

Drohende häusliche Gewalt
als Hindernis der
Ausweisung und Auslieferung
im Rahmen von Art. 3 EMRK

Gutachten

erstattet zuhanden
Frau Dr. h.c. Anni Lanz
Solidaritätsnetz Region Basel
Feldbergstrasse 40
4057 Basel

von

Prof. Dr. Markus Schefer
stud. iur. Nicole Šmid

Juristische Fakultät
Universität Basel

Basel, 17. August 2006

Inhalt

I.	Gutachtensfrage	1
II.	Übersicht.....	1
III.	Normativer Gehalt von Art. 3 EMRK	2
a.	Allgemein.....	2
aa)	<i>Folter</i>	2
bb)	<i>Unmenschliche oder erniedrigende Behandlung</i>	3
cc)	<i>Absolute Geltung des Verbots</i>	5
dd)	<i>Staatliche Schutzpflichten</i>	5
b.	Art. 3 EMRK als Garantie des non-refoulement	7
aa)	<i>Grundsatz</i>	7
bb)	<i>Kerngehalt</i>	7
cc)	<i>Intensität der Verletzung</i>	7
dd)	<i>Konkrete Gefahr der Verletzung (real risk)</i>	8
ee)	<i>Persönlicher Schutzbereich</i>	9
IV.	Anwendung von Art. 3 EMRK auf Gewalt von Seiten Privater	9
a.	Allgemein.....	9
b.	Schutz vor Misshandlung Privater im Rahmen des non-refoulement	11
V.	Anwendung von Art. 3 EMRK auf häusliche Gewalt	14
a.	Grundsatz.....	14
b.	Besondere Erwägungen zur Intensität.....	15
c.	Besondere Erwägungen zur konkreten Gefährdung.....	19
VI.	Möglichkeit eines sicheren Zufluchtsorts im Heimatstaat.....	21
VII.	Hinweis auf den Schutz vor häuslicher Gewalt im Rahmen des Flüchtlingsrechts	22
VIII.	Zusammenfassung	24

Literatur

- ACHERMANN ALBERTO/HAUSAMMANN CHRISTINA, Handbuch des Asylrechts, Bern 1991
- ALLEWELDT RALF, Schutz vor Abschiebung bei drohender Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, Berlin u.a. 1996
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Volume II : Les droits fondamentaux, 2^{ème} éd., Berne 2006
- BESSON SAMANTHA, Les obligation positives de protection des droits fondamentaux – Un essai en dogmatique comparative, ZSR 2003 I
- BINDER ANDREA, Frauenspezifische Verfolgung vor dem Hintergrund einer menschenrechtlichen Auslegung des Flüchtlingsbegriffs der Genfer Flüchtlingskonvention, Diss. Basel 2001
- BOLZ SUSANNE, Wie EU-kompatibel ist das Schweizer Asylrecht?, ASYL 1/2005
- BÜCHLER ANDREA, Gewalt in Ehe und Partnerschaft – Polizei-, straf- und zivilrechtliche Interventionen am Beispiel des Kantons Basel-Stadt, Diss. Basel/Genf/München 1998
- BURGERS J. HERMAN/DANELIUS HANS, The United Nations Convention against Torture, Dordrecht 1988
- CASSESE ANTONIO, Prohibition of Torture and Inhuman and Degrading Treatment or Punishment, in: Ronald St. J. Macdonald/Franz Matscher/Herbert Petzold (eds.), The European System for the Protection of Human Rights, Dordrecht 1993
- CLAYTON RICHARD/TOMLINSON HUGH, The Law of Human Rights, Oxford 2001
- DE WET ERIKA, The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law, EJIL 2004
- DIETLEIN JOHANNES, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. Berlin 2005
- EGLI PATRICIA, Drittwirkung von Grundrechten, Zürich 2002

- FROWEIN JOCHEN/PEUKERT WOLFGANG, Europäische MenschenrechtsKonvention: EMRK-Kommentar, 2. Aufl. Kehl/Strasbourg/Arlington 1996
- GATTIKER MARIO, Das Asyl- und Wegweisungsverfahren: Asylgewährung und Wegweisung nach dem Asylgesetz vom 26.6.1998 (Hrsg. SFH), 3. Aufl. Bern 1999
- GOODWIN-GILL GUY S., The Refugee in International Law, 2nd ed., Oxford 1996
- GRABENWARTER CHRISTOPH, Europäische Menschenrechtskonvention, München 2005
- GRIMM DIETER, Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?, in: Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt a.M. 1991
- HANNIKAINEN LAURI, Peremptory Norms (ius cogens) in International Law, Helsinki 1988
- HARRIS DAVID/O'BOYLE MICHAEL/WARBRICK COLIN, Law of the European Convention on Human Rights, London/Dublin/Edinburgh 1995
- HATHAWAY JAMES C., The Rights of Refugees under International Law, Cambridge UK 2005
- ISENSEE JOSEF, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. V, 2. Aufl. Heidelberg 2001
- JAECKEL LIV, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Baden-Baden 2001
- JENSEN INKE, Frauen im Asyl- und Flüchtlingsrecht, Kiel 2002
- JOSEPH SARAH/SCHULTZ JENNY/CASTAN MELISSA, The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary, 2nd ed. New York 2004
- KADELBACH STEFAN, Zwingendes Völkerrecht, Berlin 1992
- KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, Universeller Menschenrechtsschutz, Basel/Baden-Baden 2005
- KÄLIN WALTER, Das Prinzip des Non-Refoulement, Diss. Bern 1982, S. 185.
- KÄLIN WALTER, Die Bedeutung Geschlechtsspezifischer Verfolgung im Schweizerischen Asylrecht, ASYL 2/01

KÄLIN WALTER, Internationale Menschenrechtsgarantien als Schranke der Revision von Bundesverfassungsrecht – Das Beispiel völkerrechtswidriger Asylinitiativen, AJP 3/1993

KÄLIN WALTER, Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect, 15 Geo. Immigr. L.J. 415

MAHON PASCAL, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003

MARTENET VINCENT, Géométrie de l'égalité, Genève 2003

MOWBRAY ALASTAIR, The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Oxford 2004

MÜLLER JÖRG PAUL, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 39

MÜLLER JÖRG PAUL, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl. Bern 1999

MÜLLER JÖRG PAUL, Subjektiv- und objektivrechtliche Bedeutung der Grundrechte, Der Staat 1990

NOWAK MANFRED, U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary, 2nd ed. Kehl/Strasbourg/Arlington 2005

ORAKHELASHVILI ALEXANDER, Peremptory Norms in International Law, Oxford 2006

OVEY CLARE/WHITE ROBIN C.A., The European Convention on Human Rights, 4. Auflage, Oxford 2006

PETERS ANNE, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention: mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Grundgesetz, München 2003

PULVER BERNHARD, L'interdiction de la discrimination, Diss. Neuchâtel, Basel 2003

RAESS MARKUS, Der Schutz vor Folter im Völkerrecht, Diss. Zürich 1989, S. 81ff.; Stefan Kadelbach, Zwingendes Völkerrecht, Berlin 1993

RHINOW RENÉ, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003

- RÖHL KATHARINA, Fleeing violence and poverty, S. 18, Working Paper No. 111 (New Issues in Refugee Research), UNHCR 2005, einsehbar unter <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/research/opendoc.pdf?tbl=RESEARCH&id=41f8ef4f2> (zuletzt besucht am 16. August 2006).
- SALADIN PETER, Völkerrechtliches ius cogens und schweizerisches Landesrecht, in: Guido Jenny/Walter Kälin, Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, Bern 1988
- SCHEFER MARKUS, Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern 2001
- SCHWANDER MARIANNE, Interventionsprojekte gegen häusliche Gewalt: Neue Erkenntnisse – neue Instrumente, ZStR 2003
- SCHWEIZER RAINER J., Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: Verfassungsrecht der Schweiz, § 43
- STÖCKLI WALTER, Asyl, in: Peter Uebersax/Peter Münch/Thomas Geiser/Martin Arnold, Ausländerrecht, Basel/Genf/München 2002, § 8
- SZCZEKALLA PETER, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Berlin 2002
- UNRUH PETER, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1996
- VAN DIJK PETER/VAN HOOF GODEFRIDUS J.H., Theory and Practice of the European Convention of Human Rights, 3rd ed. The Hague 1998, S. 311ff.
- WALDMANN BERNHARD, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Bern 2003
- WIEDERIN EWALD, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL 2004

Materialien

Ad hoc Committee of Experts on the Legal Aspects of Territorial Asylum, Refugees and Stateless Persons (CAHAR), Twenty Guidelines on forced return, September 2005, CM(2005)40

Antwort de Bundesrats (vom 1.3.1993) auf Interpellation Caspar-Hutter, zitiert in E-MARK 2004 Nr. 14, E5b, S. 86f.

Bericht des Bundesamtes für Migration vom August 2005 als Antwort auf das Postulat Menétrey-Savary (00.3659): Stellung der Frauen in der Asylpolitik – Würdigung frauen- bzw. geschlechtsspezifischer Aspekte im Asylverfahren

Botschaft über die Volksinitiative „Für eine vernünftige Asylpolitik“ und „Gegen die illegale Einwanderung“, BBl 1994 III 1486

Botschaft zum Bundesbeschluss über das Asylverfahren (AVB) und zu einem Bundesgesetz über die Schaffung eines Bundesamtes für Flüchtlinge, BBl 1990 II 595

CAT General Comment No. 1 (1997)

CERD General Recommendation No. 30 (2004)

Commission of Human Rights, Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective: Violence against Women, E/CN.4/2002/83 vom 31. Januar 2002

Concluding Observations (Human Rights Committee), The Netherlands, CCPR/CO/72/NET vom 27. August 2001

GA Resolution 48/104: Declaration on the Elimination of Violence against Women

Immigration Appellate Authority, Asylum Gender Guidelines, November 2000, Ziff. 2A.16, einsehbar unter <http://www.asylumsupport.info/publications/iaa/gender.pdf> (zuletzt besucht am 16. August 2006)

MRA General Comment No. 20 (1992)

MRA General Comment No. 31 (2004)

Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als

Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes“, ABI L 304 vom 30. Sept. 2004, S. 12ff.

UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons who otherwise need International Protection and the Content of the Protection granted (OJ L 304/12 of 30.9.2004)

UNHCR, Guidelines on International Protection: “Internal Flight or Relocation Alternative” within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 23. Juli 2003, HCR/GIP/03/04

UNHCR, Guidelines on International Protection: “Membership of a particular social group” within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 7. Mai 2002, HCR/GIP/02/02

UNHCR, Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/02/01 vom 7. Mai 2002

UNHCR, Guidelines on International Protection: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 28. April 2004, HCR/GIP/04/06

UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 1992 (1979), HCR/IP/Eng/Rev. 1

UNHCR-Stellungnahme: Auslegung von Artikel 1 GFK, 2001, Rz. 19, einsehbar unter <http://www.unhcr.de/pdf/85.pdf> (zuletzt besucht am 16. August 2006)

I. Gutachtensfrage

Das vorliegende Gutachten klärt die Frage, ob Art. 3 EMRK einem Ausländer oder einer Ausländerin Schutz davor gewährleistet, in einen anderen Staat ausgeliefert oder ausgewiesen zu werden, wenn er oder sie dort der Gefahr häuslicher Gewalt ausgesetzt wird. Das Gutachten beschränkt sich auf materiell-rechtliche Fragen; Probleme der prozessualen Durchsetzung in der Schweiz werden nicht angesprochen.

Nicht Gegenstand dieses Gutachtens ist auch der flüchtlingsrechtliche Schutz verfolgter Menschen vor häuslicher Gewalt im Falle einer Rückschiebung.

Da typischerweise Frauen von häuslicher Gewalt betroffen sind, spricht sich das vorliegende Gutachten primär zu ihrem Schutz aus.

II. Übersicht

Das vorliegende Gutachten stellt vorerst kurz den normativen Gehalt von Art. 3 EMRK dar und geht insbesondere auf seine Bedeutung als Garantie des non-refoulement ein. Anschliessend geht es der Frage nach, wie weit Art. 3 EMRK Schutz vor Misshandlung von Seiten Privater gewährleistet. Häusliche Gewalt stellt eine besondere Form der Misshandlung von Seiten Privater dar; deshalb wird anschliessend skizziert, welche Intensität sie aufweisen muss, um von Art. 3 EMRK erfasst zu werden. Zudem wird gefragt, welche besonderen Erwägungen spezifisch bei Problemen der häuslichen Gewalt anzustellen sind, um eine konkrete Gefährdung darzutun. Sodann wird abgeklärt, unter welchen Voraussetzungen eine Rückschiebung an einen sicheren Zufluchtsort im Herkunftsland zulässig sein könnte. Zuletzt werden kurz gewisse Bezüge zum Flüchtlingsrecht skizziert.

III. Normativer Gehalt von Art. 3 EMRK

a. Allgemein

Art. 3 EMRK hält fest, dass „niemand (...) der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden“ darf. Analoge Verbote enthalten Art. 7 UNO-Pakt II, die UNO-Folterschutzkonvention (FoK) sowie Art. 10 Abs. 3 BV.

aa) Folter

Art. 1 FoK definiert den Begriff der „Folter“ eingehend. Der EGMR hat im Rahmen von Art. 3 EMRK – unter Berücksichtigung der Begriffsumschreibung von Art. 1 FoK – während der letzten Jahrzehnte eine reiche Praxis zum Begriff der Folter entwickelt. Das Verbot der Folter stellt heute völkerrechtliches *ius cogens*¹ und damit eine Schranke der Verfassungsrevision² dar.

Nach der internationalen Praxis zeichnet sich Folter durch die vorsätzliche Zufügung schwersten³ körperlichen oder psychischen⁴ Leids aus⁵. Art. 1 FoK enthält das zu-

¹ MARKUS RAESS, *Der Schutz vor Folter im Völkerrecht*, Diss. Zürich 1989, S. 81ff.; STEFAN KADELBACH, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin 1993, S. 291ff.; LAURI HANNIKAINEN, *Peremptory Norms (ius cogens) in International Law*, Helsinki 1988, S. 499ff.; ERIKA DE WET, *The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law*, EJIL 2004, S. 97ff. *Regina v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3) (House of Lords) [2000] 1 AC S. 147ff.*

² Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV.

³ RICHARD CLAYTON/HUGH TOMLINSON, *The Law of Human Rights*, Oxford 2001, Rz. 8.22; PETER VAN DIJK/GODEFRIDUS J.H. VAN HOOFF, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, 3rd ed. The Hague 1998, S. 311ff.

⁴ Es ist weitestgehend unbestritten, dass sowohl körperliche als auch psychische Verletzungen vom Folterverbot erfasst werden, wenn sie genügend intensiv sind; siehe J. HERMAN BURGERS/HANS DANIELIUS, *The United Nations Convention against Torture*, Dordrecht 1988, S. 115 und 117f.; CLAYTON/TOMLINSON (Anm. 3) Rz. 8.24; MANFRED NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary*, 2nd ed. Kehl/Strasbourg/Arlington 2005, Art. 7, Rz. 6; SARAH JOSEPH/JENNY SCHULTZ/MELISSA CASTAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, 2nd ed. New York 2004, Rz. 9.05; RAINER J. SCHWEIZER, *Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz*, in: *Verfassungsrecht der Schweiz*, § 43, Rz. 17; PASCAL MAHON, in: *Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich/Basel/Genf 2003, Art. 10, Rz. 19.

⁵ Der EGMR hat in den letzten dreissig Jahren die Anforderungen an die Intensität der Misshandlung im Sinne einer dynamischen Konkretisierung von Art. 3 EMRK gesenkt. In *Selmouni v. France (GC)*, 25803/94 (1999) Ziff. 101 weist der EGMR darauf hin, „dass bestimmte, früher als

sätzliche Erfordernis, dass Folter gewisse Zwecke verfolgt, etwa ein Geständnis aus dem Gefolterten herauszupressen, in einzuschüchtern oder für eine Tat zu bestrafen. Damit bezeichnet die FoK eine typische Situation der Folter; die Verfolgung eines spezifischen Zwecks ist jedoch nicht begriffsnotwendig Voraussetzung dafür, dass Folter i.S. von Art. 3 EMRK vorliegt⁶. Das Verbot nach Art. 3 EMRK erfasst – anders als Art. 1 FoK – sowohl Folter von Seiten des Staates als auch von Privaten; darauf ist unten unter Ziff. III zurückzukommen.

bb) Unmenschliche oder erniedrigende Behandlung

Zusätzlich zur Folter verbietet Art. 3 EMRK „unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung“. Der leicht abweichende Wortlaut von Art. 10 Abs. 3 BV ändert am normativen Gehalt nichts.

Nur schwerwiegende Beeinträchtigungen der physischen oder psychischen Integrität fallen hierunter. Dabei sind sämtliche Umstände massgebend, wie etwa die körperlichen oder psychischen Auswirkungen auf den Betroffenen, oder die Dauer und das Umfeld, in dem die Handlungen stattfinden. Darüber hinaus kann auch etwa das Al-

„unmenschliche oder erniedrigende Behandlung“ und nicht als „Folter“ eingestufte Handlungen zukünftig anders qualifiziert werden könnten. (Er) ist der Ansicht, dass die zunehmend hohen Anforderungen an den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten entsprechend und unvermeidlich eine grössere Strenge bei der Bewertung der Verletzungen von Grundwerten der demokratischen Gesellschaft erfordern“. Deutsche Übersetzung aus: NJW 2001, S. 60. Siehe auch *Elçi v. Turkey*, 23145/93 (2003) Ziff. 634.

⁶ Der EGMR äussert sich nicht konsistent zum Element des Zweckes. So bejaht er das Vorliegen von Folter ohne Diskussion, welchen Zweck die Misshandlungen verfolgen, etwa in *Selmouni v. France* (GC), 25803/94 (1999) Ziff. 96-105; *Elçi and others v. Turkey*, 23145/93 (2003) Ziff. 634; *Ilaşcu and others v. Moldova and Russia* (GC), 48787/99 (2004) Ziff. 426. In anderen Entscheiden weist der Gerichtshof auf den Zweck hin, der mit den Misshandlungen verfolgt wurde, ohne sich damit allerdings vertieft auseinander zu setzen; *Salman v. Turkey* (GC), 21986/93 (2000) Ziff. 114f.; *Akkoç v. Turkey*, 22947/93 (2000) Ziff. 115; *Dikme v. Turkey*, 20869/92 (2000) Ziff. 92–96; *Aktas v. Turkey*, 24351/94 (2003) Ziff. 313, 319.

Demgegenüber halten etwa WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz*, Basel/Baden-Baden 2005, S. 326-328, oder NOWAK (Anm. 4) Art. 7, Rz. 6, am Erfordernis des Zwecks in jedem Fall fest. Nach BURGERS/DANELIUS (Anm. 4) S. 119 soll das Zweckelement in der FoK sicherstellen, dass die Misshandlung einen Bezug zum Staat hat und nicht rein privater Initiative entspringt. Dies erscheint deshalb sinnvoll, weil die FoK nur Folter von Seiten des Staates erfasst. Art. 3 EMRK dagegen verbietet auch private Folter (unten S. 9). Es rechtfertigt sich auch aus diesem Grund nicht, am Element des Zwecks in jedem Fall festzuhalten.

ter, das Geschlecht, der Gesundheitszustand oder die Zugehörigkeit zu einer spezifischen Gruppe von Bedeutung sein⁷.

Das Verbot der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung unterscheidet sich von jenem der Folter insbesondere dadurch, dass es auch weniger intensive Einwirkungen verbietet. Zudem fallen auch Handlungen unter dieses Verbot, die nicht vorsätzlich⁸ Leiden zufügen⁹. Die Verfolgung eines spezifischen Zwecks ist – wie bei der Folter – nicht begriffsnotwendig¹⁰. Eine Handlung kann gerade deshalb als erniedrigend oder unmenschlich erscheinen, weil sie keinen Zweck verfolgt. Andererseits kann gerade eine besondere Motivation (obgleich sie nicht erforderlich ist) eine Handlung erniedrigend oder unmenschlich erscheinen lassen.

Die Elemente der Unmenschlichkeit und Erniedrigung bringen unterschiedliche Aspekte einer Verletzung der Menschenwürde der Betroffenen zum Ausdruck. Sie können aber nicht streng voneinander abgegrenzt werden.

(1) Erniedrigend erscheint eine Behandlung insbesondere dann, wenn sie den Einzelnen zum ohnmächtigen Objekt staatlicher oder privater Machtvollkommenheit degradiert, ihn zu Handlungen nötigt, die mit seiner Persönlichkeit unvereinbar sind, oder etwa ihn existenziellen Ängsten ausliefert. Unzulässig sind Massnahmen, welche „die Vernichtung der Persönlichkeit (des Betroffenen) mit sich bringen oder geeignet sind, schwere psychische Störungen bei ihm hervorzurufen“¹¹.

⁷ JOCHEN FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, Europäische MenschenRechtsKonvention: EMRK-Kommentar, 2. Aufl. Kehl/Strasbourg/Arlington 1996, Art. 3, Rz. 3. Siehe die Formulierung des EGMR etwa in *A. v. The United Kingdom*, 25599/94 (1998) Ziff. 20; *Hénaf v. France*, 65436/01 (2003) Ziff. 56, 59; *Bekos and Koutropoulos v. Greece*, 15250/02 (2005) Ziff. 49, *Mathew v. The Netherlands*, 24919/03 (2005) Ziff. 175; *Öcalan v. Turkey (GC)*, 46221/99 (2005) Ziff. 180; *Ivochev v. Bulgaria*, 41211/98 (2006) Ziff. 125.

⁸ Dazu etwa EGMR *Mathew v. The Netherlands*, 24919/03 (2005) Ziff. 197ff.; *MRA Griffin v. Spain*, 493/1992 (1995) Ziff. 3.1, 9.3; *Price v. The United Kingdom*, 33394/96 (2001) Ziff. 30, *Ivochev v. Bulgaria*, 41211/98 (2006) Ziff. 126.

⁹ Zur Abgrenzung etwa EGMR *Elçi v. Turkey*, 23145/93 (2003) Ziff. 634.

¹⁰ EGMR *Ireland v. The United Kingdom (GC)*, 5310/71 (1978), Ziff. 167; BGE 121 II 296 E5a/aa S. 301; DAVID HARRIS/MICHAEL O'BOYLE/COLIN WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, London/Dublin/Edinburgh 1995, S. 62; ANTONIO CASSESE, *Prohibition of Torture and Inhuman and Degrading Treatment or Punishment*, in: Ronald St. J. Macdonald/Franz Matscher/Herbert Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht 1993, S. 246f.; KÄLIN/KÜNZLI (Anm.6) S. 327.

¹¹ BGE 106 Ia 277 E3a S. 281 (groupe action prison I), deutsche Übersetzung nach Pra 1981, Nr. 138, S. 359; vgl. auch BGE 116 Ia 420 E3b S. 424 (Hafterstehungsfähigkeit); illustrativ für eine erniedrigende Behandlung EGMR *Iwańczuk v. Poland*, 25196/94 (2001) Ziff. 54ff.

(2) Das Verbot unmenschlicher Behandlung zielt zunächst auf körperliche Misshandlung. Es verbietet insbesondere physische Verletzungen, die beim Opfer schweres Leiden verursachen und aufgrund seines Verhaltens nicht notwendig erscheinen¹².

Zusätzlich erfasst es typischerweise – aber nicht ausschliesslich – die Haftbedingungen. Lange dauernde Einzelhaft ohne die Möglichkeit, mit andern Menschen zu kommunizieren¹³, Verweigerung ausreichender medizinischen Versorgung¹⁴ oder etwa eine erhebliche Überbelegung einer Haftanstalt verstossen gegen diese Garantie¹⁵. Ausserhalb des Kontexts zulässiger Haftbedingungen wird das Verbot unmenschlicher Behandlung etwa im Zusammenhang mit der Sterbehilfe relevant. Unmenschlich kann auch etwa sein, die Angehörigen über das Verbleiben eines Menschen im staatlichen Gewahrsam im Ungewissen zu belassen.

cc) *Absolute Geltung des Verbots*

Das Verbot der Folter¹⁶ und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe gilt absolut. Es ist in keinem Fall einschränkbar; eine Güterabwägung findet nicht statt¹⁷.

dd) *Staatliche Schutzpflichten*

Schon die französische Menschenrechtserklärung von 1789 ging davon aus, dass Grundrechte nicht nur vor staatlichen Übergriffen schützen, sondern den Staat auch

¹² Vgl. etwa EGMR Ribitsch v. Austria, 188896/91 (1995) Ziff. 38.

¹³ Zur „incommunicado detention“ etwa EGMR Ilașcu v. Moldova and Russia (GC), 48787/99 (2004) Ziff. 432, 439f; NOWAK (Anm. 4) Art. 7, Rz. 29ff.

¹⁴ EGMR Ostrovar v. Moldova, 35207/03 (2005) Ziff. 89; McGlinchey v. The United Kingdom, 50390/99 (2003) Ziff. 45, 57; Nevmerzhinsky v. Ukraine, 54825/00 (2005) Ziff. 103ff.

¹⁵ EGMR Kalashnikov v. Russia, 47095/99 (2002) Ziff. 97, 102; Alver v. Estonia, 64812/01 (2005) Ziff. 52, 56f.; Khudoyorov v. Russia, 6847/02 (2005) Ziff. 105ff.

¹⁶ Das Verbot der Folter stellt einen unantastbaren Kerngehalt dar. Vgl. BGE 122 II 373 E2d S. 379f.; 123 II 511 E6c S. 522 (Kasachstan); EGMR Soering v. The United Kingdom, 14038/88 (1989), Ziff. 88, EuGRZ 1989, S. 318f. Zu Art. 7 UNO-Pakt II vgl. General Comment No. 20 (1992) des UNO-Menschenrechtsausschusses; NOWAK (Anm. 4) Art. 7, Rz. 1; JOSEPH/SCHULTZ/CASTAN (Anm. 4) Rz. 9.01; WALTER KÄLIN, Das Prinzip des Non-Refoulement, Diss. Bern 1982, S. 185.

¹⁷ Gerade das Beispiel des Folterverbots zeigt deutlich, dass die Garantie des Kerngehalts nicht im Gebot der Verhältnismässigkeit aufgeht; die Achtung des Kerngehalts verbietet selbst in extremen Fällen, die auf dem Spiel stehenden Interessen gegeneinander abzuwägen; das Grundrecht hat in jedem Fall Vorrang.

in gewissem Rahmen verpflichtet, positive Massnahmen zum Schutz der Einzelnen zu ergreifen¹⁸. Das Bundesgericht beschränkte die Grundrechte während langer Zeit vorwiegend – aber nicht ausschliesslich¹⁹ – auf Abwehrrechte. Im Anschluss an die deutsche Lehre und Rechtsprechung²⁰ hat der EGMR²¹ seit Ende der 70er Jahre des 20. Jahrhunderts eine umfassende Praxis zu den grundrechtlichen Schutzpflichten entwickelt²². Die staatliche Schutzpflicht geht umso weiter, je schwerwiegender die fragliche Beeinträchtigung der körperlichen und psychischen Integrität erscheint²³.

¹⁸ DIETER GRIMM, Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?, in: Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt a.M. 1991, S. 225f.; EWALD WIEDERIN, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL 2004, S. 57ff.; JOSEF ISENSEE, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. V, 2. Aufl. Heidelberg 2001, § 111 Rz. 26ff.

¹⁹ BGE 97 I 221 E4d S. 230; 113 V 22 (Elektromobil); BGE 119 Ia 28 E.2 S. 30f.; JÖRG PAUL MÜLLER, Subjektiv- und objektivrechtliche Bedeutung der Grundrechte, Der Staat 1990, S. 37ff.; PATRICIA EGLI, Drittwirkung von Grundrechten, Zürich 2002, S. 171ff.; RENÉ RHINOW, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003, Rz. 1085ff.

²⁰ BVerfGE 39, 1 (Schwangerschaftsabbruch I); BVerfGE 46, 160 (Schleyer); BVerfGE 49, 89 (Kalkar I); BVerfGE 53, 30 Mülheim-Kärlich; ISENSEE (Anm. 18) Rz. 77ff.; JOHANNES DIETLEIN, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. Berlin 2005, S. 51ff.; PETER UNRUH, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1996, S. 29ff.; PETER SZCZEKALLA, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Berlin 2002, S. 92ff.

²¹ Auch der MRA anerkennt in einer reichen Praxis grundrechtliche Pflichten des Staates zum Schutz der körperlichen und psychischen Integrität der Einzelnen; siehe MRA General Comment No. 31 (2004) Ziff. 6ff.; JOSEPH/SCHULTZ/CASTAN (Anm. 4) Rz. 1.72ff; vgl. auch KÄLIN/KÜNZLI (Anm. 6) S.101ff.

²² Grundlegend EGMR Airey v. Ireland, 6289/73 (1979), Marckx v. Belgium, 6833/4 (1979). Eine Übersicht über die Strassburger Praxis geben etwa ALASTAIR MOWBRAY, The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Oxford 2004; PETER SZCZEKALLA, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Berlin 2002; LIV JAECKEL, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Baden-Baden 2001, S. 124ff.

Heute ist auch im schweizerischen Verfassungsrecht anerkannt, dass grundsätzlich jedes Grundrecht auch gewisse Schutzpflichten enthält; siehe etwa ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume II : Les droits fondamentaux, 2^{ème} éd., Berne 2006, Rz. 116ff.; RHINOW (Anm. 19) Rz. 1085ff.; JÖRG PAUL MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 39, Rz. 37; MAHON (Anm. 4) Art. 35, Rz. 4; SAMANTHA BESSON, Les obligation positives de protection des droits fondamentaux – Un essai en dogmatique comparative, ZSR 2003 I, S. 75; EGLI (Anm. 19) S. 166ff.; MARKUS SCHEFER, Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern 2001, S. 246ff.; BGE 119 Ia 28 E2 S.31; BGE 126 II 300 E5c S. 314f. (Liestaler Banntag).

²³ Dementsprechend gehen die staatlichen Pflichten zum Schutz vor Kerngehaltsverletzungen besonders weit; siehe dazu SCHEFER (Anm. 22) S. 235f.

b. Art. 3 EMRK als Garantie des non-refoulement

aa) Grundsatz

Art. 3 EMRK schützt nicht nur davor, im Aufenthaltsstaat misshandelt zu werden, sondern verbietet diesem auch, einen Menschen in ein Land auszuliefern oder auszuweisen, in dem er Gefahr läuft, gefoltert oder auf andere Art unmenschlich oder erniedrigend behandelt zu werden²⁴. Diese menschenrechtliche Garantie des non-refoulement verbietet dem Staat, auch auf indirekte Weise eine Folter oder eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung zu bewirken. Art. 25 Abs. 3 BV verankert diesen Gehalt von Art. 3 EMRK ausdrücklich in der Bundesverfassung.

bb) Kerngehalt

Einschränkungen dieses Gehalts von Art. 3 EMRK sind in keinem Fall zulässig. Er stellt einen Kerngehalt dar; eine Abwägung mit den Interessen der Schweiz an der Ausweisung oder Auslieferung des Betroffenen findet nicht statt. Im Gegensatz zum flüchtlingsrechtlichen non-refoulement-Gebot darf Art. 3 EMRK auch dann nicht eingeschränkt werden, wenn der Betroffene eine Gefahr für die Sicherheit der Schweiz darstellt oder gemeingefährlich ist²⁵.

cc) Intensität der Verletzung

Art. 3 EMRK verbietet die Auslieferung oder Ausweisung im Falle, dass dem Betroffenen im Heimatstaat die Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung droht. Die Anforderungen an die Intensität der Verletzung sind unabhängig davon gleich, ob Art. 3 EMRK dem Staat selber eine Misshandlung verbietet oder ihm die Auslieferung oder Ausweisung untersagt. Damit bietet die Garantie des non-

²⁴ Grundlegend *Soering v. The United Kingdom*, 14038/88 (1989) Ziff. 88–91; aus der neueren Praxis etwa *Mamatkulov & Askarov v. Turkey* (GC), 46827/99 (2005) Ziff. 66–70. Vgl. dazu ANNE PETERS, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention: mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Grundgesetz, München 2003, S. 49–56; Ad hoc Committee of Experts on the Legal Aspects of Territorial Asylum, Refugees and Stateless Persons (CAHAR), Twenty Guidelines on forced return, September 2005, CM(2005)40, Guideline 2, Ziff. 1a.

²⁵ CHRISTOPH GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, München 2005, S. 141; KÄLIN (Anm. 16) S. 186.

refoulement nur vor besonders intensiven Beeinträchtigungen der psychischen und physischen Integrität Schutz. Das flüchtlingsrechtliche Rückschiebungsverbot (Art. 33 FK) stellt dagegen geringere Anforderungen an die Intensität einer drohenden Verletzung²⁶.

dd) Konkrete Gefahr der Verletzung (real risk)

Art. 3 EMRK gewährt dann Schutz, wenn dem Betroffenen die konkrete Gefahr²⁷ einer Misshandlung droht. Der EGMR fragt diesbezüglich danach, „(whether) substantial grounds have been shown for believing that the person in question would, if extradited, face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the receiving country“²⁸. Eine analoge Praxis verfolgen auch der UNO-Menschenrechtsausschuss²⁹ und der UNO-Ausschuss gegen Folter³⁰.

Ob die Gefahr der Misshandlung besteht, ist zum Zeitpunkt des Entscheids der zuständigen Behörde oder des Gerichts zu beurteilen. Dabei sind sämtliche Änderungen der tatsächlichen Umstände, die sich im Verlauf eines Rechtsmittelverfahrens ergeben haben, mit zu berücksichtigen³¹.

²⁶ In diesem Sinn hält etwa der EGMR fest, Art. 3 EMRK garantiere umfassenderen Schutz als Art. 33 FK; *Chahal v. The United Kingdom* (GC), 22414/93 (1996) Ziff. 80; *Ahmed v. Austria*, 25964/94 (1996) Ziff. 41.

²⁷ Eine „erhebliche Wahrscheinlichkeit“ verlangen etwa BGE 129 II 268 E6.1 S. 271 (Abacha); 111 Ib 68 E2a S. 71; 108 Ib 408 E8b/bb S. 412; Urteil 1A.129/2004 E3.1.

²⁸ Aus der reichen Praxis etwa *Mamatkulov & Askarov v. Turkey* (GC), 46827/99 (2005) Ziff. 67; *Venkadajalasarma v. The Netherlands*, 58510/00 (2004) Ziff. 61. Siehe dazu GRABENWARTER (Anm. 25) S. 138 sowie eingehend RALF ALLEWELDT, *Schutz vor Abschiebung bei drohender Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe*, Berlin u.a. 1996, S. 29-37.

²⁹ MRA General Comment No. 20 (1992), Ziff. 9; *Mr. C. v. Australia*, 900/1999 (2002) Ziff. 8.5; *Byahuranga v. Denmark*, 1222/2003 (2004) Ziff. 11.3. Vgl. auch CERD General Recommendation No. 30 (2004).

³⁰ Siehe dazu den General Comment No. 1 (1997) Ziff. 6 und etwa die Entscheide *Seid Mortesa Aemei v. Switzerland*, 34/1995 (1997) insb. Ziff. 9.5; *Ismail Alan v. Switzerland*, 21/1995 (1996) insb. Ziff. 11.1–11.4; *Mutombo v. Switzerland*, 13/1993 (1994) Ziff. 9.3–9.7; *X.Y. v. Switzerland*, 128/1999 (2001) Ziff. 8.4; *M.S. v. Switzerland*, 156/2000 (2001) Ziff. 6.8.

³¹ *Mamatkulov & Askarov v. Turkey* (GC), 46827/99 (2005) Ziff. 69; *Cruz Varas v. Sweden* (GC), 15576/89 (1991) Ziff. 76; *Vilvarajah v. The United Kingdom*, 13163/87 (1991) Ziff. 107; *H.L.R. v. France* (GC), 24573/94 (1997) Ziff. 37; *Venkadajalasarma v. The Netherlands*, 58510/00 (2004) Ziff. 63. Aus der Literatur KATHARINA RÖHL, *Fleeing violence and poverty*, S. 18, Working Paper No. 111 (New Issues in Refugee Research), UNHCR 2005, einsehbar unter <http://www.unhcr.org/cgi->

ee) *Persönlicher Schutzbereich*

Art. 3 EMRK schützt alle Menschen, die sich in der Schweiz befinden, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit oder ihrem Aufenthaltsstatus³². Ohne Bedeutung ist auch – im Unterschied zum Flüchtlingsrecht –, ob der Betroffene straffällig geworden ist oder nicht.

IV. Anwendung von Art. 3 EMRK auf Gewalt von Seiten Privater

a. Allgemein

Art. 3 EMRK gewährleistet nicht nur Schutz vor Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung durch den Staat, sondern auch vor entsprechenden Bedrohungen und Verletzungen von Seiten nicht-staatlicher Akteure. Dies anerkennt der EGMR in konstanter Praxis.

Der Gerichtshof verbietet Österreich die Ausweisung eines Somaliers, der in seinem Heimatstaat der Gefahr ausgesetzt war, durch einen rivalisierenden Clan gefoltert zu werden. Dass es sich dabei nicht um eine Bedrohung durch den Staat handelte, spielt für den Gerichtshof keine Rolle³³.

Entsprechend verbietet auch der UNO-Ausschuss gegen die Folter (CAT) in einem australischen Fall die Ausweisung eines Somaliers, der in Somalia Gefahr lief, von Mitgliedern eines bewaffneten Clans gefoltert zu werden³⁴.

Der grundrechtliche Schutz erstreckt sich auf Bedrohungen von Seiten aller nicht-staatlichen Gruppen oder Einzelnen. Eine quasi-staatliche Machtausübung durch die Privaten ist nicht erforderlich. Vielmehr ist entscheidend, ob der Betroffene einer realen Gefahr der Misshandlung ausgesetzt ist. Stammt die Gefahr von Seiten eines

bin/texis/vtx/research/opendoc.pdf?tbl=RESEARCH&id=41f8ef4f2 (zuletzt besucht am 16. August 2006).

³² GRABENWARTER (Anm. 25) S. 141.

³³ Ahmed v. Austria, 25964/94 (1996) Ziff. 35-47. Siehe aus der Strassburger Praxis auch etwa H.L.R. v. France (GC), 24573/94 (1997) Ziff. 40. Auch in Situationen, wo der Staat zwar willens, aber faktisch nicht in der Lage ist, seine eigenen Sicherheitskräfte so zu kontrollieren, dass sie nicht auf eigene Faust Menschen misshandeln, findet Art. 3 EMRK Anwendung; siehe Chahal v. The United Kingdom (GC), 22414/93 (1996) Ziff. 105.

³⁴ Elmi v. Australia, 120/1998 (1999) Ziff. 6.5.

Privaten, ist massgeblich, ob der Staat willens und in der Lage ist, davor zu schützen³⁵. Der EGMR bestätigt dies in zahlreichen Entscheiden:

Ein britisches Gesetz, das Strafverfolgung wegen Kindesmissbrauchs im Falle der angemessenen Züchtigung durch den Stiefvater ausschliesst, verletzt Art. 3 EMRK³⁶.

Ergreifen die Sozialbehörden nicht die nötigen Massnahmen, um Kinder vor Missbrauch durch ihre Eltern zu schützen, verletzen sie Art. 3 EMRK; diese Bestimmung gewährt damit auch Schutz vor privater, häuslicher Gewalt, etwa grober Vernachlässigung³⁷.

Das gleiche gilt für sexuelle Gewalt gegenüber minderjährigen Mädchen durch den Partner der Mutter³⁸. Dabei ist nicht notwendig, dass ein Tätigwerden der Behörden den Missbrauch mit Sicherheit hätte verhindern können; es genügt, dass Massnahmen hätten ergriffen werden können, welche die Auswirkungen auf die Mädchen vermindert hätten³⁹.

Art. 3 EMRK gewährleistet auch Schutz vor einer Vergewaltigung. Eine gesetzliche Bestimmung, wonach eine Vergewaltigung nur dann strafrechtlich geahndet wird, wenn sich das Opfer physisch zur Wehr gesetzt hat, verstösst gegen diese Bestimmung⁴⁰. Jeder unfreiwillige sexuelle Akt muss unter Strafe gestellt werden.

Diese Ausdehnung des Schutzes der EMRK auf Einwirkungen von Seiten Privater ist nicht auf Art. 3 EMRK beschränkt, sondern betrifft insbesondere auch etwa die Garantie des Rechts auf Leben nach Art. 2 EMRK; danach können auch gewisse Tötungen durch Private das Grundrecht verletzen. Auch hier trifft den Staat eine Pflicht, positive Massnahmen gegen entsprechende private Handlungen zu ergreifen. Die Voraussetzungen, unter denen eine private Einwirkung dem Staat zuzurechnen ist, werden vom EGMR im Grundsatz-Urteil *Osman v. The United Kingdom*⁴¹ in allgemein gültiger – d.h. auch für Art. 3 EMRK relevanter – Weise umschrieben:

„(I)t must be established to its [the Court's, die Autoren] satisfaction that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an i-

³⁵ Siehe in diese Richtung *H.L.R. v. France* (GC), 24573/94 (1997) Ziff. 40; Grundsatzentscheid EMARK 1996 Nr. 18 E14b/bb S. 184f., mit zahlreichen Hinweisen auf die Literatur; EMARK 2004 Nr. 14 E5b S. 87; EMARK 2001 Nr. 17 E4b S. 130f. Siehe auch Ad hoc Committee of Experts on the Legal Aspects of Territorial Asylum, Refugees and Stateless Persons (CAHAR), *Twenty Guidelines on forced return*, September 2005, CM(2005)40, Guideline 2, Ziff. 1b.

³⁶ *A v. The United Kingdom*, 25599/94 (1998) Ziff. 24.

³⁷ *Z v. The United Kingdom*, 29392/95 (1999) Ziff. 98f.

³⁸ *E et al. v. The United Kingdom*, 33218/96 (2003) Ziff. 96f.

³⁹ *E et al. v. The United Kingdom*, 33218/96 (2003) Ziff. 99.

⁴⁰ *M.C. v. Bulgaria*, 39272/98 (2004) Ziff. 166 und 185.

⁴¹ *Osman v. The United Kingdom*, 23452/94 (1998) Ziff. 116; siehe dazu auch MOWBRAY (Anm. 22) S. 46.

identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.”

„(I)t is sufficient for an applicant to show that the authorities did not do all that could be reasonably expected of them to avoid a real and immediate risk to life of which they have or ought to have knowledge”.

b. Schutz vor Misshandlung Privater im Rahmen des non-refoulement

(1) Art. 3 EMRK erfasst private Misshandlungen nicht nur im Rahmen innerstaatlicher Sachverhalte, sondern schützt auch davor, dass ein Staat einen Menschen durch Auslieferung oder Ausschaffung an einen Drittstaat der Gefahr aussetzt, von Seiten Privater misshandelt zu werden. Der EGMR hat diesen Grundsatz im Rahmen einer ausgedehnten Praxis entwickelt.

Zunächst erstreckte der Gerichtshof den Schutz von Art. 3 EMRK auf Misshandlungen durch quasi-staatliche Akteure:

Österreich wollte einen Somalier ausweisen, weil er straffällig geworden war. Als ehemaliges Mitglied des United Somali Congress wäre er in Somalia der Gefahr ausgesetzt, von Mitgliedern rivalisierender Clans misshandelt zu werden. Da der somalische Staat praktisch nicht existent und deshalb nicht in der Lage war, ihn wirksam davor zu schützen, hätte die Ausweisung Art. 3 EMRK verletzt⁴².

In weiteren Entscheiden dehnte der EGMR diese Praxis allgemein auf Misshandlungen von Seiten privater Akteure aus:

Im Jahr 1997 bejahte der EGMR die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 3 EMRK auf private Misshandlungen im Rahmen von Ausschaffungen. Der Kolumbianer H.L.R. wurde in Frankreich wegen Drogenbesitzes verhaftet. Er gab der Polizei die Namen dreier Drogenhändler preis. Im Falle einer Ausschaffung hätte er deshalb damit rechnen müssen, dass er von Seiten der dortigen Drogenmafia misshandelt würde. Der EGMR hält fest, in solchen Situationen könne Art. 3 EMRK grundsätzlich zur Anwendung kommen. Im konkreten Fall verneint er aber eine Verletzung, weil nicht dargetan war, dass H.L.R. tatsächlich einer entsprechenden Gefahr ausgesetzt war, die über das in Kolumbien generell bestehende Risiko hinausging, einer Gewalttat zum Opfer zu fallen⁴³.

⁴² Ahmed v. Austria, 25964/94 (1995) Ziff. 44. Zur analogen Praxis des CAT siehe Elmi v. Australia, Com. No. 120/1998 (1999) Ziff. 6.5–6.9.

⁴³ H.L.R. v. France (GC), 24573/94 (1997) Ziff. 40 und 42.

Drei Jahre später bestätigt das Gericht diese Praxis und stellt eine Verletzung von Art. 3 EMRK fest. Eine iranische Staatsangehörige floh aus dem Iran in die Türkei, weil sie in ihrem Heimatstaat eine Affäre mit einem verheirateten Mann hatte und deshalb der Gefahr ausgesetzt war, durch ihre Verwandten gesteinigt und ausgepeitscht zu werden. Der EGMR bejaht das Vorliegen einer Verfolgung nach Art. 3 EMRK (er folgt dabei der Einschätzung des UNHCR⁴⁴). Eine Ausschaffung in den Iran durch die türkischen Behörden würde dieses Grundrecht verletzen⁴⁵.

Ein weiterer Entscheid aus dem Jahr 2005 bestätigt diese Praxis: N. stammte aus der Demokratischen Republik Kongo (DRC) und gehörte dem innerem Kreis des Präsidenten Mobutu an. Er nahm an Verhaftungen, Hinrichtungen und Folterungen von Regimegegnern teil. Als Kabilas Truppen Mobutus Regime stürzten, floh er nach Finnland. Im Falle einer Ausschaffung in die DRC wäre er einem erheblichen Risiko ausgesetzt, etwa von Verwandten früherer Regimegegner misshandelt zu werden, die sich an ihm rächen wollen. Die staatlichen Behörden wären zudem höchst wahrscheinlich nicht willig, ihm Schutz zu gewähren. Unter anderem deshalb würde Art. 3 EMRK durch eine Ausschaffung verletzt⁴⁶.

Die Asylrekurskommission schliesst sich der Rechtsprechung des EGMR an⁴⁷ und bestätigt sie auch in ihrer neueren Praxis; so erstreckt auch die ARK den Schutz von Art. 3 EMRK auf Gewalt von Seiten Privater.

Den minderjährigen Töchtern einer Beschwerdeführerin drohte im Falle ihrer Rückschiebung nach Somalia die Genitalverstümmelung durch ihre Familienangehörigen. Da weder der (kaum existente) somalische Staat noch quasi-staatliche Akteure in der Lage waren, davor zu schützen, hätte die Rückschiebung gegen Art. 3 EMRK verstossen⁴⁸.

(2) Eine private Handlung kann dem Staat grundsätzlich nur dann zugerechnet werden (und damit im Rahmen von Art. 3 EMRK relevant sein), wenn der Betroffene im Heimatstaat erfolglos um Schutz nachgesucht hat, indem er etwa eine Anzeige erstattet hat. Von diesem Grundsatz ist jedoch abzuweichen, wenn der Gang zu den Behörden das Schamgefühl tangiert, im länderspezifischen Kontext für den Einzelfall

⁴⁴ Jabari v. Turkey, 40035/98 (2000) Ziff. 41. Die Berücksichtigung verfügbarer Informationsquellen von Nichtregierungsorganisationen und des UNHCR wird vom Europarat ausdrücklich verlangt, vgl. Ad hoc Committee of Experts on the Legal Aspects of Territorial Asylum, Refugees and Stateless Persons (CAHAR), Twenty Guidelines on forced return, September 2005, CM(2005)40, Guideline 2, Ziff. 4.

⁴⁵ Jabari v. Turkey, 40035/98 (2000) Ziff. 41f.

⁴⁶ N. v. Finland, 38885/02 (2005) Ziff. 163f.

⁴⁷ Siehe etwa EMARK 1996 Nr. 18.

⁴⁸ EMARK 2004 Nr. 14.

aussichtslos und im kulturspezifischen Kontext mit massiven Nachteilen für die betroffene Person behaftet ist⁴⁹.

(3) Über den Schutz vor Misshandlungen von Seiten Privater hinaus garantiert Art. 3 EMRK in ausserordentlichen Fällen sogar Schutz davor, unmenschlichen Lebensumständen ausgesetzt zu werden⁵⁰.

Der EGMR erachtet die Ausweisung eines in fortgeschrittenem Stadium an AIDS erkrankten Drogenhändlers nach St. Kitts als unzulässig. Er wäre dadurch unmittelbar schwersten physischen und physischen Leiden ausgesetzt worden, weil er in St. Kitts weder über die nötigen Medikamente noch über Familienangehörige verfügte⁵¹.

Die Asylrekurskommission (ARK) schliesst sich dieser Praxis an und prüft entsprechende Fälle im Rahmen von Art. 25 Abs. 3 BV und Art. 3 EMRK⁵².

Im Rahmen des Flüchtlingsrechts (nicht nach Art. 3 EMRK) hat die ARK die Wegweisung eines Flüchtlings in die Türkei aus gesundheitlichen Gründen untersagt. Dem Betroffenen waren zwei Herzklappen operativ ersetzt worden und er litt unter einer schweren Netzhauterkrankung. In der Türkei hätte er in seiner Nähe keinen Zugang zur erforderlichen medizinischen Versorgung gehabt. Aus humanitären Gründen nahm die ARK deshalb von einer Wegweisung Umgang⁵³.

Eine Ausweisung kann in solchen Fällen mit Art. 3 EMRK vereinbar sein, wenn die Schweiz dem Betroffenen in seinem Heimatstaat die erforderliche medizinische Versorgung gewährleistet⁵⁴. Art. 75 AsylV 2⁵⁵ ermöglicht zeitlich befristete Hilfen für „besonders teure medizinische Be-

⁴⁹ Bericht des Bundesamtes für Migration vom August 2005 als Antwort auf das Postulat Ménétreay-Savary (00.3659): Stellung der Frauen in der Asylpolitik – Würdigung frauen- bzw. geschlechtsspezifischer Aspekte im Asylverfahren.

⁵⁰ D. v. The United Kingdom, 30240/96 (1997) Ziff. 49–53; vgl. auch Bensaid v. The United Kingdom, 44599/98 (2001) Ziff. 34–41; S.C.C. v. Sweden (AD), 46553/99 (2000) S. 8; M.M. v. Switzerland (AD), 43348/98 (1998) S. 4; Arcila Henao v. The Netherlands (AD), 13669/03 (2003) S. 8. Eine analoge Praxis entwickelt der UNO-Menschenrechtsausschuss zu Art. 7 UNO-Pakt II; siehe C. v. Australia, 900/1999 (2002) Ziff. 8.2–8.5.

⁵¹ D. v. The United Kingdom, 30240/96 (1997) Ziff. 52f.; siehe auch die Feststellung einer Verletzung von Art. 3 EMRK durch die EKMR in B.B. v. France, 30930/96 (1998) Ziff. 55. Siehe auch Bensaid v. The United Kingdom, 44599/98 (2001) Ziff. 37–40. Mit Bezug auf Art. 8 EMRK siehe Nasri v. France, 19465/92 (1995) Ziff. 45f.

⁵² Urteile der ARK vom 13. Januar 2004, VPB 68/2004 Nr. 116, und vom 24. Oktober 2003, VPB 68/2004 Nr. 115; EMARK 2005 Nr. 23.

⁵³ EMARK 1993 Nr. 38.

⁵⁴ Siehe die EKMR in M.M. v. Switzerland (AD), 43348/98 (1998) S. 4. Die Möglichkeit, einen Antrag auf entsprechende Rückkehrhilfen zu stellen, ist bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Ausweisung zu berücksichtigen. Sie darf nicht als „Kompensation“ mangelhafter Sachverhaltsabklärung verwendet werden; so aber etwa Urteil der ARK vom 24. Oktober 2003, VPB 68/2004 Nr. 115, E8b.

handlungen im Ausland“. Mit solchen Rückkehrhilfen kann unter Umständen verhindert werden, dass der Ausgewiesene unmenschlichem Leiden ausgesetzt wird.

(4) *Zusammenfassend* ist festzuhalten, dass Art. 3 EMRK auch vor Rückschiebungen in einen fremden Staat schützt, in welchem dem Betroffenen Misshandlungen von Seiten Privater drohen. Eine Verfolgung durch quasi-staatliche Akteure ist nicht erforderlich. Mit Bezug auf die Bedrohung einer Frau mit Gewalt und Misshandlung von Seiten ihrer Familienangehörigen bedeutet dies, dass die Qualifizierung dieses Verhältnisses als „privat“ keinen Einfluss auf die Anwendbarkeit von Art. 3 EMRK hat.

V. Anwendung von Art. 3 EMRK auf häusliche Gewalt

a. Grundsatz

Häusliche Gewalt wird hier verstanden als jene Misshandlungen, welche im Rahmen eines (engeren oder weiteren) Familienverbandes erfolgen. Eine präzisere Begriffsbeschreibung erscheint für die Zwecke von Art. 3 EMRK nicht erforderlich, denn der spezifisch familiäre Bezug einer Misshandlung ist als solcher für die Anwendbarkeit von Art. 3 EMRK nicht von Bedeutung⁵⁶. Entscheidend ist, dass familiäre Gewalt eine besondere Form der Misshandlung von Seiten Privater darstellt. Als solche wird sie von Art. 3 EMRK erfasst, wenn sie die erforderliche Intensität erreicht⁵⁷. Aus Sicht der notwendigen Intensität ist ohne Bedeutung, ob die fragliche Misshandlung aufgrund einer Rückschiebung im Empfängerstaat, oder unmittelbar im Aufenthaltsstaat droht.

⁵⁵ Asylverordnung 2 über Finanzierungsfragen vom 11. August 1999, SR 142.312.

⁵⁶ Vgl. auch etwa Immigration Appellate Authority, Asylum Gender Guidelines, November 2000, Ziff. 2A.16, einsehbar unter <http://www.asylumsupport.info/publications/iaa/gender.pdf> (zuletzt besucht am 16. August 2006).

⁵⁷ Auch der UNO-Menschenrechtsausschuss hält fest, dass etwa drohende Genitalverstümmelungen oder andere traditionelle Praktiken im Rahmen einer Ausweisung oder Auslieferung von Art. 7 UNO-Pakt II erfasst werden können; siehe Concluding Observations, The Netherlands, CCPR/CO/72/NET vom 27. August 2001, Ziff. 11.

b. Besondere Erwägungen zur Intensität

Die Praxis des EGMR zeigt deutlich, dass die Frage, ob häusliche Gewalt (primär gegen Frauen) die nach Art. 3 EMRK erforderliche Intensität aufweist, grundsätzlich nach den allgemeinen Kriterien zu beurteilen ist⁵⁸. Der erforderliche Grad der Intensität ist allein von der Art und der Schwere der unmenschlichen Behandlung abhängig⁵⁹. Aus dem Kontext, in welchem häusliche Gewalt stattfindet, können sich im konkreten Einzelfall besondere Gesichtspunkte der Schwere ergeben.

In seiner Rechtsprechung hat der Gerichtshof etwa in den folgenden Fällen die erforderliche Intensität als gegeben erachtet⁶⁰.

Art. 3 EMRK ist betroffen, wenn ein neunjähriges Kind mehrmals mit erheblicher Kraft mit einem Rohrstock geschlagen wird⁶¹.

Die erforderliche Intensität einer Art. 3 EMRK widersprechenden Behandlung wurde ebenso im Falle einer gravierenden Vernachlässigung der Kinder durch ihre Mutter bejaht: Sie wurden regelmässig in ihren schmutzigen und unhygienischen Zimmern eingesperrt, waren unterernährt und wiesen Anzeichen von emotionalem Missbrauch auf. Drei der vier Kinder trugen bleibende physische sowie psychische Schäden davon und benötigten psychologische Betreuung⁶².

Jede sexuelle Handlung, die dem Willen des Opfers widerspricht, stellt Vergewaltigung dar, auch wenn sich das Opfer nicht physisch zur Wehr setzt. Vergewaltigung erfüllt in ihrer Eingriffsintensität die Anforderungen von Art. 3 EMRK⁶³.

⁵⁸ Dazu oben S. 2.

Im Flüchtlingsrecht spielt die Gruppenzugehörigkeit eine besondere Rolle; siehe unten S. 24 und etwa WALTER KÄLIN, Die Bedeutung Geschlechtsspezifischer Verfolgung im Schweizerischen Asylrecht, ASYL 2/01, S. 10.

⁵⁹ Vgl. INKE JENSEN, Frauen im Asyl- und Flüchtlingsrecht, Kiel 2002, S. 54f.

⁶⁰ Illustrative Beispiele für Gewalt an Frauen und Mädchen im Familienverband gibt etwa Commission of Human Rights, Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective: Violence against Women, E/CN.4/2002/83 vom 31. Januar 2002, Ziff. 11ff.

⁶¹ A. v. The United Kingdom, 25599/94 (1998) Ziff. 21.

⁶² Z. v. The United Kingdom, 29392/95 (1999) Ziff. 91.

⁶³ M.C. v. Bulgaria, 39272/98 (2004) Ziff. 166; Aydin v. Turkey (GC), 23178/94 (1996) Ziff. 189 spricht vom "essentially debasing character of rape"; EMARK 1996 Nr. 17, S. 155, E.5.b. Zur Praxis des ICTY und ICTR vgl. Prosecutor v. Zejnir Delalic et al. (Celebici Fall), Case IT-96-21-T, Urteil vom 16. November 1998, §§ 475-496; Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Case ICTR-96-4-T, Urteil vom 2. September 1998, § 597: "Like torture, rape is used for such purposes as intimidation, degradation, humiliation, discrimination, punishment, control or destruction of a person. Like torture, rape is a violation of personal dignity, and rape in fact constitutes torture when inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity."

In einem weiteren Fall wurden vier Geschwister über einen langen Zeitraum (z.T. über 10 Jahre) vom Lebenspartner ihrer Mutter misshandelt. Die Mädchen wurden vom Alter von 6 bis 7 Jahren an sexuell belästigt, geschlagen und später mehrfach vergewaltigt; auch der Junge wurde physisch misshandelt. Alle Kinder wurden mehrmals gezwungen, ihre Oberkörper zu entblößen und sich gegenseitig mit Hundeketten zu schlagen. Diese Misshandlungen fallen in den Anwendungsbereich der Garantie gegen unmenschliche und erniedrigende Behandlung nach Art. 3 EMRK⁶⁴.

Bereits im Jahre 1993 hielt der Bundesrat fest⁶⁵, dass die Genitalverstümmelung als unmenschliche Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK anzusehen ist. Die ARK folgt dieser Einschätzung⁶⁶.

Auch etwa der zwangsweise Schwangerschaftsabbruch wäre mit Art. 3 EMRK nicht vereinbar⁶⁷.

Somit fallen nicht alle Handlungen, die spezifisch Gewalt gegen Frauen⁶⁸ darstellen, unter Art. 3 EMRK. Nicht „jede Verletzung der körperlichen oder seelischen Integrität einer Person, die unter Ausnutzung eines Machtverhältnisses durch die strukturell stärkere Person zugefügt wird“⁶⁹ und nicht „jede physische oder sexuelle ausgeübte oder angedrohte Gewalt gegen Personen innerhalb einer bestehenden oder aufgelösten familiären, ehelichen oder eheähnlichen Beziehung“⁷⁰ erfüllt die Anforderungen von Art. 3 EMRK. Unmenschliche oder erniedrigende Behandlung, oder gar Folter im Sinne von Art. 3 EMRK liegt nur vor, wenn das Intensitätserfordernis dieser Bestimmung erfüllt ist. Dann können sie aber unter keinen Umständen mit dem Argument ihrer „privaten Natur“ vom Schutzbereich der Gewährleistung von Art. 3 EMRK ausgenommen werden.

⁶⁴ E. et al. v. The United Kingdom, 33218/96 (2003) Ziff. 43 und 89.

⁶⁵ Antwort des Bundesrats (vom 1.3.1993) auf Interpellation Caspar-Hutter, zitiert in EMARK 2004 Nr. 14, E5b, S. 86f.

⁶⁶ Aus der neueren Praxis EMARK 2004 Nr. 14, S. 87. Siehe auch ANDREA BINDER, Frauenspezifische Verfolgung vor dem Hintergrund einer menschenrechtlichen Auslegung des Flüchtlingsbegriffs der Genfer Flüchtlingskonvention, Diss. Basel 2001, S. 297.

⁶⁷ Siehe etwa Immigration Appellate Authority, Asylum Gender Guidelines, November 2000, Ziff. 2A.17 mit Fn. 31.

⁶⁸ Zu unterschiedlichen Definitionen von Gewalt gegen Frauen etwa GA Resolution 48/104: Declaration on the Elimination of Violence against Women, Art. 1: „any act of gender-based violence that results in, or is likely to result in, physical, sexual or psychological harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or private life.“. Art. 2 lit. a derselben Erklärung zählt beispielhaft Handlungen auf, die als Gewalt gegen Frauen zu gelten haben. Siehe auch die in Anm. 69 und 70 zitierte Literatur.

⁶⁹ ANDREA BÜCHLER, Gewalt in Ehe und Partnerschaft – Polizei-, straf- und zivilrechtliche Interventionen am Beispiel des Kantons Basel-Stadt, Diss. Basel/Genf/München 1998, S. 4.

Besondere Gesichtspunkte für die Beurteilung der erforderlichen Intensität einer Misshandlung können sich daraus ergeben, dass spezifisch Frauen davon betroffen sind⁷¹. So anerkennt der EGMR in konstanter Praxis, dass Handlungen unter anderem deshalb unter Art. 3 EMRK fallen können, weil sie Vorurteile über die Minderwertigkeit gewisser Bevölkerungsgruppen zum Ausdruck bringen.

Bereits 1973 hielt der EGMR fest, dass die Diskriminierung einer Person aufgrund ihrer Rasse unter besonderen Umständen erniedrigende Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK darstellen könne. Im konkreten Fall verbot das Vereinigte Königreich (ausschliesslich) gewissen in Ostafrika lebenden Asiaten die Einreise, obgleich sie Staatsangehörige des Vereinigten Königreichs und seiner Kolonien waren. Damit wurden sie nach Ansicht des Gerichtshofs zu zweitrangigen Staatsbürgern herabgesetzt. Angesichts der gesellschaftlich und wirtschaftlich schwierigen Situation, der sie sich ausserdem in Ostafrika gegenüber sahen, nahm diese Diskriminierung das Ausmass einer erniedrigenden Behandlung nach Art. 3 EMRK an⁷².

Im Jahre 1979 war der EGMR mit einem Fall konfrontiert, in dem „illegitime“ im Vergleich zu „legitimen“ Kindern familien- und erbrechtlich diskriminiert wurden: Um ein Kindesverhältnis zu begründen, musste die Mutter ihre Tochter anerkennen; daraufhin kamen dem Kind aber nicht dieselben erbrechtlichen Vorteile zu wie einem Kind verheirateter Eltern. Auch die Adoption durch die leibliche Mutter liess kein Verwandtschaftsverhältnis des Kindes zu ihrer Familie entstehen. Die einzige Möglichkeit, die Diskriminierung des Kindes zu beenden, bestand in seiner „Legitimierung“, welche die Heirat der Mutter voraussetzte. Der EGMR bestätigte, dass grundsätzlich in der Diskriminierung eine erniedrigende Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK liegen könnte; im konkreten Fall verneinte er dies jedoch⁷³.

In *Smith and Grady* wurden zwei Homosexuelle aufgrund ihrer sexuellen Orientierung aus der britischen Luftwaffe entlassen. Der Gerichtshof führte aus, dass eine derartige Behandlung, die auf einer Voreingenommenheit der heterosexuellen Mehrheit gegenüber der homosexuellen Minderheit basiere, grundsätzlich in den Anwendungsbereich von Art. 3 EMRK fallen könne. Im konkreten Fall erreiche die Behandlung allerdings nicht die im Rahmen von Art. 3 EMRK erforderliche Intensität⁷⁴.

⁷⁰ MARIANNE SCHWANDER, Interventionsprojekte gegen häusliche Gewalt: Neue Erkenntnisse – neue Instrumente, ZStR 2003, S. 199.

⁷¹ FROWEIN/PEUKERT (Anm. 7) Rz. 3. Siehe die Formulierung des EGMR etwa in *A. v. The United Kingdom*, 25599/94 (1998) Ziff. 20; *Hénaf v. France*, 65436/01 (2003) Ziff. 56, 59; *Bekos and Koutropoulos v. Greece*, 15250/02 (2005) Ziff. 49, *Mathew v. The Netherlands*, 24919/03 (2005) Ziff. 175; *Öcalan v. Turkey (GC)*, 46221/99 (2005) Ziff. 180; *Ivochev v. Bulgaria*, 41211/98 (2006) Ziff. 125.

⁷² *East African Asians v. The United Kingdom*, 4403/70 (1973) Ziff. 207f.

⁷³ *Marckx v. Belgium*, 6833/74 (1979) Ziff. 66.

⁷⁴ *Smith and Grady v. The United Kingdom*, 33985/96 (1999) Ziff. 120–123.

Eine Diskriminierung, welche die Intensität erniedrigender Behandlung erreichte, wurde im Falle griechischer Zyprioten im Norden Zyperns (in Karpas) anerkannt. Den Betroffenen wurden im Anschluss an die türkische Invasion strenge Beschränkungen auferlegt, die sie in der Ausübung ihrer Grundrechte behinderten und die griechisch-zypriotische Gemeinschaft im Laufe der Zeit zerstören sollten⁷⁵. Der EGMR war in diesem Fall überzeugt, dass die Schlechterbehandlung der griechischen Zyprioten auf ihrer ethnischen Herkunft, Rasse und Religion fusste. Gleichzeitig wurden der betreffenden Gemeinschaft herabsetzende Lebensbedingungen aufgezwungen, welche ihre Würde im Kern verletzten. Entsprechend stellte die Diskriminierung erniedrigende Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK dar⁷⁶.

In einem rumänischen Fall wurden die Häuser mehrerer Roma abgebrannt, ohne dass die rumänischen Behörden etwas dagegen unternommen hätten. Die betroffenen Personen wurden dadurch gezwungen, während zehn Jahren in einem überfüllten und unhygienischen Umfeld zu leben, das einen negativen Einfluss auf ihre Gesundheit und ihr Wohl hatte. Diese Situation wurde durch diskriminierende Äusserungen der Behörden noch zusätzlich verschärft. Der Gerichtshof kommt entsprechend zum Schluss, dass die Menschenwürde der Betroffenen berührt sei, weil in ihnen ein Gefühl der Demütigung und Herabsetzung hervorgerufen wurde. Dies stelle erniedrigende Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK dar⁷⁷.

Diese Praxis bringt die Einsicht zum Ausdruck, dass eine besonders intensive Beeinträchtigung der Würde eines Menschen aufgrund einer Diskriminierung die für Art. 3 EMRK erforderliche Intensität aufweisen kann. Dies erscheint im Hinblick auf den Missbrauch von Frauen im Rahmen eines Familienverbandes insbesondere aufgrund der folgenden beiden Überlegungen von Bedeutung:

(1) Gewaltakte können sich insbesondere im familiären Kontext aufgrund eines strukturellen Machtgefälles zwischen den Geschlechtern besonders intensiv auf Frauen auswirken. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn das Opfer dem Täter aufgrund der gesellschaftlichen Machtstrukturen unterlegen ist und ihm in Abwesenheit staatlicher Schutzgewährung ohnmächtig gegenüber steht. Misshandlungen in diesem Kontext können auch deshalb etwa als erniedrigend und entwürdigend erscheinen, weil sie die strukturell unterlegene Frau zum ohnmächtigen Objekt privater Macht-

⁷⁵ Es war ihnen nicht möglich, ihr Eigentum Verwandten zu vermachen, die nicht selbst schon im Norden wohnten, Sekundarschulen fehlten im Norden gänzlich und Kindern, die den Schulunterricht im Süden besuchten, wurde das Niederlassungsrecht im Norden ab dem 16. / 18. Lebensjahr verweigert. S. *Cyprus v. Turkey* (GC), 25781/94 (2001) Ziff. 307.

⁷⁶ *Cyprus v. Turkey* (GC), 25781/94 (2001).

⁷⁷ *Moldovan et al. v. Romania*, 41138/98 (2005) Ziff. 113f.; siehe dazu auch CLARE OVEY / ROBIN C.A. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, 4. Auflage, Oxford 2006, S. 83.

vollkommenheit degradieren⁷⁸. Solche Handlungen können die Frau dadurch erniedrigen und entwerten, dass sie ihr ihre – gesellschaftlich konstruierte – Unterlegenheit und letztlich Minderwertigkeit existenziell vermitteln.

(2) Weiter kann sich die erhöhte Intensität der Misshandlung aufgrund ihres diskriminierenden Kontexts daraus ergeben, dass das Opfer allein wegen seines Geschlechts getroffen wird. Dadurch wird es nicht als individueller Mensch, sondern allein wegen seiner Zugehörigkeit zu einer spezifischen gesellschaftlichen Gruppe gesondert behandelt. Wo diese Gruppe für den Einzelnen derart prägend ist wie das Geschlecht, kann eine solche gruppenspezifische, aber nicht individualisierende Behandlung zur Entwürdigung und Herabsetzung der Betroffenen beitragen⁷⁹.

Werden beispielsweise nur Ehebrecherinnen, nicht aber Ehebrecher aus Familie und Gesellschaft ausgeschlossen⁸⁰, ist Art. 3 EMRK eher betroffen, als wenn sowohl ehebrecherische Frauen als Männer gleichermaßen benachteiligt werden. Die konkreten Folgen müssen als solche weniger intensiv sein, wenn nur Frauen von solchem Ausschluss betroffen sind.

c. Besondere Erwägungen zur konkreten Gefährdung

Der EGMR fragt in verschiedenen Entscheiden, ob der Beschwerdeführer durch eine Rückschiebung in seiner körperlichen oder psychischen Integrität intensiver betroffen werde als die Bevölkerung des Empfängerstaates allgemein.

Im Falle des kolumbianischen Drogenhändlers H.L.R. kommt der EGMR zum Schluss, dass eine spezifische, individuelle Bedrohung durch das Drogenkartell nicht erwiesen sei. Entsprechend könne nicht darauf geschlossen werden, dass die Situation von H.L.R. im Falle einer Ausweisung schlimmer wäre als jene anderer Kolumbianer⁸¹.

In Bezug auf den Beschwerdeführer N., der in der Vergangenheit ein Mitglied des Geheimdienstes des Präsidenten Mobutu war, hält der Gerichtshof fest, dass seine ehemalige Position eine

⁷⁸ BGE 106 Ia 277 E3a S. 281 (groupe action prison I), deutsche Übersetzung nach Pra 1981, Nr. 138, S. 359; vgl. auch BGE 116 Ia 420 E3b S. 424 (Hafterstehungsfähigkeit); illustrativ für eine erniedrigende Behandlung EGMR Iwańczuk v. Poland, 25196/94 (2001) Ziff. 54ff.

⁷⁹ Auf diesem Gedanken beruht auch das Verständnis der Diskriminierungsverbote als spezifische Gewährleistungen gegen entwürdigende, herabsetzende Sonderbehandlung; siehe etwa JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl. Bern 1999, S. 414; BERNHARD WALDMANN, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Bern 2003, S. 173ff.; VINCENT MARTENET, Géométrie de l'égalité, Genève 2003, Rz. 752; BERNHARD PULVER, L'interdiction de la discrimination, Diss. Neuchâtel, Basel 2003, S. 3ff.

⁸⁰ Vgl. etwa den Sachverhalt in Jabari v. Turkey, 40035/98 (2000).

⁸¹ H.L.R. v. France (GC), 24573/94 (1997) Ziff. 42.

besondere individuelle Betroffenheit begründe. Damit sei eine konkrete Gefährdung zu bejahen⁸².

Das Erfordernis einer spezifischen individuellen Betroffenheit, die über das im fraglichen Staat Übliche hinaus geht, stellt jedoch kein notwendiges Kriterium dar, an welchem sich die Anwendbarkeit von Art. 3 EMRK misst. Vielmehr geht der Gerichtshof in diesen Fällen unausgesprochen davon aus, dass die in einem Staat üblichen Gefahren, von Behörden oder Privaten misshandelt zu werden, nicht derart gross sind, dass Art. 3 EMRK betroffen würde. Die Frage, ob der konkret Betroffene einer spezifischen Gefahr ausgesetzt würde, ist nur im Sinne eines negativen Hilfsarguments zu verstehen: Ist ein Mensch der gleichen Gefahr ausgesetzt wie die Bevölkerung insgesamt – und erreicht diese Gefahr nicht das für Art. 3 EMRK erforderliche Niveau – so kommt auf ihn Art. 3 EMRK nicht zur Anwendung.

Ist eine ganze Bevölkerungsgruppe aber in signifikanter Masse der Gefahr einer Misshandlung ausgesetzt, welche die für Art. 3 EMRK erforderliche Intensität aufweist, muss kein besonderes, individuelles Risiko der unmenschlichen Behandlung nachgewiesen werden. In solchen Situationen muss es genügen, dass die fragliche Person einer solchen Gruppe angehört.

Rund 98 % der somalischen Frauen werden einer Genitalverstümmelung unterzogen. Die ARK anerkennt deshalb, dass die minderjährigen Töchter einer somalischen Frau im Falle einer Rückkehr nach Somalia der konkreten Gefahr einer Verletzung von Art. 3 EMRK ausgesetzt würden⁸³. Ein Nachweis der konkreten, persönlichen Gefährdung war nicht erforderlich.

In solchen Situationen würde es dem Aufenthaltsstaat obliegen, darzutun, dass im konkreten Fall keine Gefährdung vorliegt.

Für den Fall der häuslichen Gewalt bedeutet dies, dass eine konkrete Gefahr im Sinne von Art. 3 EMRK für die Angehörigen gewisser Bevölkerungsgruppen – etwa Frauen oder Kinder – schon dann vorliegen kann, wenn sie im betreffenden Land generell einer ganz besonders grossen Gefahr ausgesetzt sind, in ihrer Familie in einer Weise misshandelt zu werden, die Art. 3 EMRK verletzt.

⁸² N. v. Finland, 38885/02 (2005) Ziff. 164.

⁸³ EMARK 2004 Nr.14, S. 87.

VI. Möglichkeit eines sicheren Zufluchtsorts im Heimatstaat

Eine konkrete Gefahr einer Misshandlung i.S. von Art. 3 EMRK besteht dann nicht, wenn sich der Betroffene im Empfängerstaat an einem anderen Ort aufhalten könnte, wo ihm keine entsprechende Gefahr droht, sofern ein solcher Aufenthalt im konkreten Fall zumutbar wäre⁸⁴. Im Zusammenhang mit Fragen der häuslichen Gewalt fragt sich diesbezüglich insbesondere, ob einer bedrohten Frau zugemutet werden kann, sich ausserhalb ihres Familienverbandes im Empfängerstaat aufzuhalten, und ob dadurch die Gefahr einer Misshandlung wirksam gebannt wird.

Diesbezüglich kann der Schutzbereitschaft und –fähigkeit des Empfängerstaates entscheidendes Gewicht zukommen: Die Frage eines alternativen Rückkehrortes stellt sich erst dann, wenn der Staat nicht in der Lage (oder nicht Willens) ist, die Frau vor häuslicher Gewalt im Rahmen ihrer Familie wirksam zu schützen. In solchen Fällen ist regelmässig besonders eingehend abzuklären, ob ausserhalb des Familienverbandes wirksamer staatlicher Schutz gewährleistet ist.

Die Zumutbarkeit eines alternativen Rückkehrortes ist sorgfältig zu prüfen. Es ist sicherzustellen, dass der rückschiebende Staat seiner menschenrechtlichen Pflicht, die konkrete Frau vor einer Art. 3 EMRK verletzenden Behandlung zu schützen, nur mit solchen Mitteln nachkommt, welche für sie zumutbar sind⁸⁵. Entsprechend kommen nur solche Alternativen in Frage, welche für die Betroffene nicht mit unzumutbaren Belastungen verbunden sind⁸⁶. Dabei sind sämtliche Umstände des konkreten Einzelfalles zu berücksichtigen, insbesondere etwa gesundheitliche, wirtschaftliche und soziale Faktoren im Hinblick auf die spezifisch betroffene Person.

Auch die Flüchtlingskonvention verlangt eine eingehende, individualisierte Zumutbarkeitsprüfung, wenn interne Fluchtalternativen geltend gemacht werden⁸⁷. Der Schutz des Betroffenen

⁸⁴ Die Figur der „innerstaatlichen Fluchtalternative“ wurde im Flüchtlingsrecht entwickelt; der EGMR legt sie aber auch seiner Praxis zu Art. 3 EMRK zugrunde. Siehe insbesondere *Hilal v. The United Kingdom*, 45276/99 (2001) Ziff. 67f.; *Chahal v. The United Kingdom (GC)*, 22414/93 (1996) Ziff. 98 und 104.

⁸⁵ Darin äussert sich die dogmatische Qualifizierung des Gebots des non-refoulement als grundrechtliche Schutzpflicht.

⁸⁶ Zur Prüfung der Zumutbarkeit siehe etwa UNHCR, *Guidelines on International Protection: “Internal Flight or Relocation Alternative” within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 23. Juli 2003, HCR/GIP/03/04, Ziff. 24ff.

⁸⁷ Zur Berücksichtigung alternativer Fluchtmöglichkeiten siehe UNHCR, *IFA Guidelines (Anm. 86)*.

reduziert sich auch hier nicht darauf, am alternativen Rückkehrort keiner Verfolgung im Sinne von Art. 1 FK ausgesetzt zu sein⁸⁸.

VII. Hinweis auf den Schutz vor häuslicher Gewalt im Rahmen des Flüchtlingsrechts

Analog zu Art. 3 EMRK enthält auch das Flüchtlingsrecht ein Verbot des *refoulement*. Es ist in Art. 33 FK sowie in Art. 25 Abs. 2 BV verankert und wird in Art. 5 Abs. 1 AsylG und in Art. 2 lit. b IRSG konkretisiert⁸⁹. Auch dieses Verbot stellt völkerrechtliches Gewohnheitsrecht⁹⁰ dar, dem die Qualität von *ius cogens*⁹¹ zukommt.

Auch im Rahmen dieser flüchtlingsrechtlichen Garantie ist anerkannt, dass eine Rückschiebung verboten ist, wenn der Empfängerstaat nicht Willens oder nicht in der Lage⁹² ist, den betroffenen Flüchtling vor Verfolgung von Seiten Privater wirksam zu schützen⁹³.

⁸⁸ Der Grund dafür liegt darin, dass die Betroffenen nicht sämtliche Alternativen auszuschöpfen brauchen, bevor sie in einem Staat um Asyl nachsuchen; siehe UNHCR, IFA Guidelines (Anm. 86) Ziff. 4.

⁸⁹ Dieses Rückschiebungsverbot weicht insbesondere in seinem persönlichen Anwendungsbereich, dem von ihm gewährleisteten Schutz und in seiner Einschränkung von jenem nach Art. 3 EMRK ab; siehe dazu etwa KÄLIN/KÜNZLI (Anm. 6) S. 477-479 und 490f.

⁹⁰ KÄLIN/KÜNZLI (Anm. 6) S. 491 m.H.; vgl. aber JAMES C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge UK 2005, S. 363-370 m.H.

⁹¹ ALEXANDER ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford 2006, S. 55; STEFAN KADELBACH, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin 1992, S. 294f.; PETER SALADIN, *Völkerrechtliches ius cogens und schweizerisches Landesrecht*, in: Guido Jenny/Walter Kälin, *Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen*, Bern 1988, S. 92-96; WALTER KÄLIN, *Internationale Menschenrechtsgarantien als Schranke der Revision von Bundesverfassungsrecht – Das Beispiel völkerrechtswidriger Asylinitiativen*, AJP 3/1993, S. 248f.; *Botschaft über die Volksinitiative „Für eine vernünftige Asylpolitik“ und „Gegen die illegale Einwanderung“*, BBl 1994 III 1486; *Botschaft zum Bundesbeschluss über das Asylverfahren (AVB) und zu einem Bundesgesetz über die Schaffung eines Bundesamtes für Flüchtlinge*, BBl 1990 II 595; MAHON (Anm. 4) Rz. 7; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (Anm. 22) Rz. 1151.

⁹² Dazu eingehend und weiter differenzierend WALTER KÄLIN, *Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect*, 15 *Geo. Immigr. L.J.* 415, S. 415ff.

⁹³ Urteil der ARK vom 8. Juni 2006. Siehe auch etwa die diesbezüglich klare Formulierung von Art. 6 der „Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes“, ABiL 304 vom 30. Sept. 2004, S. 12ff.; sowie etwa UNHCR-Stellungnahme: *Auslegung von Artikel 1 GFK*, 2001, Rz. 19, einsehbar unter <http://www.unhcr.de/pdf/85.pdf> (zuletzt besucht am 16. August 2006).

Die Schweizer Praxis war früher restriktiver. War ein Staat zwar willens, aber nicht in der Lage, den Betroffenen vor Verfolgung durch Private zu schützen, konnte sich der Verfolgte nach Ansicht der ARK nicht auf Art. 3 AsylG berufen⁹⁴. Da dieser Ansatz im Widerspruch zu Art. 1 A Abs. 2 FK sowie Art. 6 EG-Richtlinie über Mindestnormen⁹⁵ stand und sich das UNHCR⁹⁶ und die überwiegende Lehre⁹⁷ dagegen wandten, änderte die ARK nach einigem Zögern⁹⁸ ihre Rechtsprechung⁹⁹.

Mit Bezug auf allfällige interne Fluchialternativen ist festzuhalten, dass dann keine Verfolgung vorliegt – und dementsprechend die Flüchtlingseigenschaft fehlt – wenn dem Betroffenen eine zumutbare Möglichkeit offen steht, im Herkunftsstaat selber Zuflucht zu finden¹⁰⁰.

⁹⁴ WALTER STÖCKLI, Asyl, in: Peter Uebersax/Peter Münch/Thomas Geiser/Martin Arnold, Ausländerrecht, Basel/Genf/München 2002, § 8, Rz. 8.10; KÄLIN (Anm. 92) S. 416, EMARK 2002 Nr. 16 E5c/cc S. 133; EMARK 2004 Nr. 14 E6d S. 92.

Auch die ARK erachtet Art. 3 AsylG aber dann als anwendbar, wenn der Staat zwar in der Lage, aber nicht Willens ist, den Betroffenen vor Privaten zu schützen. Art. 3 AsylG findet Anwendung auf einen von privaten Tutsi-Milizen verfolgten Hutu, weil der Staat tatenlos duldet, ermuntert, unterstützt und offen kollaboriert; EMARK 1998 Nr. 17 E4d S. 153f.

⁹⁵ „Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes“, ABI L 304 vom 30. Sept. 2004, S. 12ff. und dazu UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons who otherwise need International Protection and the Content of the Protection granted (OJ L 304/12 of 30.9.2004), zu Art. 6, lit. c, S. 17f.

⁹⁶ UNHCR-Stellungnahme: Auslegung von Artikel 1 GFK, 2001, Rz. 19, einsehbar unter <http://www.unhcr.de/pdf/85.pdf>, Rz. 19ff. mit eingehenden Hinweisen auf die Praxis zahlreicher Staaten in Anm. 43.

⁹⁷ KÄLIN (Anm. 92) S. 418 und 423f., mit Hinweisen auf die Praxis des kanadischen Supreme Court und des House of Lords; MARIO GATTIKER, Das Asyl- und Wegweisungsverfahren: Asylgewährung und Wegweisung nach dem Asylgesetz vom 26.6.1998 (Hrsg. SFH), 3. Aufl. Bern 1999, S. 70ff.; GUY S. GOODWIN-GILL, The Refugee in International Law, 2nd ed., Oxford 1996, S. 71f.; SUSANNE BOLZ, Wie EU-kompatibel ist das Schweizer Asylrecht?, ASYL 1/2005, S. 9; ALBERTO ACHERMANN/CHRISTINA HAUSAMMANN, Handbuch des Asylrechts, Bern 1991, S. 86ff.

⁹⁸ Angesichts der politischen Auseinandersetzungen zu dieser Frage sah sich die ARK noch im Jahr 2004 nicht in der Lage, die Frage zu beantworten; EMARK 2004 Nr. 14 E6f S. 94.

⁹⁹ Urteil der ARK vom 8. Juni 2006.

¹⁰⁰ Siehe Art. 8 „Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes“, ABI L 304 vom 30. Sept. 2004, S. 12ff. und eingehend UNHCR, IFA Guidelines (Anm. 86) Ziff. 6ff.; UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 1992 (1979), HCR/IP/Eng/Rev. 1, Ziff. 91; S. BOLZ (Anm. 97) S. 9f. (zur rechtlichen Bedeutung des Handbuchs HATHAWAY [Anm. 90] S. 114-118).

Die ARK prüft dagegen lediglich im Rahmen der Wegweisung, ob der Betroffene im sicheren Gebiet auf zumutbare Lebensbedingungen trifft¹⁰¹. Dies hat zur Folge, dass die Flüchtlingseigenschaft schon dann wegfällt, wenn der Betroffene über eine unzumutbare interne Fluchtalternative verfügt. Eine solche Konkretisierung würde den Schutzzweck von Art. 25 Abs. 2 BV verfehlen.

Im Unterschied zu Art. 3 EMRK schützen Art. 33 FK und Art. 25 Abs. 2 BV nur Flüchtlinge vor Rückschiebung. Die Flüchtlingseigenschaft verlangt unter anderem – über den persönlichen Schutzbereich von Art. 3 EMRK hinaus – dass die fragliche Person aufgrund ihrer spezifischen Gruppenzugehörigkeit verfolgt wird: Ausschlaggebend müssen die Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder politische Überzeugung¹⁰² des Betroffenen sein. Mit Bezug auf häusliche Gewalt gegen Frauen stellt dieses Erfordernis im Rahmen des Flüchtlingsrechts die Frage, ob die Opfer als „soziale Gruppe“ i.S. dieser Bestimmung qualifiziert werden können¹⁰³. Da der persönliche Schutzbereich von Art. 3 EMRK alle Menschen unabhängig von ihrer Gruppenzugehörigkeit, Staatsangehörigkeit oder ihres sonstigen aufenthaltsrechtlichen Status erfasst, stellt sich dieses flüchtlingsrechtliche Problem im Rahmen des menschenrechtlichen Schutzes nicht.

VIII. Zusammenfassung

Das vorliegende Gutachten geht der Frage nach, ob die Gefahr, im Falle einer Ausweisung oder Auslieferung häuslicher Gewalt ausgesetzt zu werden, ein Rückschiebungshindernis nach Art. 3 EMRK darstellt. Art. 3 EMRK schützt vor Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung. Diese Garantie ist absolut

¹⁰¹ Grundsatzentscheid EMARK 1996 Nr. 1 E5d/dd S. 11 und dazu GATTIKER (Anm. 97) S. 78f.

¹⁰² So übereinstimmend Art. 1A Ziff. 2 FK, Art. 3 AsylG und Art. 2 lit. c „Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes“, ABI L 304 vom 30. Sept. 2004, S. 12ff. Siehe zu einzelnen Verfolgungsgründen die Guidelines on International Protection: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 28. April 2004, HCR/GIP/04/06 sowie die Guidelines on International Protection: “Membership of a particular social group” within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 7. Mai 2002, HCR/GIP/02/02.

¹⁰³ Dazu eingehend etwa KÄLIN (Anm. 58) S. 12-16; UNHCR, Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/02/01 vom 7. Mai 2002.

und kann durch keine konfligierenden Interessen eingeschränkt werden; eine Abwägung findet nicht statt.

Art. 3 EMRK schützt nicht nur vor Misshandlungen im Aufenthaltsstaat, sondern verbietet diesem auch, einen Menschen in einen anderen Staat auszuweisen oder auszuliefern, in dem er der konkreten Gefahr einer solchen Misshandlung ausgesetzt ist. Auch in dieser Wirkungsrichtung gilt Art. 3 EMRK absolut, ohne Möglichkeit der Einschränkung.

Art. 3 EMRK schützt alle Menschen, die sich auf dem Gebiet eines Staates aufhalten, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit oder ihrem aufenthaltsrechtlichen Status.

Damit eine „unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung“ – oder gar Folter – im Sinne dieser Bestimmung vorliegt, muss die in Frage stehende Einwirkung auf den Betroffenen eine gewisse minimale Intensität aufweisen; sowohl Beeinträchtigungen der körperlichen als auch der psychischen Integrität werden erfasst. Die erforderliche Intensität, welche den Schutz von Art. 3 EMRK auslöst, kann nicht abstrakt umschrieben werden; im konkreten Fall sind sämtliche Umstände zu berücksichtigen. Für die Frage der häuslichen Gewalt ist etwa die Praxis von Bedeutung, wonach eine Vergewaltigung nicht „nur“ unmenschliche oder erniedrigende Behandlung, sondern unter Umständen auch Folter (als schwerste Form der Misshandlung) darstellen kann. Aus der Strassburger Kasuistik wird weiter deutlich, dass auch etwa schwerste Formen der Vernachlässigung von Kindern von Art. 3 EMRK erfasst werden können, ohne dass aktive körperliche Misshandlungen erfolgen. Auch etwa Genitalverstümmelungen fallen klarerweise unter Art. 3 EMRK.

Ein Vorsatz von Seiten der Täter ist bei der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung nicht erforderlich; der Zweck, der mit der Misshandlung verfolgt wird, ist unerheblich.

Art. 3 EMRK schützt nicht nur vor Misshandlungen von Seiten des Staates, sondern auch vor privater Gewalt. Der Staat ist verpflichtet, gegen Misshandlungen von Seiten Privater tatsächlich wirksame Schutzmassnahmen zu treffen. Unterlässt er dies – willentlich oder weil der dazu nicht in der Lage ist – sind ihm Verletzungen von Seiten Privater zurechenbar.

Auch in seinem Gehalt als Schutz vor Ausweisung und Auslieferung schützt Art. 3 EMRK nicht nur vor Misshandlungen von Seiten des Empfängerstaates selber, son-

dern auch von Seiten Privater. Auch hier ist entscheidend, ob der Empfängerstaat tatsächlich wirksame Schutzmassnahmen gegen private Misshandlungen ergreift; ist er nicht Willens oder nicht in der Lage dazu, bietet Art. 3 EMRK Schutz davor, auf sein Gebiet ausgewiesen oder ausgeliefert zu werden.

Private Misshandlungen müssen im Kontext der Auslieferung und Ausweisung bei drohender häuslicher Gewalt die selbe minimale Intensität aufweisen, wie sie Art. 3 EMRK generell fordert. Ein besonderer Gesichtspunkt ergibt sich bei frauenspezifischer Gewalt im Familienverband dadurch, dass eine erniedrigende oder unmenschliche Behandlung auch daher rühren kann, dass die Frau allein wegen ihres Geschlechts einer Misshandlung ausgesetzt wird. Dadurch wird sie in ihrem Anspruch auf diskriminierungsfreie Behandlung beeinträchtigt; eine entsprechende Diskriminierung kann eine Intensität annehmen, die den Schutz von Art. 3 EMRK eröffnet. Gerade im familiären Kontext können sich etwa überkommene gesellschaftliche Machtstrukturen dahingehend auswirken, dass eine bestimmte Behandlung der Frau ihre Ohnmacht und angebliche Minderwertigkeit vor Augen führen soll; dadurch kann Art. 3 EMRK – bei genügender Intensität – betroffen werden.

Bei Fragen der Gefahr häuslicher Gewalt im Falle einer Ausweisung oder Auslieferung kann von Bedeutung sein, ob den Betroffenen ein alternativer Rückkehrort offen steht, an welchem sie keiner solchen Gefahr ausgesetzt sind. Eine solche alternative Rückkehrmöglichkeit ist nur dann in Betracht zu ziehen – und kann entsprechend eine Auslieferung oder Ausweisung zulässig erscheinen lassen – wenn sie unter Berücksichtigung sämtlicher wirtschaftlicher, sozialer und gesundheitlicher Umstände für den konkret betroffenen Menschen zumutbar ist.

Basel, 17. August 2006

Prof. Dr. Markus Schefer

stud. iur. Nicole Šmid