

Nr. 45**Van Oosterwijck gegen Belgien**

Urteil vom 6. November 1980 (Plenum)

Ausgefertigt in französischer und englischer Sprache, wobei die französische Fassung maßgebend ist, veröffentlicht in Série A / Series A Nr. 40.

Beschwerde Nr. 7654/76, eingelegt am 1. September 1976; am 22. Juni 1979 von der belgischen Regierung und am 16. Juli 1979 von der Kommission vor den EGMR gebracht.

EMRK: Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs, Art. 26 (Art. 35 Abs. 1 n.F.).

Innerstaatliches Recht: Namensänderung bei Transsexualität, Gesetz vom 2. Juli 1974.

Ergebnis: Einrede der Nichterschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs begründet.

Sondervoten: Drei.

Sachverhalt und Verfahren:

(Zusammenfassung)

1. Ausgangsverfahren

Der Beschwerdeführer (Bf.) D. Van Oosterwijck wurde bei seiner Geburt am 23. Dezember 1944 entsprechend seinen physiologischen und biologischen Merkmalen als Kind weiblichen Geschlechts in das Geburtenbuch eingetragen. Später wurde bei ihm irreversibler Transsexualismus festgestellt. Deshalb unterzog er sich einer äußerst langwierigen medizinischen – hormonalen und operativen – Behandlung, durch die er das seinem seelischen Empfinden entsprechende Erscheinungsbild eines Mannes erwarb.

Sein anschließend gestellter Antrag, die Geschlechtsangabe im Geburtenbuch entsprechend der eingetretenen Veränderung zu berichtigen und dabei auch seine Vornamen entsprechend zu ändern, wurde von den Gerichten in erster und in zweiter Instanz mit der Begründung abgelehnt, eine Berichtigung von Eintragungen in Personenstandsbüchern komme nur in Betracht, wenn die Eintragung bereits im Zeitpunkt ihrer Vornahme unrichtig gewesen sei. Das Vorbringen des Bf., die Berichtigung sei aus Gründen der Billigkeit in seinem persönlichen Interesse wie im Interesse der Gesellschaft rechtlich notwendig, hatte das Berufungsgericht in seinem Urteil vom 7. Mai 1974 dahin beschieden, dass das geltende Recht Belgiens keine Bestimmung enthalte, die es gestatte, künstlichen Veränderungen des äußeren Erscheinungsbildes Rechnung zu tragen, selbst wenn diese einer tief empfundenen psychischen Neigung entsprächen. Gegen diese Entscheidung des Berufungsgerichts (Cour d'appel de Bruxelles) erhob der Bf. keine Kassationsbeschwerde.

2. Rechtslage in Belgien

Das belgische Recht enthält keine ausdrückliche Regelung über die personenstandsrechtliche Einordnung des Transsexualismus. Die Zulässigkeit einer Berichtigung der Geschlechtsangabe in Personenstandsbüchern nach erfolgter „Geschlechtsumwandlung“ ist von den Instanzgerichten unterschiedlich beurteilt worden.

Zur Klärung von Personenstandsfragen gibt es außer der durch gerichtliche Entscheidung herbeizuführenden Berichtigung von Eintragungen in Per-

sonenstandsbüchern die Möglichkeit einer Statusklage, die darauf abzielt, die Übereinstimmung zwischen dem amtlich festgestellten und dem tatsächlichen Personenstand für die Zukunft herzustellen. Von dieser Möglichkeit ist jedoch bisher noch nie zum Zweck der Anerkennung einer neuen geschlechtlichen Identität Gebrauch gemacht worden.

Ein Gesetz vom 2. Juli 1974 ermächtigt die belgische Regierung, auf begründeten Antrag eine Änderung der Vornamen zu genehmigen. Diese Änderung wird auf Antrag des Betroffenen in den Personenstandsbüchern eingetragen und im Geburtenbuch am Rande vermerkt. Auszüge aus dem Geburtenbuch dürfen nur noch die neuen Vornamen enthalten. Von dieser Möglichkeit der Namensänderung haben bereits mehrere Transsexuelle Gebrauch gemacht; der Bf. hat keinen entsprechenden Antrag gestellt.

Personalausweise, Reisepässe und Führerscheine enthalten in Belgien keine Geschlechterangabe.

3. Verfahren vor Kommission und Gerichtshof

Die vom Bf. am 1. September 1976 eingelegte Beschwerde, mit der er Verletzung von Art. 3 (unmenschliche Behandlung), von Art. 8 (Eingriff in das Privatleben) und von Art. 12 (Verletzung des Rechts auf Eheschließung) geltend machte, wurde von der Kommission am 9. Mai 1978 für zulässig erklärt.

Nachdem die belgische Regierung (22. Juni 1979) und die Kommission (16. Juli 1979) den Fall vor den Gerichtshof gebracht hatten, beschloss die zunächst gebildete Kammer am 27. Februar 1980 einstimmig, den Fall gem. Art. 48 VerFO-EGMR wegen der Bedeutung der zu entscheidenden Rechtsfragen an das Plenum abzugeben. In der mündlichen Verhandlung am 24. April 1980 beantragte die belgische Regierung, die Beschwerde wegen Nichterschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs (Art. 26) für unzulässig, hilfsweise für unbegründet zu erklären. Die Delegierten der Kommission beantragten für den Fall, dass der Gerichtshof es für erforderlich erachte, die Voraussetzungen des Art. 26 EMRK noch einmal zu prüfen, die Einrede der Regierung in diesem Punkt für unbegründet zu erklären.

Die *Europäische Menschenrechtskommission* gelangt in ihrem abschließenden Bericht (Art. 31 EMRK) vom 1. März 1979 zu dem Ergebnis, einstimmig, dass Art. 8 und mit sieben Stimmen gegen drei, dass Art. 12 verletzt ist.

Zu der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 24. April 1980 sind vor dem Gerichtshof erschienen:

für die Regierung: J. Niset, Rechtsberater im Justizministerium als Verfahrensbevollmächtigter, unterstützt durch: J. De Meyer, Senator, Professor an der Universität Löwen, H. Van Keymeulen, Rechtsberater im Justizministerium, Berater;

für die Kommission: J. Custers, B. Kiernan als Delegierte, D. Van Oosterwijck, Bf., zur Unterstützung der Delegierten der Kommission gem. Art. 29 Abs. 1 VerFO-EGMR.

Entscheidungsgründe:

(Übersetzung)

*Einrede der Nichterschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs**I. Zuständigkeit des Gerichtshofs und Präklusion*

25. Nach Auffassung der Regierung sind die innerstaatlichen Rechtsbehelfe im vorliegenden Fall nicht erschöpft.

Der Gerichtshof ist zuständig, über solche prozesshindernden Einreden zu entscheiden, sofern der betroffene Staat sie vor der Kommission erhoben hat, und zwar grundsätzlich schon im Anfangsstadium der Zulässigkeitsprüfung, soweit ihre Natur und die Umstände dies zulassen (*Artico*, Urteil vom 13. Mai 1980, Série A Nr. 37, S. 12-14, Ziff. 24 und 27, EGMR-E 1, 482 f.).

- 26.** Die Regierung hält D. Van Oosterwijk vor,
- keine Kassationsbeschwerde eingelegt zu haben;
 - sich weder in der ersten Instanz noch in der Berufungsinstanz auf die Konvention berufen zu haben;
 - keine Vornamensänderung gem. dem Gesetz vom 2. Juli 1974 beantragt zu haben;
 - keine Statusklage erhoben zu haben.

Die ersten drei Punkte waren in ihrer schriftlichen Stellungnahme von 1977 zur Zulässigkeit enthalten, so dass der Gerichtshof sie berücksichtigen muss.

Was die vierte Möglichkeit einer Abhilfe betrifft, so hat die Regierung sie vor der Entscheidung vom 9. Mai 1978, mit der die Beschwerde für zulässig erklärt wurde, nicht ausdrücklich angeführt. Ihre Vertreter hatten sich jedoch in der vorausgegangenen mündlichen Verhandlung der Sache nach hierauf bezogen, als sie insbesondere vortrugen, dass der Bf. „eine gerichtliche Feststellung seiner neuen Situation und (...) die Eintragung der erfolgten Änderung im Geburtenbuch am Rande hätte beantragen können“. Sie hatten außerdem betont, dass ein grundlegender Unterschied bestehe zwischen einer solchen „Herstellung der Übereinstimmung des Geburtenbuchs“ und „einer echten Berichtigung“. Folglich besteht keine Präklusion.

II. Zur Begründetheit der Einrede

27. Art. 26 der Konvention fordert nur die Erschöpfung solcher Rechtsbehelfe, die sich auf die behaupteten Verletzungen beziehen und zugleich zugänglich und geeignet sind (*Deweer*, Urteil vom 27. Februar 1980, Série A Nr. 35, S. 16, Ziff. 29, EGMR-E 1, 467). Um festzustellen, ob ein Rechtsbehelf diese verschiedenen Voraussetzungen erfüllt und demnach geeignet erscheint, dem Begehren des Bf. abzuhelpen, hat der Gerichtshof nicht dessen Begründetheit zu würdigen. Er muss diese vielmehr – strikt vorläufig und als reine Arbeitshypothese – unterstellen (Schiedsspruch vom 9. Mai 1934 im Fall der „finnischen Schiffe“, *Recueil des sentences arbitrales de l'ONU*, III, S. 1503-1504, von der Kommission ebenfalls erwähnt in ihrer Entscheidung vom 17. Januar 1963 über die Zulässigkeit der Beschwerde Nr. 1661/62, X und Y gegen Belgien, *Annuaire de la Convention*, Bd. 6, S. 367).

Im Lichte dieser Grundsätze ist zu prüfen, ob einer der von der Regierung aufgeführten Rechtsbehelfe für die Zwecke des Art. 26 in Betracht zu ziehen

ist und, bejahendenfalls, ob besondere Gründe D. Van Oosterwijck dennoch der Notwendigkeit enthoben, hiervon Gebrauch zu machen.

1. Zum Vorhandensein von grundsätzlich einzulegenden Rechtsbehelfen

a) Antrag auf Vornamensänderung (...)

28. In ihrer Entscheidung vom 9. Mai 1978 über die Zulässigkeit ist die Kommission nicht auf die Einreden eingegangen, die die Regierung aus dem Gesetz vom 2. Juli 1974 hergeleitet hatte (...). Sie hat das genannte Gesetz nur in ihrer Stellungnahme vom 1. März 1979 über die Begründetheit berücksichtigt (Ziff. 47 des Berichts).

29. Die von D. Van Oosterwijck behaupteten Verstöße bestehen in Verletzungen des Verbots unmenschlicher und erniedrigender Behandlung (Art. 3), des Rechts auf Achtung des Privatlebens (Art. 8) und des Rechts zu heiraten sowie eine Familie zu gründen (Art. 12). Diese sollen sich aus Gesetzen und Gerichtsurteilen ergeben, die den Bf. einem unerträglichen rechtlichen und administrativen Status unterwerfen, indem sie der Eintragung im Geburtenbuch einen „endgültigen wissenschaftlichen Wert“ beilegen.

Wenn der Bf. nach Inkrafttreten des Gesetzes vom 2. Juli 1974 mit Erfolg eine Vornamensänderung beantragt hätte, hätten Dritte zweifellos sehr viel weniger Gelegenheit gehabt, den Widerspruch zwischen seinem Erscheinungsbild und seinem Personenstand zu bemerken. Jedoch hätte er damit nicht wirklich seine Probleme gelöst, wie die Regierung behauptet. Es wäre ihm nur gelungen, einige Folgen des Übels, über das er sich beschwert, auszuräumen; er hätte damit jedoch weder dessen Ursache – die Nichtanerkennung seiner geschlechtlichen Identität durch den betroffenen Staat – noch dessen soziale Auswirkungen beseitigen können. Der Gerichtshof schließt sich in diesem Punkt der Auffassung des Bf. und der Delegierten der Kommission an.

b) Kassationsbeschwerde und Berufung auf die Konvention

30. Nach Meinung der Regierung hätte D. Van Oosterwijck den Kassationshof anrufen und Aufhebung des Urteils vom 7. Mai 1974 beantragen müssen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt, dass es dem Begriff der Unrichtigkeit, bei der eine Berichtigungsmöglichkeit eröffnet ist, eine zu enge Bedeutung zuerkannt habe, also im Hinblick auf eine Rechtsfrage, die vom Kassationshof noch nicht geklärt worden war und zu der die unteren Gerichte unterschiedliche Auffassungen vertraten. Die Nichterschöpfung des Rechtswegs folgt nach Auffassung der Regierung überdies daraus, dass der Bf. sich weder in der ersten Instanz noch in der Berufungsinstanz auf die Konvention berufen habe, nicht einmal der Sache nach.

31. Die Kommission stimmt diesem Argument, der auch der Bf. widerspricht, nicht zu. Das Appellationsgericht Brüssel habe sich auf Tatsachenfeststellungen gestützt, die der Prüfung des Kassationshofs nicht unterliegen, und niemand habe behauptet, dass es mit seinem Urteil gegen geltendes belgisches Recht verstoßen habe. Eine Kassationsbeschwerde hätte somit keinerlei reale Aussicht auf Erfolg gehabt. Außerdem ergebe sich aus der Berufungsschrift vom 14. Februar 1974 und der Stellungnahme der Staatsanwaltschaft (...), dass

D. Van Oosterwijck sehr wohl schon in Belgien die später von ihm vor der Kommission vorgetragene Rügen erhoben habe. Gewiss habe er seinerzeit nicht versucht, diese Rügen auf die Konvention zu stützen, aber dies sei ihm nicht zum Vorwurf zu machen. Die einschlägigen Bestimmungen dieses Vertrages seien nicht „ausreichend präzise, um als mit den Normen des Code civil und des Code judiciaire in Konflikt stehend angesehen zu werden“, die „einen völlig anderen Regelungsgegenstand“ hätten. Wenn der belgische Richter dennoch eine Unvereinbarkeit mit Art. 8 festgestellt hätte, hätte er nicht so weit gehen können, das innerstaatliche Recht einfach unbeachtet zu lassen und die Gefahr in Kauf zu nehmen, „eine unerträgliche Rechtslücke zu schaffen“.

32. Der Gerichtshof stellt fest, dass das Urteil vom 7. Mai 1974 nicht nur auf Tatsachenerwägungen beruhte, sondern unabhängig davon auch auf rechtlichen Gesichtspunkten. Das Appellationsgericht hob hervor,

- dass das Geburtenbuch „grundsätzlich endgültig“ das Geschlecht als „Element des Personenstandes des Betroffenen“ festlegt;
- der Sache nach, dass seine Berichtigung das Vorliegen einer Unrichtigkeit zur Zeit der Eintragung voraussetzt;
- dass „beim derzeitigen Stand des Rechts keine Bestimmung es zulässt, Änderungen Rechnung zu tragen, die künstlich im Erscheinungsbild einer Person herbeigeführt worden sind, auch wenn diese Änderungen einer tiefen psychischen Neigung entsprechen“ (...).

Im Übrigen ist festzustellen, dass andere belgische Gerichte bei der Auslegung derselben Gesetzestexte zu divergierenden Ergebnissen gelangt waren.

Der Kassationshof ist nun aber, auch wenn er nicht über Tatfragen entscheidet (Art. 95 der Verfassung), zuständig, über Rechtsfragen zu urteilen und der Rechtsprechung eine Orientierung zu geben. Nichts beweist folglich, dass eine auf das nationale Recht *stricto sensu* gestützte Kassationsbeschwerde zur Erfolglosigkeit verurteilt gewesen wäre.

33. Was die bei der Kommission eingelegte Beschwerde betrifft, so findet sie ihre einzige Rechtsgrundlage in der Konvention. D. Van Oosterwijck hat sich jedoch hierauf weder in der ersten Instanz noch in der Berufungsinstanz berufen und hat den Kassationshof nicht angerufen. Die Konvention bildet aber einen integralen Bestandteil der belgischen Rechtsordnung, in der sie den innerstaatlichen Gesetzen – früheren wie späteren – vorgeht (Urteil des Kassationshofs vom 27. Mai 1971 in der Rechtssache *Fromagerie Franco-Suisse Le Ski, Pasicrisie belge*, 1971, I. S. 886-920). Außerdem ist ihr Art. 8 unmittelbar anwendbar, wie der Gerichtshof festgestellt hat (*De Wilde, Ooms und Versyp*, Urteil vom 18. Juni 1971, Série A Nr. 12, S. 46, Ziff. 95, EGMR-E 1, 120) und die belgische Rechtsprechung (Urteile des Kassationshofs vom 21. September 1959 und vom 26. September 1978, *Annuaire de la Convention*, Bd. 3, S. 625-629 bzw. *Pasicrisie belge*, 1979, I, S. 126-128) sowie die anderer Staaten (siehe für die Niederlande Urteil des Hoge Raad vom 18. Januar 1980, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1980, Nr. 462; für Luxemburg Urteil der Cour supérieure de Justice vom 2. April 1980, *Journal des Tribunaux*, 1980, S. 491) anerkannt haben. Der Bf. hätte sich also in seinem Land auf diese Bestimmung berufen und geltend machen können, dass sie ihm gegenüber verletzt worden sei.

Der Gerichtshof weist den Einwand zurück, dass der Konvention in diesem Punkt die für die Wahrnehmung eines effektiven innerstaatlichen Rechtsbehelfs erforderliche Präzision fehle. Der Wortlaut von Art. 8 ist der Kommission hinreichend klar erschienen, um sich weitgehend die von D. Van Oosterwijck vor ihr vertretene Auffassung zu eigen zu machen – die der Gerichtshof für die Zwecke der Prüfung des Art. 26 als zutreffend anzusehen hat (s.o. Ziff. 27). Es ist nicht erkennbar, was den Bf. davon hätte abhalten können, dieselbe Auffassung schon vor den belgischen Gerichten zu vertreten, und was diese daran gehindert hätte, zu denselben Schlussfolgerungen zu gelangen, ja sogar daraus die notwendigen Konsequenzen für die Verwirklichung des geforderten Rechts zu ziehen.

Zweifellos bildet die Konvention im Allgemeinen vor den innerstaatlichen Gerichten nur eine zusätzliche Rechtsquelle, die man heranzieht, wenn sie geeignet erscheint, zu einem Ziel zu verhelfen, das andere rechtliche Argumente bereits grundsätzlich erreichbar machen (Entscheidung der Kommission vom 11. Januar 1961 über die Zulässigkeit der Beschwerde Nr. 788/60, Österreich gegen Italien, *Annuaire de la Convention*, Bd. 4, S. 167-177). Es kann allerdings unter besonderen Umständen vorkommen, dass die ausdrückliche Berufung auf die Konvention vor den nationalen Instanzen den einzigen geeigneten Weg bildet, diese zuerst, wie es Art. 26 vorschreibt, mit einer Frage zu befassen, die man anschließend, falls erforderlich, den europäischen Kontrollorganen vorzulegen beabsichtigt (Entscheidung der Kommission vom 18. Dezember 1963 über die Zulässigkeit der Beschwerde Nr. 1488/62, X gegen Belgien, *Recueil des décisions* Nr. 13, S. 93-98).

34. Wie immer dies im vorliegenden Fall zu beurteilen sein mag, hat D. Van Oosterwijck jedenfalls nicht einmal der Sache nach in seinem Land die Rügen erhoben, die er in Straßburg vorgetragen hat. Er hat sich vor seinen Richtern weder auf die Konvention noch auf der Sache nach gleiche oder ähnliche Rügen berufen (siehe vorgenannte Entscheidung über die Zulässigkeit der Beschwerde Nr. 1661/62, S. 367; Entscheidung der Kommission vom 28. Mai 1971 über die Zulässigkeit der Beschwerde Nr. 4464/70, *Nationale Belgische Polizeigewerkschaft*, *Série B* Nr. 17, S. 79). Somit hat er ihnen nicht die Gelegenheit gelassen, die die Regel der Rechtswegerschöpfung gerade grundsätzlich den Staaten vorbehalten will, nämlich die Gelegenheit, den ihnen entgegengehaltenen [Konventions-]Verstößen abzuhelpen (*De Wilde, Ooms und Versyp*, a.a.O., S. 29, Ziff. 50, EGMR-E 1, 112 f.; *Airey*, Urteil vom 9. Oktober 1979, *Série A* Nr. 32, S. 10, Ziff. 18, EGMR-E 1, 416).

c) Statusklage

35. Es besteht ein Zusammenhang zwischen diesen Erwägungen und den Bemerkungen, zu denen der vierte und letzte Punkt der prozesshindernden Einrede der Regierung Anlass gibt.

Lehre, Gesetzgebung und gerichtliche Praxis in Belgien unterscheiden zwischen Statusklagen und Klagen auf Berichtigung von Personenstandsbüchern. Die ersteren beziehen sich auf materielle Fragen, d.h. sie sind darauf gerichtet, den Personenstand einer Person zu begründen, zu verändern oder aufzuheben. Das Ziel der letzteren besteht nur darin, eine Unrichtigkeit zu berichtigen oder

eine Lücke zu füllen. Aus diesem Unterschied ergeben sich wesentliche Rechtsfolgen, die im Code judiciaire (Art. 92 Abs. 1, 569 und 764) umschrieben sind.

Eine Statusklage hätte dem Bf. gestattet, sich nicht nur auf die Konvention zu berufen, sondern auch zunächst eine Entscheidung der Gerichte seines Landes über die Frage herbeizuführen, die er vor der Kommission und anschließend vor dem Gerichtshof aufgeworfen hat, und dieser Frage von vornherein ihre richtige Dimension zu geben. Es wird den genannten Gerichten obliegen, ggf. zu entscheiden, ob diese Möglichkeit dem Bf. noch offensteht.

Mangels belgischer Rechtsprechung zu dieser Frage kann man es D. Van Oosterwijck jedoch nicht zum Vorwurf machen, dass er bisher eine solche Klage nicht erhoben hat. In der Tat kann die Regel der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs nicht schematisch angewendet werden, noch gilt sie absolut. Bei der Prüfung ihrer Beachtung müssen die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden (vgl. *Stögmüller*, Urteil vom 10. November 1969, Série A Nr. 9, S. 42, Ziff. 11, EGMR-E 1, 88; *Ringelsen*, Urteil vom 16. Juli 1971, Série A Nr. 13, S. 37-38, Ziff. 89 und 92, EGMR-E 1, 130; *Deweert*, a.a.O., S. 17, Ziff. 29 a.E., EGMR-E 1, 468).

2. *Zu besonderen Gründen, die geeignet seien könnten, den Bf. von der Notwendigkeit zu befreien, die vom Gerichtshof für möglich gehaltenen Rechtsbehelfe einzulegen*

36. [Entspricht inhaltlich der vorstehenden Überschrift.]

37. D. Van Oosterwijck versichert, von der Einlegung der Kassationsbeschwerde erst abgesehen zu haben, nachdem er bei „mehreren qualifizierten Personen“ Rat eingeholt habe; diese hätten ihm „übereinstimmend“ von „einem solchen Schritt abgeraten“, da sie ihn für aussichtslos hielten, weil das Urteil vom 7. Mai 1974 ihrer Meinung nach weder gegen das Gesetz verstieß noch auf einem Formfehler beruhte (Art. 608 Code judiciaire). Maître Ansiaux, Rechtsanwalt beim Kassationshof, hat eine ähnliche Auffassung am 20. September 1976 und im Jahre 1977 geäußert – also nach Ablauf der Dreimonatsfrist (Art. 1073 Code judiciaire) und nach der Anrufung der Kommission.

Nach Ansicht des Gerichtshofs kann eine solche negative Beurteilung allein die Nichteinlegung eines Rechtsbehelfs nicht rechtfertigen oder entschuldigen (siehe z.B. die abschließende Entscheidung der Kommission vom 5. April 1968 über die Zulässigkeit der Beschwerde Nr. 2257/64, Graf Soltikow gegen Bundesrepublik Deutschland, *Annuaire de la Convention*, Bd. 11, S. 225); sie kann höchstens dazu beitragen, zusammen mit anderen Gesichtspunkten darzutun, dass das Rechtsmittel wahrscheinlich unwirksam oder unzureichend gewesen wäre (Entscheidung der Kommission vom 12. Juli 1978 über die Zulässigkeit der Beschwerde Nr. 7907/77, Frau X gegen Vereinigtes Königreich, *Décisions et rapports* Nr. 14, S. 210).

Im vorliegenden Fall ist den Unterlagen in den Akten nicht zu entnehmen, anhand welcher konkreten Rechtsgrundlage die qualifizierten Personen, die der Bf. erwähnt, ihm ihren Rat erteilt haben. Dem Gerichtshof liegen keine Anhaltspunkte vor, die zeigen, dass sie das Problem unter allen relevanten Aspekten, auch dem der Vereinbarkeit mit der Konvention, geprüft haben. Zu diesem

Punkt vermag der Gerichtshof daher nichts zu erkennen, was geeignet wäre, etwas an den Schlussfolgerungen zu ändern, die sich aus den Ziffern 32-34 ergeben.

38. Der Bf. hat sich auch auf seine schlechte finanzielle Situation berufen, doch stellt der Gerichtshof mit der Regierung fest, dass er diese nicht dargelegt hat und dass er im Übrigen nicht die Gewährung von Prozesskostenhilfe für die Einlegung einer Kassationsbeschwerde beantragt hat (Entscheidung der Kommission vom 6. März 1957 über die Zulässigkeit der Beschwerde Nr. 181/56, *Annuaire de la Convention*, Bd. 1, S. 140).

39. Schließlich hat D. Van Oosterwijck geltend gemacht, dass nach dem Grundsatz „*jura novit curia*“ seine Richter gehalten gewesen seien, die Konvention anzuwenden, auch wenn er sie nicht dazu aufgefordert habe; dies gelte umso mehr, als die Konvention in Belgien zum *ordre public* gehöre.

Dieses Argument überzeugt den Gerichtshof nicht. Der Umstand, dass die belgischen Gerichte den Rechtsstreit von Amts wegen auch im Lichte der Konvention hätten prüfen können oder sogar müssen, konnte den Bf. nicht von der Notwendigkeit befreien, sich vor ihnen auf diesen Vertrag zu berufen oder ihnen zumindest der Sache nach gleiche oder ähnliche Rügen vorzutragen (s. sinngemäß, die nicht veröffentlichte Entscheidung der Kommission vom 4. September 1958 über die Zulässigkeit der Beschwerde Nr. 342/57, X gegen Bundesrepublik Deutschland). Ob die in Art. 26 enthaltene Verpflichtung beachtet worden ist, beurteilt sich nach dem Verhalten des Opfers der behaupteten Verletzung. Außerdem bot die Art und Weise, in der der Bf. dem Gericht erster Instanz und dem Berufungsgericht seinen Fall vorgetragen hat, diesen kaum Anlass, die Konvention in Betracht zu ziehen.

40. Zudem hatte der Kassationshof nie über diese Frage zu entscheiden gehabt (...). Es lag somit nicht einmal eine Rechtsprechung vor, die die Annahme begründen konnte, ein auf die Konvention oder der Sache nach gleiche oder ähnliche Rügen gestütztes Rechtsmittel sei zum Scheitern verurteilt (s. sinngemäß, *De Wilde, Ooms und Versyp*, a.a.O., S. 34, Ziff. 62, EGMR-E 1, 114).

41. Der innerstaatliche Rechtsweg war somit im vorliegenden Fall nicht erschöpft.

Aus diesen Gründen entscheidet der Gerichtshof

mit dreizehn Stimmen gegen vier, dass er mangels Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs nicht in der Hauptsache entscheiden kann.

Zusammensetzung des Gerichtshofs (Plenum): die Richter Balladore Pallieri, *Präsident* (Italiener), Wiarda (Niederländer), Zekia (Zypriot), Cremona (Malteser), Vilhjálmsson (Isländer), Ryssdal (Norweger), Ganshof van der Meersch (Belgier), Sir Gerald Fitzmaurice (Brite), Evrigenis (Griechen), Lagergren (Schwede), Liesch (Luxemburger), Gölcüklü (Türke), Matscher (Österreicher), Pinheiro Farinha (Portugiese), García de Enterría (Spanier), Pettiti (Franzose), Walsh (Ire); *Kanzler*: Eissen (Franzose); *Vize-Kanzler*: Petzold (Deutscher)

Sondervoten: Drei. (1) Zustimmendes Sondervotum des Richters Vilhjálmsson; (2) Teilweise zustimmendes Sondervotum des Richters Ganshof van der Meersch; (3) Gemeinsame abweichende Meinung der Richter Evrigenis, Liesch, Gölcüklü und Matscher.