizit mit der Frage eines Bleiberechts für Opfer rechter Straftaten.¹³¹¹ Mit Beschluss vom 28. April 2016 forderte der Brandenburger Landtag die Landesregierung schließlich auf, Opfern rechter Straftaten vorübergehend ein Bleiberecht einzuräumen und bei Opfern rechter Gewaltstraftaten von den Möglichkeiten der Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen und Duldungen auf der Grundlage des Aufenthaltsgesetzes Gebrauch zu machen.¹³¹² Der Landtag begründete den Beschluss mit dem Anstieg rassistischer, rechtspopulistischer und rechtsextrem motivierter Gewaltstraftaten gegen Migrant*innen und Geflüchtete und mit der schwierigen Lebenssituation insbesondere der Personen, de-

1306 BRat-Drs. 669/09.

1307 BRat-Drs. 669/09, 1.

1308 Ebd.

1309 BVerwGE 70, 127 (131) = NJW 1984, 2775 (2776).

1310 Detailliert *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, Art. 84 GG Rn. 203–207.

1311 Landtag Brandenburg-Drs. 6/3928-B.

1312 Landtag Brandenburg-Drs. 6/4027-B.

ren Aufenthalt in der Bundesrepublik ungesichert ist.¹³¹³ Daraufhin wurde am 21. Dezember 2016 vom Brandenburger Landesministerium des Innern und für Kommunales der Erlass mit dem Titel „Bleiberecht für Opfer rechtsmotivierter Gewaltstraftaten“ verkündet.¹³¹⁴ Er trat am gleichen Tag in Kraft.

Der Brandenburger Erlass betont zunächst den Vorrang von §§ 60a Abs. 2 Satz 2, 25 Abs. 4a AufenthG. Im Weiteren werden Anweisungen getroffen zur Ausübung des Ermessensspielraums der Ausländerbehörden bei der Anwendung der §§ 60a Abs. 2 Satz 3, 25 Abs. 5 AufenthG. Gegenüber Opfern von rechtsmotivierter Gewalt sind laut Erlass sowohl dringende humanitäre Gründe als auch das erhebliche öffentliche Interesse bei der Ermessensausübung nach § 60a Abs. 2 Satz 3 AufenthG zu berücksichtigen. Ein dringender humanitärer Grund liege darin, dass das Opfer Wiedergutmachung erfahren und ihm Sicherheit und Schutz angeboten werden solle. Das erhebliche öffentliche Interesse an der Erteilung einer Duldung liege darin, „den mutmaßlichen Tätern der Gewalttat zu verdeutlichen, dass ihrem Opfer durch eine Verfestigung des Aufenthalts Gerechtigkeit widerfährt und das Gegenteil dessen erreicht wird, was die Täter beabsichtigten.“

aa) Voraussetzungen

Der Erlass ist anwendbar auf vollziehbar Ausreisepflichtige, bei denen der dringende Verdacht besteht, dass sie Opfer einer rechtsmotivierten Gewaltstraftat wurden. Hierfür ist gefordert, dass „die Umstände der Tat oder die Einstellung des Täters darauf schließen lassen, dass sie gegen eine Person aufgrund ihrer zugeschriebenen oder tatsächlichen Nationalität, ethnischen Zugehörigkeit, Hautfarbe, Religionszugehörigkeit, ihres sozialen Status, ihrer physischer und/oder psychischer Behinderung oder Beeinträchtigung, sexuellen Orientierung und/oder sexuellen Identität sowie ihres äußeren Erscheinungsbildes gerichtet sind und die Tathandlung damit im Kausalzusammenhang steht bzw. sich in diesem Zusammenhang gegen eine Institution/Sache oder ein Objekt richtet.“ Gewaltstraftaten sind, unter Bezugnahme auf die bundeseinheitliche Definition in der polizeilichen Kriminalitätsstatistik, Körperverletzungen (§§ 223 ff. StGB), versuchte Tötungsdelikte (§§ 22, 23, 211, 212 StGB), Brand- und Spreng-

1313 Ebd.

1314 Brandenburger Erlass Nr. 8/2016 im Ausländerrecht.

stoffdelikte (§§ 306 ff. StGB), Freiheitsberaubung (§§ 239 ff. StGB), Raub (§§ 249 ff. StGB), Erpressung (§§ 253, 254 StGB), Delikte des Landfriedensbruchs (§§ 125, 125a StGB) sowie Sexualdelikte (§§ 174 ff. StGB).

Der Straftat muss ein „gewisses Gewicht“ zukommen. Dies ist laut Erlass insbesondere der Fall, wenn „die Einwirkungen auf den Körper, die Gesundheit oder die Freiheit des Opfers bedeutend waren und erhebliche Folgen nach sich zogen (physischer und/oder psychischer Art).“

Zuletzt darf kein Ausschlussgrund vorliegen. Ein Ausschlussgrund liegt erstens vor, wenn im Strafverfahren festgestellt wird, dass der/die Betroffene die Gewalttat mitursächlich selbst verschuldet hat. Zweitens liegt ein Ausschlussgrund vor, wenn das Opfer ein Verschulden an der Hinderung der Ausreise trifft. Ein Verschulden an der Hinderung der Ausreise liegt insbesondere in den in § 25 Abs. 5 Satz 4 AufenthG genannten Gründen vor, also bei Identitätstäuschung oder Nicht-Erfüllung zumutbarer Anforderungen zur Beseitigung der Ausreisehindernisse. Drittens schließt eine strafrechtliche Verurteilung die Erteilung eines Aufenthaltstitels aus, wobei Geldstrafen von insgesamt bis zu 50 Tagessätzen oder bis zu 90 Tagessätzen wegen Straftaten, die nach dem Aufenthaltsgesetz oder dem Asylgesetz nur von Ausländer*innen begangen werden können, grundsätzlich außer Betracht bleiben. Ebenfalls ausgeschlossen ist die Erteilung, wenn schwerwiegende Gründe die Annahme rechtfertigen, dass der/die Betroffene in § 25 Abs. 3 Satz 3 AufenthG aufgezählte Verbrechen, Straftaten oder Handlungen begangen hat oder er/sie eine dort benannte Gefahr darstellt.

bb) Rechtsfolge

Bei Vorliegen der Voraussetzungen oder konkreten Anhaltspunkten hierfür ist die Abschiebung des (mutmaßlichen) Opfers nach § 60a Abs. 2 Satz 3 AufenthG für die Dauer des Ermittlungs- bzw. Strafverfahrens auszusetzen.

Nach Abschluss des Ermittlungs- bzw. Strafverfahrens hat die Ausländerbehörde die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG in Betracht zu ziehen. Das erhebliche öffentliche Interesse an einem Verbleib des Opfers einer rechten Gewalttat als auch dringende humanitäre Gründe wirkten nach Beendigung des Strafverfahrens fort und führten zu einem inlandsbezogenen Vollstreckungshindernis. Anhand der tatbestandlichen Feststellungen von Staatsanwaltschaft und Gericht hat die Ausländerbehörde zu gewichten, ob die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis und für welchen Zeitraum sie erfolgen kann. Bei einem Freispruch

oder einer Einstellung des Verfahrens wegen Geringfügigkeit sind die Gründe für die Erteilung einer Duldung laut Erlass allerdings entfallen. Bei einer Einstellung des Verfahrens gegen Auflagen und Weisungen oder bei einer Verurteilung ist erneut abzuwägen, ob durch die Tatsachenfeststellung der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts die Tat und die Auswirkungen auf das Opfer als so schwer eingestuft werden, dass ein weiteres Bleiberecht gerechtfertigt erscheint, sofern nicht eine Anwendung von § 25 Abs. 5 Satz 2 AufenthG (bei seit 18 Monaten ausgesetzter Abschiebung) in Betracht kommt.

Ist die Abschiebung des/der Betroffenen seit weniger als 18 Monaten ausgesetzt, darf die Ausländerbehörde einen Aufenthaltstitel nach § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG nur erteilen, wenn mit dem Wegfall des Ausreisehindernisses in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist. Mit dem Wegfall des Ausreisehindernisses ist laut Erlass insbesondere dann nicht zu rechnen, wenn die Tat besonders schwere und andauernde Auswirkungen auf das Leben des Opfers hat, die eine weitere Schutzgewährung im Rahmen einer Wiedergutmachung im Land Brandenburg rechtfertigen.

Bei der Entscheidung über die Aufenthaltsdauer im Rahmen des § 26 Abs. 1 AufenthG oder über die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis (§ 8 AufenthG) sind unter Heranziehung des Wiedergutmachungsgedankens das Strafmaß sowie laufende medizinische oder therapeutische Behandlungen des Opfers zu berücksichtigen. Zudem können auch weitere anhängige Verfahren Beachtung finden, z.B. zivilrechtliche (Schadenersatz-)Verfahren, Verfahren nach dem Opferentschädigungsgesetz, Verfahren zur Härteleistung für Opfer extremistischer Übergriffe beim Bundesamt für Justiz.

cc) Verfahren

Hat die Ausländerbehörde Kenntnis von oder den dringenden Verdacht einer rechten Gewaltstraftat im Sinne des Erlasses, ist zur näheren Beurteilung des Sachverhaltes und zur Ausübung des Ermessens die Staatsanwaltschaft gemäß § 87 Abs. 1 i.V.m. § 86 Satz 1 AufenthG um Akteneinsicht nach § 474 StPO zu ersuchen. Die Ausländerbehörde ist nach Kontaktierung durch eine betroffene ausländische Person zur Sachverhaltsaufklärung gehalten und hat das genannte Ersuchen zu formulieren. Die Staatsanwaltschaft soll von der Ausländerbehörde um weitere Unterrichtung über den Abschluss und Ausgang des Verfahrens gebeten werden. Die Polizeidienststellen werden darüber hinaus gebeten, Opfer von (mutmaßlich)

rechtsmotivierten Gewaltstraftaten über die Möglichkeit aufzuklären, sich an die Ausländerbehörde zu wenden.

Zur Beurteilung der Auswirkungen der Tat auf das Opfer sind von der Ausländerbehörde insbesondere die Erkenntnisse heranzuziehen, die sich aus der Ermittlungsakte oder aus dem strafrechtlichen Urteil ergeben. Auch können Gutachten oder Stellungnahmen von Beratungsstellen, genannt ist beispielhaft *Opferperspektive e.V.*, beigezogen werden.

In Zweifelsfällen ist das zuständige Referat im Brandenburger Ministerium des Innern und für Kommunales an der Entscheidung zu beteiligen. Die Ausländerbehörden unterliegen zudem einer halbjährlichen Berichtspflicht an das Innenministerium über die Anzahl der auf Grundlage des Erlasses erteilten Aufenthaltstitel und Duldungen.

b) Thüringen

Der Thüringer Landtag hatte am 5. Mai 2017 die Landesregierung um die Schaffung eines humanitären Bleiberechts für Opfer rassistischer und rechter Gewalt gebeten.¹³¹⁵ Daraufhin hat das Thüringer Ministerium für Migration, Justiz und Verbraucherschutz einen Erlass mit dem Titel „Duldung aus humanitären Gründen für Opfer rassistischer und rechter Gewalt (Hasskriminalität)“ beschlossen.¹³¹⁶ Dieser ist zum 1. Juni 2018 in Kraft getreten. Der Thüringer Erlass ist sichtlich vom Brandenburger Erlass inspiriert, weicht aber an ein paar Stellen von ihm ab, auf die im Folgenden näher eingegangen wird.

aa) Voraussetzungen

Der Thüringer Erlass ist ebenfalls anwendbar auf vollziehbar Ausreisepflichtige, bei denen der dringende Verdacht einer Gewaltstraftat besteht. Dass die Gewaltstraftat „hassmotiviert“ (statt: „rechtsmotiviert“) sein muss, ist – bei Betrachtung der entsprechenden Brandenburger Definition – eher ein begrifflicher als ein inhaltlicher Unterschied. Der Thüringer Erlass schließt explizit sowohl Nachstellungen als auch vollendete Tötungsdelik-

1315 Thüringer LT-Drs. 6/ 3877.

1316 Erlass des Thüringer Ministeriums für Migration, Justiz und Verbraucherschutz vom 15.5.2018, 0017/E-1590/2017.

te in die Definition der Gewaltstraftat mit ein und geht insoweit über die Brandenburger Verwaltungsvorschrift hinaus.

Die Straftat gilt als hassmotiviert, wenn in Würdigung der Umstände der Tat oder der Einstellung des/der Täter*in Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sie gegen eine ausländische Person wegen der ihr zugeschriebenen oder tatsächlichen politischen Haltung, Einstellung oder seiner Nationalität, ethnischen Zugehörigkeit, Hautfarbe, Religionszugehörigkeit, Weltanschauung, sozialen Stellung, physischen oder psychischen Behinderung oder Beeinträchtigung, sexuellen Orientierung oder Identität oder ihres äußeren Erscheinungsbildes gerichtet ist und die Tathandlung damit im Kausalzusammenhang steht. Im Vergleich zum Brandenburger Erlass kommen als geschützte Merkmale also die politische Haltung, Einstellung und die Weltanschauung hinzu. Zudem wird von der „sozialen Stellung“ statt dem sozialen Status gesprochen.

Die hassmotivierte Gewaltstraftat muss zudem eine besondere Schwere aufweisen. Erforderlich sind bedeutende Einwirkungen auf den Körper, die Gesundheit oder die Freiheit des Opfers und erhebliche Folgen (physischer oder psychischer Art). Erhebliche Folgen sind gegeben, wenn zu erwarten ist, dass die erlittenen Verletzungen einer über eine ambulante medizinische Erstversorgung hinausgehenden Versorgung bedürfen oder sie therapiebedürftige psychische Folgewirkungen ausgelöst haben. Während die Begriffe der bedeutenden Einwirkung und der erheblichen Folgen also identisch zwischen Brandenburger und Thüringer Erlass sind, wird die Erheblichkeit im Letzteren präziser definiert.

Zuletzt darf wie im Brandenburger Erlass kein Ausschlussgrund vorliegen. Ein Ausschlussgrund ist erstens ähnlich wie in Brandenburg die Vortäuschung oder Provozierung der Tat in vorwerfbarer Weise. Zweitens darf – genauso wie in Brandenburg – kein schwerwiegender Grund die Annahme rechtfertigen, dass der/die Betroffene die in § 25 Abs. 3 Satz 3 AufenthG aufgeführten Verbrechen, Straftaten oder Handlungen begangen hat oder eine dort genannte Gefahr darstellt. Etwas weniger restriktiv als in Brandenburg ist die Auswirkung strafrechtlicher Verurteilungen. Der/die Betroffene darf innerhalb der letzten drei Jahre rechtskräftig nicht zu (insgesamt) mehr als einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen oder zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten (Jugendstrafrecht: sechs Monate) verurteilt worden sein. Ausländerspezifische Straftaten sind nicht zu berücksichtigen. Ebenso wenig gilt der Vorwurf des Verschuldens an der Hinderung der eigenen Ausreise als Ausschlussgrund. Allerdings werden zwei weitere Ausschlussgründe benannt, die im Brandenburger Erlass keine Erwähnung finden: Einerseits die fehlende sachliche oder ört-

liche Zuständigkeit der Ausländerbehörden in Thüringen, andererseits das Vorliegen einer vollziehbaren Abschiebungsanordnung nach § 34a AsylG. Während des sogenannten Dublin-Überstellungsverfahrens gilt der Erlass daher nicht.

bb) Rechtsfolgen

Liegen konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen vor, ist eine Duldung gemäß § 60a Abs. 2 Satz 2 AufenthG bei Verbrechen oder anderenfalls gemäß § 60a Abs. 2 Satz 3 AufenthG auszustellen. Die Duldung wird sowohl dem Opfer als auch seinen minderjährigen ledigen Kindern sowie dem oder der Ehe- oder gleichgeschlechtliche*r Lebenspartner*in für jeweils sechs Monate erteilt. Bei minderjährigen Opfern werden vom Erlass auch die Eltern und die minderjährigen Geschwister umfasst. Für die Dauer des Ermittlungs-/Strafverfahrens ist die Duldung nach Ablauf jeweils um 6 Monate zu verlängern. Im Todesfall des Opfers wird den hinterbliebenen Angehörigen die Duldung erteilt. Außerdem soll die Ausländerbehörde zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens die Möglichkeit der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, insbesondere nach § 25 Abs. 5 AufenthG, prüfen.

Nach rechtskräftigem Abschluss des Ermittlungs- oder Strafverfahrens und dem Ablauf der letzten Duldungsfrist sollen die Duldungen nach § 60a Abs. 2 Satz 2 oder 3 AufenthG verlängert werden, solange die durch die Gewaltstraftat verursachten erheblichen physischen oder psychischen Folgen medizinisch oder therapeutisch behandelt werden. Das Gleiche gilt, wenn die Verlängerung für die Dauer weiterer anhängiger Verfahren, die mit der Straftat in Verbindung stehen, erforderlich ist, insbesondere zur Geltendmachung der Rechte des Opfers oder seiner Angehörigen. Zudem liegt ein erhebliches öffentliches Interesse für die weitere Erteilung von Duldungen nach § 60a Abs. 2 Satz 2 oder 3 AufenthG auch nach rechtskräftigem Abschluss des Ermittlungs- oder Strafverfahrens vor, solange der Rechtsfrieden aufgrund der Tat über den Lebenskreis des oder der Betroffenen hinaus gestört ist.

cc) Verfahren

Laut Thüringer Erlass bedarf es der Offenbarung als Opfer und konkreter Angaben zum Tathergang gegenüber der Ausländer- oder einer Strafverfol-

gungsbehörde (Polizei oder Staatsanwaltschaft). Die entsprechende Schilderung kann durch die Betroffenen selbst oder durch andere Personen oder Stellen erfolgen. Im Regelfall soll auch eine Strafanzeige gestellt werden. Liegen konkrete Anhaltspunkte für eine Straftat im Sinne des Erlasses vor, holen die Strafverfolgungsbehörden das Einverständnis der ausländischen Person zur Übermittlung von Daten an die zuständige Ausländerbehörde im Sinne von Art. 7 der Datenschutz-Grundverordnung¹³¹⁷ ein. In jedem Fall ist in der Ausländerbehörde ein*e ständige*r Ansprechpartner*in für die Strafverfolgungsbehörden zu benennen, der oder die auch das Vorliegen der Voraussetzungen prüft. Gibt es konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Straftat im Sinne des Erlasses, hat die Ausländerbehörde eine Anfrage bei den Strafverfolgungsbehörden zur näheren Prüfung zu stellen. Zugleich ist den Betroffenen eine Duldung auszustellen, die zunächst auf acht Wochen zu befristen und gegebenenfalls bis zur Rückäußerung der Strafverfolgungsbehörden für die gleiche Dauer zu verlängern ist.

Zur Beurteilung der Folgen der Tat sind von der Ausländerbehörde die Erkenntnisse aus dem Ermittlungs- oder Strafverfahren sowie vorliegende ärztliche Atteste heranzuziehen. In Zweifelsfällen sollen Stellungnahmen von Opferberatungsstellen eingeholt werden. Ist aufgrund all dieser Angaben, nach der Rückäußerung der Strafverfolgungsbehörden, vom Vorliegen der Voraussetzungen des Erlasses auszugehen, erhalten das Opfer und die Angehörigen während der Dauer des Ermittlungs-/Strafverfahren gegebenenfalls wiederholt eine Duldung für sechs Monate. Anders als im Brandenburger Erlass wird mit dem Ergebnis des Strafverfahrens keine Auswirkung auf die Anwendung des Erlasses intendiert. Unabhängig vom Ausgang des Strafverfahrens ist lediglich das Vorliegen der Voraussetzungen entscheidend. Der Zufall der Identifizierung und strafprozessualen Verurteilung des/der Täter*innen hat also keine Bedeutung für die Anwendung des Erlasses.

Opferberatungseinrichtungen können jederzeit beratend hinzugezogen werden. Es besteht eine quartalsmäßige Berichtspflicht der Ausländerbehörden über die Anwendung des Erlasses.

1317 Verordnung (EU) 2016/679, ABl. L 119/1.

c) Berlin

Seit dem 1. Juli 2017 gilt eine Weisung der Senatsverwaltung für Inneres und Sport über ein Bleiberecht für Opfer von Gewaltstraftaten im Zusammenhang mit Hasskriminalität.¹³¹⁸ Daraufhin wurden am 1. August 2017 erstmals in das Dokument „Verfahrenshinweise der Ausländerbehörde Berlin“ (VAB) die Vorgaben „60a.2.2. Duldung für Zeugen/Zeuginnen von Verbrechen sowie für Opfer von Hasskriminalität“ aufgenommen.¹³¹⁹ Die VAB sind ein fortlaufend von der Berliner Ausländerbehörde aktualisiertes und im Internet veröffentlichtes Dokument, in dem Leitlinien für die Ausübung des Ermessens bei aufenthaltsrechtlichen Entscheidungen der Ausländerbehörde Berlin definiert werden. Bei den VAB handelt es sich um behördeninterne, ermessenslenkende Weisungen.¹³²⁰ Wenngleich sie formal keine Verwaltungsvorschrift darstellen, entfalten sie wie diese über den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 10 Verfassung des Landes Berlin) auch Außenwirkung.

aa) Voraussetzungen

Das Berliner Modell findet „insbesondere“ gegenüber vollziehbar Ausreisepflichtigen Anwendung, die Opfer einer Gewaltstraftat im Zusammenhang mit Hasskriminalität mit erheblichen Folgen wurden.

Als Gewaltstraftaten gelten – exakt wie im Brandenburger Erlass – Körperverletzungen (§§ 223 ff. StGB); versuchte Tötungsdelikte (§§ 22, 23, 211 f. StGB); Brand- und Sprengstoffdelikte (§§ 306 ff. StGB); Freiheitsberaubung (§§ 239 ff. StGB); Raubdelikte (§§ 249 ff. StGB); Erpressung (§§ 253 ff. StGB); Delikte des Landfriedensbruchs (§§ 125 f. StGB) sowie versuchte und vollendete Sexualdelikte (§§ 22, 23, 174 ff. StGB). Von erheblichen Folgen ist immer dann auszugehen, wenn die erlittenen Verletzungen über eine ambulante medizinische Versorgung hinausgegangen sind und/oder therapiebedürftige psychische Folgewirkungen ausgelöst haben.

Als Hasskriminalität gelten laut den VAB Straftaten, die durch gruppenbezogene Vorurteile motiviert sind. Dies seien fremdenfeindlich und

1318 Abgeordnetenhaus Berlin-Drs. 18/15310, 2.

1319 Verfahrenshinweise der Ausländerbehörde Berlin vom 01.08.2017.

1320 Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 12.11.2018, OVG 3 S 89.18, juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 04.09.2018, OVG 3 M 1.18, juris.

antisemitisch motivierte Straftaten sowie solche, die gerichtet sind gegen bestimmte Gruppen auf Grund ihrer Religion, ihres sozialen Status, physischer und/oder psychischer Behinderung oder Beeinträchtigung, sexuellen Orientierung und/oder sexuellen Identität und äußerem Erscheinungsbild.

Als Ausschlussgrund gilt wie in Brandenburg und Thüringen, wenn das Verhalten des/der Betroffenen für die Gewalttat mitursächlich gewesen ist, beispielsweise im Rahmen einer Absichtspr provokation. Ferner wird der Erlass – exakt wie in Thüringen – nicht angewandt, wenn der/die Betroffene in den vergangenen drei Jahren wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Straftaten einzeln oder zusammen im Bundesgebiet rechtskräftig zu einer Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen oder zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten (Jugendstrafrecht: sechs Monate) verurteilt worden ist. Ausländerspezifische Straftaten sind nicht zu berücksichtigen. Zusätzlich ist die Anwendung ausgeschlossen, wenn die ausländische Person von der Polizeibehörde als besonders gefährlich eingeschätzt wird und die Begehung von Straftaten von erheblicher Bedeutung (insbesondere gemäß § 100a StPO) zu besorgen ist, sofern eine auf § 54 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG gestützte Ausweisung in Betracht kommt.

Ebenfalls wie in Thüringen ist eine Anwendung ausgeschlossen, wenn die Ausländerbehörde sachlich und/oder örtlich unzuständig ist, sowie dann, wenn eine vollziehbare Abschiebungsanordnung nach § 34a AsylG vorliegt. Zuletzt ist die Anwendung der Verwaltungsvorschrift ausgeschlossen in Bezug auf vor dem Stichtag 01. Juli 2017 begangene Straftaten.

bb) Rechtsfolgen

Liegen konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen der Voraussetzungen vor, ist entweder eine Verfahrensduldung nach § 60a Abs. 2 Satz 2 AufenthG oder eine Ermessensduldung gem. § 60a Abs. 2 Satz 3 AufenthG zu erteilen. Die Duldung ist sowohl dem Opfer, als gegebenenfalls auch seinen minderjährigen ledigen Kindern, seinem oder seiner Ehe- oder eingetragenen gleichgeschlechtlichen Lebenspartner*in zu erteilen.

Bei der erstmaligen Erteilung der Duldung gem. § 60a Abs. 2 Satz 2 oder Satz 3 beträgt die Gültigkeit mindestens sechs Monate. Bis zum Abschluss des Strafverfahrens solle die Duldung jeweils um den gleichen Zeitraum verlängert werden, es sei denn, dass sich die Einschätzung über das Vorliegen der Voraussetzungen ändert. Etwaige vorher gegenüber den Betroffenen geltende Beschäftigungsverbote oder -einschränkungen

in Form negativer Auflagen sollen aufrecht erhalten bleiben. Kommen Betroffene erstmals in den Besitz einer Duldung, ist diese dagegen mit positiven Auflagen zu versehen.

Nach Abschluss des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens bzw. Strafverfahrens (nicht zwingend durch rechtskräftige Verurteilung) sind, soweit weiterhin vom Vorliegen der Voraussetzungen ausgegangen wird, Betroffene unter Aushändigung eines Flyers über die Möglichkeit der Stellung eines Antrags bei der Härtefallkommission zu beraten. Die Berliner Härtefallkommission ist auf Grundlage des § 23a Abs. 2 AufenthG durch Rechtsverordnung eingerichtet worden.¹³²¹ Die Härtefallkommission prüft, ob dringende humanitäre oder persönliche Gründe die weitere Anwesenheit der ausländischen Person rechtfertigen und deshalb ein Ersuchen auf Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis gestellt wird oder nicht.¹³²² Über dieses Ersuchen entscheidet die Senatsverwaltung für Inneres.¹³²³

cc) Verfahren

Ähnlich wie im Thüringer Erlass bedarf es der Offenbarung als Opfer und konkreter Angaben zum Tathergang gegenüber der Ausländer- oder einer Strafverfolgungsbehörde (Polizei oder Staatsanwaltschaft).

Erfährt ein* Mitarbeiter*in der Ausländerbehörde von konkreten Anhaltspunkten bei einer vollziehbar ausreisepflichtigen Person, dass sie ein Opfer von Hasskriminalität mit erheblichen Folgen geworden sein könnte, ist diese – soweit noch nicht erfolgt – zu einer Strafanzeige gegenüber den Strafverfolgungsbehörden aufzufordern. Anschließend ist das Grundsatz-Referat IV G 22 (im Vertretungsfall: IV G 23) zu kontaktieren, das für das Verfahren zuständig und weisungsbefugt ist. Ihm obliegt die Prüfung der Voraussetzungen und die Koordinierung des behörden-internen Verfahrens. Zwecks Prüfung der Voraussetzungen werden unverzüglich die erforderlichen Stellungnahmen von Polizei/Staatsanwaltschaft eingeholt. Die Einschätzung, ob eine hassmotivierte Gewaltstraftat mit erheblichen Folgen vorliegt, obliegt einzig der Polizei/Staatsanwaltschaft.

1321 Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin 2005, 11 f. (Berliner Härtefallkommissionsverordnung); 2009, 246 (Berliner Änderungsverordnung zur Härtefallkommissionsverordnung).

1322 § 5 Abs. 2 Berliner Härtefallkommissionsverordnung.

1323 § 6 Abs. 2 Berliner Härtefallkommissionsverordnung

Bis die Stellungnahme vorliegt, ist bei dem Opfer, seinen minderjährigen ledigen Kindern sowie seinem/seiner Ehe- oder eingetragenen gleichgeschlechtlichen Lebenspartner*in, die keine gültige Duldung besitzen, vorübergehend von Abschiebungsmaßnahmen abzusehen und ihnen eine Grenzübertritts- oder Pässeinzugsbescheinigung mit einer maximalen Gültigkeitsdauer von acht Wochen auszustellen.

Weil im ersten Jahr seit Inkrafttreten der Regelung in den übermittelten Sachverhalten keines der ausländischen Opfer vollziehbar ausreisepflichtig gewesen ist, wurde im Sommer 2018 eine Weisungsergänzung in Vollzug gesetzt.¹³²⁴ Demnach unterrichtet die Polizei/Staatsanwaltschaft mit Einverständnis des Opfers auch dann das zuständige Grundsatzreferat in der Ausländerbehörde, wenn das Opfer von Hasskriminalität zum Zeitpunkt der gegen sie gerichteten Straftat noch im Besitz eines Aufenthaltstitels oder einer Aufenthaltsgestattung und mithin nicht ausreisepflichtig ist. In diesem Fall wird ein entsprechender Vermerk zur Akte Betroffener genommen, um sicherzustellen, dass für den möglichen Fall des späteren Eintritts einer Ausreisepflicht die Voraussetzungen für ein Bleiberecht geprüft werden.

Wird ein potentielles Opfer von Hasskriminalität nach Abschluss des Strafverfahrens vollziehbar ausreisepflichtig, ist das zuständige Grundsatzreferat hierüber zu unterrichten. Dieses holt sodann eine Stellungnahme der Polizei ein, ob es sich um einen Fall von Hasskriminalität gehandelt hat. Ist dies der Fall, unterrichtet das Referat das aktenhaltende Sachgebiet, das dem/der Betroffenen einen Antrag bei der Härtefall-Kommission nahelegt und gleichzeitig eine Ausreisefrist von einem Monat gewährt, um Gelegenheit zu geben, einen entsprechenden Antrag zu stellen. Im Rahmen des Verfahrens der Berliner Härtefallkommission kann dann eine ggf. auch viele Jahre zurückliegende Straftat gewürdigt werden und ein Ersuchen nach § 23a AufenthG aufgegriffen werden. Gegenüber der Senatsverwaltung für Inneres und Sport besteht eine quartalsweise Berichtspflicht.

d) Vergleichende Zusammenfassung

In den drei Bundesländern Brandenburg, Thüringen und Berlin sind die Ausländerbehörden angewiesen, vollziehbar ausreisepflichtigen Opfern von vorurteilsgeleiteten Gewaltstraftaten mit erheblichen Folgen für den

1324 Abgeordnetenhaus Berlin-Drs. 18/15310, 2f.; Abgeordnetenhaus Berlin-Drs. 18/18593, 2.

Zeitraum des Ermittlungs-/Strafverfahrens eine Duldung gemäß § 60a Abs. 2 Satz 2 oder 3 AufenthG zu erteilen. Nach rechtskräftigem Abschluss des Ermittlungs-/Strafverfahrens sollen die Ausländerbehörden in Brandenburg die Möglichkeit einer Erteilung eines Aufenthaltstitels prüfen, insbesondere nach § 25 Abs. 5 AufenthG. Diese Prüfung ist in Thüringen zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens geboten. Wenn die Erteilung eines Aufenthaltstitels nicht in Betracht kommt, soll in Thüringen auch nach Abschluss des Strafverfahrens zumindest eine Duldung erteilt werden, solange etwa andere (zivil- oder öffentlich-rechtliche) Verfahren im Zusammenhang mit der Straftat anhängig sind oder der öffentliche Rechtsfrieden gestört ist. In Berlin soll dagegen nach Abschluss des Ermittlungs-/Strafverfahrens der/die Betroffene über die Möglichkeit der Stellung eines Antrags bei der nach § 23a Abs. 2 AufenthG eingerichteten Härtefallkommission informiert werden. Während in Brandenburg und Thüringen also den Ausländerbehörden die Prüfung und Gewichtung von erheblichem öffentlichen Interesse, dringenden humanitären oder persönlichen Gründen im Sinne der §§ 25 Abs. 5, 60a Abs. 2 Satz 3 AufenthG obliegt, hat in Berlin die Härtefallkommission über das Vorliegen und die Auswirkung etwaiger dringender humanitärer oder persönlicher Gründe zu entscheiden, die die weitere Anwesenheit der ausländischen Person rechtfertigen.

In Thüringen und Berlin werden explizit auch die minderjährigen ledigen Kinder, Ehe- oder gleichgeschlechtliche Lebenspartner*innen von der Regelung erfasst. Etwas weitergehend als in Berlin und Brandenburg werden von der Definition der Gewaltstraftat¹³²⁵ in Thüringen auch Nachstellungen sowie vollendete Tötungsdelikte erfasst. Im letzteren Fall wird den hinterbliebenen Angehörigen der weitere Aufenthalt ermöglicht. Nur in Berlin werden ebenso versuchte Sexualdelikte berücksichtigt.

Schützenswerte Merkmale sind nach allen drei Regelungen die zugeschriebene oder tatsächliche Religion, der soziale Status, die physische und/oder psychische Behinderung oder Beeinträchtigung, die sexuelle Orientierung und/oder sexuelle Identität und das äußere Erscheinungsbild. Die Merkmale Nationalität, ethnische Zugehörigkeit und Hautfarbe sind in Brandenburg und Thüringen als Merkmale genannt, während in Berlin die Formulierung „fremdenfeindlich und antisemitisch motivierte Strafta-

1325 Körperverletzungen (§§ 223 ff. StGB), versuchte Tötungsdelikte (§§ 22, 23, 211, 212 StGB), Brand- und Sprengstoffdelikte (§§ 306 ff. StGB), Freiheitsberaubung (§§ 239 ff. StGB), Raub (§§ 249 ff. StGB), Erpressung (§§ 253, 254 StGB), Delikte des Landfriedensbruchs (§§ 125, 125a StGB), Sexualdelikte (§§ 174 ff. StGB).

ten“ gewählt wurde. Einzig in Thüringen findet der Erlass auch Anwendung bei Straftaten wegen der Weltanschauung oder der politischen Haltung/Einstellung.

Umfasste Merkmale der versch. Länder-Regelungen	Brandenburg	Thüringen	Berlin
Nationalität	+	+	Fremdenfeindlich
Ethnische Zugehörigkeit	+	+	Fremdenfeindlich und antisemitisch
Hautfarbe	+	+	Fremdenfeindlich
Religion	+	+	+
Sozialer Status	+	Soziale Stellung	+
Physische/psychische Behinderung/Beeinträchtigung	+	+	+
Sexuelle Orientierung/Identität	+	+	+
Äußeres Erscheinungsbild	+	+	+
Politische Haltung, Einstellung	-	+	-
Weltanschauung	-	+	-

Die Straftaten müssen erhebliche Folgen physischer und/oder psychischer Art verursacht haben. Sowohl in Thüringen als auch in Berlin heißt es präziser, dass die erlittenen Verletzungen einer über eine ambulante medizinische Erstversorgung hinausgehenden Versorgung bedürfen oder therapienbedürftige psychische Folgewirkungen ausgelöst haben müssen.

Als Ausschlussgrund gilt in allen Bundesländern, wenn das Verhalten des/der Betroffenen für die Gewalttat mitursächlich gewesen ist. Strafrechtliche Verurteilungen können einer Erteilung ebenso entgegenstehen wie die Annahme, dass die ausländische Person eine Gefahr darstellt, wobei es hier Unterschiede zwischen den einzelnen Regelungen gibt. Die Anwendung der Regelungen wird in Berlin und Thüringen explizit an die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Ausländerbehörde geknüpft. Da die Zuständigkeit aber ohnehin stets geprüft wird, dürfte dieser Ausschlussgrund auch in Brandenburg und ohne die ausdrückliche Erwähnung im Erlass greifen. In Thüringen und Berlin ist eine Anwendung ausgeschlossen, wenn eine vollziehbare Abschiebungsanordnung nach § 34a AsylG ergangen ist, auf Grund derer eine Rücküberstellung nach der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 (Dublin III-VO) erfolgen könnte. Nur in Berlin gibt es zudem eine Stichtagsregelung, nach der die Anwendung der Weisung in Bezug auf vor dem Stichtag 1. Juli 2017 begangene Straftaten ausgeschlossen ist.

III. Regelungen im Aufenthaltsgesetz für Opfer von Straftaten

Ausschlussgründe der versch. Länder-Regelungen		Brandenburg	Thüringen	Berlin
Für die Gewalttat mitursächliches Verhalten		+	Vortäuschung/Provozierung d. Tat in vorwerfbarer Weise	+
Strafrechtliche Verurteilungen	Ohne zeitliche Einschränkung	+	Verurteilungen der vergangenen 3 Jr.	Verurteilungen d. vergangenen 3 Jr.
	Geldstrafe	> 50 Tagessätze	> 90 Tagessätze	> 90 Tagessätze
	Freiheitsstrafe	+	≥ 3 Monate (6 Mt. im Jugendstrafrecht)	≥ 3 Mt. (6 Mt. im Jugendstrafrecht)
	Ausländerspez. Straftaten	+ (Geldstrafe > 90 Tagessätze)	-	-
Schwerwiegende Gründe für Annahme von Handlungen/Gefahr nach § 25 Abs. 3 Satz 3 AufenthG		+	+	- Polizeiliche Gefährlichkeits-Einschätzung wg. Sorge um Begehung von Straftaten von erhebbl. Bedeutung (insb. gem. § 100a StPO), sofern eine auf § 54 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG gestützte Ausweisung in Betracht kommt
Ausländerbehörde sachlich/örtlich unzuständig		- (bzw. nicht explizit erwähnt)	+	+
vollziehbare Abschiebungsanordnung nach § 34 a AsylG		-	+	+
Stichtag für zu berücksichtigende Hasskriminalität		-	-	1. Juli 2017

Auch die Verwaltungsverfahren sind in den drei Ländern unterschiedlich ausgestaltet. Ausländerbehörden und Strafverfolgungsbehörden haben jeweils miteinander zu kommunizieren und Betroffene aufeinander zu verweisen, damit diese einen entsprechenden Antrag nach dem Aufenthaltsgesetz beziehungsweise eine Strafanzeige stellen. Die Regelungen in Brandenburg und Thüringen weisen auf die Möglichkeit der Beratung der Behörden durch Opferberatungsstellen hin. In zweifelhaften Einzelfällen ist in Brandenburg ein Referat des Ministeriums des Innern und für Kommunales zu beteiligen. In Berlin wird die Senatsverwaltung für Inneres beteiligt, sobald sich die Berliner Härtefallkommission für ein entsprechendes Ersuchen zur Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 23a Abs. 1 AufenthG ausspricht.

Eine Besonderheit des Verfahrens in Berlin ist, dass das Votum der Strafverfolgungsbehörden darüber entscheidet, ob eine Gewaltstraftat im Zusammenhang mit Hasskriminalität und erheblichen Folgen im Sinne der Regelung vorliegt. Die Ausländerbehörde ist an dieses Votum gebunden. In Brandenburg und Thüringen obliegt die Einschätzung aller Tatsachen und ihrer aufenthaltsrechtlichen Auswirkungen allein der Ausländerbehörde. Dennoch kommt insbesondere der Rückäußerung der Strafverfolgungsbehörde vor der Ausstellung der sechsmonatigen Duldung (Thüringen) beziehungsweise den bindenden tatbestandlichen Feststellungen von Staatsanwaltschaft und Gericht vor Erteilung eines Aufenthaltstitels (Brandenburg) eine wesentliche Bedeutung zu. In den drei Bundesländern wird also auf unterschiedliche Weise versucht, die verschiedenen Kompetenzen von straf- und verwaltungsrechtlichem Verfahren zu würdigen und kooperativ zu nutzen.

3. Exkurs: Opferentschädigungsgesetz

Das Opferentschädigungsgesetz (OEG) sieht Entschädigungen für schwer geschädigte Betroffene vorsätzlicher, rechtswidriger Gewalttaten vor. In den OEG-Verfahren geht es um Ansprüche auf Versorgungsleistungen von Geschädigten gegenüber dem Staat.¹³²⁶ Mit dem Gesetz wurde die Pflicht zur Hilfe beim Versagen der Schutzvorkehrungen für die Bürger*innen anerkannt, für die der Staat als Inhaber des Monopols für die Kriminalitätsbekämpfung verantwortlich ist.¹³²⁷ Der eigene, unabhängige Anspruch gegen den Staat, der nicht in der Lage war, die Gewalttat zu verhindern, gilt unabhängig von der Frage, ob die Tat in der konkreten Situation tatsächlich verhindert werden konnte.¹³²⁸

Personen ohne deutsche Staatsbürgerschaft hatten gemäß § 1 Abs. 4 OEG a.F. nur in eingeschränkten Fallkonstellationen Anspruch auf Leistungen nach dem Opferentschädigungsgesetz.¹³²⁹ Mittlerweile normiert § 1 Abs. 4 OEG ausdrücklich, dass Ausländer*innen dieselben An-

1326 *Kilchling*, Opferschutz innerhalb und außerhalb des Strafrechts, S. 18.

1327 BSG, Urt. v. 7.11.1979, 9 RVg 2/78, juris.

1328 *Kirstein*, Entschädigung nach dem Opferentschädigungsgesetz und der gesetzlichen Unfallversicherung, S. 11.

1329 Kritisch zum Erfordernis der Staatsangehörigkeit: CERD, Concluding observations on the sixteenth to eighteenth periodic reports of Germany (2008), CERD/C/DEU/CO/18, para. 25.

sprüche wie Deutsche haben.¹³³⁰ Unklar ist, ob sich dadurch bereits etwas an dem Befund geändert hat, dass es kaum Erfahrungen mit der Situation gäbe, dass Betroffene ausreisen und nach ihrer Rückkehr in ihr Heimatland Ansprüche stellen.¹³³¹ Die rechtlichen Ansprüche auf staatliche Entschädigung blieben nach der Ausreise, zumindest aus dem Raum der Europäischen Union, lange ungenutzt und viele praktische Fragen zur Durchsetzung offen.¹³³²

Gemäß § 111 Abs. 1 S. 1 SGG haben die Sozialgerichte die Möglichkeit, zu mündlichen Verhandlungen das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen. Ebenfalls möglich ist die Videosimultananhörung, § 110a SGG. Der Grundsatz der persönlichen Anhörung gilt auch im vorgeschalteten Verwaltungsverfahren, vgl. §§ 21, 24 SGB X. Die Anhörung kann allerdings auch schriftlich oder elektronisch erfolgen.¹³³³

Das Opferentschädigungsgesetz regelt den Aufenthalt für Geschädigte nicht. Es fordert allerdings von der/dem Geschädigten, „das ihm Mögliche zur Aufklärung des Sachverhalts und zur Verfolgung des Täters beizutragen“, § 2 Abs. 2 OEG. Hierunter fällt insbesondere die Erstattung einer Strafanzeige.¹³³⁴ Dass hierfür eine zumindest zeitweilige Aufenthaltsgewährung erforderlich sein kann, auch, um weiteren Hürden der Antragsstellung und Anspruchsdurchsetzung entgegenzuwirken, wird aktuell aufenthaltsrechtlich nicht explizit berücksichtigt.

IV. Fazit

Wird ein Mensch Opfer von Vorurteils kriminalität, unterscheidet sich seine Situation wesentlich von derjenigen von Opfern nicht vorurteilsgeleiteter Straftaten. Die menschen- und grundrechtlichen Diskriminierungsver-

1330 Die Gesetzesänderung ist eine Folge des Terroranschlags auf dem Berliner Breitscheidplatz vom 19.12.2016, vgl. Abschlussbericht des Bundesbeauftragten für die Opfer und Hinterbliebenen des Terroranschlags auf dem Breitscheidplatz, November 2017, <https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/121317_Abschlussbericht_Opferbeauftragter.pdf?__blob=publicationFile&v=1>

1331 So noch *Follmar-Otto/Rabe*, Menschenhandel in Deutschland, S. 83.

1332 Ebd.; *Kirstein*, Entschädigung nach dem Opferentschädigungsgesetz und der gesetzlichen Unfallversicherung, S. 30.

1333 *Kilchling*, Opferschutz innerhalb und außerhalb des Strafrechts, S. 62.

1334 *Kirstein*, Entschädigung nach dem Opferentschädigungsgesetz und der gesetzlichen Unfallversicherung, S. 39 f.

bote gebieten, gegebenenfalls in Verbindung mit einschlägigen Freiheitsrechten, besondere Ermittlungen und Maßnahmen gegenüber von Hasskriminalität. Die Untersuchungen müssen geeignet sein, zu einer Bestrafung der Verantwortlichen und zu einer Entschädigung der Betroffenen zu führen. Der Sachverhalt und die Tatmotive sind bestmöglich aufzuklären.

Diese Verpflichtungen sind auch aufenthaltsrechtlich zu berücksichtigen. Eine Aufenthaltsbeendigung, die ein Strafverfahren im Fall eines mutmaßlich diskriminierenden Delikts beeinträchtigt, stellt einen Eingriff in den Schutzbereich der Diskriminierungsverbote dar. Der Vollzug der Ausreisepflicht, der grundsätzlich einem legitimen öffentlichen Ordnungsinteresse des Staates entspricht, ist daher einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterwerfen. Die Rechtfertigungsanforderungen sind umso höher, je sensibler die durch die potentielle Straftat berührten Differenzierungsmerkmale sind. Je nach den Motiven und der Schwere der Straftat kann sich die Untersuchungs- und Bestrafungspflicht mithin zu einem Aufenthaltsrecht des Opfers bis zum rechtskräftigen Abschluss der letzten Tatsacheninstanz verdichten.

Dieses muss grundsätzlich für die Dauer des Strafverfahrens, zumindest bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz, gelten, solange die Aussage des Opfers für die Erfüllung der staatlichen Untersuchungspflichten relevant sein kann.¹³³⁵ Dies gilt auch deshalb, weil der Staat Einfluss auf den erforderlichen Zeitraum der „Verfahrensduldung“ nehmen kann, indem er die erforderlichen Untersuchungen zeitnah durchführt. Andernfalls könnten Ermittlungsbehörden über eine Verzögerung der Ermittlungen bis zur Aufenthaltsbeendigung der Belastungszeug*innen die staatlichen Verpflichtungen aus den menschen- und grundrechtlichen Diskriminierungsverboten umgehen. Es ist Sache des Gesetzgebers, soweit erforderlich durch eine Reform des Verfahrens, beispielsweise durch eine Konzentration und Beschleunigung des Rechtszuges, die Durchsetzung öffentlicher Interessen mit der gebotenen Rücksicht auf die Menschen- und Grundrechte in Einklang zu bringen.¹³³⁶

Die Untersuchungs- und Bestrafungspflichten diskriminierend motivierter Straftaten korrespondieren mit einem subjektiven Recht des Opfers auf adäquaten Rechtsschutz, angemessene Entschädigung oder Genugtuung, sowie auf Teilhabe an den Ermittlungen, soweit dies zum Schutz seiner berechtigten Interessen erforderlich ist. Hieraus wiederum ergibt sich das

1335 Deutlich auch ECRI, Bericht über Deutschland (Sechste Prüfungsrunde), 10.12.2019, Rn. 71.

1336 Vgl. BVerfGE 35, 382 (407).

Recht des Opfers auf physische Anwesenheit und Teilnahme am Strafverfahren gegen die mutmaßlichen Täter*innen.

Das Recht auf physische Anwesenheit und Teilnahme am Strafverfahren lässt sich ferner aus Art. 6 EMRK ableiten, um Opfern von Hasskriminalität die Verteidigung ökonomischer sowie immaterieller Rechte, insbesondere ihres durch die diskriminierende Tat betroffenen Rufs, zu ermöglichen. Der unionsrechtliche Opferschutz schließt aufenthaltsrechtliche Auswirkungen nur vordergründig aus. Die Gebote des *effet utile* und zur richtlinienkonformen Auslegung verpflichteten Behörden und Gerichte, bestehende Auslegungsspielräume des Aufenthaltsgesetzes im Sinne der RL 2012/29/EU zu nutzen. Insbesondere Betroffenen von Hasskriminalität sind spezialisierte Unterstützungsdienste zur Verfügung zu stellen, sowie Schutz- und Beteiligungsrechte am Strafverfahren gegen die mutmaßlichen Täter*innen zu gewähren. Organe der Union weisen auf rechtspolitischer Ebene auf den Reformbedarf hin, zugunsten der Bekämpfung und Aufklärung von Straftaten sowie der Umsetzung der Opferschutzrechte die aufenthaltsrechtliche Stellung insbesondere von prekär und irregulär aufhältigen Betroffenen stärker zu regeln.

Das Grundgesetz spricht Opfern erheblicher Straftaten ein Recht auf effektive Strafverfolgung zu. Betroffenen ist jedenfalls ein wirksames Kontrollmittel über das Strafverfahren einzuräumen. Hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs und der konkreten Beteiligungsrechte des Straftatopfers am Strafverfahren bleiben allerdings noch viele Fragen offen.

Nach dem Verständnis einer modernen, menschenrechtsbasierten Straftheorie haben Straftatopfer einen Anspruch auf Anwesenheit im Strafverfahren. Dieser soll es ihnen ermöglichen, am im Schuldspruch zum Ausdruck kommenden Unwerturteil zu partizipieren, um Genugtuung zu erfahren.

Opfern von Hasskriminalität ist eine angemessene Wiedergutmachung zu leisten. Diese ist nicht auf finanzielle Zahlungen beschränkt. Zum einen kommt als Wiedergutmachung die Einbindung Betroffener am Strafverfahren und gegebenenfalls als Voraussetzung hierfür die Erteilung eines Aufenthaltsrechts in Betracht. Zum anderen kann auch die Erteilung eines allgemeinen Bleiberechts an (ausländische) Betroffene von Vorurteils-kriminalität zweckmäßig sein, um die auf Ausgrenzung und Vertreibung gerichtete Straftat mit einer antidiskriminierenden Aufnahme zu kontrastieren.

Das deutsche Aufenthaltsgesetz ermöglicht die Berücksichtigung eines Opferstatus und laufender Strafverfahren. Diese können als dringende hu-

manitäre oder persönliche Gründe, als erhebliches öffentliches Interesse oder als rechtliches Abschiebungshindernis sowohl zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis (§§ 25 Abs. 4 Satz 1, 25 Abs. 4a, 4b, 25 Abs. 5 Satz 1, 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG) als auch zur Erteilung einer Duldung nach § 60a Abs. 2 Satz 2, 3 AufenthG führen. Darüber hinaus ist auch die Erteilung einer langfristigen Aufenthaltserlaubnis möglich, insbesondere nach § 23a Abs. 1 oder 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG.

Speziell in den Ländern Brandenburg, Thüringen und Berlin wird über konkretisierende Verwaltungsvorschriften die Ausübung vorhandenen Ermessens der Ausländerbehörden zu Gunsten der Betroffenen von hass- bzw. vorurteilsgeleiteten Gewaltstraftaten explizit angeordnet. Für den Zeitraum von Ermittlungs-/Strafverfahren gegen die Beschuldigten soll dem Opfer eine Duldung gemäß § 60a Abs. 2 Satz 2 oder 3 ausgestellt und über das Ermittlungs-/Strafverfahren hinaus die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG geprüft oder über die Stellung eines Antrags bei der nach § 23a Abs. 2 AufenthG eingerichteten Härtefallkommission informiert werden.

Das aktuelle Aufenthaltsgesetz ist mithin in der Lage, den Interessen Betroffener diskriminierender Straftaten sowohl an Strafverfahren gegen die mutmaßlichen Täter*innen als auch an etwaigen Entschädigungsverfahren, an Wiedergutmachung sowie an medizinischer/psychotherapeutischer Behandlung ausreichend Rechnung zu tragen.