recht

4/14
www.recht.recht.ch

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

32. Jahrgang

Inhalt

Abhandlungen

145 *Jakob Ueberschlag*
Von der Europa über die Justitia zur Helvetia?

149 *Tizian Troxler*
Subjektive Rechtfertigungselemente im Haftpflichtrecht

165 *Nadja Meyenhofer*
Regulierung von Klimarisiken im arktischen Ökosystem

175 *Peter V. Kunz*
Sanierungen von Kapitalgesellschaften: Wann und wie kann oder muss saniert werden?

Rechtsprechung

186 *Anna Petrig*
EGMR-Entscheid *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*

Orientierung

195 *Bastien Khalfi*
«Avenir Familles!» Journée sur l'avenir du droit de la famille en Suisse du 24 juin 2014

Stämpfli Verlag

Impressum

Schriftleitung: lic. iur. Thomas Schneider
Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1
Postfach 5662, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 62 15, Fax 031 300 66 88
E-Mail: Redaktion@recht.ch

www.recht.recht.ch

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach 5662, 3001 Bern, zu richten.
Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift «recht» vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags.
Die Zeitschrift erscheint sechsmal jährlich, im Februar, April, Juni, August, Oktober, Dezember.

Abonnementspreise 2014
AboPlus
(Zeitschrift + Onlinezugang)
Schweiz: Normalpreis CHF 175.50,
für immatrikulierte Studenten CHF 143.–
Ausland: CHF 185.–
Onlineabo: CHF 137.–
Einzelheft: CHF 22.–
Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Onlineangebote 8% MWSt.

Abonnemente:
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88,
periodika@staempfli.com

Inserate:
Tel. 031 300 63 82, Fax: 031 300 63 90,
inserate@staempfli.com
© Stämpfli Verlag AG Bern 2013
Gesamtherstellung: Stämpfli AG, Bern
Printed in Switzerland, ISSN 0253-9810

Herausgeber und Redaktion

Privatrecht

WOLFGANG ERNST
Professor für Römisches Recht und Privatrecht, Universität Zürich

ROLAND FANKHAUSER
Professor für Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Universität Basel

PETER JUNG
Professor für Privatrecht, Universität Basel

CHRISTOPH MÜLLER
Professor für Vertragsrecht, Privatrechtsvergleichung und Europäisches Privatrecht, Universität Neuenburg

ALEXANDRA RUMO-JUNGO
Professorin für Zivilrecht, Universität Freiburg

Wirtschaftsrecht

PETER JUNG
Professor für Privatrecht, Universität Basel

PETER V. KUNZ
Professor für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung, Universität Bern

ROGER ZÄCH
Professor em. für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht, Universität Zürich

Strafrecht

FELIX BOMMER
Ordinarius für Strafrecht, Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht, Universität Luzern

SABINE GLESS
Ordinaria für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Basel

Öffentliches Recht

MARTINA CARONI
Ordinaria für öffentliches Recht, Völkerrecht und Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, Universität Luzern

BERNHARD RÜTSCHE
Ordinarius für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, Universität Luzern

DANIELA THURNHERR
Professorin für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungsrecht und öffentliches Prozessrecht, Universität Basel

Rechtsprechung

Anna Petrig

EGMR-Entscheid *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*

Zielgerichtete Sanktionen und die Frage nach der Haftung für eine Verletzung des Rechts auf Zugang zum Gericht

Die Schweiz befindet sich in einer Zwickmühle: Setzt sie Sanktionsresolutionen des Sicherheitsrates getreu um, verstösst sie potentiell gegen Menschenrechte. Gibt sie der Einhaltung von Menschenrechten Vorrang, so kommt sie ihrer Pflicht, Sicherheitsratsresolutionen umzusetzen nicht nach. Diese Dilemma wird anhand des Entscheids Al-Dulimi *illustriert, in welchem der EGMR die Schweiz verurteilte, weil sie die Einziehung von Vermögenswerten resolutionsgemäss anordnete – ohne Möglichkeit, deren Rechtmässigkeit durch ein Schweizer Gericht überprüfen zu lassen.*

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung
- I. Internationale Organisationen als Rechtsetzer, Staaten als Rechtsanwender
- II. Zielgerichtete Sanktionen und Menschenrechte
- III. Haftung für Menschenrechtsverletzungen?

B. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- I. Das VN-Sanktionsregime für Irak
- II. Umsetzung des VN-Sanktionsregimes durch die Schweiz
- III. Massnahmen gegenüber Beschwerdeführer
- IV. Beschreitung des Rechtswegs durch Beschwerdeführer

C. Entscheid des Gerichtshofs
- I. Zulässigkeit der Beschwerde: Umsetzung Resolution als Ausübung Schweizer Hoheitsgewalt
- II. Entscheid in der Sache: Schweiz für EMRK-Verletzung verantwortlich

D. Gedanken zum Entscheid
- I. (Mit-)Verantwortlichkeit der VN denkbar
- II. Rechtsnatur der Umsetzungsmassnahme hat Auswirkung auf Verfahrensrechte
- III. Rechtsschutz im Lichte internationalisierten Verwaltungshandelns

A. Einleitung

Rechtsakte internationaler Organisationen, die Sachverhalte ausserhalb der Organisation selbst regeln, wie Sanktionsresolutionen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen (folgend: VN), werden in der Regel dezentral durch Staaten vollzogen. Dieses komplexe Zusammenspiel von rechtsetzender internationaler Organisation und rechtsanwendendem Staat wirft vor allem aus Sicht der betroffenen Personen die Frage auf, wer für allfällige Menschenrechtsverletzungen, die sich im Rahmen der staatlichen Umsetzung von Rechtsakten internationaler Organisationen zutragen, haftet: der Staat, die internationale Organisation, beide – oder gar niemand? Der Entscheid *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (folgend: EGMR)[1] illustriert diese Problematik für den spezifischen Fall, in dem ein Staat – nämlich die Schweiz – eine auf Kapitel VII der VN-Charta gestützte Sicherheitsratsresolution, die den Erlass bestimmter zielgerichteter Finanzsanktionen verlangt, umsetzt und dabei angeblich das in Art. 6 EMRK[2] verbürgte Recht auf Zugang der von der Sanktion betroffenen Person zu einem Gericht verletzt hat.

I. Internationale Organisationen als Rechtsetzer, Staaten als Rechtsanwender

Das Statut des Internationalen Gerichtshofs nennt als Rechtsquellen des Völkerrechts die Verträge, das Gewohnheitsrecht und die Allgemeinen Rechtsgrundsätze.[3] Während das Gros der völkerrechtlichen Regelungen noch immer diesen Rechtsquellen entspringt, geht heute die Rechtsentstehung in der internationalen Gemeinschaft über diese in den 1920er-Jahren formulierte Aufzählung hinaus. So sind namentlich internationale Organisationen[4] ein zunehmend wichtiger Akteur in der internationalen Rechtsetzung.[5] Viele ihrer Rechtsakte haben Aussenwirkung, d. h. sie regeln Sachverhalte ausserhalb der Organisation selbst, und eine steigende Anzahl von Lebens- und Sachbereichen werden durch sie beeinflusst.[6] Resolutionen des Sicher-

Dr. *Anna Petrig,* LL.M. (Harvard), wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Juristischen Fakultät der Universität Basel.

[1] Cour européenne des droits de l'homme, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse,* requête no. 5809/08, arrêt, 26 novembre 2013 [folgend: EGMR, *Al-Dulimi*].

[2] Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101 [folgend: EMRK].

[3] Art. 38 Statut des Internationalen Gerichtshofs vom 26. Juni 1945, SR 0.193.501.

[4] Für eine Definition der internationalen Organisation siehe beispielsweise diejenige der Völkerrechtskommission in Art. 2(1) Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, Annex to General Assembly Resolution 66/100, UN Doc. A/66/10 (27 February 2012); deutsche Übersetzung erhältlich bei Vereinte Nationen, Deutscher Übersetzungsdienst, Thematische Dokumente, Völkerrecht, www.un.org/Depts/german/gv-66/band1/ar66100.pdf (zuletzt aufgerufen am 2. Februar 2014) [folgend: DARIO].

[5] *Matthias Ruffert & Christian Walter,* Institutionalisiertes Völkerrecht, Das Recht der Internationalen Organisationen und seine wichtigsten Anwendungsfelder, München, 2009, 26, N 77.

[6] *Markus Benzing,* International Organizations or Institutions, Secondary Law, in: *Rüdiger Wolfrum* (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, online edition, Oxford, Paras. 4–5, 12, 50.

heitsrats der Vereinten Nationen sind ein prominentes Beispiel für solche Rechtsakte internationaler Organisation.

Rechtsakte internationaler Organisationen werden in der Regel nicht durch die Organisation selbst, d. h. zentral vollzogen. Vielmehr sind es die Mitgliedstaaten, welche diese Akte innerstaatlich umsetzen, d. h., der Vollzug erfolgt dezentral. Bei der Umsetzung von Sicherheitsratsresolutionen besteht die Besonderheit, dass die Mitgliedstaaten aufgrund von Art. 25 VN-Charta[7] verpflichtet sind, diese umzusetzen. Die Bestimmung besagt, dass die Mitglieder der Vereinten Nationen übereinkommen, die Beschlüsse des Sicherheitsrats «anzunehmen und durchzuführen». Während die Schweiz vor ihrem Beitritt zu den VN im Jahre 2002 im Rahmen des autonomen Nachvollzugs jeweils frei entscheiden konnte, ob sie Sicherheitsratsresolutionen – beispielsweise Sanktionsregime – umsetzen wollte, kommt ihr heute ein solcher Ermessensspielraum nicht mehr zu.[8]

II. Zielgerichtete Sanktionen und Menschenrechte

Umfassende Wirtschafts- und Finanzsanktionen, wie sie während des Kalten Krieges üblich waren, zeitigen oft negative humanitäre Konsequenzen für die Zivilbevölkerung. Seit den 1990er-Jahren werden deshalb vermehrt sogenannte zielgerichtete Sanktionen *(targeted sanctions* oder *smart sanctions)* angewandt, die sich bloss an bestimmte Personen, Unternehmen oder Organisationen richten und somit gezielter und effizienter wirken sollen. Die Schweiz hat eine aktive Rolle bei der Entwicklung des Konzepts dieser neuen Art von Sanktionen, die nicht eine ganze Gesellschaft negativ treffen sollte, innegehabt.[9]

In Sicherheitsratsresolutionen, welche zielgerichtete Sanktionen verlangen, werden Staaten zu einem bestimmten Vorgehen gegen Einzelne verpflichtet – beispielsweise ihre Gelder einzufrieren oder ihre Ein- und Durchreise zu verweigern. Dadurch, dass ein direkter Zugriff auf Einzelne (statt wie bei umfassenden Wirtschaftssanktionen auf Staaten oder Regierungen) verlangt wird, besteht die Gefahr, dass die Menschenrechte dieser natürlichen oder juristischen Personen verletzt werden. So kann die Sperrung von Geldern jemanden mittellos machen und potenziell sein Recht auf Eigentum verletzen oder ein Transitverbot jemanden faktisch unter Hausarrest stellen und so dessen Recht auf Freiheit oder Familie unter Umständen einschränken.[10]

Dadurch dass zielgerichtete Sanktionen direkt in die Rechtsposition des Einzelnen eingreifen, stellt sich die Frage der Überprüfung von deren Rechtmässigkeit, v. a. deren Menschenrechtstauglichkeit in besonders akuter Weise. Während Jahren wurde der Schutz des Einzelnen vor ungerechtfertigten *staatlichen* Handlungen ausgebaut. Bei zielgerichteten Sanktionen droht dieser Menschenrechtsschutz jedoch ins Leere zu laufen, da der Staat dem Einzelnen nicht alleine, sondern im Zusammenwirken mit einer internationalen Organisation gegenübertritt.[11]

III. Haftung für Menschenrechtsverletzungen?

Die resolutionsgetreue Umsetzung von zielgerichteten Sanktionen – sowie von Rechtsakten internationaler Organisationen generell – verstösst potenziell gegen Menschenrechte, seien es Rechte materieller Natur wie die Eigentumsgarantie oder prozessualen Charakters wie das Recht auf Zugang zu einem Gericht. Dies wirft eben die Frage auf, wer für solche allfällige Menschenrechtsverletzungen verantwortlich gemacht werden kann: der umsetzende Staat, die internationale Organisation, beide – oder gar niemand? Die Beantwortung dieser Frage ist nicht einfach, da das Zusammenspiel zwischen der internationalen Organisation als Rechtsetzer und dem Staat als Rechtsanwender komplex ist. Während der direkte Verursacher der Verletzung zwar der umsetzende Staat ist, so kann argumentiert werden, dass der Verstoss doch bereits im Rechtsakt angelegt ist, der von der internationalen Organisation erlassen wurde. Bei Sicherheitsratsresolutionen verkompliziert sich die Situation zudem insofern, als dass der umzusetzende Staat zur Umsetzung verpflichtet ist und ihm bei der Wahl der Umsetzungsmassnahmen oft kein oder nur ein geringer Spielraum zukommt.

In *Al-Dulimi* befasste sich der EGMR mit der Problematik der Haftung für Menschenrechtsverletzungen, die sich im Rahmen der dezentralen Umsetzung von Rechtsakten internationaler Organisationen durch Staaten ergeben. Und zwar ging es um den spezifischen Fall, in welchem ein Staat eine auf Kapitel VII der VN-Charta gestützte Sicherheitsratsresolution, die den Erlass bestimmter zielgerichteter Finanzsanktionen verlangt, umgesetzt und dabei angeblich das Recht auf Zugang zu einem Gericht, wie es in Art. 6 EMRK verbürgt wird, verletzt hat.

B. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Herr Al-Dulimi, der gemäss Sicherheitsrat der VN während der Herrschaft von Saddam Hussein Finanzverantwortlicher des irakischen Geheimdienstes war, sowie die Montana Management Inc., ein Unternehmen nach panamaischem Recht mit Sitz in Panama, dessen Direktor Al-Dulimi war, führten Beschwerde gegen die Schweiz vor dem EGMR in Strassburg.[12] Die Beschwerdeführer machten u. a. geltend, dass die Schweiz die Einziehung ihrer Vermögenswerte, die dem VN-Sanktionsregime für Irak unterlagen, angeordnet hatte, ohne ihnen dabei ein Verfahren in Einklang mit Art. 6 EMRK zu gewähren.[13] Mit Entscheid vom 26. November 2013 hiess die zweite Kammer des Gerichtshofs die Beschwerde mit einer knappen Mehrheit gut.

[7] Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945, SR 0.120 [folgend: VN-Charta].

[8] *Mathias-Charles Krafft, Daniel Thürer & Julie-Antoinette Stadelhofer,* Switzerland, in: *Vera Gowland-Debbas* (Hrsg.), National Implementation of United Nations Sanctions, A Comparative Study, Leiden, 2004, 523–530.

[9] *Idem,* 573; The Swiss Confederation in cooperation with the United Nations Secretariat and the Watson Institute for International Studies, Brown University, Targeted Financial Sanctions, A Manual for Design and Implementation, Contributions from the Interlaken Process, www.seco.admin.ch/themen/00513/00620/00639/00641/index.html?lang=de (zuletzt aufgerufen am 2. Februar 2014), vi.

[10] *Olivier Diggelmann, Targeted sanctions* und Menschenrechte, Reflexionen zu einem ungeklärten Verhältnis, SZIER *3* (2009) 301–304.

[11] *Peter Hilpold,* UN Sanctions Before the ECJ: the Kadi Case, in: *August Reinisch* (Hrsg.), Challenging Acts of International Organizations Before National Courts, Oxford, 2010, 50–51.

[12] EGMR, *Al-Dulimi,* Paras. 1 und 10.

[13] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 3.

I. Das VN-Sanktionsregime für Irak

Nach der Invasion von Kuwait durch Irak am 2. August 1990 verabschiedete der Sicherheitsrat Resolutionen 661 vom 6. August 1990 und 670 vom 25. September 1990,[14] welche die Mitgliedstaaten der VN sowie andere Staaten dazu aufforderte, gewisse irakische Gelder und Vermögenswerte einzufrieren.[15] Am 23. Mai 2003 verabschiedete der Sicherheitsrat Resolution 1483, welche Resolution 661 aufhob.[16] Ihr Paragraph 23 verlangt unter anderem, dass Gelder, andere finanzielle Vermögenswerte und wirtschaftliche Ressourcen der früheren irakischen Regierung, von hohen Amtsträgern derselben oder von Unternehmen oder Körperschaften, die sich unter der Kontrolle der genannten Personen befinden, unverzüglich eingefroren werden und ihre Übertragung an den Entwicklungsfonds für Irak veranlasst wird.

Am 24. November 2003 wurde mit Sicherheitsratsresolution 1518[17] ein Sanktionsausschuss eingesetzt, welcher beauftragt wurde, Einzelpersonen und Unternehmen zu benennen *(listing),* auf die in Paragraph 23 der Resolution 1483 Bezug genommen wird (folgend: Sanktionsausschuss 1518).[18]

Am 19. Dezember 2006 verabschiedete der Sicherheitsrat Resolution 1730, welche ein Verfahren zur Streichung von der Liste des Sanktionsausschusses 1518 *(delisting)* schuf.[19] In der Anlage der Resolution werden das Listenstreichungsverfahren sowie die Aufgaben der dafür geschaffenen Koordinierungsstelle *(focal point)* festgelegt.[20]

II. Umsetzung des VN-Sanktionsregimes durch die Schweiz

Am 7. August 1990 erliess der Bundesrat die Verordnung über Wirtschaftsmassnahmen gegenüber der Republik Irak[21] (folgend: Irak-Verordnung), welche die vom Sicherheitsrat geforderten Wirtschaftssanktionen gegenüber Irak umsetzte.[22] Die Verordnung wurde mehrmals geändert, namentlich um sie an Resolution 1483 anzupassen.[23] In Umsetzung von Paragraph 23 der Resolution 1483 verlangt Art. 2 Abs. 1 der Irak-Verordnung die Sperrung von Geldern und wirtschaftlichen Ressourcen der früheren irakischen Regierung, von hohen Amtsträgern derselben oder von Unternehmen oder Körperschaften, die sich unter der Kontrolle der genannten Personen befinden. Abs. 2 der Bestimmung besagt, dass das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (folgend: WBF) im Anhang der Verordnung eine Liste mit Personen und Unternehmen führt, die von den Massnahmen nach Abs. 1 betroffen sind, und dass diese Liste gemäss den Vorgaben des Sanktionsausschusses 1518 nachgeführt wird.[24] Am 18. Mai 2004 erliess der Bundesrat gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV[25] die Verordnung über die Einziehung eingefrorener irakischer Gelder und wirtschaftlicher Ressourcen und deren Überweisung an den Development Fund for Iraq[26] (folgend: Einziehungs-Verordnung).[27]

III. Massnahmen gegenüber Beschwerdeführer

Am 26. April 2004 nahm der Sanktionsausschuss 1518 die beiden Beschwerdeführer auf die Liste der Personen bzw. Unternehmen auf, die unter das Regime von Paragraph 23 der Sicherheitsratsresolution 1483 fallen.[28] In der Folge trug das WBF die beiden Beschwerdeführer am 12. Mai 2004 in der Liste im Anhang zur Irak-Verordnung ein.[29]

Gestützt auf die Einziehungs-Verordnung eröffnete das WBF am 18. Mai 2004 gegenüber den Beschwerdeführern ein Verfahren zur Einziehung ihrer Vermögenswerte, die bereits seit dem 7. August 1990 gesperrt waren.[30] Herr Al-Dulimi verlangte die Suspendierung des Einziehungsverfahrens, um vor dem Sanktionsausschuss 1518 seine Streichung von der Liste zu beantragen; das WBF gab dem Begehren statt. Der Streichungsantrag blieb jedoch erfolglos,[31] worauf das Einziehungsverfahren fortgeführt wurde.[32] Am 22. Mai 2006 unterbreitete das WBF den Beschwerdeführern den Entwurf der Einziehungsverfügung zur Stellungnahme. Trotz Ablehnung der Einziehung durch die Beschwerdeführer verfügte das WBF am 16. November 2006 dieselbe und ordnete an, dass die Vermögenswerte 90 Tage nach Inkrafttreten der Verfügung zu überweisen seien.[33] Die Verfügung des WBF wurde damit

[14] United Nations, Security Council, S.C. Res. 661, UN Doc. S/RES/661 (6 August 1990) [folgend: Resolution 661] und United Nations, Security Council, S.C. Res. 670, UN Doc. S/RES/670 (25 September 1990). Für eine deutsche Übersetzung einer Auswahl von Sicherheitsratsresolutionen, siehe Vereinte Nationen, Deutscher Übersetzungsdienst, Sicherheitsrat, Resolutionen und Beschlüsse www.un.org/Depts/german/>sr/fs_sr_zwischenseite.html/ (zuletzt aufgerufen am 2. Februar 2014).

[15] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 11.

[16] United Nations, Security Council, S.C. Res. 1483, UN Doc. S/RES/1483 (23 May 2003) [folgend: Resolution 1483]; EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 14.

[17] United Nations, Security Council, S.C. Res. 1518, UN Doc. S/RES/1518 (24 November 2003).

[18] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 16.

[19] United Nations, Security Council, S.C. Res. 1730, UN Doc. S/RES/1730 (19 December 2006) [folgend: Resolution 1730]; EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 31.

[20] Anlage der Resolution 1730: Die Koordinierungsstelle nimmt Listenstreichungsanträge entgegen und leitet diese zur Unterrichtung und gegebenenfalls Stellungnahme an die Regierung, welche die Aufnahme in die Liste beantragt hatte, und an die Regierung des Staatsangehörigkeits- oder Wohnsitzstaates der gelisteten Person weiter. Empfiehlt daraufhin eine Regierung die Streichung, so leitet diese ihre Empfehlung direkt oder via Koordinierungsstelle an den Vorsitzenden des Sanktionsausschusses 1518 weiter, welcher den Antrag auf Streichung auf die Tagesordnung des Ausschusses setzt. Wird der Streichungsantrag von einer der besagten Regierung abgelehnt, so unterrichtet die Koordinierungsstelle den Sanktionsausschuss entsprechend. Erfolgt innerhalb von drei Monaten keine Reaktion von den besagten Regierungen, so teilt die Koordinierungsstelle dies dem Sanktionsausschuss mit und stellt ihm Abschriften des Streichungsantrags zu. In diesem Falle kann jedes Ausschussmitglied nach Konsultation der Regierung, welche die Aufnahme in der Liste ursprünglich beantragte, die Listenstreichung empfehlen, und diese wird auf die Tagesordnung des Sanktionsausschusses aufgenommen. Hat nach einem Monat kein Ausschussmitglied die Streichung empfohlen, gilt diese als abgelehnt, und der Vorsitzende des Ausschusses unterrichtet die Koordinierungsstelle entsprechend. Schliesslich informiert die Koordinierungsstelle den Antragsteller über den Beschluss des Sanktionsausschusses, dem Streichungsantrag stattzugeben oder diesen abzulehnen.

[21] SR 946.206.

[22] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 12.

[23] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 14.

[24] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 15.

[25] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101 [folgend: BV].

[26] SR 946.206.1.

[27] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 19.

[28] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 17.

[29] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 18.

[30] EGMR, *Al-Dulimi,* Paras. 19–20.

[31] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 39.

[32] EGMR, *Al-Dulimi,* Paras. 21–25.

[33] EGMR, *Al-Dulimi,* Paras. 26–28.

begründet, dass die Namen der Beschwerdeführer auf der Liste des Sanktionsausschusses 1518 stünden, dass die Schweiz verpflichtet sei, die Sicherheitsratsresolutionen umzusetzen und dass sie nur aufgrund eines Entscheids des Sanktionsausschusses 1518 Namen von der Liste im Anhang der Irak-Verordnung streichen dürfe.[34]

IV. Beschreitung des Rechtswegs durch Beschwerdeführer

Die Beschwerdeführer erhoben gegen die Einziehungsverfügung des WBF drei unterschiedliche Verwaltungsgerichtsbeschwerden beim Bundesgericht – eine im Namen von Al-Dulimi und zwei im Namen der Montana Management Inc. betreffend Vermögenswerte bei jeweils anderen Gesellschaften.[35] Die Beschwerdeführer verlangten die Aufhebung der Einziehungsverfügung des WBF, da die Einziehung die in Art. 26 BV gewährte Eigentumsgarantie und ihre Aufnahme in den Listen im Anhang der Sicherheitsratsresolution 1483 bzw. der Irak-Verordnung die prozessualen Garantien von Art. 14 IPBPR[36], Art. 6 und 13 EMRK und Art. 29 bis 32 BV verletzt hätten.[37]

Am 23. Januar 2008 wies das Bundesgericht alle drei Beschwerden mit fast identischen, detailliert begründeten Urteilen ab. Zusammenfassend argumentierte das Bundesgericht, dass Sicherheitsratsresolutionen für die Schweiz gemäss Art. 25 VN-Charta verbindlich seien und Verpflichtungen aus denselben *qua* Art. 103 VN-Charta anderen völkerrechtlichen Vertragsverpflichtungen, einschliesslich derer, die sich aus der EMRK und dem IPBPR ergeben, vorgehen. Eine Ausnahme von diesem Vorrang von Verpflichtungen aus Sicherheitsratsresolutionen bestehe nur dann, wenn die andere infrage stehende Verpflichtung dem zwingenden Völkerrecht *(ius cogens)* zuzuordnen sei, das absoluten Vorrang geniessen würde. Die Schweiz dürfe Sicherheitsratsresolutionen somit nicht einer (menschenrechtlichen) Überprüfung unterziehen, ausser es werde geltend gemacht, diese verstössen gegen eine Bestimmung des zwingenden Völkerrechts. Weil Sicherheitsratsresolution 1483 für die Schweiz verbindlich sei und ihr keinen Ermessensspielraum lasse und die angerufenen Menschenrechtsgarantien nicht *ius cogens* seien, könne das Bundesgericht weder das Verfahren, das in der Aufnahme der Beschwerdeführer in der Liste des Sanktionsausschusses 1518 mündete, noch die inhaltliche Begründetheit derselben überprüfen.[38]

Am 1. Februar 2008 erhoben Herr Al-Dulimi und die Montana Management Inc. Beschwerde gegen die Schweiz vor dem EGMR. Sie machten geltend, dass die Einziehung ihrer Vermögenswerte in einem Verfahren verfügt worden sei, das den Anforderungen von Art. 6 EMRK nicht genügt habe.[39] Am 6. März 2009 entschieden die Schweizer Behörden, die Vollstreckung der Einziehungsverfügung aufgrund der Beschwerde vor dem EGMR aufzuschieben.[40]

[34] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 29.
[35] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 32.
[36] Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2 [folgend: IPBPR].
[37] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 33.
[38] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 38 mit Auszügen aus den drei Bundesgerichtsurteilen; für die vollständigen Urteile vom 23. Januar 2008 siehe: 2A.783/2006, 2A.784/2006 und 2A.785/2006.
[39] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 1.
[40] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 42.

C. Entscheid des Gerichtshofs

I. Zulässigkeit der Beschwerde: Umsetzung Resolution als Ausübung Schweizer Hoheitsgewalt

Die Schweiz beantragte, die Beschwerde sei als unzulässig zu erklären, weil diese nicht in den personellen Anwendungsbereich der EMRK falle.[41] Der Gerichtshof kam jedoch zum gegenteiligen Schluss und trat auf die Beschwerde ein.

Der personelle Anwendungsbereich der Konvention ist in deren Art. 1 definiert: Die Mitgliedstaaten haben die in der Konvention verbrieften Rechte allen Personen zu gewähren, die unter ihrer «Hoheitsgewalt»[42] stehen. Der Gerichtshof versteht den Begriff der Hoheitsgewalt in erster Linie territorial.[43] Gemäss der völkerrechtlichen Souveränitätslehre hat ein Staat auf seinem Territorium grundsätzlich die umfassende rechtliche Hoheitsgewalt, d. h. die Befugnis, Recht zu setzen, zu sprechen und zu vollstrecken.[44] Ausnahmsweise anerkennt der Gerichtshof, dass ein Staat auch ausserhalb seiner Staatsgrenzen und somit extraterritorial Hoheitsgewalt ausübt. So kann einem Staat aufgrund einer einvernehmlichen Regelung mit einem anderen Staat oder aufgrund des Flaggenprinzips rechtliche Hoheitsgewalt ausserhalb seiner Landesgrenzen zukommen. Zudem anerkennt der Gerichtshof die faktische Hoheitsgewalt eines Staates, wenn dieser extraterritorial die wirksame Kontrolle *(effective control)* über ein Gebiet oder eine Person ausübt.[45]

Die Schweiz, sowie Frankreich im Rahmen dessen Beteiligung als Dritter am Verfahren,[46] haben argumentiert, dass Massnahmen, die von VN-Mitgliedstaaten zur Umsetzung von Kapitel VII Sicherheitsratsresolutionen getroffen würden, nicht den Staaten selber, sondern den VN zuzurechnen seien. Der Erlass solcher Massnahmen könne demnach nicht als Ausübung von Hoheitsgewalt im Sinne von Art. 1 EMRK verstanden werden, und sie würden somit nicht in den personellen Anwendungsbereich der Konvention fallen.[47] Die Schweiz sei aufgrund der verbindlichen Sicherheitsratsresolutionen verpflichtet gewesen, die streitgegenständlichen Massnahmen zu erlassen, und könne dafür nicht völkerrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.[48]

Der Gerichtshof folgte dieser Argumentation nicht und entschied, dass die Beschwerde *ratione personae* zulässig sei.[49] Die Verpflichtungen aus den Sicherheitsratsresolutionen seien vorliegend auf innerstaatlicher Ebene durch den Erlass einer Bundesratsverordnung umgesetzt und die

[41] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 80.
[42] So die zwischen Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz bereinigte Übersetzung des Begriffs «jurisdiction»/«juridiction», wie er in den authentischen Vertragssprachen Englisch und Französisch verwendet wird: siehe Art. 1 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101.
[43] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 89.
[44] *Malcolm Shaw,* International Law, 6th edition, Cambridge, 2008, 645–651.
[45] Zur Auslegung des Begriffs «Hoheitsgewalt» durch die Europäische Kommission für Menschenrechte und den EGMR, siehe *Duttwiler Michael & Anna Petrig,* Neue Aspekte der extraterritorialen Anwendbarkeit der EMRK, AJP *10* (2009) 1247–1260.
[46] Zur Beteiligung Dritter am Verfahren, siehe Art. 36 EMRK.
[47] EGMR, *Al-Dulimi,* Paras. 82–84.
[48] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 80 (Schweiz) und Paras. 82 und 84 (Frankreich).
[49] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 92.

gesperrten Gelder aufgrund einer Verfügung eines eidgenössischen Departments eingezogen worden. Es handle sich dabei eindeutig um innerstaatliche Massnahmen zur Umsetzung einer Sicherheitsratsresolution.[50] Dies gehe auch aus Resolution 1483 hervor, welche die Staaten anweisen würden, in ihrem eigenen Namen zu handeln und die Resolutionsverpflichtungen innerstaatlich umzusetzen. Die Situation sei somit von jener im Fall *Behrami et Behrami,*[51] der von Frankreich zur Stützung seiner These zitiert wurde,[52] zu unterscheiden, wo die beklagten Staaten Truppen für die Übergangsverwaltung der Vereinten Nationen im Kosovo (UNMIK), ein Nebenorgan der VN, bzw. für die Kosovo-Truppe (KFOR), welcher der Sicherheitsrat gewisse Kompetenzen übertrug, stellten. In diesem Fall des komplexen Zusammenwirkens von Staat und internationaler Organisation entschied der Gerichtshof, dass die möglicherweise EMRK-widrige Unterlassung (Entminung durch die UNMIK) bzw. Handlung (Verhaftung durch die KFOR)[53] nicht den Truppen bereitstellenden Staaten, sondern alleine den VN, die aber nicht Vertragspartei der EMRK ist, zugerechnet würden.[54] *In casu* seien die streitgegenständlichen Massnamen aber klar durch die Schweiz in Ausübung ihrer «Hoheitsgewalt» im Sinne von Art. 1 EMRK getroffen worden und die Beschwerde sei somit *ratione personae* zulässig.[55]

II. Entscheid in der Sache: Schweiz für EMRK-Verletzung verantwortlich

Die Beschwerdeführer machten geltend, dass ihnen die Schweiz kein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK bei der Umsetzung von Sicherheitsratsresolution 1483, d. h. bei der Einziehung ihrer Vermögenswerte, gewährt habe.[56] Die Beschwerdegegner hielten dafür, dass das Recht auf Zugang zu einem Gericht in Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche nicht absolut sei und durch die Vertragsstaaten beschränkt werden könne. Angesichts der infrage stehenden Sicherheitsratsresolutionen, welche den Adressatenstaaten keinen Ermessensspielraum gewähren würden, sei das Recht auf Zugang zu einem Gericht beschränkt worden, indem die gerichtliche Prüfung auf die Frage beschränkt wurde, ob die Beschwerdeführer in den entsprechenden Listen geführt würden und ob die entsprechenden Vermögenswerte ihnen gehörten. Diese Einschränkung verfolge ein rechtmässiges Ziel, nämlich die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit, und sei verhältnismässig. Die Schweiz habe demnach keine Konventionsverletzung begangen.[57]

Das Gericht – als «maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause» – entschied, dass die Rüge der Beschwerdeführer das durch Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierte Recht auf Zugang zu einem Gericht beschlage.[58] Der Gerichtshof analysierte die Frage, ob dieses Recht vorliegend verletzt wurde, in drei Schritten.

1. Kollidierende völkerrechtliche Pflichten in Einklang bringen

Der Gerichtshof erinnerte in einem ersten Schritt daran, dass die Vertragsstaaten gemäss Art. 1 EMRK für alle ihre Handlungen und Unterlassungen verantwortlich seien – und zwar ungeachtet dessen, ob diese auf innerstaatlichem oder internationalem Recht fussen. Die Bestimmung lasse hinsichtlich der Verantwortung keinen Unterschied zu, der auf der Verschiedenheit von Rechtsnormen oder Massnahmen gründe.[59] Das Gericht statuierte weiter, dass die EMRK nicht isoliert, sondern im Einklang mit den allgemeinen Prinzipien des Völkerrechts interpretiert werden müsse, und verwies auf Art. 31 Abs. 3 lit. c Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, gemäss welchem bei der Auslegung eines Vertrages «jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz», namentlich die Menschenrechte, berücksichtigt werden muss.[60] Der Gerichtshof unterstrich somit die *Koexistenz* der Garantien der EMRK und der Verpflichtungen, die sich aus Sicherheitsratsresolutionen bzw. der VN-Charta ergeben. Oder anders gewendet: Statt vom Vorrang einer Verpflichtung auszugehen, verlangt der Gerichtshof vielmehr, dass diese in Einklang zu bringen sind.[61]

2. Entkräftung der Bosphorus-Vermutung

In einem zweiten Schritt hat der Gerichtshof die sogenannte Bosphorus-Vermutung, auch Vermutung der Konventionskonformität genannt, für den vorliegenden Fall entkräftet: Wenn ein Staat eine Verpflichtung, die aus seiner Mitgliedschaft in einer internationalen Organisation herrührt, umsetzt, so wird vermutet, dass er dabei die EMRK einhält, solange die internationale Organisation einen der EMRK zumindest äquivalenten Grundrechtsschutz bietet. In anderen Worten: Wenn eine internationale Organisation den Beschwerdeführern einen der Konvention gleichwertigen Schutz der Grundrechte bietet, dann geht der Gerichtshof davon aus, dass die Staaten die Anforderungen aus der EMRK respektieren, wenn sie bloss die Verpflichtungen, die aus ihrer Mitgliedschaft in dieser Organisation resultieren, umsetzen, und er überprüft die entsprechende Massnahme nicht weiter auf ihre EMRK-Konformität. Die Vermutung kann jedoch im Einzelfall widerlegt werden, wenn bewiesen wird, dass der durch die internationale Organisation gewährte Grundrechtsschutz mit dem durch die EMRK garantierten *nicht* gleichwertig ist. In diesem Falle prüft der EGMR, ob die Umsetzungsmassnahme die EMRK verletzt hat. Die Vermutung der Konventionskonformität greift nur dann, wenn die infrage stehenden Handlungen oder Unterlassungen vom Staat aufgrund der internationalen Verpflichtung genau so verlangt werden. Kommt dem Staat hingegen ein Ermessensspielraum bei der Umsetzung zu, dann greift die Vermutung nicht, und er bleibt von vorneherein in vollem Umfang für die Konventionskonfor-

[50] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 91.
[51] Cour européenne des droits de l'homme, *Behrami et Behrami c. la France et Saramati c. la France, l'Allemagne et la Norvège,* décision, 2 mai 2007 (GC), nos. 71412/01 et 78166/01 [folgend: EGMR, *Behrami et Behrami*].
[52] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 84.
[53] EGMR, *Behrami et Behrami,* Paras. 1–17.
[54] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 90.
[55] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 93.
[56] EGMR, *Al-Dulimi,* Paras. 77 und 101.
[57] EGMR, *Al-Dulimi,* Paras. 78, 103–104 und 110.
[58] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 79.
[59] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 111.
[60] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 112.
[61] Siehe EGMR, *Al-Dulimi,* Titel vor Para. 111: «Question préalable: La *coexistence* des garanties de la Convention et des obligations imposées aux Etats par les résolutions du Conseil du sécurité» (eigene Hervorhebung).

mität seiner Handlungen bzw. Unterlassungen verantwortlich.[62] Die Bosphorus-Vermutung wurde bislang in erster Linie in Fällen angewandt, in welchem es um Massnahmen eines Staates ging, die *qua* EU-Recht verlangt wurden. Sie findet gemäss EGMR aber auch dann Anwendung, wenn es um die Umsetzung von internationalen Verpflichtungen geht, die aus der Mitgliedschaft in anderen Organisationen, namentlich den VN und ihren Organen, resultieren.[63]

Der Gerichtshof entschied, dass der Schweiz *in casu* kein Ermessensspielraum in der Umsetzung von Paragraf 23 der Sicherheitsratsresolution 1483 zukam – was den Weg zur Anwendung der Vermutung der Grundrechtskonformität der Umsetzungsmassnahme freigab.[64] Er entkräftete jedoch die Vermutung für den vorliegenden Fall: Der Gerichtshof wies zuerst darauf hin, dass selbst die Schweiz, also der Beschwerdegegner, der Ansicht sei, dass das Verfahren zur Streichung von der Liste des Sanktionsausschusses 1518, also auf Ebene der internationalen Organisation, keinen der EMRK äquivalenten Grundrechtsschutz biete. Dies treffe selbst nach Einführung des Listenstreichungsverfahrens und der Schaffung der Koordinierungsstelle per Sicherheitsratsresolution 1730 zu.[65] Der Gerichtshof untermauerte dies mit einem Verweis auf den Bericht des Sonderberichterstatters über die Förderung und den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten bei der Bekämpfung des Terrorismus vom 26. September 2012. Gemäss diesem Bericht ist das Listenstreichungsverfahren des Sanktionsregimes gegen die Al-Qaida, im Rahmen dessen das sogenannte Büro des Mediators geschaffen wurde, dem im Vergleich zur Koordinierungsstelle des Irak-Sanktionsregimes weiter gehende Kompetenzen und grössere Unabhängigkeit zukommen, ungenügend im Lichte internationaler Verfahrensgarantien.[66] *A fortiori,* argumentierte der Gerichtshof, würde das infrage stehende Listenstreichungsverfahren nicht der EMRK äquivalente Garantien bieten.[67] Damit entkräftete der Gerichtshof die Vermutung der Konventionskonformität der Schweizer Umsetzungsmassnahme für den vorliegenden Fall.[68] Er nahm sich deshalb der Prüfung der Begründetheit der Rüge, dass das Recht auf Zugang zum Gericht verletzt sei, in einem dritten und letzten Analyseschritt an.[69]

3. Verletzung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht

Der Gerichtshof hielt zuerst fest, dass das Recht auf Zugang zu einem Gericht zur Beurteilung von Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche oder Verpflichtungen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht absolut sei. Vielmehr könne dieses eingeschränkt werden, wenn mit der Einschränkung ein rechtmässiges Ziel verfolgt werde und wenn die gewählten Mittel zum verfolgten Zweck in einem vernünftigen Bezug der Verhältnismässigkeit stünden. Das Recht auf Zugang zum Gericht dürfe aber durch die Einschränkung keinesfalls seiner Substanz entleert werden.[70]

In Anwendung dieses Prüfungsschemas für einen Grundrechtseingriff entschied der Gerichtshof zuerst, dass die Beschwerdeführer, die innerhalb der Schweizer Gerichtsbarkeit erfolglos versucht hätten, eine Überprüfung der Rechtmässigkeit der Einziehung ihrer Vermögenswerte zu erlangen, in ihrem Recht auf Zugang zum Gericht eingeschränkt worden seien.[71] Diese Einschränkung verfolge jedoch ein rechtmässiges Ziel: die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit. Der Gedanke hinter Paragraf 23 der auf Kapitel VII der VN-Charta gestützten Sicherheitsratsresolution 1483, nämlich dass die eingezogenen Vermögenswerte dem Entwicklungsfonds für Irak zugunsten des irakischen Volkes überwiesen würden, stünde im Einklang mit der EMRK.[72] Der Gerichtshof gab somit dem Argument der Schweiz, dass die innerstaatlichen Gerichte die Einziehung der Vermögenswerte deshalb nicht inhaltlich überprüft hätten, um nicht die effiziente innerstaatliche Umsetzung der Resolution zu gefährden, statt.[73]

Der Gerichtshof kam jedoch zum Schluss, dass die Verhältnismässigkeit zwischen den gewählten Mitteln und dem verfolgten Ziel *in casu* nicht gewahrt wurde. Er stellte zuerst fest, dass das Bundesgericht sich als unzuständig erachtete, die Rechtmässigkeit der Einziehung der Vermögenswerte inhaltlich zu überprüfen, und sich stattdessen darauf beschränkte, zu prüfen, ob die Beschwerdeführer in den entsprechenden Listen geführt wurden und ob die infrage stehenden Vermögenswerte ihnen gehörten.[74] Der Gerichtshof wies dann darauf hin, dass vorliegend (anders als beispielsweise im Fall *Nada v. Switzerland*[75]) keine unmittelbare Terrorgefahr gedroht habe. Vielmehr sei es vorliegend um die Wiederherstellung der irakischen Autonomie und Souveränität und darum gegangen, dass das irakische Volk frei über seine politische Zukunft und über die Ressourcen des Landes verfügen könne. Daher wären differenziertere und gezieltere Massnahmen leichter mit einer effizienten Umsetzung der Resolution zu vereinbaren möglich gewesen.[76] Den Beschwerdeführern seien zudem schwerwiegende Einschränkungen *(restrictions importantes)* auferlegt worden. Ihre Vermögenswerte seien bereits 1990 gesperrt und 2006 dann eingezogen worden. Auch wenn die Einziehungsverfügung noch nicht vollstreckt worden sei, hätten die Beschwerdeführer bereits während einer beachtlichen Zeitspanne nicht mehr über ihr Vermögen verfügen können. Ungeachtet der inhaltlichen Richtigkeit dieser Massnahme sei der Gerichtshof der Meinung, dass die Beschwerdeführer gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK das Recht hätten, diese von einem Gericht überprüfen zu lassen. Die über Jahre andauernde Unmöglichkeit, die Einziehung anzufechten, sei in einer demokratischen Gesellschaft nur schwer fassbar.[77] Der Umstand, dass das Schweizer Einziehungsverfahren zur Ermöglichung der Beantragung der Listenstreichung vor dem Sanktionsausschuss 1518 sistiert und erst nach dessen erfolglosen Beendigung wieder aufgenommen worden sei und dass den Beschwerdeführern zur Begleichung ihrer Anwaltskosten Zugriff auf ihr

[62] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 114.
[63] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 116.
[64] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 117.
[65] Zum Listenstreichungsverfahren und den Aufgaben der Koordinierungsstelle, siehe oben Fn. 20.
[66] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 119.
[67] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 120.
[68] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 121.
[69] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 122.
[70] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 124.
[71] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 126.
[72] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 127.
[73] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 128.
[74] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 129.
[75] European Court of Human Rights, *Nada v. Switzerland,* application no. 10593/08, judgment (GC), 12 September 2012 [folgend: EGMR, *Nada*].
[76] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 130.
[77] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 131.

Vermögen gewährt wurde, hätten zwar die Einschränkungen etwas gelockert. Sie würden jedoch den Mangel, dass den Beschwerdeführern kein Zugang zu einem Gericht zur inhaltlichen Überprüfung der Einschränkungen gewährt wurde, nicht heilen.[78]

Im Lichte dieser Argumente kam der Gerichtshof zum Schluss, dass solange auf VN-Ebene kein effizientes und unabhängiges Verfahren *(examen judiciaire efficace et indépendent)* zur Überprüfung der Rechtmässigkeit der Einschreibung von Personen und Unternehmen auf Sanktionslisten bestünde, sei es unerlässlich *(essentiel),* dass die Betroffenen das Recht hätten, vor nationalen Gerichten die entsprechenden Massnahmen überprüfen zu lassen. Da den Beschwerdeführern eine solche Kontrollmöglichkeit nicht zuteil wurde, sei das Recht auf Zugang zu einem Gericht in seinem Kern verletzt *(atteint dans sa substance même)* und somit gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstossen worden.[79]

D. Gedanken zum Entscheid

I. (Mit-)Verantwortlichkeit der VN denkbar

In *Al-Dulimi* hatte der EGMR die grundlegende Frage zu beantworten, wem die Umsetzungsmassnahme zuzurechnen ist – der Schweiz, den VN oder beiden – und wer somit für eine allfällige Menschenrechtsverletzung im Rahmen der Umsetzung einer Verpflichtung aus einer verbindlichen Sicherheitsratsresolution haftet. Die Mehrheit der Richterbank ist dem Argument, dass die streitgegenständlichen Umsetzungsmassnahmen nicht der Schweiz, sondern den VN zuzurechnen seien (und die Schweiz somit nicht Hoheitsgewalt im Sinne von Art. 1 EMRK ausübe und nicht für eine allfällige Konventionsverletzung haftbar gemacht werden könne), nicht gefolgt. Vielmehr hat sie die Schweiz für eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK verurteilt.

Rein theoretisch ist allerdings eine direkte oder akzessorische Haftung der VN, also der internationalen Organisation, nicht auszuschliessen. Aufgrund ihrer Völkerrechtssubjektivität sind internationale Organisationen nicht nur Träger von Rechten, sondern auch von Pflichten und können somit für völkerrechtswidriges Verhalten verantwortlich gemacht werden. Einen Überblick über die Grundsätze und Regeln der völkerrechtlichen Verantwortung internationaler Organisationen geben die *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations* (DARIO) der Völkerrechtskommission, die am 12. August 2011 von der VN-Generalversammlung angenommen wurden und teilweise Völkergewohnheitsrecht widerspiegeln.[80] Gemäss diesem Entwurf macht sich die internationale Organisation direkt völkerrechtlich verantwortlich, wenn drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Es muss ein Verhalten in Form eines Tuns oder Unterlassens vorliegen (1), welches der internationalen Organisation zuzurechnen ist (2) und welches eine völkerrechtliche Pflicht der Organisation verletzt (3).[81]

Die Zurechnung einer Handlung oder Unterlassung zu einer Organisation ist in jenen Fällen unproblematisch, in welchen ein Organ *(organ)* oder ein Beauftragter *(agent)* der Organisation handelt; diese Konstellation wird in Art. 6 DARIO geregelt. In *Al-Dulimi* vertritt Richter Sajò in seiner abweichenden Meinung den Standpunkt, dass Resolution 1483 klare und genaue Handlungsanweisungen enthalte, die der Schweiz keinen Spielraum in der Umsetzung belassen würden. Das Sanktionssystem sei stark in VN-Hand zentralisiert und bei der Umsetzung einer auf Kapitel VII der VN-Charta fussenden, bedingungslosen Verpflichtung würde der Staat als nichts mehr als dem Beauftragten der UNO handeln *(limite l'action de l'Etat à celle d'un agent des Nations unies).* Sofern Richter Sajò den Begriff *agent* im Sinne von Art. 6 DARIO versteht, würde dies den Anwendungsbereich der Bestimmung potenziell eröffnen. In der Doktrin wird jedoch argumentiert, dass dieser Standpunkt das Konzept von Art. 6 DARIO überspannen würde.[82] In der Tat scheint die Definition des Beauftragten in Art. 2 DARIO enger zu sein und bloss eine konkretere, direktere Beauftragung zu erfassen.[83]

Eine weitere Möglichkeit der Zurechnung statuiert Art. 7 DARIO: Das Verhalten von Organen eines Staates, die einer internationalen Organisation zur Verfügung gestellt werden, ist als Handlung der internationalen Organisation zu werten, wenn diese wirksame Kontrolle *(effective control)* über dieses Verhalten ausübt. Diese Bestimmung erfasst in erster Linie die Situation, in welcher ein Staat der internationalen Organisation Personal für internationale Militär- oder Polizeieinsätze zur Verfügung stellt.[84] In der vorliegenden Situation, in der es um die innerstaatliche Umsetzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung zur Sperrung und Einziehung von Geldern und Vermögenswerten geht, kann jedoch kaum argumentiert werden, dass die VN wirksame Kontrolle über diese Handlungen haben – auch wenn die zugrunde liegende Sicherheitsratsresolution bindend ist und dem Staat keinen wirklichen Spielraum in Bezug auf das zu erreichende Ziel belässt.

Während eine direkte Verantwortung der VN *in casu* schwer konstruierbar scheint, ist eine akzessorische Haftung der VN zu derjenigen des Staates eher denkbar. Der Entwurf der Völkerrechtskommission sieht drei Arten der Verantwortlichkeit einer internationalen Organisation im Zusammenhang mit der Handlung eines Staates vor: Art. 14 DARIO regelt die Beihilfe der internationalen Organisation bei der Begehung einer völkerrechtswidrigen Handlung, Art. 15 DARIO hat «eine Art Anstiftung»[85] (Leitung und Kontrolle) zum Gegenstand, und Art. 16 DARIO behandelt den Fall, in welchem eine internationale Organisation einen Staat nötigt, eine völkerrechtswidrige Handlung zu begehen. Gemäss Kommentar der Völkerrechtskommission kann die Verabschiedung einer bindenden Entscheidung durch eine internationale Organisation unter gewissen Umständen eine Form von «Leitung und Kontrolle» der Organisation bei der Begehung einer Völkerrechtsverletzung

[78] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 133.
[79] EGMR, *Al-Dulimi,* Paras. 134–135.
[80] Siehe oben Fn. 4.
[81] Art. 3 und 4 DARIO. Gemäss zunehmender Meinung sind die VN zwar nicht direkt an menschenrechtliche Verträge wie die EMRK oder den IPBPR, aber an das entsprechende Völkergewohnheitsrecht gebunden und *qua* Art. 1 und 55 der VN-Charta jedenfalls grundsätzlich zur Wahrung von Menschenrechten verpflichtet: *Anne Peters,* Völkerrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich, 2012, 254 [folgend: *Peters,* Völkerrecht].
[82] *Anne Peters,* Targeted Sanctions after Affaire Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse: Is There a Way Out of the Catch-22 for UN Members? EJIL talk, 4. Dezember 2013, www.ejiltalk.org (zuletzt aufgerufen am 2. Februar 2014) [folgend: *Peters,* Targeted Sanctions].
[83] Siehe Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, with Commentaries, 2011, Yearbook of the International Law Commission, 2011, Vol. II, Part Two, Art. 2, S. 12, und Art. 6, S. 17–19 [folgend: DARIO-Kommentar].
[84] Siehe DARIO-Kommentar, Art. 7, S. 19–26.
[85] *Peters,* Völkerrecht, 256.

durch den Adressatenstaat darstellen und somit den Tatbestand von Art. 15 DARIO erfüllen.[86]

Nicht nur den umsetzenden Staat, sondern auch die VN in einer Form zur Verantwortung zu ziehen, wird als sinnvoll erachtet, weil sonst die Gefahr einer *double evasion* – also eines doppelten Entkommens – droht: Während der Sicherheitsrat seiner Verantwortung zu entgehen versucht, indem er argumentiert, dass er auf die Mitgliedstaaten in der Umsetzung seines Sanktionsregimes angewiesen ist, halten die umsetzenden Staaten dafür, dass sie zur Umsetzung verpflichtet sind und ihnen dabei kein Ermessen zukommt.[87]

In der Tat hat die Schweiz eine Menschenrechtsverletzung begangen – diese ist aber in entscheidender Weise auf VN-Ebene angelegt worden. Diese spezielle Konstellation widerspiegelt sich in der abweichenden Meinung von Richter Sajò. Er sprach sich vehement gegen eine Zurechnung der Umsetzungsmassnahme zur Schweiz aus (Eintreten), war aber (in der Sache) der Ansicht, dass die Schweiz das Recht auf Zugang zum Gericht verletzt habe. Demgegenüber sprachen sich drei Richter gegen eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK durch die Schweiz aus, weil die Verpflichtungen aus der Sicherheitsratsresolution jener der EMRK aufgrund von Art. 103 VN-Charta vorgehe. Somit hätte eigentlich die Mehrheit der Richter ein «Schweiz-freundlicheres Urteil» bevorzugt – die Schweiz wurde aber dennoch verurteilt, da diese vier Richter nicht alle die gleiche Argumentationslinie verfolgten. Somit scheint das letzte Wort zur Frage der EMRK-Verantwortlichkeit im Rahmen der Umsetzung von Verpflichtungen aus Sicherheitsratsresolutionen, die den Mitgliedstaaten keinen Spielraum belassen, noch nicht gesprochen. Ein Urteil der Grossen Kammer wäre wünschenswert. Doch ist zweifelhaft, ob eine der Parteien die Verweisung des Falles an diese verlangt.[88] Die Beschwerdeführer haben nach Verurteilung der Schweiz kaum ein Interesse, den Fall neu aufzurollen, und die Schweiz hat dem ursprünglichen Vorschlag der Kammer, die Rechtssache wegen ihrer schwerwiegenden Frage direkt an die Grosse Kammer abzugeben, widersprochen.[89]

II. Rechtsnatur der Umsetzungsmassnahme hat Auswirkung auf Verfahrensrechte

Die Frage der Rechtsnatur von Massnahmen, die in Umsetzung eines VN-Sanktionsregimes getroffen werden, ist eng mit jener der Schutzrechte verbunden. So kann die Gewährung prozessualer Rechte davon abhängen, ob die Massnahme als zivilrechtlich, strafrechtlich oder verwaltungsrechtlich qualifiziert wird. So wird beispielsweise der in Art. 6 Abs. 1 EMRK verbürgte Anspruch auf Zugang zu einem Gericht nur gewährt, wenn die streitgegenständliche Massnahme entweder «zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen» oder eine «strafrechtliche Anklage» betrifft – Streitigkeiten ausserhalb der beiden Kategorien sind vom Schutzbereich der Norm nicht erfasst. Dabei legt der Gerichtshof diese beiden Begriffe autonom aus, was mit sich bringt, dass sich die Kategorisierung einer spezifischen Massnahme nicht notwendigerweise mit der Qualifikation der Rechtsnatur der Massnahme im nationalen Recht deckt.[90]

In der Sache *Al-Dulimi* haben sich die Beschwerdeführer auf den Standpunkt gestellt, dass die Umsetzungsmassnahme sowohl zivil- als auch strafrechtlicher Natur im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK sei.[91] Der Gerichtshof hingegen entschied, ohne dies zu begründen, dass es sich bei der Massnahme (die im Schweizer Recht als verwaltungsrechtlich zu qualifizieren ist) um einen zivilrechtlichen Anspruch handle. Für den in Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährten Anspruch auf Zugang zu einem Gericht hatte dies keinen Einfluss, da er sowohl für zivil- als auch für strafrechtliche Streitigkeiten gilt. Die Qualifikation hatte aber Auswirkung auf die von den Beschwerdeführern weiter geltend gemachte Verletzung der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) und der Verletzung des Rechts auf Waffengleichheit (Art. 6 Abs. 3 EMRK): Diese Rechte werden nur für Streitigkeiten strafrechtlicher Natur gewährt und der Gerichtshof prüfte deren möglichen Verletzung durch das *listing* bzw. die Einziehungsverordnung nicht.[92]

Dies zeigt, dass die Bestimmung der Rechtsnatur einer Umsetzungsmassnahme einen Einfluss auf die Art und den Umfang der den betroffenen Personen gewährten Verfahrensrechte hat. Würden beispielsweise strafrechtliche Massstäbe auf die Eintragung von Personen auf eine Liste von Terrorverdächtigten[93] angewandt, so würde das jetzige Eintragungsverfahren, das summarisch ist und politisch-diplomatischen Charakter aufweist, den im Strafrecht üblicherweise geltenden Beweismassstäben nicht genügen. Zudem würde ein Eintrag potenziell die im Strafrecht geltende Unschuldsvermutung verletzen, da die gelisteten Personen durch den Eintrag implizit einer terroristischen Tat bezichtigt werden. Auch wäre die Unschuldsvermutung durch das aktuelle Listenstreichungsverfahren verletzt, da die eingetragene Person beweisen muss, dass sie den Tatbestand, der zum *listing* führte, nicht erfüllt hat – statt dass der Staat bzw. die internationale Organisation die Beweislast trägt.[94]

Für betroffene Personen ist die Festlegung der Rechtsnatur einer Umsetzungsmassnahme also von grundlegender Bedeutung, da von ihr die Art und der Umfang der gewährten Verfahrensrechte abhängt. Gleichzeitig herrscht aber wenig Einigkeit über die Rechtsnatur von Massnahmen, welche VN-Sanktionsregime umsetzen. Der Sicherheitsrat stellte in Resolution 1822 betreffend «Bedrohungen des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit durch terroristische Handlungen» fest, dass die Sanktionsmassnahmen (namentlich das Einfrieren von Geldern und Vermögenswerte sowie Ein- und Durchreisesperren) «präventiven Charakter haben und von strafrechtlichen Normen des innerstaatlichen Rechts unabhängig sind».[95] Dem hielt

[86] Siehe DARIO-Kommentar, Art. 7, S. 38–39.
[87] *Peters,* Targeted Sanctions.
[88] Art. 43 EMRK.
[89] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 9; zur Abgabe der Rechtssache an die Grosse Kammer durch eine Kammer, siehe Art. 30 EMRK.
[90] Zur autonomen Auslegung von Konventionsbegriffen (namentlich der in Art. 6 Abs. 1 EMRK verwendeten) durch den Gerichtshof, siehe *George Letsas,* A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights, Oxford, 2007, 40–43.
[91] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 77.
[92] EGMR, *Al-Dulimi,* Para. 137.
[93] Wie beispielsweise die Liste von Personen und Organisationen mit Verbindungen zur Al-Qaida des Sanktionsausschusses 1267, der durch United Nations, Security Council, S.C. Res. 1267, UN Doc. S/RES/1267 (15 October 1999) geschaffen wurde.
[94] *Stephanie Eymann,* Bemerkung zu BGE 1A.45/2007, Embargomassnahmen – UNO-Sanktionen gegen die Taliban – Rechtsschutz, AJP 2 (2008) 248.
[95] United Nations, Security Council, S.C. Res. 1822, UN Doc. S/RES/1822 (30 June 2008), Präambel.

der Hohe Kommissar der Vereinten Nationen für Menschenrechte entgegen, dass die Aufnahme Einzelner in die Liste zeitlich unbefristet ist und dass ein vorübergehendes Einfrieren von Mitteln somit dauerhaft werden kann, was aufgrund der Schwere der Sanktion Strafcharakter annehmen kann.[96] Die Offenheit dieser Qualifikationsfrage – und die damit verbundene Unsicherheit für den Einzelnen darüber, welcher Grundrechtsschutz ihm zukommt – drückt sich auch im Urteil *Kadi II* des Gerichts der Europäischen Union aus. Das Gericht erwog, dass die bereits fast zehn Jahre dauernde Einfrierung von Geldern gemessen an einem Menschenleben eine beträchtliche Zeitspanne sei und im Lichte dessen die Frage, ob die in Rede stehenden Massnahmen «präventiven oder repressiven, Sicherungs- oder Beschlagnahme-, zivil- oder strafrechtlichen Charakter» haben, nunmehr offenstehe.[97]

III. Rechtsschutz im Lichte internationalisierten Verwaltungshandelns

Der Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Sachen *Al-Dulimi* hat nach dem Fall *Nada*[98] erneut gezeigt, dass die dezentrale Umsetzung von Rechtsakten internationaler Organisationen durch Schweizer Behörden nicht ohne Auswirkungen auf verschiedene individualschützende Aspekte des Schweizer Verwaltungsrechts sind, insbesondere den Grundrechtsschutz und spezifisch die Rechtsweggarantie bzw. das Recht auf Zugang zu einem Gericht.

Die Frage, ob Zugang zu einem Gericht gewährt wird, scheint dabei von zwei gegenläufigen Interessen geprägt zu sein: Auf der einen Seite steht das Interesse der Gewährleistung einer einheitlichen Anwendung von Rechtsakten internationaler Organisationen und somit der Erreichung der darin gesetzten Ziele. Dies spricht gegen eine (indirekte)[99] inhaltliche Überprüfung von Rechtsakten internationaler Organisationen vor Gerichten in der Schweiz. Das andere Interesse besteht in der Verwirklichung zentraler Werte des Schweizer öffentlichen Rechts, namentlich des Grundrechtsschutzes allgemein sowie der Rechtsweggarantie im Speziellen. Dieses Interesse verlangt nach einer Rechtskontrolle von Akten internationaler Organisationen durch die Gerichte des umsetzenden Staates.

Die Entscheidungen betreffend die Gewährung von Zugang zu einem Gericht zur Überprüfung von Rechtsakten internationaler Organisation sind bislang bloss punktueller Natur und beschlagen zudem verschiedene Referenzgebiete. Es können somit nicht ohne Weiteres allgemeingültige Kriterien genannt werden, die den Entscheid, ob Rechtschutz gewährt wird, jeweils leiten würden. So wird die Frage des Zugangs zu einem Gericht unter anderem davon abhängig gemacht, ob internationalen Organisationen in Bezug auf die infrage stehenden Handlungen absolute oder funktionale Immunität gewährt wird.[100] Die Gewährung nationalen Rechtschutzes wird weiter vom Nichtbestehen von Rechtsschutzmöglichkeiten auf internationaler Ebene abhängig gemacht, wie im vorliegenden Fall.[101] Eine weitgehend ungeklärte Frage im Zusammenhang mit dem Rechtschutz ist zudem, an welchem rechtlichen Massstab Akte internationaler Organisationen gemessen werden, namentlich ob das Schweizer Recht, das Völkerrecht in seiner Gesamtheit oder nur eine beschränkte Anzahl als besonders wichtig eingestufter Normen, z. B. internationale Menschenrechte, als massgeblich erachtet werden.[102]

Das geltende Verwaltungsrecht und seine individualschützenden Verfahrensgarantien sind in einem Kontext entstanden, in welchem hoheitliches Handeln noch stark staatszentriert und territorial begrenzt war.[103] Die Verwaltungslandschaft hat sich jedoch in den letzten Jahrzehnten verändert. Namentlich wirken Rechtsakte internationaler Organisationen und Regime[104] zunehmend auf das nationale Verwaltungsrecht und Verwaltungshandeln ein, was mit dem Begriff der vertikalen Internationalisierung umschrieben wird.[105] Gewisse Rechtsakte internationaler Organisationen greifen zudem direkt in die Rechtsposition des Einzelnen ein. Es ist fraglich, ob und inwiefern die prozessualen Garantien des öffentlichen Rechts der Schweiz ihre ursprünglich zugedachte Wirkung in dieser zunehmend internationalisierten Verwaltungslandschaft noch voll entfalten können. Der Entscheid *Al-Dulimi* scheint auf die Notwendigkeit hinzuweisen, dass die Frage des Rechtsschutzes und damit verbundener prozessualer Rechte (wie das rechtliche Gehör) im Lichte der vertikalen Internationalisierung und des sich dadurch veränderten institutionellen und rechtlichen Rahmens neu erfasst und analysiert werden sollten.

[96] United Nations High Commissioner for Human Rights. Report on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, UN Doc. A/HRC/12/22 (2 September 2009), Para. 42.

[97] Gericht der Europäischen Union, *Kadi gegen Europäische Kommission,* T-85/09, Urteil vom 30. September 2010, Para. 150.

[98] EGMR, *Nada;* v. a. die Ausführungen zu Art. 13 EMRK, Paras. 200–214; siehe auch BGE *133* II 450, dem EGMR, *Nada,* zugrunde liegt.

[99] Anlässlich der Prüfung der Rechtsmässigkeit der innerstaatlichen Umsetzungsmassnahme wird vorfrageweise – und somit indirekt – die Rechtmässigkeit der Rechtsakte der internationalen Organisation (z. B. die Sanktionsresolution) geprüft.

[100] Andere Konstellationen betreffend, aber dennoch relevant für die Immunitätsfrage internationaler Organisationen in der Schweiz sind BGE *136* III 379 und BGE *118* Ib 562. Zum ersteren BGE siehe *Anne Peters,* Die funktionale Immunität internationaler Organisationen und die Rechtsweggarantie, zugleich Anmerkung zur Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts zur Immunität der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ), vom 12. Juli 2010 (BGE *136* III 379, 5A_360/2010), SZIER *3* (2011). Zur Immunitätsfrage im Zusammenhang mit der Überprüfung von Rechtsakten internationaler Organisationen durch nationale Gerichte, siehe *August Reinisch,* Conclusion, in: *August Reinisch* (Hrsg.), Challenging Acts of International Organizations Before National Courts, Oxford, 2010, 269–272 [folgend: *Reinisch,* Conclusion].

[101] Wie beispielsweise der deutsche Bundesverfassungsgerichtshof in *Solange I* (Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Mai 1974, BvL 52/71) und *Solange II* (Beschluss vom 22. Oktober 1986, 2 BvR 197/83).

[102] *Reinisch,* Conclusion, 265–266.

[103] *Eberhard Schmidt-Aßmann,* The Internationalization of Administrative Relations as a Challenge for Administrative Law Scholarship, German Law Journal *11* (2008) 2063.

[104] Der wichtigste Unterschied zwischen einer Internationalen Organisation und einem Internationalen Regime ist, dass Letztere nicht über Völkerrechtspersönlichkeit verfügt. Sie weist zudem i. d. R. einen geringeren organisatorischen Verdichtungsgrad auf: *Ruffert & Walter,* S. 5, N 14.

[105] Zum Begriff der vertikalen Internationalisierung, siehe *Claus Dieter Classen,* Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: *Bodo Pieroth* (Hrsg.), Die Leistungsfähigkeit der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts, VVDStRL Band 67, Berlin 2008, 367–368.