

Reinhard Marx

»Globaler Krieg gegen Terrorismus« und territorial gebrochene Menschenrechte

Der Generalsekretär der Internationalen Juristenkommission, Nicholas Howen, äußerte in einem Interview, die seit dem 11. September 2001 in vielen Staaten zur Bekämpfung des Terrorismus verabschiedeten Gesetze und deren Anwendung stellten »den schlimmsten weltweiten Angriff auf die Menschenrechte in den letzten Jahrzehnten«¹ dar. Derartige Gesetze hätten zu einer »Neudeinition des Menschenrechtsstandards« geführt. Die aktuelle Atmosphäre sei von einem Sicherheitsdenken geprägt, das Gesetze legitimiere, welche die Menschenrechte verletzten. Heute wollten die Staaten einen »Krieg gegen den Terrorismus außerhalb der legalen Strukturen führen«.

I. »Globaler Krieg gegen universelle Menschenrechte«

Die stärksten Spuren hat der »Krieg gegen den Terrorismus« bislang im Schutzbereich des *universellen Folterverbotes* hinterlassen. Die Vereinigten Staaten haben einen diffusen Feind den Krieg erklärt und betrachten sich deshalb als eine »Nation im Krieg«.² Im Krieg ist alles erlaubt, »feindlichen Kämpfern« stehen danach Menschenrechte nicht zu. Am Anfang stand die Auflösung eines Begriffs durch die Bush-Administration: Was nach gefestigter Rechtsprechung internationaler Gerichte unmenschliche oder erniedrigende Behandlung ist, definieren Memoranden von Regierungsberatern als gesetzlich zulässige Verhörmethoden. Begleitet wurden dieser begriffliche Angriff auf die Menschenrechte durch Einrichtung gesetzloser Räume für Gefangene, das »System Guantanomo«, und durch »outsourcing von Folter«, das sind Verschleppungen, verübt durch den Geheimdienst der Vereinigten Staaten, um die Geiseln in Folterstaaten mit Methoden zu vernehmen, die selbst in den Vereinigten Staaten nicht erlaubt sind. Gesetzlosigkeit herrscht auch im Vereinigten Königreich. Dort werden verdächtige Ausländer, die aus völkerrechtlichen Gründen nicht abgeschoben werden dürfen, jahrelang ohne rechtliche Garantien weggesperrt. Zahlreiche Resolutionen des Sicherheitsrates fordern eine internationale Zusammenarbeit der nationalen Polizeibehörden, um terroristischen Angriffen vorbeugend begegnen zu können. Diese Zusammenarbeit dient dem Schutz der Bevölkerung und ist legitim. In einer Situation, in der befreundete Geheimdienste im Kampf gegen den Terrorismus gezielte Tötungen verüben, Menschen verschleppen sowie unmenschliche oder erniedrigende Vernehmungsmethoden anwenden, wandelt diese Zusammenarbeit sich jedoch zu einem Angriff auf die Menschenrechte. Internationale Zusammenarbeit beschädigt in einem derartigen, von Gesetzlosigkeit geprägten internationalen Kontext nachhaltig freiheitlich demokratische Staatshervorbringungen.

¹ ai journal 1/2006, S. 19.

² Verteidigungsminister Donald H. Rumsfeld, The National Defense Strategy of the United States of Amerika, März 2005, S. 1.

Die Abwehr des Angriffs auf universelle Menschenrechte setzt zunächst eine Schärfung der begrifflichen Zusammenhänge voraus. Wenn die Zivilgesellschaft den in über fünf Jahrzehnten errungenen zivilisatorischen Standard erhalten und gegen Erosionen immunisieren will, muss sie zunächst die universellen Begriffe schärfen. Im Zentrum der Kampagne gegen die weltweite Folter muss die Konzeption der *extraterritorialen Wirkung* universeller Menschenrechte stehen. Diese ist zwar als materieller Anspruch bereits im Begriff universeller Menschenrechte eingelassen. Es geht jedoch um dessen Einlösung durch den Normadressaten. Und das sind noch immer die einzelnen *nationalen Staaten*. Der Kampf gegen Terrorismus rückt die extraterritoriale Wirkung einzelstaatlicher Maßnahmen außerhalb deren nationalen Territoriums ins Blickfeld. Zunächst gelten universelle Menschenrechte im nationalen Kontext als Grundrechte. Welchen normativen Wandlungsprozess durchlaufen die Grundrechte jedoch, wenn deren Verletzungen Wirkungen außerhalb des nationalen Territoriums zeitigen? Erst hier entwickelt die Idee der Universalität ihre eigentliche Schutzfunktion. Das nach 1945 entwickelte System der internationalen Beziehungen und die darauf beruhenden universellen Menschenrechte dulden keine rechtsfreien Zonen.

Bis zum 11. September 2001 erschien die überkommene Konzeption universeller Menschenrechte problemgerecht. Die Staaten hatten für die Bewertung der Maßnahmen, die *innerhalb* ihres *nationalen Territoriums* verübt werden, universelle Normen geschaffen, sich insoweit im gewissen Umfang internationalen Verträgen und deren Überwachungsorganen unterworfen und in diesem Umfang freiwillig eine Einschränkung ihrer Souveränität hingenommen. Aber erst nach dem 11. September 2001 entwickelten sich die internationalen Beziehungen dergestalt, dass seitdem das einzelstaatliche Handeln *außerhalb* des Staatsgebiets unter universellen Begründungzwang gerät und ganz oben auf der internationalen Agenda steht. Insofern enthält die derzeitige Entwicklung auch eine Herausforderung. Im Auslieferungs-, Ausländer- und Flüchtlingsrecht haben internationale Gerichte bereits die juristischen Konturen für die extraterritoriale Wirkung territorial verorteter Entscheidungen vorgeprägt. In förmlichen Verfahren bindet das in Art. 15 des Übereinkommens gegen Folter verankerte *Beweisverwertungsverbot* die Staaten. Nunmehr gilt es, diese Vorarbeiten für eine wirkungsvolle Kampagne zur weltweiten Stärkung des absoluten Folterverbotes fruchtbare zu machen.

Viele Formen internationaler Zusammenarbeit scheinen derzeit in den konkreten Auswirkungen unklar. Für die empirische Analyse sind die rechtlichen Konzeptionen zu klären. Wie ist aus Sicht universeller Menschenrechte die Praxis der Entführungen durch die CIA zu bewerten; wie die Ausnutzung von Verhörsituationen im Ausland, die durch Folter beherrscht sind, durch deutsche Beamte; wie die Abschiebung terroristischer Handlungen verdächtiger Personen an Folterstaaten? Deutlich werden wird dabei, dass mit traditionellem konzeptionellem Denken Bedrohungen als Folge des »Krieges gegen Terrorismus« nur unzulänglich beizukommen ist, sondern die hergebrachten Grundsätze einer Neupositionierung bedürfen.

II. Auslegung und Anwendung des Folterverbotes durch die Bush-Administration

Die dramatischste Veränderung der US-Praxis nach dem 11. September 2001 wurde bei der Behandlung festgenommener Personen vollzogen. Der Kampf ge-

gen Terrorismus wurde Anfang 2002 als neue Form des Krieges bezeichnet. Der damalige Rechtsberater des Weißen Hauses und heutige Justizminister, *Alberto R. Gonzales*, stellte fest, die Genfer Konventionen seien auf in Afghanistan festgenommene Angehörige der Taliban und Al Quaida nicht anzuwenden. Der »neue Krieg« erfordere schärfere Vernehmungsmethoden und hebe die strikten Begrenzungen der Genfer Konventionen zur Behandlung feindlicher Gefangener auf. Die Juristen der US-Regierung definierten daraufhin die bisherigen gesetzlichen Einschränkungen für Vernehmungen neu, und das militärische Führungspersonal wendete bisherige Anleitungen zur Vernehmung, die jegliche Form körperlicher und psychischer zwangswise Beeinflussung während Vernehmungen verboten, nicht mehr an.³ In zwei nachfolgenden Memoranden wurde die Position von *Gonzales* weiter entwickelt. Nach dem Memorandum von August 2002 sind die Vereinigten Staaten nur an das Übereinkommen gegen Folter gebunden und gilt deshalb für Vernehmungen das Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung nicht. Zwar verpflichtet Art. 16 des Übereinkommens die US-Regierung, Anstrengungen zur Verhinderung grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung zu unternehmen. Derartige Misshandlungen müssten jedoch nicht strafrechtlich verfolgt werden und entbehren des Stigmas strafrechtlicher Sanktionen. Nach der nach Ratifizierung des Übereinkommens eingeführten gesetzlichen Folterdefinition genüge nicht die »bloße Zufügung von Schmerz oder Leiden.« Vielmehr müsse das Opfer »heftige Schmerzen oder Leid erfahren, welche mit ernsthaften körperlichen Verletzungen verbunden sind, die so ernsthaft sind, dass der Tod, ein Organschaden oder ein dauerhafter Schaden mit der Folge einer körperlichen Funktionsstörung die Folge ist«. Schmerz oder Leiden psychischer Natur müsse ein Leiden mit langjährigen psychischen Schäden hervorrufen. Strafsanktionen seien nach dem Übereinkommen nur für Folter gefordert. Diese stehe am äußersten Ende unzulässiger Handlungen.⁴ Darüber hinaus wurde festgestellt, dass der Präsident als militärischer Oberbefehlshaber die verfassungsmäßige Autorität habe, die Vernehmung feindlicher Kämpfer anzuordnen, um Informationen über die militärischen Planungen des Feindes zu erlangen. Der Präsident sei in dieser Funktion nicht an die Gesetze gebunden. Es verletze deshalb die Verfassung, wenn unter Berufung auf die gesetzliche Folterdefinition bestimmte Vernehmungsmethoden für unzulässig erklärt würden. Habe der Präsident bestimmte gesetzlich unzulässige Vernehmungsmethoden angeordnet, würden die durch die Vernehmung erlangten Informationen zukünftige Angriffe ausländischer Feinde abwehren. Jeglicher Versuch, die gesetzliche Folterdefinition in einer Weise anzuwenden, die mit der Anordnung des Präsidenten zur Vernehmung feindlicher Kämpfer in Widerspruch gerate, wäre verfassungswidrig.⁵

Ein weiteres Memorandum von Dezember 2004 ersetzt vollständig das Memorandum von August 2002 und damit auch dessen Folterdefinition. Darüber hinaus wurde die Interpretation, dass der Präsident über dem Gesetz stehe, für überholt erklärt und betont, der Präsident habe die unzweideutige Anweisung erteilt, dass US-Behörden nicht an Folterhandlungen beteiligt sein dürften. Das Übereinkommen unterscheidet aber Folter von schwächeren Formen grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung. Anders als im ersten Memorandum werden die hieraus zu ziehenden Konsequenzen zwar nicht näher erläu-

³ *Leonard Rubenstein u.a.*, American Medical Association 2005, 1544 (1547).

⁴ *U.S. Department of Justice, Office of Legal Counsel*, Memorandum for Alberto R. Gonzales, 1. August 2002, S. 13, 15.

⁵ *U.S. Department of Justice, Office of Legal Counsel*, Memorandum, 1. August 2002, S. 13, 31.

tert. Die Anweisung des Präsidenten erfasst jedoch ausschließlich den engen Folterbegriff, und das Memorandum versucht, diesen für die Anwendung durch US-Behörden zu konkretisieren. Zunächst wird auf den Beschluss des Senates aus Anlass der Zustimmung zur Ratifizierung des Übereinkommens gegen Folter verwiesen. In diesem habe er erklärt, dass eine als Folter zu wertende Handlung gezielt darauf gerichtet sein müsse, ernsthaften körperlichen oder seelischen Schmerz oder Leiden hervorzurufen. Darüber hinaus beziehe sich seelischer Schmerz oder Leiden auf andauernden seelischen Schaden, der unter anderem durch die gezielte Zufügung oder drohende Zufügung eines ernsthaften körperlichen Schmerzes oder Leidens oder durch die Drohung, dass eine andere Person unmittelbar zu Tode kommen werde, verursacht oder veranlasst werde. Als »ernsthaft« könne eine Schmerzzufügung nur gewertet werden, wenn sie auf »extremer Gewaltanwendung« beruhe.⁶ Im Blick auf ein »ernsthaftes körperliches Leiden« müsse eine gewisse Dauer oder Fortwirkung wie auch eine gewisse Intensität gefordert werden. Weil ein »ernsthaftes *körperliches Leiden*« von einem »ernsthaften *seelischen Leiden*« unterschieden werden müsse und um der vom Kongress beabsichtigten eingeschränkten Folterdefinition gerecht zu werden, sei der Begriff des »ernsthaften körperlichen Leidens« auf »körperliche Belastungen« begrenzt, »welche unter Berücksichtigung ihrer Intensität und Dauer oder Fortwirkung ernsthaft und nicht lediglich mäßig oder vorübergehend« sei. Fortdauernder *seelischer* Schmerz, verursacht oder veranlasst durch eine Handlung, setze zunächst einen »gewissen seelischen Schaden oder eine gewisse seelische Verletzung« voraus. Darüber hinaus müsse dieser über eine längere Zeit andauern. Der verursachte seelische Schaden müsse nicht dauerhaft, jedoch für eine längere Zeitdauer fortwirken. Schließlich müsse der Folteranwendung eine »spezifische Absicht« zugrunde liegen. Es sei klar, dass diese Absicht vorliege, wenn der Täter bei der Ausführung bewusst ernsthaften körperlichen oder seelischen Schaden herbeiführen wolle. Andererseits sei es unwahrscheinlich, dass der Handelnde die geforderte spezifische Absicht gehabt habe, wenn er in »gutem Glauben« gehandelt und erst nach sorgfältiger Untersuchung festgestellt habe, dass seine Handlung keinen ernsthaften körperlichen oder seelischen Schaden herbeiführen könne.⁷

Nach beiden Memoranden dürfen mithin US-Behörden bei Vernehmungen Beschuldigte »grausam, unmenschlich oder erniedrigend« behandeln. Die Juristen der Bush-Administration berufen sich zur Rechtfertigung auf das Übereinkommen gegen Folter. Art. 16 des Übereinkommens enthalte kein entsprechendes Verbot, weil es nicht zu strafrechtlicher Verfolgung »grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Maßnahme« verpflichte. Die Memoranden und die durch sie legitimierte Vernehmungspraxis der US-Behörden leiten aus der Konzentration des Übereinkommens auf den Folterbegriff mithin die Legitimation ab, alle Misshandlungen, die unterhalb eines extrem verengten Folterbegriffs liegen, in der Vernehmungspraxis zulassen zu dürfen. Art. 16 Abs. 1 des Übereinkommens verpflichtet die Vertragsstaaten jedoch zu verhindern, dass in jedem ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Gebiet »grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung« ausgeübt wird. Durch administrative Vorsehriften ist deshalb wirksam sicherzustellen, dass derartige Misshandlungen nicht in der Vernehmungspraxis der Behörden verübt werden. Dass aus einem fehlen-

6 U.S. Department of Justice, Office of Legal Counsel, Memorandum for James B. Comey, 30. Dezember 2004, S. 2, 5, 7.

7 U.S. Department of Justice, Office of Legal Counsel, Memorandum, 30. Dezember 2004, S. 12, 14, 17.

den Gebot, strafrechtliche Sanktionen zu verhängen, ein Freibrief für Vernehmungsmethoden hergeleitet und damit die Schutzwirkung von Art. 16 vollends aufgehoben werden kann, erschließt sich wohl nur der zynischen Logik der Rechtsberater der US-Regierung. Dagegen verbietet Art. 7 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte Folter und »grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe.« Der Pakt findet jedoch außerhalb der Vereinigten Staaten und während militärischer Operationen im Verlaufe eines internationalen Konfliktes keine Anwendung.⁸ Zwar enthält Art. 5 Abs. 2 der Amerikanischen MRK ein derartiges Verbot und haben die Vereinigten Staaten die Konvention am 1. Juni 1977 unterzeichnet. Sie haben diese jedoch bis heute nicht ratifiziert. Die inter-amerikanische Rechtsprechung wendet zwar gegenüber Nichtvertragsstaaten die Amerikanische Menschenrechtserklärung als originäre Rechtsquelle an.⁹ Diese Auslegung erkennt die US-Regierung jedoch nicht an.

US-Behörden sind mithin nach ihrem Rechtsverständnis durch internationale Verpflichtungen nicht an das Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Vernehmungsmethoden im Ausland und während eines internationalen Konfliktes gebunden. Deshalb wird Zuflucht zur Praxis des «outsourcing» von Folter gesucht, um ungehindert durch in den Vereinigten Staaten geltendes Recht im Ausland grausame, unmenschliche oder erniedrigende Vernehmungsmethoden anwenden zu können. Bemerkenswert ist insoweit auch, dass im ersten Memorandum auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu *Nordirland* darauf hingewiesen wird, dass von diesem die dort beurteilten fünf Vernehmungsmethoden nicht als Folter gewertet worden waren.¹⁰ Unterschlagen wird dabei, dass die Europäische Kommission zuvor wegen der Gesamtwirkung dieser Methoden Folter erkannt hatte und nach der EMRK Folter wie unmenschliche oder erniedrigende Behandlung unzulässig sind.

Folter ist nach allgemein anerkanntem Verständnis, das in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes besonders klar zum Ausdruck kommt, eine »willkürliche unmenschliche Behandlung, die besonders ernsthaftes und grausames Leiden« hervorruft.¹¹ Dem Folterbegriff ist damit ein *objektives* wie *subjektives Element* immanent. In objektiver Hinsicht muss die angewandte Maßnahme ein besonders ernsthaftes und grausames Leiden verursachen. Allerdings wird nicht wie im ersten US-Memorandum gefordert, dass eine Körperverletzung oder ein lang andauerndes Leiden hervorgerufen werden muss. Vielmehr kommt es in objektiver Hinsicht stets auf das Moment der besonderen Intensität der Leidenszufügung an. In subjektiver Hinsicht muss der Maßnahme ein vorätzliches und willkürliches Handeln zugrunde liegen. Während Folter wie auch unmenschliche oder erniedrigende Maßnahmen danach grundsätzlich eine bestimmte Zweckrichtung voraussetzen, ist die Abgrenzung zwischen beiden Misshandlungsformen grundsätzlich vom Grad der Leidenszufügung abhängig. Die erforderliche Abgrenzung ist *relativ*. Sie ist abhängig von den Umständen des Einzelfalles, wie z.B. der Dauer der Maßnahme, ihren körperlichen und psychischen Auswirkungen und in manchen Fällen vom Geschlecht, Alter und vom Gesundheitszustand des Opfers.¹² Hinzukommen muss allerdings noch ein vor-

⁸ *The U.S. DoD Torture Memo*, Working Group Report on Detainee Interrogations in the Global War on Terrorism; Assessment of Legal, Historical, Policy, and Operational Considerations, 6. März 2003, S. 5.

⁹ Inter-American Commission on Human Rights, No. 109/99, Case 10.951, § 38 – *Cord et al. v. US*.

¹⁰ *U.S. Department of Justice, Office of Legal Counsel*, Memorandum, 1. August 2002, S. 27 ff.

¹¹ EGMR, Series A 25, § 161 – EuGRZ 1979, 149 (153) – *Irland gegen Vereinigtes Königreich*.

¹² EGMR *Selmouni v. France*, RJD 1999-V = HRLJ 1999, 228 (238).

sätzliches und zweckgerichtetes Handeln. Der Abgrenzungsbegriff der *Intensität des zugefügten Leidens* kann nicht abstrakt bestimmt werden.

So herrschte in diesem Zusammenhang im *Nordirlandfall* zwischen der (seit 1999 nicht mehr tätigen) Kommission und dem Gerichtshof Dissens in der Bewertung der in den Internierungslagern gegen Inhaftierte angewendeten fünf Vernehmungstechniken. Die von britischen Behörden als Verhörmethoden angewendeten »fünf Techniken« bestanden darin, dass Gefangene für mehrere Stunden gezwungen wurden, sich mit gespreizten Armen und Beinen gegen eine Wand zu stellen (»wall standing«), ihnen eine Kapuze über den Kopf gestreift wurde (»hooding«), sie bei den Vernehmungen in einem Raum einem ununterbrochenen zischenden Geräusch ausgesetzt waren, ihnen vor den Vernehmungen der Schlaf entzogen sowie Essen und Trinken auf ein Minimum reduziert wurde. Wenn jemand einschlief, wurde er sofort wieder geweckt und erneut an die Wand gestellt.¹³ Nach Ansicht des EGMR verursachten diese Vernehmungsmethoden kein Leiden jener besonderen Intensität und Grausamkeit, welche der Folterbegriff erfordere.¹⁴ Er betonte zunächst, es müsse ein gewisses Minimum an Schwere erreicht sein, um eine Behandlung als Verstoß gegen Art. 3 EMRK ansehen zu können. Die Beurteilung dieses Minimums sei naturgemäß relativ und hänge von allen Umständen des Falles ab, insbesondere von der Dauer, den physischen und psychischen Folgen und in bestimmten Fällen dem Geschlecht, dem Alter sowie auch dem Gesundheitszustand des Betroffenen.¹⁵ Neuere Berichte über die Vernehmungspraxis der U.S.-Behörden erinnern an den Nordirland-Fall. So musste U.S.-Außenministerin Condoleezza Rice während ihres Deutschlandbesuchs im Dezember 2005 zugeben, dass der CIA die Anwendung von »sechs erweiterten Vernehmungsmethoden« erlaubt sei. Dazu zählten »leichte Schläge, Schlafentzug, ununterbrochenes Stehen, Aufenthalt in Kälträumen und waterboarding«, d.h. Hervorrufen des Eindrucks beim Gefangenen, dass er ertränkt werde.¹⁶ Anders als der Gerichtshof hatte die Kommission die Qualifizierung der »fünf Techniken« als Folter damit begründet, dass deren *kombinierte Anwendung*, die die Benutzung der Sinne unmöglich mache, die Persönlichkeit physisch und psychisch unmittelbar beeinträchtige. In diesen Fällen könne der Wille zu widerstehen mit keinerlei Unabhängigkeit gebildet werden. Die systematische Anwendung der kombinierten Anwendung dieser Techniken müsse daher als Folter bezeichnet werden, obwohl sie nicht notwendig die schweren Folgen habe, die der herkömmlichen Folter eigen seien.¹⁷ Konnte aufgrund der Rechtsprechung des EGMR im Nordirland-Fall früher der Relativitätstest dahin missverstanden werden, als sei es im Falle polizeilicher und Schmerz zufügender Ermittlungsmethoden von den bezeichneten Kriterien abhängig, ob der erforderliche Grad der Schmerzzufügung erreicht worden sei, ist der Gerichtshof in seiner späteren Rechtsprechung einer derartigen Interpretation entschieden entgegen getreten. So hatte die französische Regierung im Falle eines in Polizeihaft misshandelten Anhängers einer korsischen Befreiungsorganisation argumentiert, wegen des jugendlichen Alters und des guten Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers in Verbindung mit der Tatsache, dass dieser verdächtigt worden sei, an terroristischen Aktionen beteiligt gewesen

¹³ EGMR, EuGRZ 1979, 149 (150 f.).

¹⁴ EGMR, EuGRZ 1979, 149 (153) (§ 167).

¹⁵ EGMR, EuGRZ 1979, 149 (153) (§ 162); so auch: EGMR, EuGRZ 1979, 162 (164) (§ 29) – Tyrer, EGMR, InfAuslR 1991, 217 (218) (§ 83) = EZAR 933 Nr. 2 = HRLJ 1991, 142 - Cruz Varas.

¹⁶ Süddeutsche Zeitung v. 7. Dezember 2005.

¹⁷ Zitiert bei Jochen A. Frowein/Wolfgang Peukert, EMRK-Kommentar, 2. Auflage, 1996, Art. 3 Rdn. 5.

zu sein, sei der erforderliche Schweregrad der Schmerzzufügung nicht erreicht worden. Der Gerichtshof wies diesen Einwand deutlich zurück und verwies auf die ärztlich bestätigten zahlreichen körperlichen Zeichen von Gewalteinwirkung und deren Intensität. Die Notwendigkeit polizeilicher Ermittlungen zwecks Abwehr terroristischer Übergriffe könne nicht dazu führen, dass der konventionsrechtliche Schutz der körperlichen Unversehrtheit eingeschränkt werde.¹⁸ Polizeiliche Misshandlungen im Rahmen von Ermittlungen, die dem Opfer gezielt Schmerz zufügen, erreichen damit stets die erforderliche Intensität des Leidens. Der Relativitätstest verfolgt vielmehr den Zweck, etwa bei Beschwerden über Haftbedingungen, körperliche Untersuchungen, polizeiliche Bedrohungen und rassische Diskriminierungen die Abgrenzung zwischen Folterhandlungen und anderen unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlungen vorzunehmen.

Dieser völkerrechtliche Hintergrund schärft das Bewusstsein für die bewusst und gezielt eingeleitete Erosion des Folterverbotes durch die Bush-Administration. Nicht nur, dass die US-Praxis unmenschliche oder erniedrigende Vernehmungsmethoden für rechtlich zulässig erklärt, der Schutzbereich des Folterbegriffs wird darüber hinaus auf eine mit internationalen Grundsätzen nicht übereinstimmende Weise verengt. Zwar lockert das zweite Memorandum den Begriff der »ernsthaften Schmerz- und Leidenszufügung«, bleibt aber mit dem Erfordernis der Dauerhaftigkeit noch weit hinter der Rechtsentwicklung im Völkerrecht zurück. Darüber hinaus wird das Erfordernis der »spezifischen Absicht« derart offen und unspezifisch gelassen, dass eine unübersehbare Bandbreite subjektiver Intentionen der Schmerzzufügung zugrunde liegen können, ohne dass dadurch der Folterbegriff erfüllt ist. Die Anweisung des Präsidenten, dass US-Behörden bei Vernehmungen keine Folter anwenden dürfen, vernebelt damit die Tatsache, dass sie grausame, unmenschliche oder erniedrigende Vernehmungsmethoden anwenden dürfen und aufgrund von Regierungsanweisungen den Anwendungsbereich dieser Vernehmungsmethoden ins Uferlose ausdehnen dürfen, da nur ein extrem enger Bereich von gezielten, dauerhaften Schmerzen verursachenden Quälereien verboten ist. Der Sonderberichterstatter der Vereinten Nationen gegen Folter, *Manfred Nowak*, rügt deshalb, dass die Vereinigten Staaten das einzige Land der Welt seien, »das eine gesetzlich vorgesehene Rechtfertigung für die Anwendung von grausamer, unmenschlicher oder degradierender Behandlung von Gefangenen durch staatliche Organe geltend« mache.¹⁹ Inzwischen ist zu Beginn des Jahres 2006 der »*Detainee Treatment Act*« (*McCain Amendment*) in Kraft getreten, der unabhängig von dem Ort, an dem Vernehmungen durchgeführt werden, die Anwendung grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Maßnahmen und Bestrafungen untersagt. Die Folgen der bis dahin geltenden Verwaltungsanweisungen sind bekannt: 74 Suizidversuche von Gefangenen in Guantanamo,²⁰ mindestens 27 Todesfälle in geheimen US-Gefängnissen in Afghanistan,²¹ etwa 70.000 Gefangene in US-Einrichtungen außerhalb des US-Staatsgebietes seit Ende 2001. Mehr als 10.000 Personen sollen sich noch in Gefängnissen auf Guantanamo, im Irak und in Afghanistan im Gewahrsam der US-Armee befinden.²² Zwar hat der Oberste

¹⁸ EGMR, Series A 241-A = HRLJ 1992, 453 – *Tomasi*.

¹⁹ ai Journal 1/2006, S. 24.

²⁰ ai Journal 1/2006, S. 14.

²¹ amnesty international, Public Statement, 31 Oktober 2005 – AMR 51/172/2005.

²² ai, Grausam. Unmenschlich. Entwürdigt Uns Alle. Stoppt Folter und Misshandlung im »Krieg gegen den Terror«, 2005, S. 7.

Gerichtshof Gefangenen in Guantanamo das Recht auf Überprüfung der Freiheitsentziehung zugesprochen.²³ Die US-Behörden haben daraufhin lediglich ein Militärtribunal zwecks Überprüfung von Haftbeschwerden eingerichtet, dessen ausschließliche Aufgabe darin besteht zu entscheiden, ob der Beschwerdeführer als »feindlicher Kämpfer« einzustufen ist. Dies ist jedoch kein gesetzmäßiges, mit der Dritten Genfer Konvention übereinstimmendes Überprüfungsverfahren.²⁴ Inzwischen verhandelt der Oberste Gerichtshof über die Rechtmäßigkeit der Verfahren vor den Militärtribunalen.

III. Territoriale Beschränkung des Menschenrechtsschutzes

1. Territorial gebundenes Konzept der Regierungsverantwortlichkeit

Im Grundsatz ist jeder Vertragsstaat der EMRK entsprechend dem internationalen Konzept der Regierungsverantwortlichkeit für unrechtmäßige Akte seiner Behörden verantwortlich, unabhängig davon, ob diese durch seine Sicherheitsbehörden oder durch die untergeordnete lokale Verwaltung ausgeübt werden.²⁵ Dies beantwortet aber noch nicht die Frage nach der Geltung der Konvention für einzelstaatliches Handeln in internationalen Beziehungen. Denn im Ausgangspunkt sind die Vertragsstaaten nur für unrechtmäßige Akte ihrer Behörden in den einzelnen Regionen des Staatsgebietes verantwortlich und haben sie sicherzustellen, dass ihre Verwaltung die Konventionsrechte sicherstellt.²⁶ Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes enthält Art. 3 EMRK aber einen der fundamentalsten Werte demokratischer Gesellschaften und verpflichtet deshalb die Vertragsstaaten in Verbindung mit Art. 1 EMRK, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass ihrer Obhut unterliegende Personen nicht Folterungen oder unmenschlichen oder erniedrigenden Maßnahmen ausgesetzt werden, einschließlich Misshandlungen durch private Personen.²⁷

2. Verantwortlichkeit für extraterritoriale Folgen territorialer Handlungen

Der Gerichtshof bezieht darüber hinaus in gefestigter Rechtsprechung in das Konzept der Staatenverantwortlichkeit extraterritoriale Wirkungen von Handlungen ein, die auf dem nationalen Territorium des Vertragsstaates verübt werden. Daher kann die Verantwortlichkeit des Vertragsstaates in Flüchtlingsfällen auch durch Handlungen oder Unterlassungen seiner Behörden hervorgerufen werden, welche Wirkungen außerhalb des Staatsgebietes zeitigen. Der Gerichtshof hebt hervor, zwar sei es unstrittig, dass der Vertragsstaat keine Einflussmöglichkeiten auf die Praktiken und Regelungen der Behörden des ersuchenden Staates habe. Auch wenn in internationalen Vereinbarungen die Probleme, die mit der Verbringung eines Menschen in einen anderen Herrschaftsbereich, in dem unerwünschte Folgemaßnahmen möglich erschienen, ausdrücklich und detailliert angesprochen würden, wie in Art. 33 GFK, Art. 11 EuAuslÜb und in Art. 3 des Übereinkommens gegen Folter, hebe dies nicht die Verantwortlichkeit der Vertragsstaaten nach Art. 3 EMRK für alle und besonders die vorher-

²³ US-Supreme Court, HRLJ 2004, 112 – *Rasul et al. v. George W. Bush*.

²⁴ ai, United States of America. Guantanamo – an icon of lawlessness, AMR 51/002/2005, 6. Januar 2005.

²⁵ EGMR, Series A 310, § 52 (1995) – *Loizidou v. Turkey*.

²⁶ EGMR, RJD 2001-II, § 67 = InfAuslR 2001, 417 – *Hilal*.

²⁷ EGMR, Entscheidung v. 10. 10. 2002 – Nr. 38719/97, § 109 – *D.P. and J.C. v. UK*; EGMR, Reports 1998-VI, § 22 – *A. v. UK*; EGMR, Entscheidung v. 10. 5. 2001, § 73 – *Z. et al v. UK*.

sehbaren Auslieferungsfolgen ihres Herrschaftsbereiches auf.²⁸ Bei der Interpretation der Konvention müsse vielmehr ihr besonderer Charakter als *Vertrag für die kollektive Durchsetzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten* berücksichtigt werden. Ziel und Zweck der Konvention als ein *Instrument zum Schutz des Individuums* erforderten deshalb, dass ihre Vorschriften als *Schutzbücher praktisch wirksam und effektiv gestaltet*, verstanden und angewendet würden.²⁹ Es wäre mit den der Konvention zugrunde liegenden Werten kaum vereinbar, auch nicht mit dem »gemeinsamen Erbe an geistigen Gütern, politischen Überlieferungen, Achtung der Freiheit und Vorherrschaft des Gesetzes«, auf die die Präambel hinweise, wenn ein Mitgliedsstaat wissentlich einen Flüchtling an einen anderen Staat ausliefere, obwohl es begründete Anhaltspunkte dafür gebe, dass der Flüchtling dort Gefahr laufe, der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung ausgesetzt zu werden, gleichgültig, welchen schrecklichen Verbrechens er dort beschuldigt werde.

Die Art. 3 EMRK innewohnende Verpflichtung zur Nichtauslieferung erstrecke sich auch auf die Fälle, in denen der Flüchtling im ersuchenden Staat einem echten Risiko unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung im Sinne von Art. 3 EMRK ausgesetzt sei.³⁰ In *Cruz Varas* nimmt der Gerichtshof ausdrücklich Bezug auf *Soering* und fährt anschließend fort, obwohl es im vorliegenden Fall nur um Ausweisung und nicht um Auslieferung gehe, seien die in *Soering* entwickelten Prinzipien auf Ausweisungsfälle anwendbar.³¹ Hieran anknüpfend hat der Gerichtshof in *Vilvarajah* hervorgehoben, die Abschiebung eines Asylbewerbers durch einen Vertragsstaat könne eine Verletzung von Art. 3 EMRK darstellen. Hieraus ergebe sich die Verantwortlichkeit des Staates gemäß der Konvention, wenn stichhaltige Hinweise dafür vorlägen, dass die betreffende Person in dem Land, in das sie zurückkehre, der ernsthaften Gefahr von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung ausgesetzt sei.³² Ebenso darf nach Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens gegen Folter ein Vertragsstaat eine Person nicht in einen anderen Staat ausweisen, abschieben oder an diesen ausliefern, wenn stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass sie dort Gefahr liefe, gefoltert zu werden. Der Ausschuss gegen Folter hatte im Blick auf den Vertragsstaat Schweiz bereits zu Beginn seiner Rechtsprechung eine sehr ausführliche und detaillierte Konkretisierung dieser Norm vorgenommen,³³ welche in der Literatur zutreffend als »Meilenstein im Kampf gegen die restriktive europäische Asylpolitik« bewertet wurde.³⁴ Kraft Völkervertragsrecht ist deshalb bei ausländer- und auslieferungsrechtlichen Entscheidungen der zwingende völkerrechtliche Schutz vor Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung nach Art. 7 IPbPR, Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens gegen Folter und Art. 3 EMRK zu beachten. Das Bundesverwaltungsgericht hat offen gelassen, ob das völkerrechtliche Folterverbot bereits als *allgemeine Regel des Völkerrechts* über Art. 25 Satz 1 GG Bestandteil des Bundesrechts ist.³⁵ Diese Frage ist zu bejahen. Nach allgemeiner Ansicht wird heute

²⁸ EGMR, EZAR 933 Nr. 1, § 87 = EuGRZ 1989, 319 = NJW 1990, 2183 – *Soering*.

²⁹ EGMR, EZAR 933 Nr. 1, § 87 = EuGRZ 1989, 319 = NJW 1990, 2183 – *Soering*.

³⁰ EGMR, EZAR 933 Nr. 1, § 88 = EuGRZ 1989, 319 = NJW 1990, 2183 – *Soering*.

³¹ EGMR, EZAR 933 Nr. 2, § 79 = NJW 1991, 3079 = InfAuslR 1991, 217 = HRLJ 1991, 142 – *Cruz Varas*.

³² EGMR, EZAR 933 Nr. 3, § 103 = NVwZ 1992, 809 = InfAuslR 1992, 81 – *Vilvarajah*; s. auch EGMR, HRLJ 1993, 24 (25) – *Vijaynathan*; EKMR, HRLJ 1991, 170 – *Mansi*.

³³ Committee Against Torture, HRLJ 1994, 168 – *Mutombo*; ebenso Committee Against Torture, HRLJ 1994, 426 – *Khan*.

³⁴ *Manfred Nowak*, Human Rights News. United Nations, in: Netherlands Quarterly of Human Rights 1994, S. 317 (318).

³⁵ BVerwGE 67, 184 (194) = NVwZ 1983, 674 = InfAuslR 1983, 228.

das Folterverbot in seiner notstandsfesten Form³⁶ als gewohnheitsrechtliche Regel angesehen.³⁷

3. Maßgebender Beweisstandard

Soweit bei bi- oder multinationalen operativen Militäraktionen einzelne Personen an Organe eines anderen Staates überstellt, also die Verantwortlichkeit für die Behandlung des Gefangenen auf einen anderen Staat verlagert werden soll, gilt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes die Bindung der EMRK im vollen Umfang. Es sind deshalb die prognoserechtlichen Grundsätze nach der flüchtlingsrechtlichen Rechtsprechung anzuwenden. Zwar haben KSK-Soldaten nach ihrem Mandat lediglich Aufklärungsaufgaben wahrzunehmen. Sollten sie bei Gelegenheit der Mandatsausübung feindliche Kämpfer festnehmen, haben sie deshalb vor deren Überstellung an US-Einheiten zu prüfen, ob ihnen durch diese unmenschliche oder erniedrigende Behandlung droht. Dies gilt auch für die Lieferung von Informationen, die zur Festnahme von Kämpfern durch US-Einheiten führen. Für Überstellungen bzw. die Lieferung von Informationen an US-Behörden ist Art. 3 EMRK maßgebend und nicht das zertrümmerte Folterverbot der US-Regierung. Für das danach anzuwendende Beweismaß verwendet der Gerichtshof den Begriff des »tatsächlichen Risikos«. Danach muss ein tatsächliches Risiko bestehen, dass der Betroffene nach der Überstellung einer Behandlung ausgesetzt werden wird, die über die durch Art. 3 EMRK gesetzte Grenze hinausgeht.³⁸ Das tatsächliche Risiko bezieht sich dabei auf eine bestehende »objektive Gefahr«, einer gegen Art 3 EMRK verstoßenden Behandlung unterworfen zu werden.³⁹ Da die Verantwortlichkeit des Vertragsstaates nach Art. 3 EMRK in derartigen Fällen in der Tatsache begründet liegt, dass er eine Einzelperson der Gefahr der Misshandlung aussetzt, muss zunächst das Bestehen dieser Gefahr mit Bezug auf die Tatsachen, die dem Vertragsstaat im Zeitpunkt der Überstellung bekannt gewesen sind oder hätten bekannt sein müssen, beurteilt werden.⁴⁰ Es kann mithin grundsätzlich nur auf die Erkenntnisse und Tatsachen ankommen, welche den handelnden Organen im Zeitpunkt ihrer Handlung vorgelegen haben oder hätten vorliegen können. Der Gerichtshof legt allerdings an die Art der behördlichen Methode der Entscheidungsfindung sowie das dabei angewandte Verfahren besonders strenge Maßstäbe an. Er differenziert dabei zwischen unerheblichen »bloßen Möglichkeiten« sowie dem beachtlichen »ernsthaften Risiko« einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung.⁴¹

Im Blick auf den Schutz nach Art. 3 des Übereinkommens gegen Folter berücksichtigt der Ausschuss gegen Folter im Blick auf Art. 3 Abs. 2 des Übereinkommens alle relevanten Umstände, insbesondere das Bestehen einer »ständigen Praxis grober, offenkundiger oder massenhafter Verletzungen der Menschenrechte«. Zwar sei es Ziel der Prüfung festzustellen, ob der Betroffene *persönlich*

³⁶ EGMR, EuGRZ 1989, 314 (318) (§ 88).

³⁷ Manfred Nowak, CCPR-Kommentar, Art. 7 Rdn. 1; ders., EuGRZ 1985, 109 (110), Jordan J. Past, in: Columbia Journal of Transnational Law 2005, 811 (821 f.), spricht sogar von einer *jus cogens*-Norm.

³⁸ EGMR, EZAR 933 Nr. 1, § 111 = EuGRZ 1989, 314 = NJW 1990, 2183 - Soering; bekräftigt EGMR, EZAR 933 Nr. 3, § 113 = NVwZ 1992, 879 = InfAuslR 1992, 81 - Vilvarajah.

³⁹ EKMR, EuGRZ 1986, 324 (325) (§ 3) - *Sami Memis gegen BRD*; EKMR, Yearbook 10, 518 (528) (1967) - *X v. F. R. G.* zum auslieferungsrechtlichen Spezialitätsgrundsatz.

⁴⁰ EGMR, EZAR 933 Nr. 2, §§ 75 f. = NJW 1991, 3079 = InfAuslR 1991, 217 = HRLJ 1991, 142 - *Cruz Varas*; EGMR, EZAR 933 Nr. 3, § 107 = NVwZ 1992, 869 = InfAuslR 1992, 81 - Vilvarajah; zur gerichtlichen Aufklärungspflicht angesichts der Schwere der im Rahmen von Art. 3 EMRK relevanten Maßnahmen s. auch BVerfG, AuAS 1996, 3.

⁴¹ EGMR, NVwZ 1992, 869 (870) (§ 111 und § 115).

Gefahr laufe, nach Rückkehr gefoltert zu werden. Allein das Bestehen einer ständigen Praxis grober, offenkundiger oder massenhafter Verletzungen der Menschenrechte in dem betreffenden Land begründe indes noch nicht eine individuelle Gefährdung des Einzelnen. Vielmehr müssten weitere Umstände festgestellt werden, welche die Annahme eines Indizes für die persönliche Gefährdung des Betroffenen nahe legten. Umgekehrt rechtfertige das Fehlen einer derartigen Praxis nicht das Urteil, dass der Betroffene wegen seiner individuellen Verhältnisse nach Rückkehr nicht gefoltert werde.⁴²

Wendet man diese Grundsätze im operativen Kontext von »enduring freedom« an, dürfen deutsche Soldaten der KSK festgenommene Kämpfer der Al Quaida und der Taliban nicht an US-Soldaten zur weiteren Behandlung übergeben. amnesty international informiert darüber, dass jüngste Recherchen über Todesfälle in US-amerikanischer Haft sowie Übergriffe durch die US-Armee in Afghanistan weitere Belege für einen »Mangel an Respekt gegenüber fundamentalen Rechten« darstellten. Seit langem herrsche Sorge über ein »Muster an Straflosigkeit und Nachsicht sowie Hinhaltetaktiken bei der Untersuchung von Todesfällen in US-Haft sowie Übergriffen in Afghanistan«. Zwei Prozesse gegen US-Soldaten, welche beschuldigt worden seien, im Dezember 2002 zwei afghanische Gefangene auf der Flugbasis Bagram derart misshandelt zu haben, dass sie an den Folgen gestorben seien, bestätigten diese Sorge. Die beiden Gefangenen hätten eine Vielzahl von gewaltsamen Spuren aufgewiesen, welche sie sich während der Vernehmungen durch US-Soldaten in einem abgesonderten Teil des Gefängnisses zugezogen hätten. Interne Armeeuntersuchungen hätten ergeben, dass beide Gefangene an der Decke aufgehängt und während dessen durch zahlreiche Soldaten geschlagen und getreten worden seien. Nach Angaben eines ärztlichen Sachverständigen seien die Arme eines Gefangenen derart verletzt worden, dass sie hätten amputiert werden müssen, hätte er die Misshandlungen überlebt. Ungeachtet dieser entsetzlichen Vorfälle sei jedoch deshalb niemand wegen Folterungen und Kriegsverbrechen zur Verantwortung gezogen worden. Der Mangel an Verantwortlichkeit höherer Ebenen im Blick auf diese Vorfälle sei insbesondere deshalb beunruhigend, weil diese keine isolierten Einzelfälle darstellten, sondern einem »Muster an Übergriffen« zuzuordnen seien. Mindestens 27 Gefangene seien in US-Gefängnissen in Afghanistan verstorben, teilweise nach Folterungen. Insgesamt seien hunderte von Gefangenen in Afghanistan in geheimen Haftzellen ohne Zugang zu Anwälten und unabhängig von gerichtlichen Überprüfungsinstanzen inhaftiert.⁴³

4. Diplomatische Zusicherungen der Empfangsstaaten

Die britische Regierung hat 2005 mit Jordanien und Libyen diplomatische Vereinbarungen getroffen, wonach diese Staaten sich verpflichtet haben, terroristischer Aktivitäten verdächtige Personen nach ihrer Abschiebung aus dem Vereinigten Königreich nicht zu foltern. Weitere Verhandlungen mit anderen Staaten des Nahen und Mittleren Ostens, die ebenfalls für ihre Folterpraxis bekannt sind, werden derzeit geführt.⁴⁴ Gegen diese Praxis hat der Ausschuss der Vereinten Nationen gegen Folter gravierende Bedenken angemeldet. Er bemängelte,

⁴² Committee Against Torture, HRLJ 1994, 164 (168), Rdn. 9.3 – *Mutombo*; Committee Against Torture, Communication, HRLJ 1994, 426 (431), § 12.3 – *Khan*.

⁴³ amnesty international, Public Statement, 31 Oktober 2005 – AMR 51/172/2005; Deborah N. Pearlstein, in: India Law Journal 2006, 1 (4 f.).

⁴⁴ ai Journal 1/2006, S. 21.

dass keine Klarheit über eine wirksame Überwachung nach der Abschiebung und über angemessene Verfahrensgarantien bestehe.⁴⁵

Darüber hinaus stellte der Ausschuss fest, dass Schweden mit der Abschiebung von zwei des Terrorismus verdächtigen Personen nach Ägypten Art. 3 des Übereinkommens verletzt habe. Obwohl beide betroffenen Regierungen einen Überwachungsmechanismus vereinbart hätten und auch 25 Besuche der schwedischen Botschaft im Gefängnis stattgefunden hätten, konnte wegen der in den ersten fünf Wochen verhängten Inkommunikadohaft kein Besuch durchgeführt werden. Nach Aussagen von Verwandten war einer der Abgeschobenen nach der Ankunft mit Elektroschocks behandelt und an Händen und Füßen gefesselt über zehn Tage in Einzelhaft gehalten worden. Ihm sei während dessen die Benutzung der Toilette untersagt worden. Darüber hinaus sei ihm gedroht worden, dass seine Mutter und seine Ehefrau in seinem Beisein sexuell missbraucht werden würden.⁴⁶

Unter Bezugnahme auf diese und weitere Fälle äußert der Sonderberichterstatter der Vereinten Nationen gegen Folter seine Besorgnis, dass Überwachungsverfahren wenig geeignet seien, die Gefahr von Folterungen nach der Abschiebung zu verhindern. Sie hätten sich als unwirksamer Schutz gegen Folter und als ungeeignete Verfahren zur Sicherstellung der Regierungsverantwortlichkeit erwiesen.⁴⁷ Der Hochkommissar des Europarates für Menschenrechte, *Alvaro Gil-Robles*, weist auf die immanente Schwäche diplomatischer Zusicherungen hin, die darin bestehe, dass in den Fällen, in denen diplomatische Zusicherungen erforderlich seien, ganz offensichtlich ein hohes Risiko der Anwendung von Folter oder Misshandlungen bestehe. Wegen der absoluten Schutzwirkung des Verbotes von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung könnten deshalb formale Zusicherungen nicht ausreichen, wenn ungeachtet dessen ein Risiko bestehe.⁴⁸

5. Notstandsfester Charakter des Folterverbotes

Der Gerichtshof hat insbesondere in seiner ausländerrechtlichen Rechtsprechung an seine traditionelle, bereits 1978 entwickelte Auffassung vom *notstandsfesten Charakter des Folterverbots* nach Art. 3 EMRK⁴⁹ angeknüpft und in inzwischen gefestigter Rechtsprechung festgestellt, dass der aus dieser Norm herzuleitende *Abschiebungsschutz* ein *absoluter* ist.⁵⁰ Er hat in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der aus Art. 3 EMRK fließende Schutz weitergehend als der Refoulementschutz nach Art. 33 GFK ist.⁵¹ Dabei hat der Gerichtshof ausdrücklich die »immensen Schwierigkeiten« hervorgehoben, mit denen »sich Staaten in modernen Zeiten beim Schutz ihrer Gemeinschaften vor *terroristischer Gewalt* konfrontiert sehen.« Allerdings verbiete selbst unter diesen Umständen die »Konvention in absoluten Begriffen Folter, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, unabhängig vom Verhalten des Opfers.«⁵² Auch das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich hervorgehoben, dass die Anwendung des Terrorismusvorbehaltes die zuständi-

⁴⁵ CAT/C/CR/33/3, § 4, Nov. 2004.

⁴⁶ CAT/C/34/D/2003, § 2.8 – *Agiza and al-Zari v. Sweden*.

⁴⁷ U.N. A760/316, Interim Report of the Special Rapporteur on Torture, 30. August 2005, § 46.

⁴⁸ Report by *Alvaro Gil-Robles* on His Visit to Sweden, CommDH(2004)13, § 9, 8. Juli 2004.

⁴⁹ EGMR, Series A 25 = EuGRZ 1979, 149 (155) – *Nordirland*.

⁵⁰ EGMR, NVwZ 1997, 97 (99) = EZAR 933 Nr. 4 = InfAuslR 1997, 97 – *Chabal*; EGMR, InfAuslR 1997, 279 (281) = NVwZ 1997, 1100 = EZAR 933 Nr. 5 – *Ahmed*; EGMR, InfAuslR 2000, 321 (323) = NVwZ 2001, 301 = EZAR 933 Nr. 8 – *T.I.*

⁵¹ EGMR, NVwZ 1997, 97 (99) = EZAR 933 Nr. 4 = InfAuslR 1997, 97 – *Chabal*.

⁵² EGMR, NVwZ 1997, 97 (99) = EZAR 933 Nr. 4 = InfAuslR 1997, 97; EGMR, InfAuslR 1997, 279 (281) = NVwZ 1997, 1100 = EZAR 933 Nr. 5 – *Ahmed*.

IV. Universelle Stärkung territorial gebrochener Menschenrechte

1. Entkoppelung des Folterverbotes von der Territorialkomponente

Anfang November 2005 berichtet die Washington Post erstmals von einem Netzwerk bis dahin verdeckter Gefangenenslager in Zentral- und Ost-Europa, z. B. Bulgarien, Kosovo, Makedonien, Polen, Rumänien und Ukraine, in denen mutmaßliche Al-Quaida-Kämpfer interniert und bei Bedarf gefoltert würden. Die CIA soll sämtliche Spuren derartiger Gefangenenslager in Osteuropa verwischt haben. Ehemalige und aktive CIA-Mitarbeiter hätten bestätigt, dass die geheimen Gefängnisse bis vor wenigen Tagen noch existiert hätten. Inzwischen würden die Gefangenen irgendwo in Nordafrika interniert und »erweiterten Verhörtechniken« der CIA unterworfen. In stillschweigender Übereinkunft mit den Herkunftsländern seien Jordanier, Ägypter, Tunesier, Algerier, Saudis, Pakistanis, Usbeken und Chinesen an die heimatlichen Geheimdienste überstellt worden.⁵⁴

Anfang November 2005 setzte der Europarat zur Aufklärung der geheimen Gefangenenslager daraufhin den Berichterstatter *Dick Marty* ein. Dieser hat sich seitdem wiederholt über die mangelnde Zusammenarbeit insbesondere der Mitgliedstaaten der EU beschwert und legte am 22. Januar 2006 einen Zwischenbericht seiner Untersuchungen vor: Die Presseberichte stammten aus verschiedenen Quellen, wahrscheinlich sämtlich gut informierte, offizielle Quellen. Dies verstärke die Glaubwürdigkeit der Berichte. Übereinstimmende Informationen und Beweise vermittelten ein zusammenhängendes und konvergentes Bild, wonach es ein System des »outsourcing« von Folter gebe.⁵⁵ CIA-Direktor *Porter Goss* habe die Existenz geheimer Gefängnisse im Ausland ebenso wenig wie Außenministerin *Condoleezza Rice* bestritten. Beide hätten aber die Anwendung von »Folter« verneint.⁵⁶ Die Außenministerin habe die Notwendigkeit »extraordinary renditions«⁵⁷ im »Kampf gegen Terrorismus« betont. Die deutsche Regierung habe kategorisch jegliche Kenntnis von derartigen geheimen Gefängnissen im Bundesgebiet bestritten. Sie habe eine Liste vorgelegt, wonach 2002 und 2003 jeweils 137 und 146 CIA-Flüge über Frankfurt am Main, Berlin und Ramstein abgewickelt worden seien.⁵⁸ Eine Verifizierung der Identität der Passagiere sei unmöglich. Die Bundesregierung spricht insoweit von »angeblichen Geheimgefängnissen der CIA in Ost-Europa«, muss aber zugleich einräumen, dass ihr bekannt sei, dass diese Gegenstand von zwei staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren seien. In einem Fall gehe es um die »angebliche Entführung eines ägyptischen Staatsangehörigen in Italien, der von US-Stellen über den US-Militärflughafen Ramstein nach Ägypten verbracht worden« sei. Im anderen Fall ge-

⁵³ BVerfGE 81, 142 (155 f.) = EZAR 200 Nr. 26 = NVwZ 1990, 453 = InfAuslR 1990, 167.

⁵⁴ Süddeutsche Zeitung v. 7. Dezember 2005.

⁵⁵ Parliamentary Assembly, *Dick Marty, Alleged secret detentions in Council of Europe member states. Information Memorandum II*, AS/Jur (2006)03, § 85, 22. Januar 2006

⁵⁶ US-Behörden dürfen im Ausland aber »grausame, unmenschliche oder erniedrigende Verhörmethoden« anwenden (s.o.).

⁵⁷ Danach werden Terrorverdächtige im Ausland aufgegriffen und an Drittländer überstellt.

⁵⁸ S. hierzu auch BT-Drs. 16/355.

he es um den Deutschen libanesischer Herkunft, *Khaled al-Masri*, »der durch US-Stellen von Makedonien nach Afghanistan verschleppt worden sein soll.«⁵⁹ In einem Zeitungsinterview erklärt *Michael Scheuer*, ein ehemaliger führender CIA-Beamter, stolz, das von der CIA geschaffene System der »renditions« sei seit über einem Jahrzehnt das erfolgreichste Anti-Terrorismus-Programm der Vereinigten Staaten. Präsident *Clinton* und seine Berater hätten 1995 hierzu den Auftrag erteilt. Die CIA habe »ja das Recht, jedes Gesetz zu brechen, nur nicht amerikanisches.« Auch wenn »wir das ägyptische und jordanische Justizsystem nicht mögen, bleibt es doch ein Justizsystem.« In »Kairo werden die Menschen eben nicht so behandelt wie in Milwaukee.« Leider habe Präsident *Clinton* die Leute nicht im eigenen Land haben wollen. Man müsse deshalb der »Regierung Bush immerhin attestieren, dass sie sich ein wenig mannhafter verhält und ihre eigene *Drecksarbeit* macht.«⁶⁰

Der Berichterstatter des Europarates weist darauf hin, dass »extraordinary rendition« die Anwendung von Folter erleichtere. »Rendition« von Gefangenen müsse deshalb in Übereinstimmungen mit Rechtsgarantien einschließlich eines Gerichtsverfahrens innerhalb angemessener Zeit praktiziert werden.⁶¹ Eine derart konspirativ geübte, gesetzlose Praxis der Freiheitsberaubung kann jedoch überhaupt nicht zum Anknüpfungspunkt von rechtlichen Schutznormen gemacht werden und ist deshalb als solche unzulässig. Dementsprechend hat die Hochkommissarin für Menschenrechte der Vereinten Nationen, *Louise Arbour*, die geheime Inhaftierungspraxis als solche auch als eine Form von Folter bezeichnet.⁶² Offen lassen diese Positionen aber die Frage, welcher Staat unter welchen Voraussetzungen völkerrechtlich für derart gravierende Menschenrechtsverletzungen verantwortlich gemacht werden kann.

Aus realpolitischer Sicht der einzelnen Staaten reduziert sich der Geltungsanspruch der Menschenrechte außerhalb ihres Hoheitsbereichs auf Null. Im diplomatischen Verkehr und kriegerischen Auseinandersetzungen fühlen sie sich von den Fesseln der Menschenrechte befreit. Die Herausforderung, die der globale und auf unbestimmte Zeit erklärte »Krieg gegen Terrorismus« für die Menschenrechtsbewegung darstellt, muss deshalb gezielt gerade hier ansetzen. Sie muss den »extraterritorialen« Schutzcharakter der Menschenrechte auf den Begriff bringen, seine juristische und praktische Relevanz gerade für die Formen bi- und multilateraler Zusammenarbeit herausarbeiten und gegenüber den einzelnen Staaten durchsetzen.

Das Rad muss nicht neu erfunden werden. Die territorial gebundenen Menschenrechte binden den jeweiligen Staat auch im Blick auf die Auswirkungen seiner Politik außerhalb seines Hoheitsgebiets. Im diplomatischen Verkehr und in kriegerischen Auseinandersetzungen ist nicht alles erlaubt. Das Auslieferungseruchen ist nicht bloßer Gegenstand diplomatischer Noten, sondern eines innerstaatlichen rechtsförmigen Verfahrens. Der Abschiebung eines Flüchtlings oder von terroristischer Aktivitäten verdächtiger oder überführter Personen in einen Folterstaat stehen Art. 33 GFK, Art. 3 EMRK und Art. 3 des Übereinkommens gegen Folter entgegen. Hierauf beruhende Ansprüche auf Schutz können im Aufenthaltsstaat in einem rechtsförmigen Verfahren durchgesetzt werden.

Seit 1989 haben sich die internationalen Rahmenbedingungen signifikant verändert, seit 2001 in dramatischer Weise. Nunmehr versammelt der »Krieg gegen

59 BT-Drs. 16/325; BT-Drs. 16/346.

60 Die Zeit v. 29 Dezember 2005.

61 *Dick Marty*, Information Memorandum II, AS/Jur (2006)03, § 63, 69, 22. Januar 2006.

62 Zitiert nach *Dick Marty*, Information Memorandum II, AS/Jur (2006)03, § 13, 22. Januar 2006.

Terrorismus« alle unter einem Dach, demokratische wie Folterstaaten. Die Unterordnung der Menschenrechte unter einem diffusen, nicht hinterfragbaren Sicherheitsbegriff bringt Formen der internationalen Zusammenarbeit hervor, die nahezu ausschließlich von sicherheitsrechtlich geprägter Effizienz beherrscht werden und bei denen als Sicherheitsrisiko eingeschätzte Personen zum freien Spielball der Staaten werden. Verschleppungen, Inkommunikadohaft, »outsourcing« von Folter und Misshandlungen, alles scheint erlaubt, wenn es die Sicherheit befördert.

Für den zwischenstaatlichen Rechtsverkehr auch zwischen den westlichen Staaten gilt jedoch herrschendes Völkerrecht. Dieses muss freilich auf die konkrete Situation hin überprüft und wirksamer gestaltet werden. Ohne innerstaatliche Überprüfung unter Gewährleistung wirksamer Verfahrensgarantien darf eine zwangsweise Überstellung an einen anderen Staat nicht vollzogen werden. Zuschücherungen durch Staaten, die systematisch Folter anwenden, sind unbeachtlich. Informationen, die vermutlich unter Anwendung von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung gewonnen wurden, dürfen nicht zur Beweisführung verwendet werden. Für den zwischenstaatlichen Rechtsverkehr müssen überdies die positiven Vertragspflichten nach der EMRK überprüft und neu konzipiert werden. Ausgangspunkt für diesen Überprüfungsprozess ist das *absolute Folterverbot*. Dabei ist auch dessen Reichweite zu bestimmen.

2. Erweiterung der territorialen Komponente der Staatenverantwortlichkeit

a) Widersprüche in der Rechtsprechung des Gerichtshofes

Die Staatenverantwortlichkeit kann nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes auch durch *militärische* Aktionen außerhalb des eigenen Staatsgebietes begründet werden, unabhängig davon, ob sie – aus völkerrechtlicher Sicht – rechtmäßig oder unrechtmäßig sind, sofern der Staat dort wirksame Kontrolle ausübt. Die Verpflichtung, die Konventionsrechte auch in derartigen Gebieten sicherzustellen, folgt aus der Tatsache, dass der Vertragsstaat in diesem Gebiet unmittelbar durch seine militärischen Einheiten oder durch untergeordnete lokale Verwaltungsbehörden Kontrollgewalt ausübt.⁶³ Die Verantwortlichkeit wird bei rechtmäßigen wie rechtswidrigen Einsätzen begründet. Es wäre widersinnig, den Vertragsstaat gerade bei völkerrechtswidrigen Einsätzen aus der Verantwortung zu entlassen.

Ist aufgrund des Umfangs des eingesetzten militärischen Personals offensichtlich, dass das Militär in dem besetzten Gebiet Kontrolle ausübt, erachtet der Gerichtshof es nicht für erforderlich festzustellen, ob der Vertragsstaat tatsächlich und konkret wirksame Kontrolle über die Aktionen und Strategien seiner Behörden ausüben kann.⁶⁴ Hat der Vertragsstaat wirksame Kontrolle über ein besetztes Gebiet, kann seine Verantwortlichkeit nicht auf die Handlungen seiner Soldaten begrenzt werden. Vielmehr wird sie durch die Einrichtung einer lokalen Verwaltung insgesamt für das Gebiet vermittelt und verpflichtet den Vertragsstaat sicherzustellen, dass die gesamte Bandbreite der Konventionsrechte in diesem Gebiet gewährleistet wird.⁶⁵

Diese klare Rechtsgrundlage hat der Gerichtshof allerdings in *Bankovic*, in dem er über Beschwerden jugoslawischer Beschwerdeführer gegen Bombenangriffe

63 EGMR, Series A 310, § 52 (1995) – *Loizidou v. Turkey*.

64 EGMR, Series A 310, § 56 (1995) – *Loizidou v. Turkey*.

65 EGMR, RJD 2001-IV, § 77 – *Cyprus v. Turkey*.

der Nato auf Rundfunk- und Fernsehanstalten in Belgrad zu entscheiden hatte, bei denen 16 Personen getötet und weitere 16 Personen schwerwiegend verletzt wurden, verwässert. Zunächst bezog der Gerichtshof sich auf die Entstehungsgeschichte von Art. 1 EMRK. Danach unterfielen der Hoheitsgewalt zwar nicht nur Personen, die sich rechtmäßig auf seinem Gebiet befänden, sondern darüber hinaus alle Personen, die sich faktisch dort aufhielten. Die tatsächliche Beziehung zwischen den Beschwerdeführern und den mit der Beschwerde angegriffenen 17 Staaten betreffe jedoch den *angefochtenen Akt*, der unabhängig davon, wo er getroffen worden sei, Auswirkungen außerhalb des Gebietes der Vertragsstaaten gehabt habe (»*extraterritorialer Akt*«). Die gewöhnliche Bedeutung des Begriffs »ihrer Hoheitsgewalt unterstehende Personen« in Art. 1 EMRK habe jedoch entsprechend der völkerrechtlichen Tradition eine territoriale Bedeutung. Die rechtlich relevante Kompetenz der Staaten, ihre Hoheitsgewalt über ihre eigenen Staatsangehörigen im Ausland auszuüben, sei deshalb der Kompetenz des Aufenthaltsstaates untergeordnet.

Obwohl seit Ratifizierung der Konvention eine Reihe von militärischen Einsätzen im Ausland durchgeführt worden seien, habe bislang kein Vertragsstaat der Konvention eine Verpflichtung empfunden, eine extraterritoriale Verantwortlichkeit für vergleichbare Kriegshandlungen anzuerkennen. Zwar sei die Konvention ein »lebendiges Instrument« und seien ihre Bestimmungen deshalb im Lichte der aktuellen Verhältnisse zu interpretieren. Der Gerichtshof habe gleichwohl nur in außergewöhnlichen Umständen anerkannt, dass extraterritoriale Auswirkungen von Einzelakten der Vertragsstaaten relevant nach Art. 1 EMRK sein könnten. Dies betreffe insbesondere Refoulementfälle und militärische Besetzungen. Die Verantwortlichkeit des Vertragsstaates gegenüber einer bestimmten Person werde in derartigen Fällen jedoch deshalb hervorgerufen, weil diese sich auf seinem Territorium befinde. Derartige Fälle beträfen jedoch nicht die aktuelle Frage der Kompetenz des Staates, seine Hoheitsgewalt im Ausland auszuüben.⁶⁶

Zwar habe der Gerichtshof in *Loizidou* unter Berücksichtigung von Zweck und Ziel der Konvention anerkannt, dass die Verantwortlichkeit eines Vertragsstaates auch dadurch hervorgerufen werden könne, dass dieser in Konsequenz einer rechtmäßigen oder unrechtmäßigen militärischen Aktion außerhalb seines Staatsgebietes wirksame Kontrollgewalt über ein bestimmtes Gebiet ausübe. Die Verpflichtung, in derartigen Situationen die Konventionsrechte zu gewährleisten, leite sich aus der Tatsache ab, dass eine derartige Kontrolle entweder unmittelbar durch die bewaffneten Einheiten oder durch die nachgeordnete lokale Verwaltung des Vertragsstaates ausgeübt werde. Zusammenfassend stellte der Gerichtshof deshalb fest, dass nach seiner Rechtsprechung die Ausübung einer extraterritorialen Hoheitsgewalt nur in außergewöhnlichen Situationen anerkannt werde. Dies sei der Fall, wenn der Vertragsstaat in Konsequenz einer militärischen Besetzung wirksame Kontrolle über das relevante Gebiet außerhalb des eigenen Staatsgebietes und seine Bewohner ausübe oder mit Zustimmung, auf Ersuchen oder mit Billigung der Regierung des betreffenden Gebietes dort die vollständige oder teilweise Herrschaftsgewalt, die normalerweise durch diese Regierung ausgeübt werde, übernommen habe.⁶⁷

Doch selbst im klaren Fall der militärischen Besetzung will der Gerichtshof zurückrudern. In *Zypern gegen Türkei* habe der Gerichtshof die Türkei für verantwortlich angesehen, weil die Bewohner von Nordzypern vor der türkischen

66 EGMR, EuGRZ 2002, 133 (139), §§ 23, 54, 59 ff. – *Bankovic et. al. v. Belgium et. al.*
 67 EGMR, EuGRZ 2002, 133 (141), § 71 – *Bankovic et. al. v. Belgium et. al.*

Besetzung den Schutz der Konvention genossen hätten. Nach der Besetzung sei die Regierung Zyperns unfähig geworden, ihre Hoheitsgewalt auszuüben.⁶⁸ Gleichwohl kann nicht behauptet werden, dass der Gerichtshof den Rechtsgrundsatz, dass sich mit der militärischen Besetzung die Hoheitsgewalt und damit die Verantwortlichkeit des Vertragsstaates auch auf das besetzte Gebiet erweitert, aufheben wollte. Es muss also nicht um ein militärisch erobertes Gebiet gehen, das dem territorialen Bezugsrahmen des Europarates zuzuordnen ist. Vielmehr kommt es allein auf die Fähigkeit zur wirksamen Kontrolle durch den Vertragsstaat oder auf die Zustimmung oder Duldung zur Ausübung militärischer Aktionen durch die betroffene Regierung an. In Afghanistan und Irak wird also die Regierungsverantwortlichkeit der dort agierenden Vertragsstaaten der EMRK begründet, weil sogar beide Voraussetzungen gegeben sind.⁶⁹

Im Grundsatz können deshalb Personen, die in diesen Staaten durch militärische Einheiten in den in der Konvention verankerten Rechten verletzt werden, deren Schutz in Anspruch nehmen. Offensichtlich versucht der Gerichtshof, die zuvor entwickelte Ausweitung des Konventionsschutzes wieder einzufangen, ohne dies ausdrücklich einräumen zu wollen. Die rechtlichen und politischen Besonderheiten des zu entscheidenden Falles gaben wohl Anlass, den extraterritorialen Aspekt des Menschenrechtsschutzes zurückzufahren. Rechtlich bewegt der Gerichtshof sich im Schnittfeld von Menschenrechtsschutz und Kriegsrecht. Politisch stand die Handlungsfreiheit der Nato-Staaten zur Diskussion. Man mag sich damit trösten, dass derartige Bombardierungen das völkerrechtliche Verbot der unterschiedslosen Tötung sowie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzen. Individualschutz folgt aus derartigen Verletzungen freilich nicht.

Sofern die Beschwerdeführer Bombardierungen der Rundfunk- und Fernsehanstalten als weiteres Beispiel einer extraterritorialen Verantwortlichkeit der Vertragsstaaten bezeichneten, laufe dies darauf hinaus, dass jedermann, der durch eine einem Vertragsstaat zurechenbare Handlung betroffen werde, wo immer diese Handlung begangen oder ihre Auswirkungen empfunden worden sei, der »Hoheitsgewalt« des Vertragsstaates nach Art. 1 EMRK unterfalle. Dies sei mit dem Wortlaut der Norm unvereinbar. Insgesamt sei festzustellen, dass die Konvention ein multilateraler Vertrag sei, der in einem bestimmten regionalen Kontext seine Funktion entfalte. Die Konvention sei nicht entwickelt worden, um auf der gesamten Welt Anwendung zu finden, dies auch nicht in Bezug auf Handlungen der Vertragsstaaten.⁷⁰ Der Gerichtshof ist zu fragen, wie mit einem derart territorial fixierten Menschenrechtsschutz extraterritorialen ernsthaften Bedrohungen der Menschenrechte wirksam begegnet werden kann? Wie kann der Rechtsverlust, der mit dem Wandlungsprozess nationaler Grundrechte zu extraterritorial konzipierten Menschenrechten verbunden ist, angemessen ausgeglichen werden? Oder gibt es im herrschenden System des Menschenrechtsschutzes keine wirksamen Sicherungen gegen den Ausuferungsprozess internationaler Gesetzlosigkeit?

b) Regierungsverantwortlichkeit durch »Ausübung von Herrschaftsgewalt«

Auf den ersten Blick hat die Rechtsprechung des Gerichtshofes danach keine wirksamen Schutzvorkehrungen gegen das »outsourcing von Folter« entwickelt.

⁶⁸ EGMR, EuGRZ 2002, 133 (142), § 80 – *Bankovic et. al. v. Belgium et. al.*

⁶⁹ So auch *Ute Erberich*, Auslandseinsätze der Bundeswehr und EMRK, 2004, S. 28.

⁷⁰ EGMR, EuGRZ 2002, 133 (142), § 80 – *Bankovic et. al. v. Belgium et. al.*

Ausdrücklich will er in *Bankovic* die betroffene *Einzelaktion* des Vertragsstaates nicht in das verbindliche Schutzsystem der Konvention einbinden, sondern nur dann, wenn der Vertragsstaat zugleich auch über das Gebiet, in dem diese Einzelaktion ausgeführt wird, wirksame Kontrolle ausübt. Obwohl damit an sich die Frage nach der Reichweite der aus der Konvention folgenden positiven Schutzpflichten angesprochen wird, weil der Vertragsstaat nur für die Handlungen seiner Organe verantwortlich gemacht werden kann, auf die er tatsächlich Einfluss nehmen kann, will der Gerichtshof in *Bankovic* von vornherein keine Regierungsverantwortlichkeit anerkennen, wenn diese nicht in eine wirksame Gesamtkontrolle der Region eingebettet ist, in der die Aktion ausgeführt wird. Schutz kann hier allein durch zumeist handlungsunfähige nationale Regierungen eingefordert werden. Ein der EMRK vergleichbares Schutzsystem gibt es allerdings in den Gebieten nicht, die durch militärische Einsätze westlicher Staaten betroffen oder in denen geheime Vernehmungslager eingerichtet worden sind. Der deutsche Begriff in Art. 1 EMRK »der Hoheitsgewalt unterstehen« legt nahe, dass der Betroffene umfassend staatlichem Handeln des Vertragsstaates ausgesetzt und in ein System staatlicher Ordnung eingebunden sein muss. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes insbesondere in den Nordzypern betreffenden Fällen kann aber auch dahin verstanden werden, dass er vom Maß der ausgeübten Kontrolle über ein Gebiet den Umfang der Bindung an die Konvention abhängig machen wollte. Allerdings folgte der Gerichtshof in *Bankovic* nicht der Position der Beschwerdeführer, die Sicherstellung der in der Konvention verankerten Rechte stehe proportional zum Grad der ausgeübten Kontrolle. Bei einem lediglich vorübergehenden Eindringen in den Luftraum eines anderen Staates ist das Maß der Unterworfenheit unter die Hoheitsgewalt des Vertragsstaates tatsächlich eine andere als bei einer Jahrzehnte dauernden, umfassenden Besetzung wie in Nordzypern. Der Gerichtshof befürchtete aber offensichtlich bei Annahme einer Bindung an die Konvention entsprechend dem Maß der Kontrolle eine künstliche Aufspaltung der Bindung nur an bestimmte Garantien im Widerspruch zum Wortlaut von Art. 1 EMRK.⁷¹

Zwingend ist dieses Argument jedoch nicht. Denn es ist auch die Auslegung von Art. 1 EMRK möglich, dass die Bindung der Vertragsstaaten an die Konvention vollumfänglich ist, jedoch jeweils nur bestimmte, durch die jeweilige Handlung betroffene Rechte – im Umfang ihrer tatsächlichen Handlungsmöglichkeiten – eingefordert werden können. Auf andere, in der konkreten Situation nicht betroffene Garantien können sich die Betroffenen mangels persönlicher Betroffenheit gegenüber dem Vertragsstaat ohnehin nicht berufen. Nicht der Umfang der Bindung würde danach aufgespalten. Vielmehr bliebe der Vertragsstaat in allen Situationen extraterritorialer Herrschaftsgewalt vollumfänglich an die EMRK gebunden. Haftbar gemacht werden könnte er jedoch nur für die Rechtsverletzungen, die er in der aktuellen Situation verübt⁷² bzw. trotz Handlungsfähigkeit nicht abstellt. Bei aktiver Beteiligung des Vertragsstaates an unrechtmäßigen Handlungen seiner Organe außerhalb des Hoheitsgebiets wäre hier nicht die aus dem Hoheitsgebot fließende Verantwortlichkeit, sondern die aus der aktuellen Ausübung der Herrschaftsgewalt des Staates durch seine Organe begründete Verantwortlichkeit Anknüpfungspunkt für die Bindung des Staates an die Konvention. Dabei sind tatsächlicher Bezugspunkt stets

⁷¹ EGMR, EuGRZ 2002, 133 (141), § 75 – *Bankovic et. al. v. Belgium et. al*

⁷² Ute Erberich (Fn. 69), S. 30.

Der wirksame Kampf gegen die Folter legt deshalb nahe, die Klammer des Gerichtshofes an die territoriale Komponente zu lösen oder zumindest behutsam zu lockern. Im Zeitpunkt der Entscheidung *Bankovic* waren die zerstörerischen Auswirkungen des »Kampfes gegen den Terror« noch nicht abzusehen, auch wenn es bereits gewichtige Hinweise auf einen zynischen und menschenverachtenden Umgang der Bush-Administration mit universellen Schutznormen gab. Verschleppungen zum Zwecke der Folterungen waren damals freilich wohl noch nicht bekannt. Gleichwohl hätte es zwei Monate nach dem 11. September 2001 nahe gelegen, den Menschenrechtsschutz nicht durch eine Überbetonung der Territorialkomponente zu erschweren. Hinzu kommt, dass die große Kammer des Gerichtshofes unter Vorsitz des Präsidenten in *Bankovic* in Aussicht stellte, aus Anlass der anstehenden Entscheidung in *Öcalan* zur Frage des Agierens von Organen der Vertragsstaaten außerhalb ihres Hoheitsgebiets Stellung zu beziehen,⁷³ derselbe Spruchkörper jedoch später an der kollusiven Form der Zusammenarbeit kenianischer und türkischer Behörden in Kenia zur Ergreifung *Öcalans* keine Bedenken äußern wollte.⁷⁴

Allerdings hat nunmehr die zweite Sektion des Gerichtshofes unter Auseinandersetzung mit *Bankovic* festgestellt, zwar werde nur unter außergewöhnlichen Umständen – etwa im Falle einer militärischen Besetzung – die Staatenverantwortlichkeit wegen der damit gegebenen wirksamen Kontrolle auf das besetzte Gebiet erweitert. Ein Vertragsstaat könne jedoch auch für die Verletzung der Rechte und Freiheiten von Personen als verantwortlich angesehen werden, wenn diese sich im Gebiet eines anderen Staates befinden, dort jedoch der Kontrolle des Vertragsstaates mittels seiner dort – rechtmäßig oder unrechtmäßig – agierenden Organe ausgesetzt seien. Es ging in diesem Fall um Operationen türkischer Sicherheitskräfte in Nordirak. Die Verantwortlichkeit in derartigen Situationen folge aus der Tatsache, dass Art. 1 EMRK nicht dahin interpretiert werden könne, dass es einem Vertragsstaat erlaubt werde, Konventionsverletzungen, die er im eigenen Hoheitsgebiet nicht ausüben könne, auf dem Gebiet eines anderen Staates durchzuführen.⁷⁵

Der Gerichtshof nähert sich damit wohl der inter-amerikanischen Rechtsprechung an. Danach kann die Verantwortlichkeit auch dann begründet werden, wenn sich eine Person in einem Staat aufhält und dort der Kontrollgewalt des Vertragsstaates durch Handlungen seiner Organe unterworfen ist. Im Grundsatz sei weder die Nationalität der betroffenen Person noch deren Anwesenheit innerhalb einer bestimmten Region des Vertragsstaates entscheidend, sondern ob der Vertragsstaat unter den gegebenen Umständen die Rechte der Person beachtet, die seiner Autorität und Kontrollgewalt unterworfen sei.⁷⁶ Zwar bleibt in der Rechtsprechung des Gerichtshofes offen, wie dicht und intensiv die Kontrollgewalt des Vertragsstaates im anderen Staat sein muss. Im Grundsatz knüpfen europäische wie inter-amerikanische Rechtsprechung damit jedoch konzeptionell an die *Herrschaftsgewalt* und nicht ausschließlich an die *Gebietsgewalt* des Vertragsstaates an. Gegen die Praxis der »outsourcing der Folter« kann deshalb auch die Rechtsprechung des Gerichtshofes konzeptionell fruchtbar gemacht werden.

73 EGMR, EuGRZ 2002, 133 (142), § 81 – *Bankovic et. al. v. Belgium et. al.*

74 EGMR, Entscheidung v. 12. Mai 2005 – Nr. 46221/99, §§ 70 – 72, §§ 86 – 90 – *Öcalan v. Turkey*.

75 EGMR, Entscheidung v. 16. November 2004 – Nr. 31821/96 – *Issa et al. v. Turkey*.

76 Inter-American Commission of Human Rights, Nr. 109/99, Case 10.951, § 37 – *Coard et al. v. US*.

3. Reichweite der positiven Staatenpflichten

Je nachdem, wie problemorientiert die Reichweite des Konzeptes der Herrschaftsgewalt der Vertragsstaaten über eine bestimmte Person bestimmt wird, kann eine Lösung der Verschleppungsfälle und CIA-Flüge zwecks »outsourcing von Folter« gelingen. Unbestreitbar trägt die Bundesrepublik Verantwortung für die Verschleppung von Personen durch andere Staaten, wenn dabei das Hoheitsgebiet der Bundesrepublik berührt wird. In diesem Fall treffen die Bundesrepublik aus der Konvention positive Handlungspflichten.

Die Normen der EMRK durchdringen alles staatliche Handeln. Dass sich die vom Gerichtshof entwickelten positiven Schutzpflichten erst aufgrund einer konkreten Beschwerde materialisierten, wäre eine widersinnige Interpretation der Rechtsprechung des Gerichtshofes. Vielmehr ist nach seiner Rechtsprechung der besondere Charakter der Konvention als *Vertrag für die kollektive Durchsetzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten* zu berücksichtigen. Nicht nur für ihre innerstaatliche Praxis, sondern auch für den bi- und multilateralen Verkehr zwischen den Vertragsstaaten errichtet die Konvention mithin eine materielle, auf den Menschenrechten beruhende Ordnung. Ziel und Zweck der Konvention als ein *Instrument zum Schutz des Individuums* erfordern deshalb, dass ihre Vorschriften als *Schutzzvorschriften praktisch wirksam und effektiv gestaltet*, verstanden und angewendet werden.⁷⁷ Unabhängig von einer konkreten Beschwerde vermitteln die Normen in Art. 1, 2 und 3 EMRK deshalb bestimmte Präventions- und *Untersuchungspflichten* und darf die Regierung etwa bei Kenntnis von Verschleppungsfällen, die auf ihrem Gebiet ihren Ausgang nehmen oder über ihr Gebiet – wie in den CIA-Entführungsfällen – abgewickelt werden, nicht in Passivität verharren, sondern hat unverzüglich alle vernünftigerweise zu Gebote stehenden Maßnahmen zu ergreifen, um die Rechtsverletzung abzustellen. Schwerwiegende Versäumnisse der Regierung können von der Zivilgesellschaft unter Berufung auf die Konvention angeprangert und von dieser Rechenschaft gefordert werden.

Um dem Wildwuchs an internationaler Gesetzlosigkeit beizukommen, sind zunächst die an die Staatenverantwortlichkeit anknüpfenden positiven Vertragspflichten zu bestimmen und anschließend zu erörtern, wie diese in eine territoriale erweiterte Konzeption der Staatenverantwortlichkeit eingebettet werden können. Art. 3 EMRK enthält einen der grundlegendsten Werte demokratischer Gesellschaften und verpflichtet in Verbindung mit Art. 1 EMRK die Staaten, erforderliche Schutzvorkehrungen zu treffen, um ihrer Hoheitsgewalt unterstehende Personen gegen Folter und unmenschliche Behandlung zu schützen, einschließlich Misshandlungen durch private Personen.⁷⁸ Zur Sicherstellung des gebotenen wirksamen Schutzes erlegen diese Normen den Vertragsstaaten eine Reihe von positiven Verpflichtungen auf, die darauf gerichtet sind, Verletzungen der Konventionsnormen zu verhindern und Wiedergutmachung zu gewährleisten. Deshalb müssen die Staaten bestimmte Schutzvorkehrungen treffen, um ihrer Hoheitsgewalt unterstehende Personen wirksam gegen Folter und Misshandlungen zu schützen.⁷⁹

In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof in einer Reihe von Entscheidungen zu *unrechtmäßigen Tötungen* und Fällen des *Verschwindenlassens* positive

⁷⁷ EGMR, EZAR 933 Nr. 1, § 87 = EuGRZ 1989, 319 = NJW 1990, 2183 – *Soering*.

⁷⁸ EGMR, Entscheidung v. 10. 10. 2002 – Nr. 38719/97, § 109 – *D.P. and J.C. v. UK*; EGMR, Reports 1998–VI, § 22 – *A. v. UK*; EGMR, Entscheidung v. 10. 5. 2001, § 73 – *Z. et al v. UK*; Jens Meyer-Ladewig, EMRK, 2003, Art. 3 Rdn. 2 f.

⁷⁹ EGMR, HRLJ 2002, 39 (43) – *Al Adsani v. UK*.

Staatenverpflichtungen entwickelt. Die Vertragsstaaten seien nicht nur verpflichtet, absichtliche und unrechtmäßige Tötungen zu unterlassen. Vielmehr hätten sie auch aktiv angemessene Schritte einzuleiten und durchzuführen, um das Leben der ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen zu schützen. Dies schließe zuallererst die Verpflichtung ein, das Recht auf Leben durch Einleitung wirksamer strafrechtlicher Maßnahmen zu schützen. Verfahren zur Durchsetzung von Gesetzen (»*law-enforcement machinery*«) seien erforderlich, um Verletzungen des Rechts auf Leben zu verhindern, zu unterdrücken und zu bestrafen. Diese Normen erlegen den Vertragsstaaten im Rahmen der gegebenen Möglichkeiten darüber hinaus auch positive Verpflichtungen auf, *vorbeugende operative Maßnahmen* zum Schutze von Personen zu ergreifen, deren Leben durch kriminelle Akte anderer Personen in Gefahr sei. Dabei müsse allerdings die Komplexität moderner Gesellschaften in Rechnung gestellt werden und dürfe die Reichweite positiver Verpflichtungen nicht so verstanden werden, dass sie den Staaten unmögliche oder unangemessene Belastungen auferlegten. Die Entstehung positiver Schutzverpflichtungen setze vielmehr voraus, dass die zuständigen Behörden von der tatsächlichen und dringenden Lebensgefahr im Zeitpunkt ihres Bestehens Kenntnis gehabt hätten oder hätten haben müssen und dass sie es unterlassen hätten, im Rahmen ihrer Möglichkeiten die vernünftigerweise zu Gebote stehenden angemessenen Maßnahmen zum Schutze des Betroffenen zu ergreifen.⁸⁰

Der Gerichtshof hat zusätzlich zu derartigen operativen vorbeugenden Schutzpflichten Verpflichtungen der Vertragsstaaten konkretisiert, die gebotenen verfahrensrechtlichen Schritte zu ergreifen, um den Aufenthaltsort des Betroffenen zu ermitteln. Die Verpflichtung nach Art. 1 EMRK, den der Hoheitsgewalt der Vertragsstaaten unterstehenden Personen ihre Rechte zu gewährleisten, setze stillschweigend voraus, dass in irgendeiner Form wirksame Untersuchungen eingeleitet werden müssten, wenn eine Person infolge der Anwendung von Gewalt getötet worden sei.⁸¹ Im selben Umfang verpflichtet Art. 3 EMRK die Staaten.⁸² Die Untersuchung müssten unter anderem sorgfältig und unabhängig durchgeführt werden.⁸³ Natur und Umfang der gebotenen wirksamen Untersuchung sei von den Umständen des konkreten Falles abhängig. Sämtliche relevanten Tatsachen und Umstände seien aufzuklären. Der Umfang der Untersuchungen könne nicht durch Checklisten oder vereinfachende Kriterien eingeschränkt werden.⁸⁴ Das wesentliche Kriterium derartiger Untersuchungen sei es, die wirksame Anwendung der Gesetze zum Schutze des Lebens sicherzustellen und in den Fällen, in die staatliche Behörden oder Institutionen verwickelt seien, deren Verantwortung für den Todesfall aufzuklären.⁸⁵

Welche Form der Untersuchung Erfolg versprechend sei, könne je nach den Umständen unterschiedlich sein. Was auch immer die Behörden unternähmen, jedenfalls müssten diese aus eigener Initiative tätig werden, sobald sie Kenntnis von einem Fall erlangt hätten. Sie dürften es nicht der Initiative der Verwandten

⁸⁰ EGMR, RJD 2001-III, §§ 89 f. – *Kenan v. UK*.

⁸¹ EGMR, RJD-IV, § 131 – *Cyprus v. Turkey*; EGMR, RJD 2000-VI, § 87 – *Timurtas v. Turkey*; EGMR, Entscheidung v. 14. November 2000, Nr. 24396/94 – *Tas v. Turkey*; EGMR, Entscheidung v. 27 Februar 2001 Nr. 25704/94 – *Cicek v. Turkey*; EGMR, Entscheidung v. 18. Juni 2002, Nr. 25656/94, § 334 – *Orhan v. Turkey*.

⁸² EGMR, HRLJ 2002, 39 (43) – *Al Adsani v. UK*.

⁸³ EGMR, Series A 324, §§ 161 – 163 – *Mc Cann v. UK*; EGMR, RJD 1998-I, § 105 – *Kaya v. Turkey*; EGMR, RJD 2000-VI, § 80 – *Velikova v. Bulgaria*.

⁸⁴ EGMR, RJD 2000-VI, § 80 – *Velikova v. Bulgaria*.

⁸⁵ EGMR, Entscheidung v. 13. Juni 2002 – Nr. 38361, §§ 138 – 140 – *Anguelova v. Bulgaria*; EGMR, Entscheidung v. 18. Juni 2002, Nr. 25656/94, § 334 – *Orhan v. Turkey*.

überlassen, zunächst eine formelle Beschwerde zu erheben, bevor sie tätig würden.⁸⁶ Darüber hinaus hätten die Behörden *unverzüglich* zu reagieren. Zwar seien die im konkreten Einzelfall bestehenden Hindernisse und Schwierigkeiten zu berücksichtigen. Eine sofortige Untersuchung körperlicher Misshandlungen oder der Anwendung tödlicher Gewalt sei jedoch wesentlich, um das öffentliche Vertrauen in die Herrschaft des Rechts zu bewahren und sicherzustellen, dass jeglicher Anschein kollusiver oder duldender Haltung staatlicher Behörden im Blick auf unrechtmäßige Handlungen vermieden werde.⁸⁷ Darüber hinaus sei der Staat verpflichtet, unverzüglich die Verwandten einer verschwundenen Person über die behördlichen Kenntnisse der Umstände der unrechtmäßigen Handlung sowie über die zum Schutze der betroffenen Person eingeleiteten Maßnahmen zu informieren.⁸⁸

Die Vertragsstaaten treffen damit eine Reihe detaillierter positiver Schutzpflichten zum Schutze der *ihrer Obhut unterliegenden Personen*. Fraglich ist, wie diese im internationalen Netzwerk geheimdienstlicher Operationen normativ befestigt werden können. Gerade jetzt im ausufernden »Krieg gegen Terrorismus« erweist sich insoweit die Feststellung des Gerichtshofes, die Konvention sei auch in Bezug auf Handlungen der Vertragsstaaten nicht entwickelt worden, um auf der gesamten Welt Anwendung zu finden,⁸⁹ als gravierende konzeptionelle Schwächung der universellen Folterverbotes. Würde akzeptiert, dass in den Fällen, in denen keine wirksame Kontrolle in einem Gebiet außerhalb des Vertragsstaates ausgeübt wird, dessen Organe dort nach freien Belieben schalten und walten sowie entgegen den Bestimmungen der Konvention handeln, foltern oder willkürliche Freiheitsberaubungen (Entführungen) begehen oder sich aktiv an diesen beteiligen oder diese dulden können, kapitulierte die Justiz vor der internationalen Gesetzlosigkeit. Hier ist an neuere Tendenzen der internationalen Rechtsprechung anzuknüpfen, welche aufgrund der Ausübung von *Herrschagsgewalt* durch Organe des Vertragsstaates unabhängig vom Ort der Ausübung dessen Verantwortlichkeit begründet.

Die Begründung der Verantwortlichkeit deutscher Behörden setzt freilich Wissen oder Wissenkönnen im Blick auf derartige Verschleppungsfälle voraus. Jedenfalls besteht die Verpflichtung deutscher Behörden, irgendeine Form wirksamer Untersuchung einzuleiten, wenn Hinweise auf derartige Konventionsverletzungen geliefert werden.⁹⁰ Die Untersuchungen müssen unter anderem sorgfältig und unabhängig durchgeführt werden.⁹¹ Die Natur geheimdienstlicher Konspiration bringt es mit sich, dass der Umfang der gebotenen wirksamen Untersuchung von den Umständen des konkreten Falles abhängig ist. Jedoch sind sämtliche relevanten Tatsachen und Umstände aufzuklären.

Werden derartige Verschleppungen über ein Gebiet abgewickelt, in dem der Vertragsstaat militärische Operationen durchführt, gelten im Grundsatz dieselben Kriterien für die Bestimmung der Staatenverantwortlichkeit. Werden operative militärische Maßnahmen des Vertragsstaates außerhalb seines Gebietes im

86 EGMR, Entscheidung v. 18. Juni 2002, Nr. 25656/94 – *Orhan v. Turkey*; EGMR, HRLJ 2002, 474 (480) – *Khashiyev et al. v. Russia*

87 EGMR, Entscheidung v. 18. Juni 2002, Nr. 25656/94, § 336 – *Orhan v. Turkey*.

88 EGMR, RJD-IV, § 157 – *Cyprus v. Turkey*.

89 EGMR, EuGRZ 2002, 133 (142) § 80 – *Bankovic et al. v. Belgium et al.*

90 Vgl. EGMR, RJD-IV, § 131 – *Cyprus v. Turkey*; EGMR, RJD 2000-VI, § 87 – *Timurtas v. Turkey*; EGMR, Entscheidung v. 14. November 2000, Nr. 24396/94 – *Tas v. Turkey*; EGMR, Entscheidung v. 27 Februar 2001 Nr. 25704/94 – *Cicek v. Turkey*; EGMR, Entscheidung v. 18. Juni 2002, Nr. 25656/94, § 334 – *Orhan v. Turkey*.

91 EGMR, Series A 324, §§ 161 – 163 – *Mc Cann v. UK*; EGMR, RJD 1998-I, § 105 – *Kaya v. Turkey*; EGMR, RJD 2000-VI, § 80 – *Velikova v. Bulgaria*.

Rahmen eines Bündnisses zusammen mit anderen Staaten ausgeübt, kommt es darauf an, ob dieser gegenüber der von Verschleppung betroffenen Personen wirksam seine Schutzfunktion ausüben kann. Jedenfalls wird man aber die unverzügliche Einleitung unabhängig durchgeföhrter Untersuchungen nach Hinweisen auf Konventionsverletzungen einfordern müssen. Der Hinweis auf Bündnistreue ist kein Rechtfertigungsgrund für Passivität. Die Konvention erlaubt keine Komplizenschaft im Namen höherer Ziele. Wird entsprechend der inter-amerikanischen und anknüpfend an neuere Tendenzen in der Straßburger Rechtsprechung an die *Herrschaftsgewalt* von Organen des Vertragsstaates über eine bestimmte Person angeknüpft, ist dieser unabhängig vom Umfang seiner jeweiligen Gebietskontrolle auch für Verschleppungen verantwortlich, an denen seine Organe *aktiv* beteiligt sind. Komplizenschaft bei Konventionsverletzungen begründet stets eine Staatenverantwortlichkeit. Deshalb treffen den Vertragsstaat im Einzelfall umfangreiche Verpflichtungen zur Bestrafung seiner für ihn handelnden Organe, zur Aufklärung der unrechtmäßigen Handlung sowie auch zur Wiedergutmachung.

Der Fall *Khaled el-Masri* geht jedoch noch ein Stück weiter.⁹² Hier geht es um eine Situation, in der der Vertragsstaat Bundesrepublik zunächst nicht an einer Rechtsverletzung gegenüber einer Person beteiligt ist, weil diese außerhalb seines Gebietes und auch nicht unter aktiver Beteiligung seiner Organe verübt wird. Zwar vermittelt das Band der Staatsangehörigkeit eine rechtliche Beziehung zwischen dem Vertragsstaat und den durch unrechtmäßige Handlungen in seinen Rechten verletzten Betroffenen. Ob allein aus der rechtlichen Konzeption diplomatischer Schutzpflichten eine Verantwortlichkeit des Vertragsstaates nach Art. 1 EMRK hergeleitet werden kann, ist jedenfalls bislang nicht diskutiert worden. Denkbar wäre jedoch, eine Bindung des Vertragsstaates an die Konvention aus seinen rechtlichen und tatsächlichen Handlungsmöglichkeiten herzuleiten, die zwar nicht gegenüber jedermann, aber wegen der völkerrechtlich vermittelten besonderen Nähe gegenüber seinen Staatsangehörigen positive Schutzpflichten begründet. Die Bundesregierung behauptet freilich, der damalige Bundesinnenminister *Otto Schily* sei erst am 31. Mai 2004 durch den damaligen US-Botschafter *Daniel Coats* über die Verschleppung *el Masris* informiert worden. Zu diesem Zeitpunkt sei er bereits wieder auf freiem Fuß gewesen.⁹³

Weil Makedonien kein Vertragsstaat der EMRK ist, eröffnet die Konvention den Angehörigen nicht das Recht, von den makedonischen Behörden eine sofortige Untersuchung der Umstände der Verschleppung und unverzügliche Bemühungen zur Freilassung einzufordern. Die Absurdität des territorial gebrochenen Menschenrechtsschutzes wird aber anschaulich an der alternativen Überlegung, dass die Bundesrepublik entsprechend ihrer Kenntnis und Handlungsmöglichkeiten verantwortlich wäre, wenn die US-Behörden den Betroffenen auf dem Flughafen Frankfurt am Main verschleppt hätten. Der Betroffene kann freilich Beschwerde in allen Fällen gegen die Vereinigten Staaten gegenüber der Inter-amerikanischen Menschenrechtskonvention erheben, weil es nach deren Rechtsprechung weder auf die Nationalität des Beschwerdeführers noch auf seine Anwesenheit in einer bestimmten geographischen Region, sondern allein darauf ankommt, dass er der Herrschaft und Kontrollgewalt der Organe eines Vertrags-

⁹² S. hierzu BT-Drs. 16/346.

⁹³ BT-Drs. 16/324.

staates der Amerikanischen MRK unterworfen ist.⁹⁴ Diese Auslegung der Konvention erkennen die Vereinigten Staaten aber nicht an.

4. *Ausnutzen der Foltersituation durch Behörden der Mitgliedstaaten der EMRK*

a) *Funktion des Beweisverwertungsverbotes*

Art. 15 des Übereinkommens gegen Folter verbietet die Verwendung von Aussagen, die nachweislich durch Folter herbeigeführt wurden, als Beweis in einem Verfahren. Das britische Berufungsgericht hatte indes die Verwertung von unter Folter erpressten Aussagen für rechtmäßig erachtet, sofern diese Aussagen im Ausland unter Folter gewonnen worden und britische Behörden nicht beteiligt gewesen seien. Auch das OLG Hamburg hat am 14. Juni 2005 in dem Verfahren *Mounir al-Motassadeq* entschieden, dass Beweismittel, die möglicherweise unter Anwendung von Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung erlangt worden seien, verwendet werden dürften. Es handelt sich um Aussagen, die von Gefangenen gemacht wurden, die in unbekannten Einrichtungen in den Vereinigten Staaten festgehalten werden. Obwohl angesichts der oben dargestellten, gegen »feindliche Kämpfer« geübten unzulässigen Vernehmungspraxis eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass deren Aussagen gewaltsam erpresst wurden, verneinte das OLG Hamburg eine derartige Wahrscheinlichkeit.⁹⁵ Das House of Lords hat hingegen mit Urteil vom 8. Dezember 2005 gegen eine derartige Verfahrensweise mehrheitlich *Position* bezogen.

Das House of Lords hat in dieser wegweisenden Entscheidung festgestellt, dass Art. 15 des Übereinkommens gegen Folter nicht nur in Strafverfahren gilt. Die Norm differenziere auch nicht zwischen Geständnissen und belastenden Aussagen und sei auch nicht auf Verfahren in dem Staat beschränkt, in dem die Folter angewendet worden sei. Scharf rügte die Mehrheit der Lordrichter das Berufungsgericht, weil es übersehen habe, dass das englische common law Folter und deren Folgen seit über 500 Jahren mit Abscheu behandle und diese Abscheu nunmehr durch über 140 Vertragsstaaten des Übereinkommens gegen Folter geteilt werde.⁹⁶

Die Zulassung von unter Gewaltanwendung erlangten Aussagen im Prozess untergräbt die Funktionsfähigkeit des Gerichtswesens und ermutigt die Ermittlungsbehörden, bei der Vernehmung Gewalt anzuwenden. In dem Umfang, in dem die Gerichte derart »vergiftete« Beweismittel zulassen, verursachen sie eine Vertrauenskrise in das Rechtssystem selbst, weil die so gewonnene »rechtliche Wahrheit« keine glaubwürdigen Aussagen und zur Wahrheitsfindung schlecht-hin ungeeignet sind.⁹⁷ Sicherheitsdienste und Justiz haben verschiedene Aufgaben und unterschiedliche Verantwortlichkeiten. Es ist eine Sache, dass die Sicherheitsdienste »vergiftete« Informationen zu operativen Entscheidungen oder zu Ermittlungszwecken einschließlich der Kompetenz, Inhaftierungen durchzuführen, verwenden. Eine vollständig andere Betrachtungsweise ist indes angezeigt, wenn die Justiz derartige Informationen verwendet, um eine Ent-

94 Inter-American Commission of Human Rights, Nr. 109/99, Case 10.951, § 37 – *Coard et al. v. US*.

95 OLG Hamburg, NJW 2005, 2326 (2328); dagegen: Amnesty International, Germany: Hamburg court violates international law by admitting evidence potentially obtained through torture, August 2005.

96 House of Lords, Entscheidung v. 8. Dezember 2005, (2005) UKHL 71, § 35, 51 – *A et al. Secretary of State*.

97 Winston P. Nagan/ Lucie Atkins, Harvard Human Rights Journal 2001, 87 (101).

scheidung über die Schuld oder Unschuld einer Person treffen zu können. In diesem Falle gebietet der Widerstand gegen die Folter, andere Beweismittel zu finden als jene durch Folter erlangte.⁹⁸

Aus dieser Funktion des Beweisverwertungsverbotes lassen sich auch Schlüsse für den Beweisstandard entwickeln. Denn je höher die beweisrechtlichen Anforderungen für die Feststellung, dass eine Information wahrscheinlich unter Folteranwendung gewonnen wurde, desto größer ist das Risiko, dass die gerichtliche Wahrheitsfindung durch »vergiftete« Informationen bestimmt wird, und desto unmittelbarer ist die Gefahr einer Vertrauenskrise in die Integrität des Justizsystems. Während das OLG Hamburg in diesem Zusammenhang von den Angeklagten die Bezeichnung überprüfbarer Quellen verlangt, reicht hingegen nach Auffassung der Mehrheit der Lordrichter lediglich die Bezeichnung einiger plausibler Gründe dafür, dass die Aussage unter Folteranwendung erpresst worden sei. Dafür reiche häufig der Hinweis aus, dass die Aussagen wahrscheinlich in einem Land gewonnen worden seien, das bekanntmaßen Folter anwende. Würden in dieser Weise plausible Gründe bezeichnet, hätten die Behörden die erforderlichen Tatsachen zu ermitteln, damit ein faires Urteil getroffen werden könnte, ob die Aussagen unter Folteranwendung gemacht worden seien oder ein entsprechendes konkretes Risiko bestehe. Der Umfang der Ermittlungen sei abhängig von den Umständen des Einzelfalles. Falls der Behörde die Feststellung nicht möglich sei, dass kein konkretes Risiko dafür bestehe, dass die Aussage durch Folter erpresst worden sei, dürfe sie diese nicht verwerten. Dementsprechend wendet sich die Mehrheit der Lordrichter auch ausdrücklich gegen den umgekehrten beweisrechtlichen Ansatz des OLG Hamburg.⁹⁹

b) Reichweite des Verbotes der Verwendung »vergifteter« Informationen

Art. 15 des Übereinkommens gegen Folter ist Ausdruck eines gewohnheitsrechtlichen Grundsatzes für rechtsförmige Verfahren. Kontroversen bestehen im Blick auf rechtsförmige Verfahren lediglich über den Umfang der Darlegungslast. Steht das Beweisverwertungsverbot hingegen auch der Verwendung von Informationen durch Sicherheitsbehörden entgegen, von denen diese wissen oder annehmen, dass sie unter Folteranwendung erpresst wurden? Diese Frage beschäftigte auch die Lordrichter in ihrem wegweisenden Urteil vom 8. Dezember 2005.

Lordrichter *Nicholls of Birkenhead* beschreibt die Funktion des Beweisverwertungsverbotes damit, dass die Folter weltweit verurteilt werde. Keine zivilisierte Nation verzeihe ihre Anwendung. Der Kampf gegen den Terrorismus erfordere andererseits jedoch einen Informationsfluss zwischen den Geheimdiensten vieler Staaten. Fragmente von Informationen aus verschiedenen Quellen könnten so zusammengefügt werden und ein wertvolles Bild hervorbringen und Regierungen betroffener Länder in die Lage versetzen, vorbeugende Maßnahmen zu unternehmen. Was solle die Polizei tun, wenn sie wisse oder annehme, dass die in anderen Staaten gewonnene Information auf Folteranwendung beruhe? Sollten sie diese Information als »vergiftet« ansehen und ihre Verwendung ablehnen? Die spontane Reaktion sei, derartige Informationen zu nutzen, wenn sie Leben retten könnten. Es wäre absurd, sie nicht zu gebrauchen. Falls die Polizei dadurch eine tickende Bombe entschärfen könne, wäre es lächerlich, die Information nur deshalb nicht zu verwenden, weil sie durch Folter erlangt worden sei.

98 Lordrichter *Nicholls of Birkenhead*, in: House of Lords, (2005) UKHL 71, § 70.

99 House of Lords, (2005) UKHL 71, §§ 56, 60, 80, 98, 118, 145, 155.

Niemand empfehle der Polizei, sich so zu verhalten. In derartigen Fällen könne niemand von der Polizei erwarten, um den Preis der Gefährdung der Bevölkerung ihre Augen gegenüber dieser Information zu verschließen.¹⁰⁰

c) *Ausnutzen einer »Foltersituation« im Ausland durch Vertragsstaaten der EMRK*

Darüber hinaus wird die Frage, ob Sicherheitsdienste der Vertragsstaaten der EMRK in Folterstaaten gefangen genommene Personen aufsuchen und diese dort vernehmen dürfen, kontrovers diskutiert. Folgende Fälle beschäftigen insoweit die Öffentlichkeit: So sollen deutsche Sicherheitsbeamte den in Bremen geborenen und aufgewachsenen *Murat Kurnaz* in Guantanamo aufgesucht und befragt haben. Zwar habe die Bremer Staatsanwaltschaft jegliche Kooperation strikt abgelehnt, da die Gefangennahme nicht rechtsstaatlichen Grundsätzen entspreche. Gleichwohl sollen die US-Behörden erstaunlich gut über das Umfeld des Bremers informiert gewesen sein, sodass der Verdacht des verdeckten bilateralen Nachrichtenaustausches zwischen den beteiligten Sicherheitsbehörden geäußert wird.¹⁰¹ Der in Syrien geborene Kanadier *Abdullah Almaki* reiste im Frühjahr 2002 nach Damaskus. Dort wurde er bereits am Flughafen festgenommen und anschließend mit Elektrokabeln auf die Fußsohlen geschlagen, in einen Reifen gepresst und bis zur Bewusstlosigkeit geschlagen. Nach seiner Freilassung unabhängig durchgeführte Ermittlungen ergaben, dass die syrischen Folterer im Auftrag kanadischer Behörden Ermittlungen vorgenommen hatten. Aus den Unterlagen eines kanadischen parlamentarischen Untersuchungsausschusses geht hervor, dass kanadische Behörden im Kontakt mit den syrischen Behörden gestanden hatten. Der Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen hat die kanadischen Behörden im November 2005 aufgefordert, in diesem und vergleichbaren weiteren drei Fällen Auskunft zu erteilen. Die kanadische Regierung hat diese Forderung zurückgewiesen.¹⁰² Deutsche Behörden haben nach Auskunft von Bundesinnenminister *Wolfgang Schäuble* im Herbst 2002 den Deutsch-Syrier *Mohammed Haydar Zammar* in einem Gefängnis in Syrien aufgesucht und dort vernommen. Diese Auskunft wurde Dezember 2005 erteilt. Im Gegensatz hierzu hatte die Bundesregierung zuvor wiederholt auf Anfragen der Rechtsanwältin jegliche Kenntnis des Gewahrsamortes verneint. Die deutsche Botschaft in Damaskus habe sich seit Frühsommer 2002 wiederholt bei den syrischen Behörden um Auskunft über den Aufenthaltsort und die rechtliche Situation des Betroffenen bemüht.¹⁰³

Mitte 2002 soll ein Observationsteam des BKA einem in München lebenden libanesischen Autohändler in den Libanon gefolgt sein, weil dieser der Unterstützung einer terroristischen Vereinigung verdächtigt wurde. Die von den BKA-Beamten informierten libanesischen Sicherheitsbehörden hätten den Autohändler und seinen Bekannten festgenommen. Beide sollen im Gefängnis misshandelt worden sein. Die BKA-Beamten hätten sich gewundert, dass bei ihren Vernehmungen beide Personen sehr rasch geständig gewesen seien. Eine Verbindungsperson zum Beiruter Geheimdienst soll erklärt haben, dass in derartigen Fällen Gefangenen Stromkabel an die Hoden gelegt würden, weil dies keine äußerlich wahrnehmbaren Spuren verursache. Die von einem der einge-

¹⁰⁰ Lordrichter *Nicholls of Birkenhead*, in: House of Lords, (2005) UKHL 71, § 68 f.

¹⁰¹ Süddeutsche Zeitung v. 20. Januar 2006.

¹⁰² ai Journal 1/2006, S. 22 f.

¹⁰³ Süddeutsche Zeitung v. 17. Dezember 2005.

setzten BKA-Beamten informierte Amtsleitung erklärte durch ihre Pressesprecherin, die mitgeteilten Informationen beruhten ausschließlich auf Schlussfolgerungen des Beamten. Weitere Ermittlungen seien deshalb nicht veranlasst.¹⁰⁴ Bundesinnenminister Wolfgang Schäuble verteidigt die deutsche Zusammenarbeit. Deutschland hätte sich national und weltweit für die Ächtung der Folter entschieden. Dabei müsse es bleiben. Syrische Dienste, mit denen Deutschland zusammen arbeite, hätten angeboten, *Mohammed Haydar Zammar* zu vernehmen. Das BKA sei dort gewesen, und er habe wohl gesagt, er sei geschlagen worden, aber nicht in Syrien, sondern im Libanon oder irgendwo sonst, wo er vorher gewesen sei, und nicht im Zusammenhang mit der Vernehmung. Er habe keinen Anlass für die Vermutung, das BKA hätte gewissermaßen von Verhaltensweisen profitiert, die man als Folter bezeichnen könnte.¹⁰⁵

In den geschilderten Fällen sind bis auf die kanadischen Verstrickungen westliche Beamte zwar nicht unmittelbar an Folterungen beteiligt. Bei den Gewahrsamsstaaten handelt es sich jedoch um Staaten, in denen nach allgemein zugänglichen und damit auch den deutschen Behörden bekannten Informationen terroristischer Aktivitäten verdächtige festgenommene Personen zur Erpressung von Aussagen systematisch gefoltert werden. Damit stellt sich die Frage, ob deutsche Behörden die Verwundbarkeit und durch Folteranwendung erheblich geschwächte Widerstandsfähigkeit festgenommener Personen ausnutzen dürfen, um ihrerseits sicherheitsrelevante Informationen zu gewinnen.

Nach Art. 1 Abs. 1 Satz 1 des Übereinkommens gegen Folter muss die Folter von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen, in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, *auf deren Veranlassung* oder mit deren *ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis* verursacht werden. Deutsche Beamte waren weder unmittelbar noch mittelbar an den von den Beamten des Gewahrsamsstaates ausgeübten Folterungen beteiligt. Sollte die Vernehmung von Folteropfern Erkenntnisse zu präventivpolizeichen Zwecken liefern, wird das völkerrechtliche Beweisverwertungsverbot nicht verletzt. Die bloße Entgegennahme und Verwendung von Informationen, die nachweislich oder wahrscheinlich unter Anwendung von Folter erpresst wurden, ist an sich unbedenklich, solange deutsche Beamte an dem Prozess der Ermittlung der auf diese Weise gewonnenen Erkenntnisse nicht unmittelbar oder mittelbar beteiligt sind. Deutsche Beamte, die festgenommene Personen in Staaten vernehmen, die wahrscheinlich terroristischer Aktivitäten verdächtige Personen im Rahmen von Ermittlungen systematisch foltern, geraten in die Gefahr, *Komplizen von Folterstaaten* zu werden. Unbeachtlich ist der Einwand, eine systematisch oder auch nur gelegentlich geübte Folterpraxis sei deutschen Behörden nicht bekannt bzw. derartige Annahmen beruhten auf bloßen Schlussfolgerungen. Staaten, insbesondere EMRK-Vertragsstaaten, dürfen ihre Augen nicht vor evidenten Tatsachen verschließen und haben bei Zweifeln eine entsprechende Aufklärungspflicht, wollen sie wirksam dem Vorwurf begegnen, durch die Wahl von Ort und Zeit ihrer Vernehmungen in Komplizenschaft mit den Folterstaaten zu handeln. Folterungen haben regelmäßig *prozesshaften Charakter*, d. h. der deutsche Beamte führt seine Vernehmungen möglicherweise während andauernder Folterungen durch, die lediglich *punktuell* für die Dauer seiner Vernehmungen unterbrochen werden. Den Behörden des Gewahrsamsstaates wird anschließend zumeist daran gelegen sein, von den Betroffenen – unter Anwendung von Folter

¹⁰⁴ Süddeutsche Zeitung v. 17. Dezember 2005.

¹⁰⁵ Interview in Süddeutscher Zeitung v. 16. Dezember 2005.

– zu erfahren, welche Informationen sie den deutschen Behörden preisgegeben haben. Der deutsche Beamte weiß nicht, und wird es auch nicht erfahren, ob vor und nach seiner Vernehmung der Betroffene gefoltert worden ist bzw. erneut gefoltert werden wird.

Zusammengefasst, Vernehmungen durch deutsche Beamte in Folterstaaten finden in einem Prozess fortdauernder Folterungen statt. Verantwortlich für die Folterungen ist der Gewahrsamsstaat. Deutsche Beamte haben keine wirksame Kontrolle über den Gefangenen, sodass man wohl kaum eine am Territorialprinzip ausgerichtete Verantwortlichkeit des deutschen Staates für die Folterungen annehmen kann. Positive Vertragspflichten aus der EMRK setzen eine Verantwortlichkeit des Vertragsstaates voraus. Es handelt sich hier aber um eine spezifische Variante des »outsourcing von Folter«, der eine internationale Zusammenarbeit der beteiligten Staaten zugrunde liegt. Aus dieser internationalen Zusammenarbeit folgen für die beteiligten Staaten, so auch für die Bundesrepublik, nicht nur Rechte, sondern auch *Pflichten*. Denn ihre Beamten üben im Zeitpunkt der Vernehmung Herrschaftsgewalt über die vernommene Person mit Zustimmung des Gewahrsamsstaates aus. Die Bundesrepublik hat deshalb alle vernünftigerweise zu Gebote stehenden Möglichkeiten auszuschöpfen, um Folterungen aufzuklären, keinesfalls aber das »Recht«, einen vermutlich bereits »weich gekochten« Gefangenen weiter auszufragen.

Die an sich zulässigen Vernehmungsmethoden des deutschen Beamten in einer von Folter geprägten Situation werden in einem völlig anderen Kontext angewendet als in freiheitlich demokratischen Rechtsstaaten. Vernehmungsmethoden, die in Deutschland nicht als Bedrohung und Einschüchterung empfunden werden mögen, weil die vernommene Person Zugang zu einem unabhängigen Rechts- und damit wirksamen Kontrollsysteem hat, verändern in Folterstaaten vollständig ihren Charakter. Sie finden Anwendung auf eine Person, die bereits durch vorherige Folter in ihrer Persönlichkeit zerstört ist und in Furcht vor weiteren Folterungen lebt und die durch Erniedrigungen demoralisiert und von Angst und Furcht vor weiteren grausamen und erniedrigenden Maßnahmen beherrscht ist. Vernehmungen in einem derartigen Kontext mittels an sich unbedenklicher Vernehmungsmethoden verstärken die durch Folteranwendung vorgeprägte Situation, werden ungewollt zum Teilelement in einem durch Behörden des Gewahrsamsstaates beherrschten *Prozess* der Anwendung von Folter und anderen grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Vernehmungsmethoden. Sie sind aus diesem Grund unzulässig. Damit das öffentliche Vertrauen in die Herrschaft des Rechts bewahrt und sichergestellt werden kann, muss jeglicher Anschein kollusiver oder duldender Haltung der Vertragsstaaten im Blick auf unrechtmäßige Handlungen vermieden werden.¹⁰⁶ Weil es in einer durch Folteranwendung vorgeprägten Vernehmungssituation keine neutralen Vernehmungsmethoden geben kann, beteiligen sich deutsche Behörden, auch ohne dass sie unmittelbar oder mittelbar an den eigentlichen Folterungen des Gewahrsamsstaates teilnehmen, allein durch die Tatsache der Vernehmung in einem derartigen Kontext an den Folterungen. Das britische Oberhaus bringt diesen schwerwiegenden Sachverhalt treffend auf den Punkt:

»*Es ist nicht möglich, Folter zu verurteilen und zugleich stillschweigend von den unter Folteranwendung gewonnenen Erkenntnissen Gebrauch zu machen, weil die Wirkung darin besteht, dass damit zur Folteranwendung ermutigt wird.*«¹⁰⁷

¹⁰⁶ EGMR, Entscheidung v. 18. Juni 2002, Nr. 25656/94, § 336 – *Orhan v. Turkey*.

¹⁰⁷ House of Lords, (2005) UKHL 71, § 34.