



Universitätsverlag Potsdam

MenschenRechtsZentrum

MenschenRechtsMagazin

Informationen | Meinungen | Analysen

Aus dem Inhalt:

- Human Rights Lawyering: Das Stiefkind der Anwaltschaft
- Zum Problem der intertextuellen Auslegung von Menschenrechtsverträgen
- Bericht über die Tätigkeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen im Jahre 2017 – Teil II: Individualbeschwerden

MenschenRechtsZentrum

MenschenRechtsMagazin

Informationen | Meinungen | Analysen

Aus dem Inhalt:

- Human Rights Lawyering – das Stiefkind der Anwaltschaft
- Zum Problem der intertextuellen Auslegung von Menschenrechtsverträgen
- Bericht über die Tätigkeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen im Jahre 2017 – Teil II: Individualbeschwerden

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de/> abrufbar.

Universitätsverlag Potsdam 2019

<http://verlag.ub.uni-potsdam.de/>

Am Neuen Palais 10, 14469 Potsdam

Tel.: +49 (0)331 977 2533 / Fax: 2292

E-Mail: verlag@uni-potsdam.de

Herausgeber:

Prof. Dr. phil. Logi Gunnarsson (logi.gunnarsson@uni-potsdam.de)

Prof. Dr. iur. Eckart Klein (klein@uni-potsdam.de)

Prof. Dr. iur. Andreas Zimmermann, LL.M. (Harvard) (andreas.zimmermann@uni-potsdam.de)

MenschenRechtsZentrum der Universität Potsdam

August-Bebel-Straße 89, 14482 Potsdam

Tel.: +49 (0)331 977 3450 / Fax: 3451 (mrz@uni-potsdam.de)

Redaktion:

Prof. Dr. iur. Norman Weiß (weiss@uni-potsdam.de)

Mag. iur. Johanna Weber (johanna.weber@uni-potsdam.de)

Das Manuskript ist urheberrechtlich geschützt.

Satz: text plus form, Dresden

Druck: docupoint GmbH Magdeburg

ISSN 1434-2820

Inhaltsverzeichnis

Editorial	88
AUFsätze:	
Stefanie Lemke Human Rights Lawyering – das Stiefkind der Anwaltschaft	89
Margarethe Neumeyer Zum Problem der intertextuellen Auslegung von Menschenrechtsverträgen	103
Anja Mihr Menschenrechte als Verfassungsgrenze	120
Peter Steinbach Transitional Justice: Alternative zur „Vergangenheitsbewältigung“	131
BERICHTE UND DOKUMENTATIONEN:	
Johanna Weber Bericht über die Tätigkeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen im Jahre 2017 – Teil II: Individualbeschwerden	144
BUCHBESPRECHUNGEN:	
<i>Eric Hilgendorf/Mordechai Kremnitzer (Hrsg.), Human Dignity and Criminal Law (Steinberg)</i>	156
<i>Christian Spatschek/Claudia Steckelberg (Hrsg.), Menschenrechte und Soziale Arbeit (John)</i>	159
Autorenverzeichnis	163

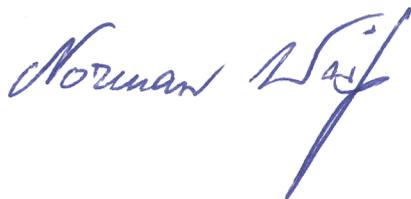
Editorial

Das aktuelle Heft setzt sich mit dem in Deutschland noch immer eher wenig beachteten Thema und Tätigkeitsfeld des "Human Rights Lawyering" auseinander (*Stefanie Lemke*). *Margarethe Neumeyer* behandelt in ihrem Beitrag die intertextuelle Auslegung von Menschenrechtsverträgen. Aus sozialwissenschaftlicher Perspektive präsentiert *Anja Mihr* Thesen zum Thema „Menschenrechte als Verfassungsgrenze“. *Peter Steinbach* befasst sich in einem Rezensionssessay mit dem Thema "Transitional Justice".

Johanna Weber legt den regelmäßig erscheinenden Bericht über die Tätigkeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen vor. Der in diesem Heft abgedruckte zweite Teil behandelt die Individualbeschwerdeverfahren des Jahres 2017.

Zwei Buchbesprechungen verfasst von *Georg Steinberg* und *Emanuel John* beschließen das Heft.

Wir wünschen unseren Lesern eine anregende Lektüre.

Handwritten signature of Norman Wolf in blue ink.Handwritten signature of Johanna Weber in blue ink.

Human Rights Lawyering: Das Stiefkind der deutschen Anwaltschaft?

Stefanie Lemke

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Menschenrechtsschutz und die Rolle der Anwaltschaft
- III. Anwaltliche Menschenrechtspraxis in Europa
- IV. Notwendigkeit für eine anwaltliche Menschenrechtspraxis in Deutschland?
- V. Zugang zum Recht in Deutschland
- VI. Resümee

I. Einführung

Dieser rechtsvergleichende Beitrag geht der Fragestellung nach, weshalb in Deutschland keine anwaltliche Menschenrechtskultur existiert. Die Gründe hierfür wurden bislang nicht erörtert, womit dieser Beitrag wissenschaftliches Neuland betritt.¹ Allgemein nimmt die Anwaltschaft eine übertragende Rolle ein, wenn es darum geht, Menschenrechte zu stärken. Ihr juristisches Fachwissen ermöglicht es ihr, Menschenrechtsoffer über ihre Rechte aufzuklären und ihre Rechte vor Gericht zu verfolgen. In

Deutschland ist eine anwaltliche Menschenrechtspraxis allerdings quasi inexistent. Hierzulande existiert das Berufsbild des „Menschenrechtsanwalts“ nicht. Der deutsche Rechtsmarkt wird dominiert von wirtschaftsnahen Sozietäten und Fachanwaltschaften, die in vielen Rechtsgebieten, nicht aber im Menschenrechtsschutz spezialisiert sind.² Hinzu kommt, dass europäische und internationale Menschenrechtsmechanismen von der deutschen Anwaltschaft kaum genutzt werden und die Anzahl jener Beschwerden, die dort im vergangenen Jahrzehnt ohne anwaltlichen Beistand eingebracht worden sind bzw. dort bereits aus formellen Gründen im Verfahrensvorfeld scheiterten, im Vergleich zu anderen westeuropäischen Ländern hoch ist.³ Folgt man dem, so scheint es, als ob der anwaltliche Menschenrechtsschutz in Deutschland eine Sache von Einzelkämpferinnen und -kämpfern ist. Jedoch besteht auch hierzulande, wie dieser Beitrag zeigen wird, ein Bedürfnis nach Anwältinnen und Anwälten, die sich mit dem Schutz der Menschenrechte auf nationaler, regionaler und internationaler Ebene auskennen.

1 Dieser Beitrag basiert auf Erkenntnissen, die durch die Durchführung teilstandardisierter Fragebögen und Leitfadeninterviews mit im Menschenrechtsschutz spezialisierten Anwältinnen und Anwälten, Rechtsanwaltskammern und gemeinnützigen Anwaltsorganisationen in Deutschland, Frankreich und England gewonnen wurden. Diese führte die Autorin dieses Beitrags im Rahmen ihrer Promotion über „Human Rights Lawyering in Europa – Anwaltliche Menschenrechtspraxis und der Zugang zum Recht in England und Wales, Frankreich und Deutschland“ an den Universitäten Köln, London und Oxford durch. Die Erkenntnisse dieser Arbeit waren Gegenstand von zahlreichen Gastvorlesungen und Vorträgen auf wichtigen Konferenzen wie z. B. der in Washington D. C. ansässigen American Society of International Law (ASIL), der Universität Cork, der Universität Leiden, der Universität Liverpool, der London School of Economics (LSE) und der in Seattle ansässigen Washington State University.

2 So setzen die Fachanwaltsbezeichnungen, die in den vergangenen Jahren eingeführt wurden, überwiegend einen Schwerpunkt auf das Wirtschaftsrecht: Gewerblicher Rechtsschutz (2006), Handels- und Gesellschaftsrecht (2006), Bank- und Kapitalrecht (2007), Internationales Wirtschaftsrecht (2013) und Vergaberecht (2015). Vgl. Bundesrechtsanwaltskammer, Entwicklung der Fachanwaltschaften seit 1960, abrufbar unter: www.brak.de/w/files/04_fuer_journalisten/statistiken/2018/entwicklung-fae.pdf (besucht am 12. Dez. 2018).

3 Vgl. EGMR, Länderprofile Deutschland, Frankreich und Vereinigtes Königreich, abrufbar unter: www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets&c (besucht am 12. Dez. 2018).

II. Menschenrechtsschutz und die Rolle der Anwaltschaft

Die Terroranschläge vom 11. September 2001 in den USA brachten schwarze Listen, eingefrorene Konten von Terrorismusverdächtigen und Islamophobie mit sich.⁴ Viel berichtet wurde und wird zudem über gravierende Diskriminierung von Angehörigen der Gruppe der LGBTQ⁵, die geschlechtsspezifische Lohnungleichheit in Deutschland⁶ und menschenverachtenden Produktionsketten von bekannten Markenunternehmen⁷. Kurzum, die Verletzung von Menschenrechten ist allgegenwärtig und ihr Schutz essentieller denn je. In Europa werden Menschenrechte durch eine Reihe von internationalen und regionalen Menschenrechtsabkommen geschützt. Dazu zählen etwa die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), die UN-Menschenrechtsverträge und ihre Kontrollmechanismen wie z. B. der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und die UN-Fachaus-

schüsse. Wie wichtig das anwaltliche Engagement im Bereich der Menschenrechte ist, lässt sich am folgenden Beispiel veranschaulichen. Viele Menschenrechtsverträge sind rechtsunverbindlich für den Staat, d. h. sie entfalten keinen Sanktionscharakter für den jeweiligen Staat. Regierungen, die sich den Menschenrechtsabkommen entziehen wollen, dürften der Umsetzung dieser Abkommen nur sehr zögerlich oder gar nicht nachkommen.⁸ So ist bislang z. B. fast jeder vierte Staat der Ratifizierung sowohl des Internationaler Pakts über bürgerliche und politische Rechte⁹ als auch des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte¹⁰ ferngeblieben. Jedoch können hier Anwältinnen und Anwälte helfen, dass Rechtssuchenden die dort verankerten Menschenrechte zugutekommen.¹¹ Ihr juristisches Know-how befähigt sie, Menschenrechtsverletzungen zu erkennen, Rechtssuchende über den Menschenrechtsschutz und seine Durchsetzungsmechanismen aufzuklären und Rechtssuchende dabei zu unterstützen, Menschenrechtsabkommen weltweit einzuklagen.¹² Ihre Ausbildung befähigt Anwältinnen und Anwälte, Auslegungsspielräume in Rechtssätzen zu erkennen, diese menschenrechtskonform zu interpretieren und ihre Argumentation vor

4 Siehe z. B. EGMR, *El Haski ./. Belgien*, Entscheidung vom 25. September 2012, Beschwerde-Nr. 649/08. Zum Ganzen auch *Javaid Rehman*, Islamophobia after 9/11: International Terrorism, Sharia and Muslim Minorities in Europe, in: *European Yearbook of Minority Issues 2003/2004*, S. 217–235 (S. 217 ff.).

5 Weltweit leben ca. 2,7 Mrd. Menschen in den 77 Ländern, in denen Homosexualität als Straftat geahndet wird. Dazu *Andre Banks*, *LGBT Rights: The Fight is Far From Over*, *The Guardian* vom 16. Mai 2014, abrufbar unter: www.theguardian.com/world/2014/may/16/lgbt-rights-fight-is-far-from-over (besucht am 12. Dez. 2018).

6 Zur geschlechtsspezifischen Lohnungleichheit in Deutschland: *World Economic Forum*, *The Global Gender Gap Report 2017*, abrufbar unter: www.weforum.org/reports/the-global-gender-gap-report-2017 (besucht am 12. Dez. 2018).

7 Beispielsweise sorgte 2014 die Bekleidungskette Primark für Aufsehen, als eine Kundin in einer Primark-Filiale in Nordirland einen in ihrer Hose eingenähten Hilferuf entdeckte, der auf die desaströsen Arbeitsbedingungen in einem Arbeitslager in einem chinesischen Gefängnis hinwies. Vgl. *Amnesty International*, 'Cry for help' from prisoner in Chinese forced labour jail alleged to have been found inside Primark trousers, *Pressebericht* vom 24. Juni 2014, abrufbar unter: www.amnesty.org.uk/press-releases/cry-help-prisoner-chinese-forced-labour-jail-alleged-have-been-found-inside-primark (besucht am 12. Dez. 2018).

8 Etwa die recht späte Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention (UN-Dok. A/RES/44/25 (1989)) durch Deutschland. Die Konvention trat am 2. September 1990 in Kraft (BGBl. 1992 II S. 121, 122) und wurde hierzulande erst am 3. Mai 2010 vorbehaltlos anerkannt (BGBl. II S. 600).

9 UN-Dok. A/6316 (1966), 999 UNTS 171 (ICCPR). Zur Ratifizierung: OHCHR, Status of Ratification: Interactive Dashboard, abrufbar unter: <http://indicators.ohchr.org/> (besucht am 12. Dez. 2018).

10 UN-Dok. A/6316 (1966), 993 UNTS 3 (ICESCR). Zur Ratifizierung: OHCHR, Status of Ratification: Interactive Dashboard, abrufbar unter: <http://indicators.ohchr.org/> (besucht am 12. Dez. 2018).

11 Vgl. *Julinda Beqiraj/Lawrence McNamara*, *International Access to Justice: Barriers and Solutions*, *Bingham Centre for the Rule of Law Report 02/2014*, 2014, S. 8, 14 ff.

12 Vgl. *Anna Gilsbach*, Jede Anwältin und jeder Anwalt kann sich für Menschenrechte einsetzen, in: *AnwBl.* 2014, S. 168–169 (S. 168 f.); *Isabel Merchant*, *DAV-Forum für Menschenrechte: Die Werte der UN-Menschenrechtserklärung von 1948 verteidigen*, in: *AnwBl.* 2014, S. 170.

Gericht einzubringen. Verstoßen nationale Behörden bzw. Gerichte gegen international anerkannte Menschenrechtsstandards, so kann die Anwaltschaft im Idealfall durch strategische Prozessführung zu einer Änderung des Status quo in ihrem Heimatstaat beitragen und helfen, eine neue Gesetzgebung oder Spruchpraxis auf den Weg zu bringen.

Unmittelbar mit der anwaltlichen Menschenrechtsarbeit verbunden ist der Zugang zum Recht. Damit werden die Wege beschrieben, die Personen nutzen können, um an rechtsbezogene Informationen zu gelangen, Rechtsdienstleistungen in Anspruch zu nehmen und Rechtsstreitigkeiten zu lösen.¹³ Der Zugang zum Recht ist deshalb für die anwaltliche Menschenrechtsarbeit relevant, weil die Inanspruchnahme von anwaltlichen Rechtsdienstleistungen häufig mit hohen Kosten für die Rechtssuchenden verbunden sein wird, die nicht immer aufgebracht werden können. So betrifft das anwaltliche Tätigkeitsfeld Menschenrechte überwiegend Rechtsgebiete, die typischerweise besonders bedürftige Bevölkerungsgruppen tangieren (z. B. Asylsuchende, Kinder, Kranke, Inhaftierte, Opfer von (Natur-)Katastrophen und Vertriebene).¹⁴ Diesen Personengruppen werden in der Regel die finanziellen Mittel fehlen, um die mit der Rechtsverfolgung anfallenden

Anwalts- und Gerichtsgebühren bezahlen zu können.¹⁵ Die Auferlegung solcher Kosten kann demnach zu einer wirtschaftlichen Barriere führen und Betroffenen den Zugang zum Recht nehmen.¹⁶

Um dies zu verhindern, bringen sich Anwältinnen und Anwälte in vielen Ländern unentgeltlich (*pro bono publico*) für den Menschenrechtsschutz ein. Dort ist es üblich, dass die Anwaltschaft bereits frühzeitig, während des Jurastudiums, für den Menschenrechtsschutz und gesellschaftspolitische Bedürfnisse sensibilisiert wird, in der Hoffnung, dass sie ihr Engagement in ihrer späteren beruflichen Laufbahn fortsetzen werden. Dass ein solches Engagement wahrscheinlich ist, bestätigen empirische Erkenntnisse der Rechtssoziologen Browne und Nicolson.¹⁷ Sie stellten heraus, dass Graduierte, die sich bereits zu Studienzeiten mit dem Menschenrechtsschutz auseinandergesetzt und sich sozial eingebracht haben, dieses voraussichtlich auch in ihrem Berufsleben fortsetzen werden; dies gelte erst recht im Vergleich zu Absolventinnen und Absolventen, die eine solche Studien- erfahrung nicht gemacht haben.

13 Matthias Kilian, Zugang zum Recht: Beobachtungen in Zeiten von Gesetzen zur Kosteneinsparung bei der Prozesskosten- und Beratungshilfe, in: AnwBl. 2008, S. 236–240 (S. 236). Grundlegernd zum Zugang zum Recht: Wayne Moore, Delivering Legal Services to Low-Income People, 2011; Pascoe Pleasence, Pascoe/Nigel Balmer/Richard Moorhead, A Time of Change: Solicitors' Firms in England and Wales, 2012, abrufbar unter: www.lawsociety.org.uk/support-services/research-trends/documents/time-of-change-report-july-2012/ (besucht am 12. Dez. 2018); Deborah L. Rhode, Access to Justice, 2004.

14 Carol Bettinger-Lopez/et al., Redefining Human Rights Lawyering through the Lens of Critical Theory: Lessons for Pedagogy and Practice, in: GJPLP 3 (2011), S. 337–399 (S. 364f., S. 385); Andrew Butler, Legal Aid before Human Rights Monitoring Bodies, in: ICLQ 49 (2000), S. 360–389 (S. 361f.); Geoff Gilbert/Jane Wright, The Means of Protecting Human Rights in the United Kingdom, in: The International Journal of Human Rights (1997), S. 23–68 (S. 28f.).

15 Bettinger-Lopez (Fn. 14), S. 364f., S. 385; UN Commission on Legal Empowerment for the Poor, Making the Law Work for Everyone, Report of the Commission on Legal Empowerment for the Poor, United Nations Development Programme, Band 1, 2008, S. 20ff.

16 Vgl. Bettinger-Lopez (Fn. 14), S. 364f., S. 385; Butler (Fn. 14), S. 361f.; Richard J. Wilson/Jennifer Rasmussen, Promoting Justice: A Practical Guide to Strategic Human Rights Lawyering, 2001, S. 10f.

17 Sara Browne, A Survey of Pro Bono Activity by Students in Law Schools in England and Wales, in: The Law Teacher 35 (2001), S. 33–55 (S. 33); Donald Nicolson, Education, Education and Education: Legal, Moral and Clinical, in: The Law Teacher (2008), S. 145–172 (S. 159f., S. 168ff.). Dazu auch Jeremy Sarkin, The Role of the Legal Profession in the Promotion and Advancement of a Human Rights Culture, in: Commonwealth Law Bulletin (1995), S. 1306–1313 (S. 1308); Wilson/Rasmussen (Fn. 16), S. 40.

III. Anwaltliche Menschenrechtspraxis in Europa

In welchem Umfang sich die Anwaltschaft aber für den Menschenrechtsschutz einsetzt, variiert weltweit stark. Mit Blick auf Europa hat der Einsatz für Menschenrechte in der englischen und französischen Anwaltschaft eine lange Tradition. Beide Länder verfügen über eine aktive anwaltliche Menschenrechtskultur. In England und Wales sind mehr als 1 500 Solicitors im Bereich der Menschenrechte tätig¹⁸ und in Frankreich gehört es zum „guten Ton“ eines jeden Avocat, sich für die „Armen und Schwachen der Gesellschaft“ zu engagieren. Dort setzen sich Anwältinnen und Anwälte hauptberuflich und ehrenamtlich für den Menschenrechtsschutz ein, was rege von den anwaltlichen Dachverbänden unterstützt wird. Die hierfür relevanten Schlüsselkompetenzen können sie im Studium und in Weiterbildungsprogrammen erwerben.

1. Anwaltliche Menschenrechtspraxis in England und Wales

Die Mehrheit der Menschenrechtsanwältinnen und Menschenrechtsanwälte in England und Wales kommt erstmals im Universitätsstudium mit dem Menschenrechtsschutz in Berührung. Dort lenken die Rechtsfakultäten bereits frühzeitig einen Blick auf Menschenrechte und soziales Engagement. Seit mehr als drei Jahrzehnten existieren diverse Studien- und Promotionsprogramme, Rechtskliniken und Forschungseinrichtungen in England und Wales, die sich mit dem Menschenrechtsschutz befassen. Jede der insgesamt 86 Rechtsfakultäten bietet mindestens eine Kurseinheit zum Thema „Menschenrechte“ in einem Bachelor- und Masterstudienprogramm an.¹⁹ Dieses umfangreiche Lehrangebot zum Menschenrechtsschutz geht

auf den „Qualifying law degree“ zurück, der Voraussetzung für die Aufnahme der Anwaltsausbildung ist und als Pflichtfachveranstaltung die Teilnahme an Vorlesungen über „Human rights“ vorsieht.²⁰ Die Menschenrechtsausbildung wird im Jurastudium durch etwa 25 universitäre Forschungseinrichtungen vorangetrieben, die sich im Schwerpunkt mit menschenrechtlichen Fragestellungen befassen und diesbezüglich das Lehrprogramm der Rechtsfakultäten mitgestalten.²¹ Daneben bieten 96 Prozent der Rechtsfakultäten in England und Wales ihren Studierenden ein oder mehrere „Clinical legal education“-Programme an. Dazu zählen universitäre Rechtsberatungszentren („In-house law clinics“), die Mitarbeit in einer externen Rechtsabteilung z. B. einer Anwaltskanzlei oder einer NGO („External student placements“), Projekte zur Aufklärung von eventuellen Justizirrtümern („Innocence projects“), bestimmte Personengruppen (z. B. Rentner und Schüler) über ihre Rechte aufzuklären („Streetlaw“-Programme) als auch die Simulation von Gerichtsfällen (Moot courts).²² Dabei werden sie durch Anwaltsverbände, Sozietäten, gemeinnützige Organisationen und Gemeinderechtszentren unterstützt, die sie finan-

www.bbk.ac.uk/front-page), der Queen Mary University (abrufbar unter: www.qmul.ac.uk), der University of Warwick (abrufbar unter: www2.warwick.ac.uk/) und der University of York (abrufbar unter: www.york.ac.uk/; alle besucht am 12. Dez. 2018).

18 *Law Society of England and Wales*, Find a Solicitor, abrufbar unter: <http://solicitors.lawsociety.org.uk/> (besucht am 12. Dez. 2018).

19 Z. B. Vorlesungsverzeichnis der University of Essex (abrufbar unter: www.essex.ac.uk/), der Keele University (abrufbar unter: www.keele.ac.uk/), des Birbeck College (abrufbar unter:

20 Vgl. Liste der Pflichtfächer: *Law Society of England and Wales*, Routes to Qualifying, abrufbar unter: www.lawsociety.org.uk/law-careers/becoming-a-solicitor/qualifying-as-a-solicitor/ (besucht am 12. Dez. 2018).

21 Z. B. das Human Rights Centre an der University of Essex (abrufbar unter: www.essex.ac.uk/human_rights_centre/), das Centre on Human Rights in Conflict an der University of East London (abrufbar unter: <http://www.uel.ac.uk/>), das Centre for the Study of Human Rights an der London School Economics (abrufbar unter: www.lse.ac.uk/collections/humanRights/Default.htm) und das Human Rights and Social Justice Institute an der London Metropolitan University (abrufbar unter: www.londonmet.ac.uk/; alle besucht am 12. Dez. 2018).

22 *Damian Carney/Frank Dignan/Richard Grimes/Grace Kelly/Rebecca Parker*, *The LawWorks Law School Pro Bono and Clinic Report*, 2014, S. 9.

ziell und durch Pro-bono-Mitarbeiterinnen und -Mitarbeiter fördern.²³ Die Spendeneinnahmen werden z. B. für den Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung für studentischen Rechtsberaterinnen und Berater genutzt, die mitunter ihre Mandanten auch vor Gericht vertreten.²⁴ Ihre einheitliche Beratungspraxis wird durch einen Verhaltenskodex ("Guide to Professional Practice") gewährleistet.²⁵ Darüber hinaus können Anwältinnen und Anwälte, die sich in ihrem Berufsalltag schwerpunktmäßig mit einem anderen Rechtsgebiet befassen zwischen zahlreichen Fortbildungsveranstaltungen zum Menschenrechtsschutz wählen, welche durch die universitären Forschungseinrichtungen und gemeinnützigen Anwaltsorganisationen angeboten werden.²⁶

Das Thema Menschenrechte tauchte innerhalb der englischen Anwaltschaft erstmals zum Ende des 19. Jahrhunderts auf, als Folge des allgemeinen sozialen Wandels zu dieser Zeit. Damals richteten die ersten Menschenrechtsorganisationen einen Fokus auf zeitgenössische Themen (z. B. Sklaverei, Feminismus und Arbeitnehmerrechte). Im Zentrum ihrer Arbeit standen bedürftige Bevölkerungsgruppen, deren Rechtsbedürfnisse bislang auf dem Rechtsmarkt zu kurz gekommen waren (sog. "Un-

met legal needs").²⁷ Die erste im britischen Raum bekannte Menschenrechtsorganisation war die 1871 von der Feministin Josephine Butler gegründete "British Vigilance Association for the Defence of the Personal Rights".²⁸ In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts kam eine neue Bewegung von Menschenrechtsorganisationen auf. Sie verdankt ihren Ursprung der Ineffizienz des damaligen staatlichen Kostenhilfesystems und der Nichtumsetzung der EMRK und anderer Menschenrechtsverträge in nationales Recht, was es schwer machte, die dort inkorporierten Rechte vor heimischen Gerichten einzufordern. Dies führte dazu, dass Betroffene bis zur Einführung des Human Rights Act 1998, dem ersten geschriebenen Menschenrechtskatalog im britischen Raum, welcher die EMRK in englisches Recht inkorporierte, im Mittel sieben Jahre warten mussten, bis ihr Fall den EGMR erreichte.²⁹

Heute existieren in der zweigeteilten englischen Anwaltschaft mehr als 1100 Anwaltskanzleien für Solicitors, etwa 40 Bürogemeinschaften für Barristers und mehr als 40 gemeinnützige Anwaltsorganisationen, die ihren Tätigkeitsschwerpunkt im Menschenrechtsschutz haben.³⁰ Die Menschenrechtsarbeit in den Anwaltsorganisationen

23 Einige Universitäten haben, in Kooperation mit wirtschaftsnahen Sozietäten, Anwaltsorganisationen und sonstige Wirtschaftsunternehmen (z. B. Lotteriebetreibern) spezielle Finanzierungsprogramme entwickelt und Stiftungen ins Leben gerufen, um die mitunter kostspieligen Pro-bono-Projekte zu finanzieren. Spenden belaufen sich jährlich auf etwa 10 000 britische Pfund. Vgl. etwa *Rechtsklinik der University of Liverpool*, Our Supporters, abrufbar unter: <https://www.liverpool.ac.uk/law/liverpool-law-clinic/> (besucht am 12. Dez. 2018).

24 Vgl. *Browne* (Fn. 17), S. 53; LawWorks, LawWorks Student Pro Bono Report 2011 (2011), S. 26.

25 Abrufbar unter: www.lawworks.org.uk/index.php?CID=157&cType=document, S. 39ff. (besucht am 12. Dez. 2018).

26 Z. B. das Fortbildungsangebot des European Human Rights Advocacy Centre, abrufbar unter: www.mdx.ac.uk/our-research/centres/ehrac (besucht am 12. Dez. 2018).

27 Joint Pro Bono Protocol for Legal Work, abrufbar unter: www.lawsociety.org.uk/Support-services/Practice-management/Pro-bono/The-pro-bono-protocol/ (besucht am 12. Dez. 2018).

28 *Anja Johansen*, Defending the Individual: The Personal Rights Association and the Ligue des Droits de l'Homme 1871–1916, in: *European Review of History* 4 (2013), S. 559–579 (S. 559, S. 561, S. 574f.).

29 Einzelne Menschenrechte waren bis zur Einführung des HRA 1998 nur in einem diffusen, jahrhundertalten Geflecht von Regelwerken formuliert, die seit dem Mittelalter existierten, und waren daher in der Praxis (erst recht für den juristischen Laien) nur schwer einklagbar. Zu diesem Normengeflecht zählten die Magna Charta (1215), die Petition of Rights (1628), der Bill of Rights (1688) und der Act of Settlement (1701).

30 Vgl. *Law Society of England and Wales*, Find a Solicitor, abrufbar unter: www.lawsociety.org.uk/find-a-solicitor/; *Bar Council of England and Wales*, Find a Barrister, abrufbar unter: www.barcouncil.org.uk/using-a-barrister/find-a-barrister/ (besucht am 14. Okt. 2018).

bringt nicht nur die „klassischen“ anwaltlichen Aufgaben mit sich. Ihr Ziel ist es, ihre Arbeit besonders wirksam in die Öffentlichkeit zu tragen und dabei maximalen Druck auf politische Entscheidungsträger auszuüben. Neben der anwaltlichen Rechtsberatung (sowie der Vertretung vor Gericht in strategisch bedeutsamen Fällen) zählen zu ihrem Tätigkeitsspektrum daher auch die Informationssammlung, Öffentlichkeitsarbeit und das Lobbying von (politischen) Entscheidungsträgern (sog. Advocacy-Arbeit) und die Bildungsarbeit (z. B. die Organisation von Schulungen), um die Umsetzung internationaler Menschenrechtsstandards zu fördern (sog. Capacity-building-Maßnahmen).³¹

Die Menschenrechtsarbeit bringt per se nur begrenzte Einnahmen mit sich.³² Um trotzdem wirtschaftlich zu arbeiten, findet in der Regel eine Quersubventionierung statt: Dabei subventionieren lukrative Mandate erfolglose bzw. Pro-bono-Mandate quer. In der Berufspraxis nutzen Anwältinnen und Anwälte diverse anwaltliche Vergütungsmodelle zur Finanzierung ihrer Arbeit. Während Anwaltskanzleien ihre Mandate in erster Linie über die staatliche Kostenhilfe und ggf. erfolgsbasierte Vergütungsinstrumentarien („No win, no fee“) abwickeln, greifen die Anwaltsorganisationen überwiegend auf einen Mix aus staatlichen Kostenhilfemandaten, Pro-bono-publico erbrachten Rechtsdienstleistungen, erfolgsbasierten Honorarvereinbarungen, Privatspenden, Mitgliedsbeiträgen und projektspezifischer Finanzierung durch diverse Stiftungen zurück.³³ Positiv wirkt sich dabei aus, dass sich in England und Wales

fast jeder zweite Barrister bzw. Solicitor pro bono engagiert, was die anwaltliche Rechtsberatung als auch Vertretung vor Gericht umfasst.³⁴ Die Pro-bono-Arbeit sorgt mithin dafür, dass die Anwaltsorganisationen ihre Personalkosten gering halten können.

Anwältinnen und Anwälte sehen die kostenlose Anwaltsarbeit, die, anders als in den USA, keine anwaltliche Berufspflicht ist, als moralische Verpflichtung ihrer Profession an („der Gesellschaft etwas zurückzugeben“).³⁵ Mit ihrer Pro-bono-Arbeit widmen sie sich insbesondere jenen Rechtssuchenden, die weder staatliche Kostenhilfe beanspruchen noch sonstige, alternative Prozessfinanzierungsmittel nutzen können, um die mit ihrer Rechtsverfolgung verbundenen Anwalts- und Gerichtsgebühren bezahlen zu können.³⁶ In diesem Rahmen sorgt das „Joint Pro Bono Protocol for Legal Work“ dafür, dass, obwohl die Anwaltsarbeit kostenlos erbracht wird, qualitativ hochwertige Rechtsdienstleistungen gewährleistet werden.³⁷ Trotz seiner rechtlichen Unverbindlichkeit, haben zahlreiche

31 Vgl. Tätigkeitsspektrum der gemeinnützigen Anwaltsorganisationen Justice, Liberty, Peace Brigades International, das Public Law Project, Redress und dem Bar Human Rights Committee.

32 Vgl. auch Geoff Gilbert/Jane Wright, *The Means of Protecting Human Rights in the United Kingdom*, in: *The International Journal of Human Rights* (1997), S. 23–68 (S. 28f.).

33 Etwa die Anwaltsorganisationen Asylum Aid, Justice, und Liberty. Zum Ganzen auch: *Human Rights Lawyers Association* (Hrsg.), *Access to Justice as a Human Right, What Does Access to Justice Really Mean to Those Working in the*

Field?, 2010, S. 20ff.; *Jeremy Cooper/Rajeev Dhavan* (Hrsg.), *Public Interest Law*, 1986, S. 175ff., S. 193ff.

34 Z. B. die Anwaltsorganisation Asylum Aid wird von mehr als 500 pro bono tätigen Juristinnen und Juristen unterstützt. Bei British-Irish Rights Watch ist nur die Vorsitzende hauptberuflich für die Organisation tätig, die übrigen Anwältinnen und Anwälte bringen sich pro bono in die Organisation ein. Auch in der Rechtsabteilung der Kurdish Human Rights Commission und der Peace Brigades International arbeiten überwiegend pro bono publico tätige Anwältinnen und Anwälte. Beim Public Law Project bringen sich mehr als 300 pro bono tätige Anwältinnen und Jurastudierenden ein.

35 *Bar Council*, *Representing the Bar*, Annual Report 2012/2013, S. 22, abrufbar unter: www.barcouncil.org.uk/media/228049/representing_the_bar_2013_web.pdf; *LawWorks*, *Pro Bono Survey 2013, Summary Report*, abrufbar unter: www.lawsociety.org.uk/support-services/research-trends/pro-bono-work-pc-holder-survey-2013/ (besucht am 12. Dez. 2018).

36 Nr. 1.1., 1.2, 3.1. des Joint Pro Bono Protocol for Legal Work.

37 Abrufbar unter: www.lawsociety.org.uk/Support-services/Practice-management/Pro-bono/The-pro-bono-protocol/ (besucht am 12. Dez. 2018).

Anwältinnen und Anwälte den Verhaltenskodex anerkannt.³⁸ Damit zudem möglichst vielen Rechtssuchenden die Pro-bono-Arbeit zugutekommt, existieren zahlreiche Vermittlungsstellen für die anwaltliche Pro-bono-Arbeit, organisiert durch die anwaltlichen Dachverbände, die interessierte Anwältinnen und Anwälte, gemeinnützige Organisationen und einzelne Rechtssuchende zusammenbringen.³⁹

2. *Anwaltliche Menschenrechtspraxis in Frankreich*

Der Menschenrechtsschutz ist ein zentrales Anliegen der französischen Anwaltschaft in Ausbildung und Praxis. In Frankreich existiert eine aktive anwaltliche Menschenrechtskultur, die überwiegend von gemeinnützigen Anwaltsorganisationen ausgeht und von regionalen und nationalen Anwaltsverbänden unterstützt wird. Die nationale Anwaltskammer geht auch selbst mit gutem Beispiel voran, indem sie regelmäßig vor dem EGMR interveniert.⁴⁰ Die französische Anwaltschaft bringt sich seit vielen Jahrhunderten für den „guten Zweck“ ein. Die Erbringung von Pro-bono-Rechtsdienstleistungen hat in Frankreich eine lange Tradition und setzte, inspiriert vom Gedanken der christlichen Nächstenliebe und der damaligen kostenlosen medizinischen Grundversorgung für Bedürftige, im 13. Jahrhundert ein.⁴¹

An diesem Berufsethos hielt die Anwaltschaft auch im postrevolutionären und laizistischen Frankreich fest. Kostenlose anwaltliche Rechtdienstleistungen wurden zunächst mangels und später wegen zu restriktiver Bewilligungskriterien für die staatliche Kostenhilfe erbracht.⁴² Auch heute noch wird soziales Engagement innerhalb der französischen Anwaltschaft als moralische Verpflichtung angesehen. Viele Avocats bringen sich regelmäßig in karitative Projekte ein, insbesondere im Ballungsraum Paris.⁴³ Zu diesem Engagement zählt, dass z. B. Pariser Anwältinnen und Anwälte Rechtssuchende, die, aus welchen Gründen auch immer, keine staatliche Kostenhilfe erhalten, in Strafsachen kostenlos unterstützen (z. B. durch anwaltliche Bereitschaftsdienste in Rechtsberatungszentren und Anwaltshotlines).⁴⁴ Es existieren etwa zwei Dutzend gemeinnützige Anwaltsorganisationen, die ihren Arbeitsschwerpunkt auf den Menschenrechtsschutz setzen.⁴⁵ Ins Rollen kam das französische „Human rights lawyering“ im Jahr 1898 mit dem Dreyfus-Fall⁴⁶, als dessen Folge sich die ers-

38 *LawWorks*, Protocol Signatories, abrufbar unter: www.lawworks.org.uk/why-pro-bono/pro-bono-protocol/protocol-signatories (besucht am 12. Dez. 2018).

39 National Pro Bono Centre, abrufbar unter: www.nationalprobonocentre.org.uk/ (besucht am 12. Dez. 2018).

40 EGMR, *Morice ./. Frankreich* (Nr. 29369/10), Entscheidung vom 23. Mai 2015. Dazu *Conseil national des barreaux*, Pressebericht vom 23. April 2015, abrufbar unter: [http://encyclopedie.avocats.fr/GED_BWZ/101326892950/CNB-CP2015-04-23_CeDH\(P\).pdf](http://encyclopedie.avocats.fr/GED_BWZ/101326892950/CNB-CP2015-04-23_CeDH(P).pdf) (besucht am 12. Dez. 2018).

41 *Henri Ader/André Damien*, Règles de la Profession d'Avocat 2013/2014, 14. Auflage 2014, Rn. 48.07, *Jules-Marc Baudel*, L'Accès à la Justice: La situation en France, in: *Revue Internationale de Droit Comparé* (2006), S. 477–491 (S. 488).

42 *Ader/Damien* (Fn. 41) Rn. 48.07; *Jean-Luc Bédos*, Droits d'Urgence: Access of Citizens to Legal Information in France, in: *Fordham International Law Journal* 6 (2000), S. S1–S8 (S. S2).

43 *Avocats Sans Frontières*, ASF et le pro bono, Note de réflexion, 2011, S. 7, abrufbar unter: http://issuu.com/avocatsansfrontieres/docs/pro_bono_2011_fr (besucht am 12. Dez. 2018); *Jules-Marc Baudel*, L'Accès à la Justice: La situation en France, in: *Revue Internationale de Droit Comparé* (2006), S. 477–491 (S. 488).

44 *Ader/Damien* (Fn. 41), Rn. 48.26.

45 Viele Anwaltsorganisationen gründeten sich situativ, häufig aufgrund eines historischen Ereignisses: Etwa als Reaktion auf die Internierungslager unter dem Vichy-Regime (z. B. «La CIMADE», Gründungsjahr: 1939) und anlässlich der Flüchtlingsströme aus den Militärdiktaturen Lateinamerikas, die Frankreich Ende der 1960er Jahre erreichten (z. B. «France Terre d'Asile», Gründungsjahr: 1970).

46 Das französische Militärgericht verurteilte den jüdischen Hauptmann Alfred Dreyfus wegen angeblichen Landesverrats zu lebenslangem Exil in Übersee. Bald darauf stellte sich jedoch heraus, dass die Beweise, die zu Dreyfus' Verurteilung geführt hatten, gefälscht waren und man ihn nur wegen seines jüdischen Glaubens aus dem Militärdienst entfernen wollte. Natio-

te Anwaltsorganisation für Menschenrechte in Frankreich etablierte: Die «Ligue des Droits de l'Homme (LDH)». Die gemeinnützigen Anwaltsorganisationen betreiben Advocacy-Arbeit, organisieren Aus- und Fortbildungsmaßnahmen (insbesondere für die Anwaltschaft) und bieten anwaltliche Rechtsdienstleistungen an (z. B. das Verfassen von Amicus-curiae-Briefen sowie die Übernahme von kostenloser Rechtsberatung und gerichtlicher Interessenvertretung).⁴⁷ Einige Anwaltsorganisationen unterhalten zudem, teilweise sogar seit einigen Jahrzehnten, kostenlose Rechtsberatungsdienste in Form einer «Permanence» oder eines «Service juridique», welche durch viele ehrenamtlich tätige Avocats unterstützt werden.⁴⁸ Etwa die «Alliance des Avocats pour les Droits de l'Homme» wird von 12 000 pro bono tätigen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten unterstützt.⁴⁹ Auffällig ist auch die enge Kooperation zwischen den Anwaltsorganisationen und den Anwaltskammern in diesem Bereich. So unterhalten einige regionale Anwaltskammern auch eigene Menschenrechtsinstitute⁵⁰ und riefen gemeinnützige Anwaltsorganisationen ins Leben (z. B. die «Barreau de Paris de Solidarité», welche Projekte unterstützt, die den Menschenrechtsschutz fördern).⁵¹

Allgemein wird die juristische Ausbildung im Menschenrechtsschutz und das gemeinnützige Engagement stark durch die Menschenrechtsinstitute der Rechtsfakultäten vorangetrieben. Diese bieten sowohl Jura-studierenden als auch Praktikerinnen und Praktikern eine umfangreiche Kursauswahl zum Menschenrechtsschutz im Studium bzw. zwecks Fortbildung an. So offeriert fast ein Drittel der insgesamt 45 Rechtsfakultäten in Frankreich ein Masterprogramm zu den «Droits de l'homme» oder einem Teilaspekt.⁵² Daneben brachten die universitären Menschenrechtszentren die französische Klinikbewegung auf den Weg.⁵³ Ihr gemeinsames Ziel ist es, den Zugang zum Recht für weniger privilegierte Bevölkerungsgruppen zu öffnen und damit Studierende für gesellschaftspolitische Themen zu sensibilisieren.⁵⁴

IV. Notwendigkeit für eine anwaltliche Menschenrechtspraxis in Deutschland?

Dagegen beschäftigt sich in Deutschland nur eine geringe Anzahl von deutschen Anwältinnen und Anwälten mit dem Menschenrechtsschutz. Das Desinteresse am Menschenrechtsschutz, wie es der deutschen Anwaltschaft noch in den 1990er Jah-

nale und internationale Kritik am Fall führten 1899 zur Wiederaufnahme des Verfahrens. 1906 wurde Dreyfus rehabilitiert. Dazu ausführlich: Christopher E. Forth, *The Dreyfus Affair and the Crisis of French Manhood*, 2004.

- 47 Z. B. die Ligue des Droits de l'Homme intervenierte 2008 in mehr als 20 Fällen und veröffentlichte mehr als 190 Pressemitteilungen. *Ligue des Droits de l'Homme*, Rapport d'Activité, 2008, S. 2.
- 48 Z. B. die Ligue des Droits de l'Homme betreibt ihre Beratungseinrichtungen seit mehr als 30 Jahren.
- 49 *Alliance des Avocats pour les Droits de l'Homme*, abrufbar unter: <http://aadh.fr/> (besucht am 12. Dez. 2018).
- 50 Z. B. das Institut des Droits de l'Homme der Rechtsanwaltskammern Bordeaux und Montpellier.
- 51 *Barreau de Paris de Solidarité*, *S'engager par Conviction et Solidarité*, Rapport d'activité 2012–2013, 2013, S. 22 ff.

-
- 52 Dazu zählen z. B. die Universität Aix-Marseille III (www.univ-cezanne.fr/); Universität Bordeaux IV (<http://crdei.u-bordeaux4.fr/>); Universität Lyon (www.univ-catholyon.fr/); Universität Paris X (www.u-paris10.fr/); Universität Straßburg (www.unistra.fr/).

- 53 Z. B. als erste Hochschule in Frankreich gründete die Universität Paris II 2007, nach US-amerikanischen Vorbild, eine Rechtsklinik. Federführend war dabei das Centre de recherche sur les Droits de l'Homme et le Droit Humanitaire, das Menschenrechtszentrum der Rechtsfakultät. Dazu Xavier Aurey, *Projet de Recherche: Clinique Juridique des Droits Fondamentaux*, S. 1, S. 3 f., abrufbar unter: www.unicaen.fr/recherche/mrsh/sites/default/files/public/crdfed/Projet deRecherche.pdf (besucht am 12. Dez. 2018).

- 54 So etwa die Universität Paris I auf ihrer Homepage zum Gründungszweck ihrer «Clinique Juridique», abrufbar unter: www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/fr/content/la-clinique (besucht am 12. Dez. 2018).

ren vorgeworfen wurde⁵⁵, scheint zwar allmählich zu schwinden. Jedoch fällt der Einsatz für die Menschenrechte bei deutschen Anwältinnen und Anwälten im Vergleich zur englischen und französischen Anwaltschaft immer noch recht zurückhaltend aus. Erfreulich ist insofern, dass 2012 bzw. 2010 die Bundesrechtsanwaltskammer und der Deutsche Anwaltverein Ausschüsse für Menschenrechte auf den Weg gebracht haben. Beide Dachorganisationen schafften es aber bislang nicht, die Anwaltschaft insgesamt für den Menschenrechtsschutz zu mobilisieren. Quasi inexistent ist das Engagement für Menschenrechte innerhalb der regionalen Anwaltskammern, nur wenige Anwaltskanzleien sind auf den Menschenrechtsschutz spezialisiert und gering ist auch die Anzahl von gemeinnützigen Anwaltsorganisationen, die anwaltliche Rechtsdienstleistungen nutzen, um Menschenrechtsverletzungen zu verfolgen, und zu diesem Zweck hauptberuflich tätige Anwältinnen und Anwälte beschäftigen.⁵⁶

Daraus könnte man im Umkehrschluss schließen, dass in Deutschland kein Bedürfnis für eine anwaltliche Menschenrechtspraxis besteht. Dafür könnten die verfassungsrechtlichen Besonderheiten des deutschen Rechtssystems streiten, welche die Anrufung regionaler und internationaler Menschenrechtsmechanismen obsolet machen

55 Konstantin Thun, Menschenrechte, in: AnwBl. 1990, S. 255–258 (S. 255 f.).

56 Regionale Anwaltskammern: Die 1988 vom Freiburger Anwaltverein und dem Verein der Richter und Staatsanwälte gegründete „Kommission für Menschenrechte“ in Freiburg und die Berliner Anwaltskammer, welche 2006 als erste Anwaltskammer einen Menschenrechtsbeauftragten ernannte. Gemeinnützige Anwaltsorganisationen: Das 2007 gegründete European Center for Constitutional and Human Rights e.V. Andere Anwaltsorganisationen werden fast ausschließlich durch Ehrenamtliche unterstützt und nutzen nur ausnahmsweise anwaltliche Rechtsdienstleistungen, um ihre Ziele durchzusetzen. Dazu zählen z.B. Anwältinnen ohne Grenzen e.V., Juristen und Juristinnen gegen atomare, biologische und chemische Waffen und für gewaltfreie Friedensgestaltung, Republikanische Anwältinnen und Anwälteverein sowie die Vereinigung Demokratischer Juristen und Juristinnen e.V.

könnte. In Deutschland ist es möglich, anders als im englischen und französischen Rechtssystem, Individualrechte im Wege einer Verfassungsbeschwerde und vor einer Verfassungsgerichtsbarkeit geltend zu machen. Eine solche Option fehlte lange Zeit in Frankreich und ebenso im britischen Recht. Bis 2010 war Frankreichs oberstes Verfassungskontrollorgan, der Verfassungsrat, nur befugt, die Verfassungskonformität von Gesetzen vor ihrem Inkrafttreten zu überprüfen. Für die französischen Bürgerinnen und Bürger hat sich aber seitdem nicht viel geändert: Die Geltendmachung von Bürger- und Menschenrechten vor heimischen Gerichten gestaltet sich immer noch beschwerlich, da Bürgerinnen und Bürger den Verfassungsrat nicht direkt anrufen dürfen.⁵⁷ Für viele französische Beschwerdeführerinnen bleibt daher weiterhin nur, den EGMR anzurufen. Dagegen existiert in England und Wales seit dem Inkrafttreten des Human Rights Act 1998 die Möglichkeit, die dort formulierten Konventionsrechte in Form einer Individual- oder Kollektivbeschwerde vor nationalen Fachgerichten geltend zu machen. Eine mit dem deutschen Bundesverfassungsgericht vergleichbare Gerichtsbarkeit existiert aber auch hier nicht. Dem folgend könnte man annehmen, dass Grund- und Menschenrechte bereits hinreichend auf nationaler Ebene durch das Individualbeschwerdeverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) geschützt werden und eine „Ersatzverfassungsgerichtsbarkeit“ in Form des EGMR oder anderer Menschenrechtssprachkörper nicht gebraucht wird.

57 Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer müssen zunächst niederrangige (erst- oder zweitinstanzliche) Gerichte anrufen. Diese kontrollieren in einer Drei-Schritt-Prüfung, erstens, ob die vom Kläger geltend gemachten verfassungsrechtlichen Bedenken für den Fall relevant sind, zweitens, hierzu noch keine einschlägige Entscheidung des Verfassungsrats vorliegt und drittens, ob die Vorlage der Sache beim Verfassungsrat nicht vollkommen „unvertretbar“ (*dépourvu de sérieux*) ist. Erst dann leiten die Gerichte die Sache an den Verwaltungsrat bzw. das Kassationsgericht weiter, die ihrerseits, nach nochmaliger Überprüfung, entscheiden, ob die Angelegenheit dem Verfassungsrat zur Entscheidung vorgelegt wird.

Dies wäre jedoch ein Trugschluss. Denn die Zeiten, in denen die deutsche Verfassungsbeschwerde als „wirksamer Filter“⁵⁸ für z. B. den EGMR galt, sind vorbei. Dies bestätigt zum einen die kontinuierliche Zunahme von nicht bzw. kaum begründeten Nichtannahmeentscheidungen durch das BVerfG, was im Umkehrschluss bedeutet, dass zukünftig die Erfolgsaussichten für eine EGMR-Beschwerde steigen dürften.⁵⁹ Viele Entscheidungen des EGMR gegen Deutschland führten zudem zu Diskussionen über Inhalt und Reichweite der deutschen Grundrechte und zu signifikanten Änderungen im deutschen Rechtssystem.⁶⁰ Dies liegt daran, dass das GG nicht bzw. nicht im gleichem Maße Gruppen- und Minderheitenrechte wie die EMRK schützt. Demzufolge haben Rechtsuchende mit dem EGMR-Beschwerdeverfahren die Möglichkeit, Menschen- und Bürgerrechte einzufordern, die dem deutschen Grundrechtskatalog fremd sind und die durch die EGMR-Rechtsprechung gestärkt werden können. In der Praxis könnten dies beispielsweise dazu führen, dass die Anwältin bzw. der Anwalt die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes vor einem Fachgericht deshalb anzweifelt, weil das Gesetz zwar mit der Rechtsprechung des BVerfG, nicht aber mit der EGMR-Rechtsprechung kompatibel ist und einen Antrag auf Aussetzung des Verfahrens gemäß Art. 100 GG stellt (zur Erinnerung: zur verfassungskonformen Auslegung von deutschen Normen gehört auch, diese im Lichte von EMRK und EGMR-Rechtsprechung auszulegen).⁶¹ Gleiches gilt für die Beschwerdemechanismen der UN-Menschenrechtsgremien, deren Spruchpraxis zunehmend in die Ent-

scheidung des EGMR⁶² und des BVerfG⁶³ einbezogen wird. Kommen nämlich deutsche Behörden und Fachgerichte ihrer Pflicht zur völkerrechtskonformen Auslegung nicht nach, liegt es an der Anwaltschaft, jene an ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen zu erinnern. Jedoch fällt die Anzahl der aus Deutschland eingebrachten Beschwerden, soweit diese überhaupt zur Entscheidung angenommen wurden, gering aus.⁶⁴ Folgt man dem, so fehlen in Deutschland Anwältinnen und Anwälte, die Menschenrechtsverstöße erkennen, imstande sind, die Völkerrechtsfreundlichkeit des GG mit Leben zu füllen und ihre Mandanten dabei unterstützen, dass auch in Deutschland Menschenrechtsverträge effektiv umgesetzt werden.⁶⁵

Abgesehen davon, dass mit Fällen, die Menschenrechte betreffen, eine große Öffentlichkeit erreicht werden kann, bringt der Menschenrechtsschutz der Anwaltschaft noch andere Vorteile. So eröffnet ihr das Tätigkeitsfeld „Menschenrechte“ ein gänzlich neues und weites Tätigkeitsspektrum, das nicht nur die „klassischen“ menschenrechtsspezifischen, verfassungsrechtlichen Materien betrifft, sondern auch diverse anwaltliche Praxisfelder erfasst (z. B. das Steuerrecht).⁶⁶ Weiterhin sichert die EGMR-

58 *Beate Rudolf/Stefan v. Raumer*, Die Beschwerde vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: *AnwBl.* 2009, S. 313–317 (S. 317).

59 Vgl. *Rudolf/v. Raumer* (Fn. 58), S. 317.

60 Z. B. infolge der Rechtssache *Zaunegger ./ Deutschland* stärkte der Gesetzgeber das elterliche Sorgerecht nicht-verheirateter Väter (welches zuvor von der Zustimmung der Mutter abhängig gewesen war) durch das Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern.

61 *Stefan v. Raumer*, Die Rechtsprechung des EGMR als Quelle für das nationale Recht, in: *AnwBl.* 2014, S. 393–397 (S. 396 f.).

62 Z. B. EGMR, *Opuz ./ Türkei* (Nr. 33401/02), Entscheidung vom 9. Juni 2009, Rn. 72 ff.

63 Z. B. BVerfG, Entscheidung vom 23. März 2011 – 2 BvR 882/09, BVerfGE 129, 26.

64 Liste aller Entscheidungen und Auffassungen hinsichtlich aus Deutschland eingereicherter Beschwerden: *Office of the High Commissioner for Human Rights*, UN Human Rights, Treaty Bodies Search, abrufbar unter: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/TBSearch.aspx (besucht am 12. Dez. 2018).

65 So auch *Nina Althoff*, Diskriminierungsschutz aus den Menschenrechten: Chancen und Verantwortung der Anwaltschaft, in: *AnwBl.* 2011, S. 482–484 (S. 484); *Britta Utz* (Hrsg.), *Handbuch der Menschenrechtsarbeit*, 2011, S. 15 f.; *Stefan v. Raumer*, Wozu braucht Deutschland einen EGMR – wenn es ein BVerfG hat?, in: *AnwBl.* 2011, S. 195–198 (S. 198).

66 Dazu *Jobst-Hubertus Bauer*, Menschenrechte und deutscher Kündigungsschutz, in: *AnwBl.* 2014, S. 406–408 (S. 406 ff.).

VerfO⁶⁷ der Anwaltschaft ihre Vergütung. Im Rahmen des Vergabeverfahrens für die Verfahrenshilfe legt der EGMR nämlich bei der Bestimmung der Bedürftigkeit der Beschwerdeführerin einen im Vergleich zur deutschen Prozesskostenhilfe großzügigeren Maßstab zur Bewilligung der Verfahrenshilfe an. Das heißt, dass ggf. auch Rechtssuchende mit unteren bis mittleren Einkommensverhältnissen die EGMR-Verfahrenshilfe beanspruchen können, die nach deutschem Recht nicht von der staatlichen Kostenhilfe profitieren würden.⁶⁸ Im Übrigen bedeuten die Verfahren vor den UN-Beschwerdemechanismen kaum zusätzliche Kosten und Mehrarbeit, da diese in aller Regel schriftlich abgewickelt werden und deshalb keine Reisekosten anfallen.

V. Zugang zum Recht in Deutschland

Wie zu anfangs erwähnt, ist der anwaltliche Menschenrechtsschutz unmittelbar verknüpft mit der Frage nach dem Zugang zum Recht. Während es in der britischen und französischen Anwaltschaft üblich ist, Rechtsdienstleistungen für bedürftige Rechtssuchende pro bono publico abzuwickeln, können in Deutschland Rechtssuchende häufig nur in Abhängigkeit von ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit Rechtsschutz beanspruchen. Denn wer hierzulande keine staatliche Kostenhilfe beanspruchen kann, nicht rechtsschutzversichert ist, nicht Mitglied in einer Gewerkschaft oder einem ähnlichen Verband ist, um ggf. dort kostenlose Rechtsdienstleistungen beanspruchen zu können, keinen Anwalt findet, der bereit ist, eine erfolgsbasierte Vergütung („no win, no fee“) zu vereinbaren, und nicht imstande ist, die mit der Rechtsverfolgung verbundenen Anwalts- und Gerichtskosten selbst zu tragen, ist in Deutschland die Rechtsverfolgung vor Gericht versagt. Dies liegt u. a. an den restriktiven

Bewilligungskriterien für die Prozesshilfen-, Verfahrenskosten- und Beratungshilfe. Dass die Bewilligung der staatlichen Kostenhilfe an zu enge wirtschaftliche Voraussetzungen geknüpft ist, kritisierte bereits das BVerfG in seiner Entscheidung vom 12. Dezember 2006.⁶⁹ Weiterhin bietet die private Eigenvorsorge durch den Abschluss einer Rechtsschutzversicherung keine Alternative, um bedürftigen Rechtssuchenden den gleichen Zugang zum Recht in Deutschland zu ermöglichen.⁷⁰ Denn der Rechtsschutz durch eine Rechtsschutzversicherung muss, so auch das BVerfG⁷¹, erst durch Versicherungsprämien (Mitgliedsbeiträge) „erkauft“ werden. Diese Prämien können aber nicht immer aufgebracht werden bzw. sind nicht wirtschaftlich sinnvoll, da sich der Versicherungsschutz häufig nur auf bestimmte Rechtsgebiete erstreckt und einige Rechtssachen vom Rechtsschutz von vornherein ausnimmt (z. B. Familiensachen).⁷² Wer meint, dass die erfolgsbasierte Vergütung als „Auffangbecken“ für bedürftige Rechtssuchende fungiert, unterliegt einem rechtspolitischen Fehlverständnis. So konnte sich die erfolgsbasierte Vergütung bislang weder als allgemeingültiges Finanzierungsinstrument auf dem deutschen Rechtsmarkt etablieren noch taugt sie als Lückenbüsser dort, wo staatliche Kostenhilfe und Rechtsschutzversicherung nicht mehr weiterhelfen.⁷³ Ebenso wenig wird der Zugang zum Recht für Bedürftige durch das (kostenlose) Rechtsschutzangebot der Gewerkschaften, Verbände und anderer karitativer Organisationen gewährleistet. Diese bieten zwar Rechtsbeistand in arbeits-, sozial- und asylrechtlichen Streitigkeiten an und es existieren von Stiftungen ins Leben gerufene Kostenhilfefonds, die sich speziell an be-

67 Art. 100–105 EGMR-VerfO.

68 Art. 103 EGMR-VerfO. Wird die Beschwerde des Mandanten für zulässig erachtet, übernimmt der EGMR die Anwaltskosten der Beschwerdeführerin, die Fahrt- und Aufenthaltskosten sowie sonstige erforderliche Auslagen seines Rechtsbeistands.

69 BVerfG, Entscheidung vom 12. Dez. 2006 – 1 BvR 2576/04, BVerfGE 117, 163 (Rn. 100).

70 *Gottfried Baumgärtel*, Gleicher Zugang zum Recht für alle, 1976, S. 62.

71 BVerfG, Entscheidung vom 12. Dez. 2006 – 1 BvR 2576/04, BVerfGE 117, 163 (Rn. 101).

72 Ebenda.

73 *Matthias Kilian*, Erfolgshonorare: Gründe für die verhaltene Nutzung durch die Anwaltschaft, in: AnwBl. 2014, S. 815–817 (S. 815 ff.).

dürftige Rechtssuchende richten.⁷⁴ Dieses Angebot erspart den Besuch bei einer Anwältin bzw. einem Anwalt aber dann nicht, wenn es darum geht, Rechtssuchende in anderen (als z. B. vom Stiftungszweck erfassten) Rechtsgebieten zu unterstützen und sie in dieser Sache auch vor Gericht zu vertreten.⁷⁵ Zuletzt bietet der relativ neu eingeführte § 4 Abs. 1 S. 3 des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes (RVG) keine Abhilfe. Dieser erlaubt die Pro-bono-Beratung und außergerichtliche Vertretung durch die Anwaltschaft, beschränkt diese aber auf Beratungshilfefälle.

In Deutschland fehlen damit Finanzierungsinstrumentarien, um allen Rechtssuchenden gleichermaßen den Zugang zum Recht zu ermöglichen. Mithin legt dies die Vermutung nahe, dass hierzulande der Bedürftigkeitsmaßstab für die Inanspruchnahme von Rechtsschutz zu streng geregelt ist. Anwältinnen und Anwälte, die dieses Dilemma erkannt haben und kostenlose Rechtsdienste anbieten wollen, bewegen sich aber in einer rechtlichen „Grauzone“ des anwaltlichen Berufsrechts.⁷⁶ Ihrem Engagement steht das in § 49b Abs. 1 S. 1 der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) verankerte Verbot der Gebührenunterschreitung entgegen, wonach für jede Rechtsdienstleistung eine Anwaltsvergütung geschuldet ist.⁷⁷ Die Erbringung von Pro-bono-Rechts-

dienstleistungen ist in Deutschland seit der Machtergreifung Hitlers untersagt und wurde seitdem nicht mehr im gleichen Maße revitalisiert. Zuvor hatte eine rege gemeinnützige Beratungskultur in Deutschland existiert. Der „Verband der gemeinnützigen und unparteiischen Rechtsauskunftsstellen“ zählte zu seinen Hochzeiten 912 Beratungsstellen, die jährlich etwa zwei Millionen Mandate abwickelten.⁷⁸ Die kostenlose Anwaltsarbeit verschwand mit dem „Gesetz zur Verhütung von Missbräuchen auf dem Gebiet der Rechtsberatung“ vom 13. Dezember 1935⁷⁹, das zur Gleichschaltung aller Berufsstände und zum Verbot der kostenlosen Rechtsberatung führte.⁸⁰ Erst 2013 entschloss sich der Gesetzgeber, die kostenlose Anwaltsarbeit zumindest für Beratungshilfefälle zu erlauben.⁸¹

Jedoch legt die kontinuierliche Deregulierung im anwaltlichen Gebührenrecht die Vermutung nahe, dass die Begründungsansätze des Gesetzgebers zum Gebührenunterschreitungsverbot nicht mehr zeitgemäß sind. Auch wenn man lange Zeit die Vereinbarung von geringeren Gebühren für standeswidrig und für unzulässige Werbung hielt⁸², hat der Gesetzgeber eine Reihe von Ausnahmen vom strikten Verbot der Gebührenunterschreitung zugelassen (z. B. die Erbringung von kostenlosen Rechtsdienstleistungen durch Nicht-Anwältinnen und Nicht-Anwälte).⁸³ Danach gilt das Verbot der Gebührenunterschreitung nur

74 Siehe z. B. Deutscher Gewerkschaftsbund, Rechtsschutz, abrufbar unter: www.dgbrechtsschutz.de/; oder Opferhilfefond der CURA, abrufbar unter: www.opferfonds-cura.de/hilfe-fuer-betroffene/juristische-und-finanzielle-hilfen/, Leben ohne Rassismus: Kostenhilfe für Betroffene von Rassismus, abrufbar unter www.nrwgegendiskriminierung.de/de/service/stiftung-leben-ohne-rassismus/ (besucht am 12. Dez. 2018).

75 Einige Einrichtungen gewähren ihr Beratungsangebot nur in Abhängigkeit von bestimmten Einkommens- und Vermögensverhältnissen bzw. beschränken ihren Service auf sog. „Härtefälle“ wie z. B. die DAV-Stiftung contra Rechtsextremismus und Gewalt, abrufbar unter: <https://anwaltverein.de/de/stiftung-contra-rechtsextremismus> (besucht am 12. Dez. 2018).

76 *Matthias Kilian*, Pro Bono – (Kein) Thema für Deutschland?, in: *AnwBl.* 2012, S. 45–49 (S. 45).

77 Dazu auch *Martin Diller*, Pro bono: cui bono?, in: *BB* 2005, Nr. 48 S. I (S. I).

78 Kaiserliches Statistisches Amt, Sonderbeilage zum Reichsarbeitsblatt Nr. 7, Juli 1913, *Udo Reifner*, Das System der Rechtsberatung in der Bundesrepublik Deutschland, in: *JZ* 1976, S. 504–511 (S. 507f.).

79 *RGBl.* I 1933 S. 1478.

80 *Simone Rücker*, Das Ende der Rechtsberatung durch jüdische Juristen: Zur Entrechtung der ab 1933 aus der Anwaltschaft ausgeschlossenen Juristen, in: *AnwBl.* 2007, S. 801–808 (S. 804).

81 Art. 14 Nr. 2 des Gesetzes zur Änderung des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilferechts vom 6. Sept. 2013, *BGBl.* I S. 3539.

82 Vgl. *EGH*, Entscheidung vom 5. Mai 1928 – 71/27, E 22, 111, 112.

83 Seit 1994 regelt § 4 Abs. 1 RVG, dass Vergütungsvereinbarungen für die außergerichtliche Vertretung zulässig sind, die den Anwaltstarif un-

noch für die forensische Anwaltstätigkeit. Die anwaltliche Vertretung vor Gericht ist damit die einzige Anwaltstätigkeit, für welche noch verbindliche Anwaltsgebühren in Deutschland gelten.

Dagegen hat die kostenlose forensische Anwaltstätigkeit andernorts den Weg für eine erfolgreiche anwaltliche Menschenrechtskultur geebnet. In England und Wales sowie in Frankreich ermöglicht die Pro-bono-Anwaltstätigkeit, Opfern von Menschenrechtsverletzungen die effektive Verfolgung ihrer Rechte.

Der Gesetzgeber begründet die Aufrechterhaltung des Gebührenunterschreitungsverbots damit, dass dieses den anwaltlichen Preiskampf unterbinden soll.⁸⁴ Das Gebührenunterschreitungsverbot soll besonders günstige Honorarabsprachen, die zur Mandatierung eines bestimmten Rechtsanwalts führen und damit eine Anreizwirkung für einen anwaltlichen Preiskampf um Mandate liefern könnte, verhindern, was, so die Vorstellung des Gesetzgebers, die Chancengleichheit beim Zugang zum Recht sicherstellen soll. Rechtssuchende sollen, unabhängig von ihrer Finanzkraft, die Anwältin ihres Vertrauens auswählen können und nicht in die Lage versetzt werden, aus wirtschaftlichen Gründen auf die preiswerteste Anwältin zurückgreifen zu müssen.⁸⁵ Zu bedenken ist aber, dass der Gesetzgeber den Stellenwert des Gebots der Mindest-

terschreiten. Weiterhin lässt § 4 Abs. 2 S. 1 RVG Gebührenunterschreitungen im Zwangsvollstreckungsverfahren zu. Seit 2006 nimmt zudem § 34 RVG die anwaltliche Beratung, Begutachtung und Mediation vom Verbot der Gebührenunterschreitung aus; das Anwaltshonorar bestimmt sich in diesen Fällen aus unter Wettbewerbsbedingungen getroffenen Individualvereinbarungen. Weitere zulässige Gebührenunterschreitungen stellen seit 2008 das Erfolgshonorar (§ 49b Abs. 2 S. 1 BRAO i. V. m. § 4a RVG) und seit 2014 die Erbringung von pro bono publico erbrachten Rechtsdienstleistungen in Beratungshilfefällen dar (§ 4 Abs. 1 S. 3 RVG). Daneben erlaubt der Gesetzgeber Nicht-Anwältinnen und Nicht-Anwälten unentgeltliche Rechtsberatungsleistungen zu erbringen (§ 6 RDG).

84 BT-Drucks. 12/4993, S. 31.

85 Ebenda.

gebühren selbst durch die fortlaufende De-regulierung im anwaltlichen Gebührenrecht entwertet hat, was nahelegt, dass er diesen toleriert und nicht mehr als gemeinwohlschädlich ansieht.⁸⁶ Daneben fördern pro-bono erbrachte Rechtsdienstleistungen auch nicht den „Preiswettbewerb um Mandate“. Pro-bono erbrachten Rechtsdienstleistungen fehlt es bereits am Marktbezug, da Rechtssuchende überhaupt erst durch die Offerte von Pro-bono-Tätigkeiten in die Lage versetzt werden, einen Rechtsanwalt zu beauftragen.⁸⁷ Überdies können bei der pro bono erbrachten Anwaltstätigkeit dem Grunde nach keine Anwaltskosten entstehen, was sie von vornherein vom Regelungszweck des Gebührenunterschreitungsverbots ausnimmt.⁸⁸

Zuletzt besteht hierzulande ein praktisches Bedürfnis nach pro-bono erbrachten Rechtsdienstleistungen vor Gericht – und zwar seitens der Anwaltschaft: Dass das Verbot der Gebührenunterschreitung an den praktischen Bedürfnissen des deutschen Rechtsmarkts vorbeigeht und die Pro-bono-Arbeit unlängst „ein Stück Normalität im anwaltlichen Berufsalltag“ ist⁸⁹, stellte der Gesetzgeber bereits in seiner Gesetzesbegründung zur Einführung des § 4 Abs. 1 S. 3 RVG fest.⁹⁰ Dabei berief er sich auf empirisch belegte Studien des Soldan Instituts für Anwaltmanagement.⁹¹ Diese zeigen, dass deutsche Anwältinnen und Anwälte die „unmet legal needs“ von bedürftigen Rechtssuchenden erkannt haben. Zwei Drittel von ihnen erbringen demnach, häufig inoffiziell und im Verborgenen, Pro-bono-Rechtsdienstleistungen. 66 Prozent der befragten An-

86 *Matthias Kilian*, in: Martin Henssler/Hanns Prütting (Hrsg.), *Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar*, 4. Auflage 2014, § 49b Rn 14.

87 *Kilian Bälz/Hennig Moelle/Finn Zindler*, *Rechtsberatung pro bono publico in Deutschland: Eine Bestandsaufnahme*, in: *NJW* 2008, S. 3383–3388 (S. 3386); *Kilian* (Fn. 86), § 49b Rn. 31.

88 *Bälz et al.* (Fn. 87), S. 3386; *Kilian* (Fn. 86), § 49b Rn. 31.

89 *Kilian* (Fn. 76), S. 46.

90 Art. 14 Nr. 2 des Gesetzes zur Änderung des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilferechts.

91 *Kilian* (Fn. 76), S. 46.

wältinnen und Anwälte gab an, regelmäßig „pro bono“ (im engeren oder weiteren Sinne)⁹² tätig zu sein.⁹³ Während Anwältinnen und Anwälte internationaler Sozietäten eher an strukturierten Pro-bono-Programmen zugunsten von gemeinnützigen Organisationen teilnahmen, engagierten sich örtliche Kanzleien eher in lokalen Strukturen pro bono (z. B. für gemeinnützige Vereine und kirchliche Einrichtungen).⁹⁴

VI. Resümee

Der Rechtsvergleich dieses Beitrags hat gezeigt, dass das anwaltliche Tätigkeitsfeld „Menschenrechte“ in der Regel bedürftige Rechtsuchende betrifft, denen häufig die finanziellen Mittel fehlen werden, um ihre Rechtsverfolgung mit eigenen Mitteln zu betreiben. Daneben hat dieser Beitrag herausgestellt, dass auch in Deutschland ein

Bedürfnis besteht, eine anwaltliche Menschenrechtskultur zu etablieren. So taugen z. B. der EGMR und die UN-Fachausschüsse dort als Korrektiv, wo das deutsche Rechtssystem versagt. Existieren jedoch keine anwaltlichen Vergütungsinstrumentarien, welche es allen Rechtssuchenden gleichermaßen erlaubt, ihre Rechte trotz ihrer Bedürftigkeit geltend zu machen, ist der Zugang zum Recht nicht gewährleistet. In diesem Rahmen fordert das GG, dass jede Person, unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Ausgangslage, Zugang zum Recht haben soll. Diese prozessuale Waffengleichheit von bemittelten und mittellosen Rechtssuchenden ist aber hierzulande nicht im forensischen Bereich erreicht. Dem steht das Gebührenunterschreitungsverbot entgegen, womit der Gesetzgeber die praktischen Bedürfnisse der Anwaltschaft ignoriert und den Aufbau einer anwaltlichen Menschenrechtskultur in Deutschland verhindert.

92 Ebenda. Der hierbei bewusst weit gefasste Pro-bono-Begriff bezieht auch kostenlose Rechtsdienstleistungen ein, die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte nur gegenüber Freunden, Bekannten und Verwandten erbringen.

93 *Kilian* (Fn. 76), S. 46.

94 Ebenda.

Zum Problem der intertextuellen Auslegung von Menschenrechtsverträgen

Margarethe Neumeyer

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Der Begriff der Intertextualität
- III. Die Auslegung von Menschenrechtsverträgen
- IV. Zum Problem der intertextuellen Auslegung
- V. Schlussbetrachtung und Fazit

I. Einleitung

*“Legal interpretation is the foundation of law [...]. The legal system as a whole depends on the fair and equitable interpretation [...]”*¹

Mit diesem Zitat wird der Stellenwert, den die Auslegung bei der Vertragsanwendung darstellt, verdeutlicht. Besonders bei Menschenrechtsverträgen ist die Interpretation eine Herausforderung und erfordert hohe Kompetenz. In einem Zeitalter des Rechtspluralismus und der Internationalisierung existiert eine Vielzahl von Verträgen, die den Schutz und die Wahrung der Menschenrechte postulieren. Wie können diese in Bezug zueinander gesetzt werden, um einen effektiven internationalen Menschenrechtsschutz zu garantieren? Wie können diese im Einklang mit anderen völkerrechtlichen Verträgen und den nationalen Rechtsordnungen ausgelegt werden? Wie kann der Universalitätsanspruch der Menschenrechte trotz kultureller Vielfalt bewahrt werden? Wie kann gesellschaftlichen und technischen Entwicklungen Rechnung getragen werden? Die Lösung dieser Fragen liegt in der Auslegung der Menschenrechtsverträge und wird in diesem Beitrag behandelt. Der Fokus liegt dabei vor allem auf der EMRK, da diese durch die umfangreiche Spruch-

praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) den Menschenrechtsvertrag darstellt, der die meiste Auslegung erfahren hat und damit auch einen zentralen Beitrag zur Weiterentwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes geleistet hat.² Eine Auseinandersetzung mit Problemen erfordert zunächst eine erläuternde Darstellung und das Verständnis der hier zur Rede stehenden Thematik. Für diesen Zweck setzt sich der Beitrag zunächst mit dem Begriff der Intertextualität auseinander, der in der Rechtswissenschaft bisher wenig Beachtung erfahren hat und daher zum besseren Verständnis zunächst allgemein erläutert und anschließend auf die Menschenrechtsverträge angewendet wird. Anhand des Begriffs werden sodann die verschiedenen Auslegungsmethoden auf ihre Intertextualität untersucht und anhand von Beispielen aus der Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Menschenrechtsausschusses verdeutlicht. Dabei wird der Schwerpunkt auf die den Menschenrechtsverträgen spezifischen Auslegungsmethoden der Autonomie und Evolution gelegt, bevor auf Basis des vorher Erarbeiteten das Problem der intertextuellen Auslegung von Menschenrechtsverträgen aus verschiedenen Perspektiven beleuchtet wird. Der Beitrag endet mit der Besprechung eines Lösungsansatzes und einer eigenen Stellungnahme.

II. Der Begriff der Intertextualität

Der Begriff der Intertextualität wird in der Literaturwissenschaft kontrovers diskutiert und facettenreich beschrieben. Im Folgenden werden zunächst die theoretischen

1 Jana Maftai/Licuta Coman, Interpretation of Treaties, in: Acta Universitatis Danubius. Juridica Vol. 8, 2 (2012), S. 16–30 (S. 17).

2 Bardo Fassbender, Menschenrechteerklärung – Universal Declaration of Human Rights – Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, 2009, S. 20.

schen Grundlagen überblicksmäßig vorgestellt, bevor der diesem Beitrag zugrundeliegende Ansatz beschrieben wird.

Das Konzept der Intertextualität wurde in der Text- und Literaturwissenschaft des französischen Poststrukturalismus von Julia Kristeva im Jahr 1967 geprägt und bezeichnet die Beziehungen zwischen Texten.³ Als Grundlage für den Intertextualitätsbegriff diente Michail Bachtins Konzept der Dialogizität. Ausgehend von dem Zusammenhang zwischen Literatur und Gesellschaft konzentrierte sich Bachtin auf den Dialog der Stimmen innerhalb einzelner Texte und den Bezug jeder sprachlichen Äußerung auf den allgemeinen Diskurs der Zeit.⁴ Daran anknüpfend radikalisierte Kristeva den Textbegriff Bachtins. Jeder Text sei „eine Überschneidung von Texten, in der sich zumindest ein anderer Text lesen“ lasse. Jeder Text baue sich als „ein Mosaik von Zitaten“ auf, jeder Text sei „Absorption und Transformation eines anderen Textes.“⁵ Demnach sei Intertextualität das „textuelle Zusammenspiel“, das im Innern eines einzigen Textes abläuft.⁶ Dabei wurde der Textbegriff soweit radikalisiert, dass als Text letztendlich jedes kulturelle System, die Gesellschaft und die Geschichte bezeichnet wurde.⁷ Der Text verliert seine Subjektivität gänzlich und ein Bild von einem „Universum der Texte“ entsteht.⁸ Aus dieser Abwendung von der Geschlossenheit und Einheit eines Textes folgt die Tatsache, dass keine Interpretation endgültig ist. Kristevas Begriffserklärung der Intertextualität und die Verabsolutierung des Textbegriffs wurden wegen ihrer All-

gemeinheit und mangelnden Systematisierung stark kritisiert. Um das Konzept der Intertextualität für die Analyse einzelner Texte anwenden zu können und praktikabel zu machen, liegt diesem Beitrag ein engeres Begriffsverständnis zugrunde, auf das im Folgenden unter dem Aspekt der Rechtswissenschaft im Allgemeinen und der Menschenrechtsverträge im Speziellen eingegangen wird.

1. Intertextualität in der Rechtswissenschaft

Intertextualität ist ein Basisphänomen aller sprachlichen Arbeit, also auch der Rechtswissenschaft als Textwissenschaft. Obwohl das Recht wesentlich auf Texten beruht, kommt der Textlichkeit der juristischen Arbeit traditionell wenig Bedeutung in der Rechtswissenschaft zu. Es war vor allem Peter Häberle, der 1989 mit der Entwicklung des Textstufen-Paradigmas⁹ und der Rechtsvergleichung als „fünfte Auslegungsmethode“¹⁰ Pionierarbeit leistete und die textlichen Eigenarten rechtswissenschaftlicher Arbeit unter verschiedenen Aspekten analysierte.¹¹ Abgesehen davon dominiert in der Rechtswissenschaft die Orientierung an der Rechtspraxis und die Herstellung von Entscheidungen.¹² Entscheidungen werden jedoch wesentlich durch das Heranziehen einschlägiger Bezugstexte und deren Verarbeitung in der Form des Zi-

3 Julia Kristeva, Bakhtine, le mot, le dialogue et le roman, in: Critique (1976), S. 438–456 (S. 439).

4 Michail Bachtin, Die Ästhetik des Wortes, 1979, S. 20.

5 Kristeva (Fn. 3), S. 447f.

6 Julia Kristeva, Probleme der Textstrukturen, in: Heinz Blumensath (Hrsg.), Strukturalismus in der Literaturwissenschaft, 1972, S. 243–262, S. 251.

7 Manfred Pfister, Konzepte der Intertextualität, in: Ulrich Broich/Manfred Pfister (Hrsg.), Intertextualität. Formen, Funktionen, anglistische Fallstudien, 1985, S. 1–30 (S. 7).

8 Pfister, (Fn. 7), S. 8.

9 „Sehr oft verdichtet ein späterer Verfassungsgeber das zu einem Text, was zuvor ein Verfassungsgericht judiziert oder die Verfassungswirklichkeit praktiziert hat“, Peter Häberle, Vergleichende Verfassungstheorie und Verfassungspraxis, 2016, S. 282; ders., Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates, in: FS Partsch, 1989, S. 555–579.

10 Peter Häberle, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfte“ Auslegungsmethode, in: JZ 1989, S. 913–919, (S. 915).

11 Ingolf Pernice/Peter Häberle, Der Europäische Jurist, in: Alexander Blankennagel et al. (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt, 2004, S. 3–13, (S. 3 ff.).

12 Martin Morlok, Der Text hinter dem Text – Intertextualität im Recht, in: Alexander Blankennagel et al. (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt, 2004, S. 93–136, (S. 94).

tats oder Verweises begründet. So entstehen fallbezogene Textbeziehungen und Geflechte aus Rechtstexten.¹³ Dies verdeutlicht, dass gerade in der juristischen Tätigkeit die Textlichkeit und die wechselseitige Bezugnahme der Rechtstexte aufeinander konstitutiv wirken. Die Unvollkommenheit der Sprache¹⁴, die sich unter anderem in mehrdeutigen Begriffen, ihrer Vagheit und der unvermeidlichen Unbestimmtheit zeigt,¹⁵ bedingen eine Auslegung rechtlicher Begriffe und Gesetze. Die Rechtswissenschaft entsteht erst dadurch, dass über das geltende Recht kommuniziert wird und eine Auseinandersetzung über das richtige Verständnis der Rechtstexte stattfindet.

2. *Intertextualität im internationalen Menschenrechtsschutz*

Diese Art der intertextuellen Auseinandersetzung ist besonders im Zeitalter der Globalisierung und zunehmenden Internationalität unverzichtbar. Völkerrechtliche Normen, transnationales Recht und Soft law gewinnen zunehmend an Bedeutung und müssen bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden. Die Auslegung der Menschenrechtsverträge ist dabei beispielhaft für die Praxis der intertextuellen Auslegung. Zum einen haben alle Menschenrechtsverträge ihre ideelle und textliche Grundlage in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948.¹⁶ Zum anderen haben sie alle das Ziel, einen internationalen universellen Menschenrechtsstandard zu schaffen. So nehmen der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und der Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen (MRA) in

ihrer Entscheidungspraxis regelmäßig aufeinander Bezug.¹⁷ Auch das nationale Recht findet bei der Auslegung von internationalem Recht Beachtung. Kulturelle, historisch gewachsene und regional begrenzte Besonderheiten werden berücksichtigt.¹⁸ Dies gilt insbesondere für die Menschenrechte, die in der politischen und gesellschaftlichen Realität mit verschiedenen Rechtskulturen und konkurrierenden ökonomischen und kulturellen Interessen konfrontiert werden.¹⁹ Dieses Spannungsverhältnis wird vor allem im wissenschaftlichen Diskurs zu Universalität und kultureller Relativierung der Menschenrechte deutlich.²⁰ Damit verbunden werden kann auch die Forderung in der Kritischen Rechtslehre, Menschenrechte in ihrem eigenen sozialen und historischen Kontext zu verstehen. Die Bewegung hat den Begriff der Intertextualität aus der Literaturwissenschaft aufgenommen und besonders im Zusammenhang mit Menschenrechten geprägt. Die Intertextualität beziehe sich auf die Art und Weise, dass Texte nie völlig neu oder selbstverständlich seien, sondern vielmehr durch Verbindungen früherer Texte und ihrem besonderen sozialen Kontext gebildet werden.²¹ Die in den Menschenrechtsverträgen verkörperten Werte können folglich immer wieder gelesen werden. Intertextualität dient dabei als Grundlage für die Neuinterpretation bestehender Rechte im Lichte neuer Kontexte und Rechtssubjekte.

13 Dietrich Busse, Textlinguistik und Rechtswissenschaft, in: Klaus Brinker et al. (Hrsg.), Text- und Gesprächslinguistik. Ein internationales Handbuch zeitgenössischer Forschung 2000, S. 803–810 (S. 803).

14 Heribert Franz Köck, Vertragsinterpretation und Vertragsrechtskonvention – Zur Bedeutung der Artikel 31 und 32 der Wiener Vertragsrechtskonvention 1969, 1976, S. 61.

15 Peter Gailhofer, Rechtspluralismus und Rechtsgeltung, 2016, S. 199.

16 Fassbender (Fn. 2), S. 9.

17 Theodor Schilling, Internationaler Menschenrechtsschutz, Das Recht der EMRK und des IPbPR, 3. Auflage 2016, S. V.

18 Susanne Baer, Verfassungsvergleich und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz, in: ZaöRV 2004, S. 735–758, (S. 737).

19 Patricia Wiater, Kulturpluralismus als Herausforderung für Rechtstheorie und Rechtspraxis – eine völkerrechtsdogmatische und ethnologische Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR, 2009, (S. 35); Hans Jörg Sandkühler, Menschenrechte in der arabischen Welt. Zur Einleitung in den Themenschwerpunkt, in: MRM 2012, S. 5–12 (S. 10).

20 Eva Brems, Human Rights: Universality and Diversity, 2001.

21 Ariadna Evéstez, Human Rights, Migration and Social Conflict: Towards a Decolonized Global Justice, 2012, S. 149.

Die Ausführungen haben gezeigt, dass die Textarbeit und damit einhergehend die Intertextualität zentral für die juristische Arbeit am Recht sind.²² Dies soll im Folgenden anhand der Auslegungsmethoden von Menschenrechtsverträgen illustriert werden, bevor auf das Problem der intertextuellen Auslegung von Menschenrechtsverträgen eingegangen wird. Dieser Beitrag konzentriert sich dabei vor allem auf die EMRK, da diese durch die umfangreiche Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) den Menschenrechtsvertrag darstellt, der die meiste Auslegung erfahren hat und damit einen zentralen Beitrag zur Weiterentwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes geleistet hat.²³ Die Auslegung der EMRK ist damit für diesen Beitrag beispielhaft. Da die Mitgliedstaaten des Europarats eine homogene Rechtsgemeinschaft bilden und dies für internationale Menschenrechtsverträge eher ungewöhnlich ist, wird zudem der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte der Vereinten Nationen (IPbPR) von 1966 herangezogen. So werden sowohl die Besonderheiten der regionalen als auch der internationalen Ebene der Menschenrechtsverträge beleuchtet.

Mit der EMRK gelang die regionale europäische Umsetzung der vertraglichen Sicherung der Menschenrechte, die von der AEMR deklariert wurden.²⁴ Die EMRK deckt für die Vertragsstaaten den völkerrechtlichen Bereich der Menschenrechte in einem regional abgrenzbaren Bereich ab und stellt zu diesem Zweck ihr eigenes Sys-

tem auf.²⁵ Die Konvention wurde im Rahmen des Europarats ausgehandelt²⁶ und sukzessive von allen 47 Mitgliedstaaten ratifiziert.²⁷ Im Laufe der Zeit wurde die EMRK in einer Reihe von Zusatzprotokollen geändert und fortentwickelt, um sie den geänderten Auffassungen der Tragweite des Menschenrechtsschutzes und der Weiterentwicklung der gesellschaftlichen Verhältnisse anzupassen.²⁸ Gem. Art. 1 EMRK verpflichten sich die Vertragsparteien durch ihre Unterzeichnung zur Anerkennung und Achtung der aufgeführten Menschenrechte als Individualrechte, die unmittelbar durch das Völkerrecht mit der Ratifikation der Konvention geschaffen werden.²⁹ Um die Einhaltung der Verpflichtungen sicherzustellen, wurde gem. Art. 19 EMRK der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) geschaffen, der seine Aufgaben heute als ständiger Gerichtshof wahrnimmt. Dazu gehört auch gem. Art. 32 EMRK die Auslegung der Konvention, welche im Folgenden unter intertextuellen Aspekten näher beleuchtet wird.

III. Die Auslegung von Menschenrechtsverträgen

*“No legal text drafted by man can possibly be perfect in a way that it never gives rise to any doubt as to its scope or actual meaning”*³⁰. Jeder Vertrag bedarf der Auslegung. Dies gilt insbesondere für Menschenrechtsverträge, die zur Gewährleistung der „universellen und wirksamen Anerkennung und Einhal-

22 Martin Morlok, Intertextualität und Hypertextualität im Recht, in: Friedemann v. Vogel (Hrsg.), Zugänge zur Rechtssemantik: Interdisziplinäre Ansätze im Zeitalter der Mediatisierung, 2015, S. 69–92, (71).

23 William Schabas, The European Convention on Human Rights – A Commentary, 2015, S. vii, Fassbender (Fn. 20).

24 Peter Hilpold, in: Katharina Pabel/Stefanie Schmahl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur EMRK, Bd. I 21. Lieferung November 2017, Präambel Rn. 20: In der Präambel beziehen sich die Unterzeichnerstaaten ausdrücklich auf die AEMR.

25 Katharina Gebauer, Parallele Grund- und Menschenrechtsschutzsysteme in Europa?, 2007, S. 45.

26 Vgl. Satzung des Europarats, Art. 1 lit. b und Art. 3.

27 <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures> (zuletzt aufgerufen 15. Nov. 2018).

28 Schabas, (Fn. 23), S. 11; Jochen Frowein/Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, 3. Aufl. 2009 S. 2.

29 Frowein/Peukert, (Fn. 27), S. 4.

30 Oliver Dörr, in: Oliver Dörr/Kirsten Schmalenbach (Hrsg.) Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary, 2. Aufl. 2018, Art. 31 Rn. 1.

tung³¹ der Menschenrechte in einer sich schnell ändernden Wirklichkeit hinsichtlich ihrer Natur und Tragweite der ständigen Prüfung und Forschung bedürfen.³² Gem. Art. 5 II IPbpR und Art. 53 EMRK sind die Menschenrechtsverträge als Mindeststandards gedacht. Sie dürfen nicht zur einschränkenden Auslegung anderer Vorschriften verwendet werden.³³ Das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (WVK) kodifiziert für das Auslegungsverfahren in den Art. 31–33 einen völkerrechtlichen „*Interpretationskanon*“³⁴. Die WVK stellt als Gegenstand der Auslegung den Vertragstext³⁵ in den Mittelpunkt, anhand dessen der Gehalt und die Tragweite der Vereinbarungen ermittelt werden. Da keine Beschränkung auf eine Art von Vertrag stattfindet ist es allgemeingültig und als Völkergewohnheitsrecht für alle Staaten verbindlich. Es kann demnach auch auf die Menschenrechtsverträge Anwendung finden, die keine speziellen Regelungen zur Auslegung enthalten.³⁶ Diesem Beitrag dient das WVK als Fundament und Struktur für die Untersuchung der Auslegung von Menschenrechtsverträgen. Dies entspricht auch der Praxis des EGMR³⁷ und MRA.³⁸ Der Schwer-

punkt wird dabei auf intertextuelle Aspekte der Auslegungsmethoden gelegt. Dabei ist zu beachten, dass allein die Bezugnahme zu den Auslegungsmethoden des WVK schon einen intertextuellen Bezug zur EMRK darstellt und der Verweis auf das WVK und die relevanten Artikel 31–32 durch Zitate in den Urteilen der Menschenrechtsgerichte³⁹ die Intertextualität illustriert.

1. Die Auslegungsmethoden der WVK (Art. 31–33)

Artikel 31 Abs. 1 enthält die allgemeine Regel, nach der ein Vertrag „nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen“ ist. Art. 31 Abs. 1 beschreibt damit die im nationalen Recht geltenden klassischen Auslegungsmethoden der grammatischen (Wortlaut), systematischen (Zusammenhang des jeweiligen Vertrags) und teleologischen (Ziel und Zweck) Interpretation.⁴⁰ Diese werden durch den „Treu und Glauben“-Grundsatz ergänzt und sind gleichberechtigt zu behandeln.⁴¹

Der Wortlaut als grundlegendste Auslegungsmethode ist der Ausgangspunkt, an dem die Vertragsanwendung anknüpft.⁴² Die grammatische Auslegung bezieht sich auf die zu interpretierende Norm selbst und versucht deren Bedeutung zu ermitteln. Sie ist dabei im Wesentlichen intertextuell. Durch das Heranziehen anderer Textstellen, in denen sich dieselbe Formulierung findet, oder auch Belegstellen außerhalb der Jurisprudenz, wie z.B. Wörterbücher, wird versucht, die Bedeutung des Begriffs

31 Präambel der EMRK.

32 *Maria Casals*, Die Auslegungsmethoden bei Menschenrechtsverträgen – Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 1. Aufl. 2010, S. 13.

33 *Schilling* (Fn. 17), S. 18.

34 *Köck* (Fn. 14), S. 83.

35 *Rudolf Bernhardt*, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge insbesondere in der neueren Rechtsprechung internationaler Gerichte, 1963, S. 30.

36 Art. 17, 60 EMRK, Art. 5 IPbpR, beziehen sich auf die Auslegung, Beschränkung nur auf Nennung von Auslegungsgrenzen.

37 EGMR, *Golder ./. Vereinigtes Königreich*, 4451/70, Entscheidung vom 21. Februar 1975, EuGRZ 1975, 91; Z. 29, Ser A. 18, 14: EGMR has considered „that it should be guided by articles 31 to 33 of the Vienna Convention“; EGMR, *Bankovic et al. ./. Belgien et al.*, 55207/99, Entscheidung vom 12. Dezember 2001, ECHR Reports 2001-XII, Z. 55.

38 Menschenrechtsausschuss, *J.B. et al. ./. Kanada* (Nr. 118/1982), Auffassungen vom 18. Juli 1986, UN-Dok. A/41/40, Z. 6.3.

39 EGMR, *Bankovic*, (Fn. 36), Z. 56–58.

40 *Casals* (Fn. 31), S. 26; *Stephanie Schiedermaier*, Der Schutz des Privaten als internationales Grundrecht, 2012, S. 81.

41 *Dörr*, in: *Dörr/Schmalenbach* (Fn. 29), Art. 31 Rn. 5; *Richard Gardiner*, Treaty Interpretation, 2008, S. 202.

42 *Björnstjern Baade*, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Diskurswächter, 2017, S. 17.

zu eruieren.⁴³ Nach Art. 31 ist auf die „gewöhnliche“ Bedeutung („ordinary meaning“) abzustellen. So entschied der EGMR im Fall *Bankovic*, dass die „gewöhnliche“ Bedeutung des Wortes Hoheitsgewalt im Völkerrecht grundsätzlich territorialer Natur sei und zog dazu eine Reihe von Lehr- und Wörterbüchern heran.⁴⁴

Der textliche Zusammenhang eines Begriffs (Kontext) ist ebenfalls gem. Art. 31 Abs. 1 der Auslegung von Menschenrechtsverträgen zugrunde zu legen. Die Menschenrechtsverträge stellen einen Teil des Völkerrechts dar und müssen daher soweit wie möglich in Einklang mit anderen völkerrechtlichen Grundsätzen ausgelegt werden.⁴⁵ Zum Kontext zählen gem. Art. 31 Abs. 2 der Vertragstext, die Präambel und etwaige Anhänge sowie gem. lit. a „jede sich auf den Vertrag beziehende Übereinkunft, die zwischen allen Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses getroffen wurde“ und gem. lit. b. „jede Urkunde, die von einer oder mehreren Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses abgefasst und von den anderen Vertragsparteien als eine sich auf den Vertrag beziehende Urkunde angenommen wurde“. Über den unmittelbaren Zusammenhang hinaus ist gem. Art. 31 Abs. 3 auch „jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags oder die Anwendung seiner Bestimmungen“ und „jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht“ sowie „jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz“ zu berücksichtigen. Diese Nennung der zu berücksichtigenden Texte verdeutlicht, dass der Zusammenhang zur Vertragsauslegung

ein „*Universum*“⁴⁶ von Texten kreiert. Der Kern der systematischen Auslegung besteht im Heranziehen und In-Bezug-setzen von Texten. Sie ist daher als intertextuell zu qualifizieren.

Bei der Auslegung der EMRK müssen gem. Art. 31 Abs. 3 einerseits völkerrechtliche Grundsätze und Normen berücksichtigt werden, auch wenn diese einer maximalen Anwendung der Menschenrechte entgegenstehen. Es herrscht kein grundsätzlicher Vorrang der Menschenrechtsverträge. So geht im Falle eines bewaffneten Konflikts das humanitäre Völkerrecht als *Lex specialis* vor oder kann als besondere Rechtfertigung eines Eingriffs in ein Menschenrecht dienen.⁴⁷ Andererseits müssen andere Normen des Völkerrechts, ihre Auslegung durch die zuständigen Organe und die Praxis europäischer Staaten berücksichtigt werden. So hat der EGMR bereits andere völkerrechtliche Verträge, allgemeine Rechtsgrundsätze gem. Art. 38 Abs. 1 lit. c. IGH-Statut, die Europäische Grundrechtecharta sowie Erkenntnisse des Menschenrechtsausschusses (MRA) zur Auslegung der EMRK herangezogen. Als Beispiel genannt sei das Urteil *M. C. gegen Bulgarien*⁴⁸, in dem der EGMR in einer Gesamtschau der Frage nachging, ob die Vergewaltigung als Folter i.S.d. Art. 3 EMRK nach den „*Contemporary standards*“ einzustufen sei. Dabei nahm er Bezug auf Internationales Strafrecht, indem er auf die Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien einging, und sichtete diesbezüglich auch die nationalen Rechtsordnungen der europäischen Vertragsstaaten, der Common-Law-Länder und eine Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats.⁴⁹ Zur Auslegung gem. Art. 31 Abs. 3 kann für die EMRK auch der IPbPR, den alle Mitgliedstaaten des Europarats unterzeichnet haben, als zwischen den Mitgliedstaaten anwendbarer einschlä-

43 *Morlok* (Fn. 22), S. 71.

44 EGMR, *Bankovic* (Fn. 36), in Z. 59 u.a. führt der EGMR Bernhardtts *Encyclopaedia of Public International Law*, erschienen ab 1997 zur „Jurisdiction of States“ (Bd. 2) und „Extra-territorial Effects of Administrative, Judicial and Legislative Acts“ (Bd. 3) an.

45 *Schilling* (Fn. 17), S. 11.

46 *Casals* (Fn. 31), S. 74.

47 Vgl. IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion 9. Juli. 2004, § 106.

48 EGMR, *M. C./Bulgarien*, 39272/98, Entscheidung vom 4. Dezember 2003, NL 2003, S. 316.

49 EGMR, *M. C./ Bulgarien* (Fn. 48), §§ 157–166.

giger Völkerrechtsgrundsatz herangezogen werden. Der EGMR kann beispielsweise bei der Auslegung des Art. 8 EMRK die Praxis des MRA zu Art. 17 IPbPR miteinbeziehen. Diese intertextuelle Bezugnahme trägt zur Abstimmung zwischen europäischem und globalem Menschenrechtsschutz bei.⁵⁰ Dabei ist jedoch zu beachten, dass der regionale Menschenrechtsschutz in Europa über die Praxis des MRA hinausgeht, welche in der Regel nur einen völkerrechtlichen Mindeststandard bietet.⁵¹

Die systematische Auslegung verdeutlicht, dass sich die Menschenrechtsverträge in ein intertextuelles Netz von anderen Bezugstexten einordnen, die bei der Auslegung berücksichtigt werden müssen. Die Heranziehung anderer Rechtstexte erfordert eine präzise Auseinandersetzung mit deren Gehalt und Wirkungskreis, worauf noch eingegangen werden wird.

Gem. 31 Abs. 1 ist Ziel und Zweck des Vertrages bei der Auslegung zu berücksichtigen. Der Vertrag ist so auszulegen, dass sein Ziel erreicht werden kann. Dieses Auslegungselement passt sich besonders den Menschenrechtsverträgen an. Es schafft Raum für die Entwicklung spezieller auf die Natur der Menschenrechtsverträge passenden Auslegungskriterien⁵² und ermöglicht so einen umfassenden, effektiven Menschenrechtsschutz.⁵³ Damit nicht jedes Ziel postuliert⁵⁴ werden kann, ist der Zweck eines Vertrages anhand der Präambel und einer Gesamtbetrachtung des Vertrages unter Bezugnahme aller übrigen

Auslegungsmethoden zu ermitteln.⁵⁵ Die Zweckbehauptungen stützen sich vor allem auf den eigenen Vertragstext. Dabei handelt es sich um eine intratextuelle Beziehung, die in diesem Beitrag nicht analysiert wird.

Art. 32 verweist auf „zusätzliche“ Auslegungsmittel, die herangezogen werden können, um die mit den anderen Interpretationsmethoden erzielte Auslegung zu bestätigen, Unklarheiten oder Mehrdeutigkeiten zu beseitigen oder „offensichtlich sinnwidrige oder unvernünftige“ Ergebnisse zu vermeiden. Zu den zusätzlichen Auslegungsmitteln zählen gem. Art. 32 die «travaux préparatoires»⁵⁶ und die Umstände zur Zeit des Vertragsabschlusses (historische Auslegung).⁵⁷ Die nur exemplarische Nennung („insbesondere“) verdeutlicht, dass die in Art. 31, 32 ausdrücklich aufgezählten Auslegungsmethoden nicht abschließend sind und Raum für die Anwendung anderer, gewohnheitsrechtlich etablierter Auslegungsmethoden besteht.⁵⁸ Da sich die historische Auslegung Texten bedienen muss, um die Entstehungsgeschichte einer Norm und die Kontextsituation zur Zeit der Normgenese⁵⁹ nachvollziehen zu können, ist auch sie im Kern intertextuell. Aufgrund der Subsidiarität ist sie jedoch selten entscheidungsrelevant, weshalb von einer ausführlicheren Darstellung abgesehen wird.

Menschenrechtsverträge werden als besondere völkerrechtliche Verträge gewöhnlich in mehreren Sprachen verfasst, welche gem. Art. 33 Abs. 1 als gleichermaßen verbindlich festgesetzt werden. Nach Art. 33 Abs. 3 wird vermutet, dass verschiedenen Sprachfassungen die gleiche Bedeutung zukommt. Trifft dies nicht zu, sind Sprachfassungen mit unterschiedlichem Gehalt gem. Art. 33 Abs. 4 über den Sinn und Zweck in Einklang zu bringen. Bei der Auslegung von

50 *Schiedermair* (Fn. 40), S. 172.

51 *Schilling* (Fn. 17), S. 12.

52 *Franz Matscher*, Die Methoden der Auslegung der EMRK, in: Fritz Schwind (Hrsg.), Aktuelle Fragen zum Europarecht aus der Sicht in- und ausländischer Gelehrter, 1986, S. 104.

53 Der EGMR führt seit *Airey ./. Irland*, 6289/73, Entscheidung vom 9. Oktober 1979, NJW 1979, S. 2449, Z. 24, in ständiger Rechtsprechung an, die Rechte der EMRK müssten „not ... theoretical or illusory but ... practical and effective“ sein.

54 Vgl. *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik I, 2013, S. 98 f.

55 *Mark Villiger*, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, 2009, Art. 31, Rn. 13.

56 Vorbereitende Arbeiten.

57 *Ulrich Fastenrath* (Fn. 21), S. 14, Rn. 21.

58 *Baade* (Fn. 42), S. 33.

59 *Morlok* (Fn. 22), S. 71.

Menschenrechtsverträgen mit verschiedenen verbindlichen Sprachfassungen ist folglich ein Textvergleich erforderlich. Dieser Rechtstextvergleich wird auch als Element der grammatischen Auslegung angesehen, da bei der Ermittlung der gewöhnlichen Bedeutung eines Wortes alle authentischen Sprachversionen berücksichtigt werden müssen.⁶⁰ Durch das Heranziehen von verschiedenen sprachlichen Vertragsfassungen werden verschiedene Texte in Beziehung gesetzt, was darüber hinaus besondere sprachliche Kompetenzen erfordert. So sind für die EMRK die englische und französische Sprachfassung maßgeblich,⁶¹ während bei der Ermittlung der gewöhnlichen Bedeutung der Begriffe des IPbpR auf insgesamt fünf verschiedene Sprachfassungen zurückgegriffen werden muss. Dieser ist gem. Art. 53 IPbpR neben der englischen und französischen Sprache auch in Chinesisch, Russisch und Spanisch verbindlich. Auf dieser Grundlage entschied der EGMR, dass der Schutzbereich der Wohnung in Art. 8 EMRK nach dem weiteren französischen Wortlaut («domicile») auch auf Geschäftsräume erweitert und nicht der englischen Fassung (“home”) entsprechend auf privaten Wohnraum begrenzt auszulegen ist.⁶² Folglich stellt auch Art. 33 eine intertextuelle Auslegungsmethode dar.

2. Spezifische Auslegungsmethoden der Menschenrechtsverträge

a. Autonome Auslegung in der Rechtsprechung des EGMR

Die autonome Auslegung besagt, dass die Begriffe, die sich in den Menschenrechtsverträgen finden, nur nach ihrem Sinn und ihrer Funktion im Rahmen der Menschenrechtsverträge auszulegen sind. Ein Rück-

griff auf nationales Recht findet nicht statt.⁶³ Diese Art der Auslegung ist zum einen erforderlich, damit die Staaten nicht frei und willkürlich definieren können, welche Sachverhalte von der Konvention erfasst werden und damit die bezweckte Garantie von Individualrechten unterlaufen könnten.⁶⁴ Zum anderen bedingt insbesondere die Schaffung eines einheitlichen Menschenrechtsstandards die Entwicklung autonomer Rechtsbegriffe.⁶⁵ Der EGMR richtet sich bei der Auslegung der EMRK nicht nach dem Recht der im konkreten Verfahren betroffenen Vertragsstaaten, sondern entnimmt den Begriffen eine eigenständige, für alle Vertragsstaaten einheitliche Bedeutung.⁶⁶ Um diese einheitliche Bedeutung zu ermitteln, zieht der EGMR lediglich vertragsstaatliche Rechtsordnungen heran, die im Wege einer wertenden Rechtsvergleichung im Lichte der Zielsetzung der EMRK interpretiert werden.⁶⁷ Dadurch wirkt die autonome Auslegung letztlich rechtsvereinheitlichend⁶⁸ und trägt zur Gewährleistung eines gemeinsamen europäischen Standards zum Schutz und zur Wahrung der Menschenrechte («*ordre public européen*»⁶⁹) bei. So orientierte sich der Gerichtshof im Urteil *Niemitz gegen Deutschland* an anderen Konventionsstaaten einschließlich Deutschlands, um zu entscheiden, ob der Begriff “home” in Art. 8 EMRK nur Wohnungen oder auch Geschäftsräume umfasse.⁷⁰ Die autonome Auslegung, die sich durch das von den Vertragsstaaten unabhängige

60 Dörr (Fn. 29), Art. 33, Rn. 31. “comparison of authentic texts” as an “element of the grammatical interpretation of the treaty”.

61 Vgl. Schlussklausel der Konvention: “Done at Rome this 4th Day of November 1950, in English and French, both texts being equally authentic [...]”.

62 EGMR, *Niemitz ./. Deutschland*, 13710/88, Entscheidung vom 16. Dezember 1992, EuGRZ 1993, S. 65, Z. 30–32.

63 Baade (Fn. 42), S. 156.

64 EGMR, *Engel et al. ./. Niederlande*, 5100/71, Entscheidung vom 8. Juni 1976, EuGRZ 1976, S. 221 Z. 81; EGMR, *Öztürk ./. Deutschland*, 8544/79, Entscheidung vom 21. Februar 1984, EuGRZ 1985, S. 62, Z. 49f.

65 Autonome Auslegung fügt sich in das System der Art. 31–33 ein, die ebenfalls eine Auslegung unabhängig von nationalen Rechtsordnungen vorsehen.

66 Ausnahme: Bei Verweisen der EMRK auf das Recht des jeweiligen Vertragsstaates, z. B. Art. 8 Abs. 2 EMRK “in accordance with the law”.

67 Schilling (Fn. 17), S. 17.

68 Baade (Fn. 42), S. 174.

69 EGMR, *Bankovic* (Fn. 36), § 80.

70 EGMR, *Niemitz* (Fn. 62), Z. 30.

Entscheiden auszeichnet, illustriert ebenso Intertextualität. Denn auch wenn die zur Urteilsfindung herangezogenen Texte die Entscheidung nicht determinieren, sondern vielmehr ein autonomer Begriff etabliert wird, dienen sie der Orientierung und finden Berücksichtigung in der Argumentation des Gerichts.

b. Dynamische/evolutive Auslegung

Gegenstand der dynamischen Auslegung ist die Berücksichtigung und „*interpretative Inkorporation*“⁷¹ signifikanter und nachhaltiger gesellschaftlicher Entwicklungen, die sich kulturell, sozial und rechtlich vollziehen.⁷² Der Gehalt und die Tragweite der Menschenrechte als wesentlicher Bestandteil der modernen Gesellschaft⁷³ müssen sich an gegenwärtigen Wandlungen in Gesellschaft und Recht orientieren, um dauernde Geltung beanspruchen zu können. Die dynamische Auslegung gewährleistet zum einen die Anpassung des Vertrages an geänderte Umstände und zum anderen die Interpretation der Rechtsbegriffe aus aktueller Perspektive unter Berücksichtigung des geltenden Völkerrechts.⁷⁴ „*Das Recht gilt in der Zeit und geht mit der Zeit*“⁷⁵. So zeigen die Menschenrechtstexte eine „*stetige Verfeinerung im Blick auf die ganze Welt*“⁷⁶. Die Auslegungsmethode fügt sich in das System des WVK ein, das in Art. 31 vorsieht, einen Vertrag im „*Lichte seines Ziels und Zwecks*“ auszulegen. Ziel und Zweck der Menschenrechtsverträge können der Präambel als Teil des Vertragszusammenhangs gem. Art. 31 Abs. 2 entnommen werden, die typischer-

weise die Fortentwicklung der Menschenrechte genauso wie deren Wahrung projiziert.⁷⁷ Es ist Aufgabe des Interpreten die gesellschaftliche Wandlung nachzuvollziehen, um die Norm dementsprechend auszulegen. Da ein unmittelbares Zurückgreifen auf die Gesellschaft nicht möglich ist, ist vielmehr eine Untersuchung verschiedener Rechtstexte erforderlich. Folglich ist auch die dynamische Auslegungsmethode als intertextuell zu qualifizieren. Anhand der Rechtsprechung des EGMR werden die Intertextualität dieser Auslegungsmethode beispielhaft aufgezeigt und anschließend Probleme beleuchtet.

Der EGMR legt die Begriffe der EMRK in dem Sinn aus, den sie zur Zeit der Entscheidung und nicht zum Zeitpunkt der Ausarbeitung im Jahr 1950 besitzen. Dies entspricht auch Art. 32 WVK, welcher der historischen Auslegung eine vergleichsweise untergeordnete Rolle zuspricht. Mit der regelmäßigen Einbeziehung gesellschaftlicher Entwicklungen in den betroffenen Mitgliedstaaten des Europarats folgt der EGMR der Präambel der EMRK, die eine entwicklungs offene Interpretation der Konvention vorsieht. Der EGMR hat dazu die Bezeichnung der EMRK als „*Living instrument*“ geprägt, „*[...] which must be interpreted in the light of present day conditions*“⁷⁸. Daraus folgt auch, dass der EGMR an seine Rechtsprechung nicht gebunden ist. So konstatierte der EGMR im Fall *Marckx*, in dem er vorher den Entwicklungsstand in den Vertragsstaaten anhand einer Sichtung der nationalen Rechtsordnungen analysierte, dass eine Unterscheidung zwischen unehelichen und ehelichen Kindern bezüglich der Erbschaft nicht mehr den übereinstimmenden europäischen Standards entspräche.⁷⁹ Zur Untermauerung verwies der EGMR überdies auf zwei internationale Konven-

71 *Josephine Asche*, Die Margin of Appreciation, 2018, S. 112.

72 *Matscher* (Fn. 52), S. 107.

73 *Casals* (Fn. 31), S. 87.

74 *Ipsen*, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, S. 414 f.

75 *Ulrich Fastenrath*, Lücken im Völkerrecht: Zu Rechtscharakter, Quellen, Systemzusammenhang, Methodenlehre und Funktionen des Völkerrechts, 1991, S. 193.

76 *Peter Häberle*, Vergleichende Verfassungstheorie und Verfassungspraxis – Letzte Schriften und Gespräche, 2016, S. 104.

77 Präambel der EMRK: „[...] aim to be pursued is the maintenance and further realisation of Human Rights [...]“.

78 EGMR, *Tyrer ./. Vereinigtes Königreich*, 5856/72, Entscheidung vom 25. April 1978, Z. 31.

79 EGMR, *Marckx ./. Belgien*, 6833/74, Entscheidung vom 13. Juni 1979, EuGRZ 1979, S. 454, Z. 41.

tionen.⁸⁰ Dies illustriert, dass für die dynamische Auslegung die Untersuchung verschiedener Rechtsquellen erforderlich ist. Nur so können gesellschaftliche Änderungen miteinbezogen werden. Das Heranziehen nationaler Rechtsordnungen, um Änderungen, die der Inhalt einer Norm durchgemacht hat, nachvollziehen zu können⁸¹, ist ein weiteres Beispiel für die intertextuelle Auslegung von Menschenrechtsverträgen.

Die dynamische Auslegung steht seit jeher in der Kritik. Zum einen schaffen die mit ihr einhergehenden Rechtsprechungsänderungen Probleme der Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen.⁸² Dagegen lässt sich jedoch einwenden, dass der EGMR durch die Rückkopplung an einen «*Ordre public européen*» die Rechtsprechungsänderung voraussehbar macht und sich auf die konkludente Zustimmung der Staaten stützt.⁸³ Schwerwiegender ist dagegen der Vorwurf, die dynamische Auslegung würde die Grenze zur Rechtssetzung überschreiten. So kritisierte Richter Fitzmaurice 1979 in seinem abweichenden Votum zum Fall *Marckx*, die vom Gericht vorgenommene dynamische Auslegung des Art. 8 EMRK sei mit dem Willen der normsetzenden ursprünglichen Vertragsstaaten unvereinbar und missbrauche die Entscheidungskompetenz des Gerichtshofs.⁸⁴ Dieser Ansicht ist zuzustimmen, soweit die Auslegung dem Wortlaut zuwiderläuft. Jedoch bilden vor allem die Rechtsbegriffe, die auf Außerrechtliches verweisen (z. B. Art. 8 EMRK “private and family life”), Einfallstore für die dyna-

mische Auslegung.⁸⁵ Um weiterhin aktuelle Fallkonstellationen entscheiden zu können, muss das Gericht gesellschaftliche Wandlungen miteinbeziehen. Dabei ist es ausdrücklich nicht Aufgabe des Interpreten, den Inhalt der Norm von sich aus weiterzuentwickeln, sondern nur die Konvention schon bereits eingetretenen Entwicklungen in Gesellschaft, Sprache und Recht anzupassen.⁸⁶ Die EMRK enthält eine Vielzahl von abstrakten Begriffen und bezweckt als «*Traité loi*» die Garantie einer permanenten Ordnung, die Individualrechte respektiert.⁸⁷ Solange die Wortlautgrenze geachtet wird, stellt sich die dynamische Auslegung als gerechtfertigt dar.

c. Rechtsfortbildung als Teil der dynamischen Auslegung

Mit der dynamischen Auslegungsmethode bestrebt der EGMR, die EMRK anschlussfähig an internationale Entwicklungen zu halten. Wird dabei das Recht fortgebildet, stellt sich die Frage nach der demokratischen Legitimation. Nicht selten steht der Vorwurf im Raum, die Richter setzten sich über den Willen des nationalen Gesetzgebers hinweg und würden von ihrer eigentlichen Rolle als bloße Normanwender zu Normschöpfern.⁸⁸ Im Anschluss werden beispielhaft Zulässigkeit und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des EGMR beleuchtet. Unterschieden werden zunächst zwei Arten:

Als Rechtsfortbildung *praeter legem* wird das Schließen von Gesetzeslücken durch Rechtsfortbildung jenseits der Wortlautgrenze, jedoch nicht im Konflikt mit dieser, bezeichnet. Als Beispiel lässt sich der

80 EGMR, *Marckx* (Fn. 79), Z. 20, 41.

81 Franz Matscher, Vertragsauslegung durch Vertragsrechtsvergleichung in der Judikatur internationaler Gerichte, vornehmlich vor den Organen der EMRK, in: Rudolf Bernhardt, et al. (Hrsg.), *Völkerrecht als Rechtsordnung – Internationale Gerichtsbarkeit – Menschenrechte*, Festschrift für Hermann Mosler, 1983, S. 545–566 (S. 552).

82 Casals (Fn. 31), S. 35.

83 *Asche* (Fn. 71), S. 111.

84 EGMR, *Marckx* (Fn. 79), Abweichendes Votum Richter Fitzmaurice, Z. 21, 31.

85 *Stephanie Schiedermaier*, *Der Schutz des Privaten als internationales Grundrecht*, 2012, S. 176.

86 *Matscher* (Fn. 81), S. 552.

87 EGMR, *Wemhoff ./. Deutschland*, 2122/64, Entscheidung vom 27. Juni 1968, JR 1968, S. 463, Z. 8; vgl. *Dörr* (Fn. 29), Art. 31, Rn. 27, „quasiverfassungsrechtlicher“ Status der EMRK.

88 *Marten Breuer*, *Zulässigkeit und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des EGMR*, in: *ZöR* 68 (2013), S. 729–766 (S. 731).

Fall *Golder* anführen. Die Richtermehrheit des EGMR entschied, dass Art. 6 EMRK auch das Recht auf Zugang zum Gericht allgemein umfasst, obwohl der Wortlaut nur Einzelgewährleistungen nennt, sobald es zur Anrufung eines Gerichts (Verfahrensrechte) gekommen ist.⁸⁹ Dies geschah auf Grundlage einer intertextuellen Auslegung: Nach Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK wurde auf allgemeines Völkerrecht verwiesen. Demnach stelle das Recht auf "Access to the court" einen allgemeinen Rechtsgrundsatz nach Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut dar und das Verbot der Rechtsverweigerung ("denial of justice") sei völkergewohnheitsrechtlich im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut verankert.⁹⁰ An dieser impliziten Herleitung setzte vor allem die Kritik von Richter Fitzmaurice an. In seinem Sondervotum verlangte er, dass die Geltung dieses Rechts die ausdrückliche Nennung in der Konvention voraussetze. Diese beruhe nämlich auf Staatenkonsens und nicht der souveränen Entscheidung eines Gesetzgebers und bedürfe daher der interpretatorischen Zurückhaltung.⁹¹

Bei der Rechtsfortbildung *contra legem* entscheidet der Richter jenseits der Wortlautgrenze und in Konflikt mit dem Wortlaut. Als Beispiel wird der Fall *Schalk und Kopf gegen Österreich*⁹² angeführt, bei dem es um die Frage nach dem Recht auf Eingehung der Ehe durch gleichgeschlechtliche Lebenspartner ging. Die Wortlautauslegung ergab das zunächst eindeutige Ergebnis, Art. 12 EMRK würde gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften nicht erfassen. Die Richter zogen jedoch im Rahmen der intertextuellen Auslegung Art. 9 der Grundrechte-Charta der EU heran, der Art. 12 EMRK

nachgebildet wurde. Dieser verzichtete absichtlich auf den charakteristischen Eingangspassus⁹³, um auch gleichgeschlechtliche Beziehungen zu erfassen.⁹⁴ Daraufhin nahm der Gerichtshof an, „dass das Recht auf Eheschließung nach Art. 12 EMRK nicht unter allen Umständen auf die Ehe zwischen zwei Personen unterschiedlichen Geschlechts beschränkt sein muss“.⁹⁵ Dies ist nicht nur deswegen problematisch, weil sich der EGMR gegen den vorher ermittelten Wortlaut stellt, sondern auch vor allem, weil nicht alle Europaratsstaaten zugleich EU-Mitglieder sind. Somit besitzt die Grundrechte-Charta der EU nicht für alle Mitgliedstaaten des Europarats Verbindlichkeit, die Rechtsfortbildung wirkt sich jedoch auch auf Nicht-EU-Staaten wie Russland und die Türkei aus. Die oben genannten Beispiele verdeutlichen, dass der EGMR in seiner Rechtsprechung auch Rechtsfortbildung betreibt. Diese findet häufig auf Grundlage des intertextuellen Rückgriffs auf andere Rechtstexte statt. Es stellt sich somit die Frage, ob die Rechtsfortbildung eine Notwendigkeit zur Verwirklichung der EMRK als "Living instrument" darstellt.

d. Rechtsfortbildung als Notwendigkeit zur Verwirklichung der EMRK als "Living instrument"

*"The Court's jurisdiction cannot extend to the creation of rights not enumerated in the Convention, however expedient or even desirable such new rights might be."*⁹⁶

Zweifellos verlangen Menschenrechte eine Anpassung an veränderte gesellschaftliche Standards. Nur so kann sichergestellt werden, dass der Einzelne vor Gefährdungen der Gegenwart effektiv und angemessen geschützt wird. Eine Fixierung nur auf den

89 EGMR, *Golder* (Fn. 36), Z. 28.

90 EGMR, *Golder* (Fn. 36), Z. 35.

91 EGMR, *Golder* (Fn. 36), Sondervotum Fitzmaurice Z. 32: "Far greater interpretational restraint is requisite (..), in which, accordingly, the convention should not be construed as providing for more than it contains, or than is necessarily to be inferred from what it contains".

92 EGMR, *Schalk und Kopf ./. Österreich*, 30141/04, Entscheidung vom 24. Juni 2010, NJW 2011, S. 1421.

93 Art. 12 EMRK: „Männer und Frauen im heiratsfähigen Alter (...)“.

94 Erläuterungen zu Art. 9 GRC, in: Erläuterungen zur GRC, 2007/C303/02.

95 EGMR, *Schalk und Kopf* (Fn. 92), Z. 61.

96 EGMR, *Munoz Diaz ./. Spanien*, 49151/07, Entscheidung vom 8. Dezember 2009, DÖV 2010, S. 276, Dissenting Opinion Judge Myjer.

Wortlaut, wie sie beispielsweise von den US-amerikanischen "Originalists"⁹⁷ postuliert wird, kann dem Ziel eines effektiven Menschenrechtsschutzes nicht gerecht werden. Um seine Anerkennung und Legitimation nicht zu gefährden, muss sich der EGMR jedoch an die in der Konvention niedergelegten Standards halten. Ist die Wortlautgrenze erreicht, ist eine Weiterentwicklung durch die Richter ohne Kompetenzüberschreitung nicht mehr möglich. Die Anpassung kann dann jedoch durch das Hinzufügen von Zusatzprotokollen verwirklicht werden. Die Zusatzprotokolle zur EMRK sind inhaltliche Ergänzungen, die wie ein völkerrechtlicher Vertrag ausgehandelt, unterzeichnet und ratifiziert werden. Besonders durch das Erfordernis der Ratifikation durch die Parlamente der EMRK-Vertragsstaaten erfährt die Weiterentwicklung der Konvention demokratische Legitimation und wird rückgekoppelt an den Willen der nationalen Entscheidungsträger. Dass dies der richterlichen Rechtsfortbildung vorzuziehen ist, zeigt sich nicht zuletzt schon daran, dass der EGMR bei der Urteilsumsetzung im Wesentlichen auf die freiwillige Befolgung durch die Konventionsstaaten angewiesen ist. Die Anpassung der EMRK an gesellschaftliche Entwicklungen liegt folglich keineswegs nur in den Händen des Gerichts. Somit stellt auch die Rechtsfortbildung im Konflikt mit dem Wortlaut keine Notwendigkeit zur Verwirklichung der EMRK als "Living instrument" dar.

Es wurde gezeigt, dass alle Auslegungsmethoden wesentlich mit der Heranziehung von Texten arbeiten. Ihnen ist das Intertextuelle gemein. Erst durch ein umfangreiches komplexes Netz intertextueller Relationen zu anderen Normen, Urteilstexten, Kommentaren, Verträgen nationaler und internationaler Art sowie Gesetzgebungsmaterialien und Fachliteratur erschließt und entfaltet sich die Bedeutung der einzelnen Menschenrechtsartikel.⁹⁸ Dabei finden sich in den besprochenen Auslegungsmethoden immer wieder rechtsvergleichende Ansätze,

in denen die Intertextualität besonders zum Ausdruck kommt. Auf die Auslegungsmethode der Rechtsvergleichung soll daher im Folgenden ausführlich eingegangen werden, auch um das Problem der intertextuellen Auslegung von Menschenrechtsverträgen zu verdeutlichen.

3. Zur Rechtsvergleichenden Auslegung von Menschenrechtsverträgen

Wenn das grundlegende Ziel aller Menschenrechtsverträge die Geltung, Wahrung und Entwicklung eines effektiven Menschenrechtssystems ist, dann liegt angesichts der großen Zahl universeller und regionaler Verträge, mit denen Menschenrechte⁹⁹ normiert wurden, die Vermutung nahe, dass im Sinne der Etablierung eines internationalen Menschenrechtsschutzes eine rechtsvergleichende Auslegung unverzichtbar ist. Dabei sind jedoch nicht nur Menschenrechtsverträge, sondern auch nationale Grundrechte als verfassungsmäßig garantierte Rechte und nationale Rechtsordnungen heranzuziehen. Die Rechtsvergleichung als Auslegungsmethode geht auf Häberle zurück, der diese als „fünfte Auslegungsmethode“ bezeichnete.¹⁰⁰ Rechtsvergleichung zielt auf die Ermittlung von Unterschieden und Gemeinsamkeiten in den untersuchten Rechtsordnungen ab. "Each instance of comparative law research must evaluate the existing rules and find solutions which reflect prevailing principles and tendencies."¹⁰¹

- a. Rechtsvergleichende Auslegung regionaler Menschenrechtsverträge am Beispiel der EMRK

Als regionaler Menschenrechtsvertrag mit dem Ziel der Schaffung einer weiterentwickelten, standardisierten Menschenrechts-

97 Antonin Scalia, A Matter of Interpretation, 1997, S. 37 ff.

98 Busse (Fn. 13), S. 809.

99 Fassbender (Fn. 2), S. 22.

100 Häberle (Fn. 10), S. 913 ff.

101 Rudolf Bernhardt, The Convention and Domestic Law, in: Ronald Macdonald/Franz Matscher/Herbert Petzold (Hrsg.), The European System for the Protection of Human Rights, 1993, S. 25-40 (S. 35).

ordnung im Wirkungsbereich zieht der EGMR nationale Rechtsordnungen und Begriffe der Konventionsstaaten heran, um auf einen europäischen Konsens zu verweisen. Die Rechtsvergleichung stellt sich dabei als Herausforderung dar. Zum einen muss die Auswahl repräsentativ sein, um geeignet in die Auslegung einfließen zu können. Eine Rechtsvergleichung, die sich in einem Satz erschöpft, kann kein Beleg für einen europäischen Konsens sein.¹⁰² Vielmehr ist die Untersuchung einer Mehrzahl von Vertragsstaaten vonnöten.¹⁰³ Zum anderen können weder die Richter noch die Mitarbeiter der Kanzlei auf den Rechtsgebieten aller Vertragsstaaten Experten sein, was das Risiko birgt, Entwicklungen nicht wahrzunehmen oder fehlzuinterpretieren.¹⁰⁴ Dies kann jedoch durch das Heranziehen externer rechtsvergleichender Studien zumindest teilweise vermindert werden. So bezog sich der Gerichtshof auf Studien der Max-Planck-Institute.¹⁰⁵ Des Weiteren trägt die Rechtsvergleichung zu mehr Legitimität der Entscheidung des EGMR bei. So kann besonders die Rückkopplung an Argumente nationaler Höchstgerichte, die sich mit dem Fall zuvor auseinandergesetzt haben, zu mehr Akzeptanz beitragen¹⁰⁶ und zudem zu einer Berücksichtigung des jeweiligen gesellschaftlichen Kontextes führen. Denn bei dem Heranziehen von Rechtstexten zur Orientierung der Auslegung darf nicht aus den Augen verloren werden, dass Normen nicht losgelöst von ihrem kulturellen Kontext betrachtet werden dürfen.¹⁰⁷ In seiner

Spruchpraxis orientiert sich der EGMR auch an außereuropäischen Quellen, die sich in ähnlichem Rahmen mit der jeweiligen Fragestellung auseinandergesetzt haben.¹⁰⁸ So verwies er bei Fragen des Verschwindenlassens auf den interamerikanischen Gerichtshof¹⁰⁹ und bei der Frage nach der rechtlichen Behandlung einer Geschlechtsumwandlung auf Rechtsordnungen von Amerika, Südafrika, Kanada, Australien und Neuseeland.¹¹⁰ Während das Heranziehen von nationalen Rechtsordnungen und Rechtsprechungen über Art. 32 WVK als Staatenpraxis bei der Auslegung explizit berücksichtigt werden kann, können externe Rechtsvergleiche nur als *“persuasive authority”*¹¹¹ in die Abwägung miteingeführt werden. Dies zeigt, dass die rechtsvergleichende Auslegung der EMRK in den Grenzen der Auslegungsregeln des WÜRV keine wirkliche Abstimmung mit der internationalen Ebene zur Etablierung eines internationalen Menschenrechtsschutzes ermöglicht. Die rechtsvergleichende Auslegung der EMRK in der Praxis des EGMR stellt sich vielmehr als *„Wechselspiel von Bezugnahmen auf das universelle System und die Beschreitung eigenständiger europäischer Wege dar“*¹¹² dar.

b. Zwischenergebnis

Wie gezeigt, ist für die Auslegung von Menschenrechtsverträgen das Heranziehen von Texten konstituierend. Rechtliche Entscheidungen können nicht allein durch geltende Normen determiniert werden. Sie müssen im Lichte der Zeit interpretiert werden und sich ändernden gesellschaftlichen Realitäten anpassen, ohne dabei die Anforderungen dessen, was die Vertragsstaaten bei Abschluss der Menschenrechtsverträge angestrebt hatten, über die Ma-

102 Vgl. EGMR, *Tyrer* (Fn. 78), § 38; dagegen EGMR, *Scoppola ./. Italien* (Nr. 3), 126/05, Entscheidung vom 22. Mai 2012, NVwZ-RR 2013, S. 617, Z. 45–48, 95: Untersuchung alle Vertragsstaaten.

103 Vgl. EGMR, *M. C. ./. Bulgarien* (Fn. 48), Z. 126–147.

104 *Baade* (Fn. 42), S. 221.

105 Vgl. EGMR, *Stübing ./. Deutschland*, 43547/08, Entscheidung vom 12. April 2011, NJW 2013, S. 2015, Z. 30 (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht).

106 Vgl. EGMR, *O’Keefe ./. Irland*, 35810/09, Entscheidung vom 28.01.2014, NVwZ 2014, S. 1641, Z. 157.

107 *Georg Ress*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Recht internationaler Organisationen, in: *ZaöRV* (36) 1976, S. 227–279 (S. 250).

108 *Baade* (Fn. 42), S. 227.

109 EGMR, *Timurtas ./. Türkei*, 23531/94, Entscheidung vom 13. Juni 2000, ECHR 2000-VI, Z. 79 ff.

110 EGMR, *Goodwin ./. Vereinigte Königreich*, 28957/95, Entscheidung vom 11. Juli 2002, NJW-RR 2004, S. 289, Z. 55 ff.

111 *Baade* (Fn. 42), S. 227.

112 *Hilpold* (Fn. 21), Präambel Rn. 25.

ßen zu erhöhen.¹¹³ Sie müssen im Einklang mit Grundsätzen und anderen Normen des Völkerrechts ausgelegt werden, ungeachtet der häufig betonten Sonderstellung der Menschenrechtsverträge, welche sich aus ihrer Schutzfunktion für Individuen ableiten.¹¹⁴ Sie müssen nationale Rechtsordnungen berücksichtigen, auch weil sie von dem Konsens der Vertragsstaaten abhängig sind. Diese Notwendigkeit des Rückgriffs auf andere Texte verdeutlicht das „*unaufhebbare Unsicherheitsproblem*“¹¹⁵, welches der juristischen Arbeit innewohnt. Im Gegensatz zu Naturwissenschaften ist die Entscheidung eines konkreten Rechtsfalls oft nicht eindeutig, sondern von Argumentations- und Urteilskraft abhängig. Verschiedene Aspekte können unterschiedlich gewichtet werden oder gar keine Berücksichtigung in der Entscheidung finden. Durch das Heranziehen anderer Rechtstexte (Gerichtsentscheidungen, Literatur etc.) soll die Ungewissheit überwunden werden. Die Intertextualität stellt sich als „*Sicherheitsgeflecht*“¹¹⁶ dar, welche eine zentrale Position bei der Bewältigung des Unsicherheitsproblems des Rechts einnimmt.

IV. Zum Problem der intertextuellen Auslegung

Um eine Sensibilisierung für die Thematik hervorzurufen, wird im Folgenden zunächst auf das generelle Problem der intertextuellen Auslegung eingegangen, bevor ein Schwerpunkt auf diesbezügliche Spezifika der Menschenrechtsverträge gesetzt wird. Ausgangspunkt der Intertextualität ist, dass sich Texte aufeinander und nicht auf die Welt beziehen. Bei der intertextuellen Auslegung entsteht so ein „*Universum*“¹¹⁷ von Texten, welches sich aus verschiedenen Blickwinkeln auch als Problem

darstellt. Zum einen entsteht ein potenziell unendlicher Sinnzusammenhang, bei welchem die Rechtstexte endlos zwischen verschiedenen Deutungsmöglichkeiten „*zirkulieren*“.¹¹⁸ Die gerichtliche Entscheidung offenbart sich letztendlich als Innehalten in einem „*unendlichen Gewimmel*“¹¹⁹ der herangezogenen Rechtstexte. Dieses Innehalten ist willkürlich, da letztendlich die Spruchkörper entscheiden, auf welche Texte Bezug genommen wird und verschiedene Texte bei der Entscheidungsfindung unterschiedlich gewichtet werden. Oft kann auch die jeweilige Auseinandersetzung mit den Bezugstexten, die bei der Urteilsfindung stattgefunden hat, nicht nachvollzogen werden.¹²⁰ Die Auseinandersetzung mit einer Vielzahl von Texten, insbesondere verschiedener Rechtsordnungen, stellt eine Herausforderung für Juristen dar. Denn das alleinige Lesen von Normtexten, die Kenntnis des „*Law in books*“¹²¹ ist zum Verständnis einer Rechtsordnung und zur Interpretation ihrer Gesetze nicht ausreichend. Notwendig ist vielmehr das Heranziehen einer Vielzahl von Rechtstexten, die erst die tatsächliche Rechtswirklichkeit ausmachen.¹²² Erforderlich ist eine Auseinandersetzung mit dem „*Law in action*“.¹²³ Dies umfasst die Kenntnis, wie Rechtstexte verstanden werden, auf welche Fälle sie Anwendung finden, welche dogmatischen Interpretationen existieren und vor allem wie die Rechtswirklichkeit aussieht. Das Heranziehen von Texten ohne Berücksichtigung ihres Umfelds ist daher nur von sehr eingeschränkter Aussagekraft.¹²⁴ Dies gilt insbesondere für Menschenrechtskataloge, welche stets in Rechtsordnungen mit unterschiedlichen politischen, kulturellen und sozialen Struk-

113 Schiedermaier (Fn. 85), S. 175.

114 Eckart Klein, in: Arnd Pollmann/Georg Lohmann (Hrsg.), Menschenrechte – ein interdisziplinäres Handbuch, 2012, S. 123–129, (S. 125).

115 Morlok (Fn. 12), S. 134.

116 Morlok (Fn. 12), S. 134.

117 S. o.; Pfister (Fn. 7), S. 8.

118 Friedrich Müller/Ralph Christensen, Juristische Methodik Bd. I, 10. Aufl. 2013, S. 528.

119 Michel Foucault, Die Ordnung des Diskurses, 1993, S. 19; Gailhofer (Fn. 15), S. 199.

120 Baade (Fn. 42), S. 222.

121 Roscoe Pound, Law in Books and Law in Action, in: American Law Review 44 (1910), S. 12–36 (S. 12 ff.).

122 Morlok (Fn. 12), S. 122.

123 Pound (Fn. 121), S. 12 ff.

124 Gebauer (Fn. 24), S. 42.

turen eingebettet sind. Eine nur abstrakte Betrachtung riskiert die Verkenning der Wirklichkeit.¹²⁵ Der bloße Textvergleich genügt nicht, erforderlich ist nach Häberle ein kontextueller Ansatz („*Auslegung durch Hinzudenken*“).¹²⁶ Dies wird besonders bei islamischen Texten deutlich. So stellt die Kairoer Erklärung der Menschenrechte (KEM) von 1990 alle ihre Artikel unter den Vorbehalt der Scharia.¹²⁷ Im Folgenden wird nun auf die eben angesprochenen Aspekte des Problems der intertextuellen Auslegung vertieft eingegangen.

1. *Universalität vs. Kulturelle Relativität*

1993 bekannten sich auf der Weltkonferenz über Menschenrechte in der Wiener Erklärung der Menschenrechte Nr. 5 171 Staaten zur weltweiten Verpflichtung, alle Menschenrechte zu gewährleisten, unabhängig vom jeweiligen politischen, wirtschaftlichen und kulturellen System.¹²⁸ Aber wie ist die Postulation weltweiter Geltung der Menschenrechte ungeachtet verschiedener Kulturen und ohne Rücksicht darauf, dass sie in einer Vielzahl von Verträgen und anderen Dokumenten enthalten sind und getrennt voneinander ratifiziert werden, möglich?¹²⁹ Dieser Frage wird in der Literatur seit Langem unter dem Diskurs Universalität versus kulturelle Relativität nachgegangen. Zunächst ist der Universalitätsanspruch der Menschenrechte von ihrer universellen Geltung zu unterscheiden. Letzteres kann nicht durch kulturelle Unterschiede in

Frage gestellt werden, verweisen doch die Menschenrechte selbst in ausdrücklicher Weise auf das Menschsein und die allen Menschen zukommende gleiche Würde.¹³⁰ Das Hauptargument, das für eine nur faktische Universalität vorgebracht wird, ist, dass die Idee der Menschenrechte auf den abendländischen Kulturkreis beschränkt sei, dem afrikanische und asiatische Rechte entgegengesetzt werden. Der internationale Menschenrechtsschutz sei im Wesentlichen durch den Westen nach den Erfahrungen des 20. Jahrhunderts angestoßen und initiiert worden. Die Menschenrechte in ihrer konkreten Idee seien demnach westlichen Ursprungs.¹³¹ Im Folgenden soll jedoch der Fokus auf die aktuelle Universalität gelegt werden. Insofern lässt sich zunächst feststellen, dass die Ratifikation der internationalen Menschenrechtsverträge alle Weltregionen und Kulturkreise umfasst und mit der Afrikanischen Menschenrechtskonvention afrikanische Staaten in den regionalen Menschenrechtsschutz einbezogen wurden. Zweifel an der universellen Dimension lassen sich jedoch im Hinblick auf die Kairoer Erklärung der Menschenrechte im Islam von 1990 begründen. Diese stellt mit ihrem Vorbehalt der Scharia und den Körperstrafen bei den wichtigsten Fragen einen Gegenentwurf zur sonst akzeptierten Menschenrechtsauffassung dar.¹³² Jedoch lässt sich dagegen einwenden, dass auch islamische Staaten internationale Menschenrechtsverträge ohne Scharia-Vorbehalt ratifiziert haben und die Idee der Menschenrechte nicht generell in Frage stellen. Die generelle Universalität kann daher auch im Hinblick auf das Bekenntnis der Wiener Erklärung bejaht werden. Die bestehende kulturelle Diversität muss also vornehmlich in der Auslegung berücksichtigt werden. Häufig sind

125 Morlok (Fn. 12), S. 115.

126 Häberle (Fn. 76), S. 169.

127 Vgl. Präambel „Recht auf ein würdiges Leben im Einklang mit der Scharia“; Art. 2, 22; Verweis auf die Scharia stellt auch einen intertextuellen Bezug dar.

128 DGVN, Dokumente zur Weltmenschrechtskonferenz der Vereinten Nationen, Blaue Reihe, Nr. 50, S. 8.

129 Ulrich Fastenrath, Einheit der Menschenrechte: Universalität und Unteilbarkeit, in: Pierre-Marie Dupuy/Bardo Fassbender/Malcom Shaw et al. (Hrsg.), *Völkerrecht als Werteordnung - Common Values of International Law*, Festschrift für Christian Tomuschat, 2006, S. 153-179 (S. 154).

130 Eckart Klein, Universalität der Menschenrechte, in: Thomas Puhl/Rudolf Mellinghoff/Gerd Morgenthaler et al. (Hrsg.), *Festschrift für Paul Kirchhof*, Bd. I 2013, § 43, S. 475-482 (S. 476).

131 Wiater (Fn. 19), S. 31.

132 Klaus Stern, Menschenrechte als universales Leitprinzip, in: Detlef Merten et al. (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa* Bd. VI/2: Europäische Grundrechte II - Universelle Menschenrechte, 2009, § 185 Rn. 48.

die Tatbestandsmerkmale weit genug gefasst, um dies zu gewährleisten. So umfasst der Begriff der Familie in Art. 17 IPbPR die unterschiedlichsten kulturellen Ausprägungen vom engeren Familienbegriff in Europa bis hin zum weiten Begriff der Familie in Afrika.¹³³ Auch bieten die Schranken der „öffentlichen Moral“ oder „öffentlichen Ordnung und Sicherheit“ Einfallstore für die Berücksichtigung kultureller Diversität. Lässt sich die kulturelle Tradition nicht wie beschrieben in die Auslegung inkorporieren, bleibt das Spannungsverhältnis zwischen der Universalität und kulturellen Relativität der Menschenrechte ungelöst. Im Folgenden soll daher das vom EGMR durchgeführte Auslegungselement der Margin of Appreciation vorgestellt und anschließend als mögliches Lösungsmodell analysiert werden.

2. Margin of Appreciation

Mit der Margin of Appreciation gewährt der EGMR den Vertragsstaaten im Sinne richterlicher Zurückhaltung einen Beurteilungsspielraum.¹³⁴ Auch wenn dieser ausdrücklich weder in den Travaux préparatoires noch im Konventionstext selbst Erwähnung findet, gilt die Margin of Appreciation seit jeher als fester Bestandteil der Straßburger Spruchpraxis.¹³⁵ Er lässt sich aus dem in Art. 35 I EMRK normierten Subsidiaritätsgrundsatz herleiten, wonach Beschwerden erst zulässig sind, wenn der nationale Rechtsweg erschöpft ist. Auch wenn viele Grundwerte von den Vertragsstaaten geteilt werden, existiert ein kultureller Pluralismus und Vielfalt in Europa.¹³⁶ Besonders in den Bereichen Moral, Religion und Sexualität ist die Feststellung eines gemeinsamen europäischen Standards aufgrund divergierender nationaler Rechtswirklichkeiten

nicht möglich.¹³⁷ Auch eine dynamische Auslegung verbietet sich, da die Entwicklung neuer Standards nicht in die Kompetenz des Gerichts fällt. Würde der Gerichtshof keinen Spielraum lassen, müsste er selbst alle Fragen beantworten und würde so die demokratisch legitimierten innerstaatlichen Entscheidungsinstanzen nicht mehr kontrollieren, sondern ersetzen.¹³⁸ Die Einräumung eines Beurteilungsspielraums stellt somit eine Notwendigkeit in der Auslegungspraxis des EGMR dar.

3. Bewertung der Margin of Appreciation als Lösungsansatz

Die Margin of Appreciation vermittelt zwischen Universalismus und Partikularismus und schafft so einen Ausgleich zwischen nationaler Souveränität und effektivem Menschenrechtsschutz.¹³⁹ Dabei geht es nicht um die Duldung der Nichteinhaltung eines Rechts, sondern um die Anerkennung nationaler Traditionen und kultureller Unterschiede, die sich verschieden schnell entwickeln. Die nationalen Instanzen verfügen aufgrund ihrer größeren örtlichen und sachlichen Nähe über eine bessere Kenntnis. Wenn der EGMR den Sachverhalt nicht gut einschätzen kann, scheint Zurückhaltung geboten, weil das nationale Verfahren dann lokale Bedingungen berücksichtigen kann.¹⁴⁰ Damit entzieht sich der EGMR auch nicht seiner Aufgabe, gem. Art. 32 EMRK die Einhaltung der Konventionsrechte zu gewährleisten. Denn vor der Einräumung der Margin of Appreciation findet eine ausführliche Sichtung und Würdigung des zur Frage stehenden Materials statt. Damit die Idee der Menschenrechte nicht droht wertlos zu werden, darf jedoch bei den grundlegenden Menschenrechten (Recht auf Leben, Verbot der Folter und Sklaverei) kein

133 Vgl. MRA, IPbPR, General Comment No. 16: Art. 17 (Right to Privacy), <http://www.refworld.org/docid/453883f922.html> (zuletzt aufgerufen: 22. November 2018).

134 *Asche* (Fn. 71), S. 2.

135 *Casals* (Fn. 31), S. 129.

136 *Matscher* (Fn. 52), S. 123.

137 Vgl. EGMR, *Fretté ./. Frankreich*, Entscheidung vom 26. Februar 2002, 36515/97, FamRZ 2003, S. 149, Z. 52; EGMR, *Goodwin* (Fn. 110), § 103.

138 *Baade* (Fn. 42), S. 178.

139 Vgl. EGMR, *Fretté* (Fn. 137), § 40.

140 EGMR, *Van der Heijden ./. Niederlande*, 03. April 2012, 42857/05, NJW 2014, S. 39, Z. 55.

weiter Spielraum eingeräumt werden. Unter diesen Bedingungen stellt sich das Auslegungsmodell des Margin of Appreciation als Lösungsmodell für das Spannungsverhältnis der Universalität zur kulturellen Relativität dar. Dies fügt sich in den Auslegungsvorgang der anderen Auslegungsmethoden ein und vermindert das als Problem der intertextuellen Auslegung ausgemachte Risiko, sich in der Welt der Texte zu verlieren und dabei kulturelle Besonderheiten bei der Auslegung nicht zu beachten.

V. Schlussbetrachtung und Fazit

Dieser Beitrag hat die intertextuelle Auslegung von Menschenrechtsverträgen anhand der Spruchpraxis des EGMR und des MRA analysiert. Unter Zugrundelegung der Wiener Vertragsrechtskonvention wurden die einzelnen Auslegungsschritte dargestellt, wobei ein besonderes Augenmerk auf die autonome und dynamische Auslegung als spezifische Auslegungsmethoden der Menschenrechtsverträge gelegt wurde. Die Darstellung mündete in der Feststellung, dass alle Auslegungsmethoden durch die Heranziehung und das in Beziehung setzen von Texten geprägt sind. Die Bedeutung der einzelnen Menschenrechtsartikel ergibt sich erst in einem umfangreichen, komplexen Netz intertextueller Relationen. Auch wenn die Intertextualität noch keinen bekannten Begriff der Rechtswissenschaft darstellt, ist sie der juristischen Arbeit immanent und wirkt bedeutungskonstitutiv.¹⁴¹ Besonderer Beachtung wurde zudem der Rechtsvergleichung geschenkt, die bei der Analyse der herkömmlichen Methoden immer wieder auftrat und als durchweg intertextuell der gesonderten Darstellung bedurfte. Die rechtsvergleichende Auslegung ermöglicht mit der Sichtung sowohl intern-europäischer als auch extern-internationaler Menschenrechtsdokumente ein universales

Gespräch der Menschheit in Sachen Menschenrechte.¹⁴² Dabei konnten die eingangs gestellten Fragen beantwortet werden, bevor auf das Problem der intertextuellen Auslegung von Menschenrechtsverträgen eingegangen wurde. Hier handelt es sich vor allem um den Umgang mit kulturellen Diversitäten und nationalen Traditionen. Das Recht kann nicht nur vom Text gedacht und interpretiert werden, sondern muss die dahinterstehende Rechtswirklichkeit mitberücksichtigen. Dazu gehören auch die die jeweilige Rechtsordnung prägenden sozialen, kulturellen und historischen Besonderheiten. Die rein intertextuelle Auslegung riskiert in einem „Universum“ von intertextuellen Relationen, die Wirklichkeit außer Acht zu lassen. In die Beantwortung der Frage, wie der kulturellen Vielfalt bei der Auslegung Rechnung getragen werden kann, wurde mit einer überblicksmäßigen Darstellung des wissenschaftlichen Diskurses zur Universalität und kulturellen Relativität der Menschenrechte eingeführt. Dabei wurde insbesondere in Bezug auf das gemeinsame Bekenntnis von 171 Staaten in der Wiener Erklärung von 1993 festgestellt, dass der Universalitätsanspruch von der Staatengemeinschaft geteilt wird. Als Lösungsvorschlag für die Einbeziehung und Berücksichtigung der kulturellen Vielfalt wurde zuletzt das Auslegungsmodell der Margin of Appreciation vorgestellt. Es wurde argumentiert, dass dieses Modell Potenzial zur weltweiten Anwendung hat, da es im Stande ist, zwischen Partikularismus und Universalismus zu vermitteln. Dabei wird es nur angewendet, solange noch kein erkennbarer Konsens zur in Frage stehenden Norm besteht. So wird einerseits verhindert, dass der Gerichtshof seine Kompetenz überschreitet und rechtsbildend tätig wird und andererseits unterschiedlichen Geschwindigkeiten bei der Entwicklung einzelner gesellschaftlicher Bereiche Rechnung getragen.

141 Morlok (Fn. 12), S. 133.

142 Häberle (Fn. 76), S. 105.

Menschenrechte als Verfassungsgrenze

Anja Mihr

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. „Normative“ Kräfte
- III. „Begrenzung“ durch die Zivilgesellschaft
- IV. Verfassungsgrenzen
- V. Fazit

I. Einführung

Internationales Menschenrecht „begrenzt“ moderne Verfassungsstaaten. Diese Aussage ist nicht neu, denn mit dem Aufkommen internationaler Menschenrechtsverträge und den darin verankerten Standards individueller Grund- und Freiheitsrechte, sind Rechte niedergeschrieben, die der staatlichen Verfassung in der Regel übergeordnet sind und daher nicht selten staatliche Souveränität massiv herausfordern. Wir befinden uns dabei gegenwärtig in einer Übergangsphase: Einerseits wächst mit steigendem Menschenrechtsbewusstsein der Wunsch vieler Bürger nach mehr individueller Teilhabe und Verantwortung sowohl global als auch lokal, z.B. beim Schutz der Privatsphäre; andererseits sind es verfassungsrechtlich immer noch Regierungen und ihre Institutionen wie etwa Verfassungs- oder Verwaltungsgerichte, die für die Durchsetzung und Einhaltung dieser und anderer Menschenrechte verantwortlich sind.

Seit der Verabschiedung des Zivil- und Sozialpakts der Vereinten Nationen (VN) von 1966 (1976) ist der Trend zu mehr individueller Verantwortung bei der Umsetzung und Einhaltung von Menschenrechten unumgänglich. Die Pakte schreiben jedem Bürger, aber auch Unternehmen und privaten Organisationen eine Mitverantwortung bei der Umsetzung der Menschenrechte zu. Wie diese aussehen soll, wird nicht vorgegeben. Aber parallel zu der Kompetenz-

verschiebung vom Staat an die Bürger beobachten wir eine Gegenbewegung z.B. in Form von Renationalisierung und Autokratisierung politischer Systeme. Diese geht einher mit den Bestrebungen nach einer starken Regierungsführung, deren Ziel es u. a. ist, dem Einzelnen möglichst viel Teilhabe und Eigenverantwortung abzunehmen und die Deutungshoheit über die Menschenrechte zurück zu gewinnen.¹

Wie also das Dilemma erklären und wie kann einer wachsenden globalen Bürgergesellschaft, die sich auf Menschenrechtsverträge beruft, mehr Teilhabe zuteilkommen ohne den republikanisch-demokratischen Verfassungsgedanken auszuhöhlen wenn zugleich autoritäre Regierungsformen an Popularität gewinnen?² Der Wunsch nach (mehr) Teilhabe muss nicht automatisch eine Entstaatlichung bedeuten.³ Charakteristisch für diesen Verfassungsstaat ist nach Gary S. Schaal eine fortlaufende Auseinandersetzung um die Interpretation von Interessen und normativen Überzeugungen, wie etwa den Menschenrechten, und wer welche Funktion im Staat ausführt. Dass immer mehr Bürger und Nichtregierungsorganisationen (NGOs) staatliche Aufgaben übernehmen, bedeutet nicht automatisch eine Auflösung des Staats sondern deutet darauf hin, dass dieser sich den globalen Gegebenheiten anpasst und verändert. Mehr Partizipation von Bürgern bei der Einhaltung der Menschenrechte kann sowohl als Stärkung

1 Jürgen Hartmann, *Demokratie und Autokratie in der vergleichenden Demokratieforschung, Eine Kritik*, 2015, S. 107f.

2 Vgl. Präambel der Europäischen Grundrechtecharta, Europäisches Parlament, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* (2010/c 83/02), Brüssel 2010.

3 Markku Suksi/Kalliope Agapiou-Josephides/Jean-Paul Lehmers/Manfred Nowak (Hrsg.), *The First Fundamental Rights Documents in Europe*, 2015.

der Qualität von Demokratie gewertet werden, als auch als Versagen staatlicher Organe, wie etwa Parlamenten und Gerichte. Diese Auseinandersetzung ist zentrales Verfahren der politischen Handlungskoordination und Legitimation einer Verfassung.⁴

Die erfolgreiche Umsetzung und Einhaltung demokratischer Verfassungen hängt also von dem Proporz ab, inwiefern individuelle Verantwortung und Teilhabe Einzelner, und die Schutzfunktion und Rechenschaftslegung des Staates auf beiden Seiten verteilt sind. An dieser Schaltstelle des Aushandelns und Neuordnung der „Grenzen“ der Verfassung befindet sich die Gesellschaft gegenwärtig.

Das ist nicht selbstverständlich, denn historisch gesehen sollten die Menschenrechte den Bürger primär vor der Hoheitsgewalt des Staates schützen. Heute „schützen“ die Bürger den demokratischen Verfassungsstaat, indem sie Grund- und Freiheitsrechte täglich einfordern und einklagen und z. B. Parlamente in der Deutungshoheit und Gerichte bei der Einhaltung, beeinflussen bzw. neu „begrenzen“. Die Zivilgesellschaft beruft sich dabei auf universelle Normen und internationale Menschenrechtsverträge. Absurderweise stehen heute NGOs und Privatpersonen vor Gerichten, die im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention (1950) oder der EU-Grundrechtecharta (2000) Menschen vor dem Ertrinken im Mittelmeer retten wollten. Absurderweise werden Menschenrechtsverteidiger und Bürger angeklagt, weil sie die Menschenrechte in den europäischen Verfassungen schützen wollen. Nationale Parlamente und Gerichte befinden sich zum Teil im Dilemma, denn der Aushandlungsprozess, inwiefern Bürger oder Staat welche Menschenrechte vorrangig schützen und umsetzen, nimmt Fahrt auf. So heißt es beispielsweise schon in Art. 25 a) des VN-Zivilpakts⁵, dass

jeder Bürger das Recht habe, an der „(...) Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten unmittelbar oder durch frei gewählte Vertreter teilzunehmen (...)“. Zwar ist dies zum einem als Aufforderung zur demokratischen Teilhabe innerhalb der Verfassungsgrenzen zu verstehen, aber auch zur Übernahme von mehr Verantwortung durch den Einzelnen, seine und die Menschenrechte anderer einzufordern. Da der VN-Zivilpakt auch in Folge der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948⁶ und unter dem Eindruck der Europäischen Menschenrechtskonvention von 1950 geschrieben worden ist, überrascht dieser Bezug nicht. Denn in der Konvention heißt es, dass „(...) diese Grundfreiheiten, welche die Grundlage von Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bilden (und die) am besten durch eine wahrhaft demokratische politische Ordnung (...) gesichert werden“.⁷ Diese demokratische Ordnung ist zwar die Basis für eine gerechte und friedliche Gesellschaft, aber auch nur eine – wenn auch die bislang effizienteste – Form ihrer Verwirklichung von Menschenrechten und sagt nichts darüber aus, welche Aufsichtsfunktionen Staat oder Bürger genau übernehmen sollen. Dieser andauernde Aushandlungsprozess zwischen Zivilgesellschaft und staatlichen Akteuren lässt sich auch in der Europäischen Grundrechtecharta von 2000 ablesen, denn darin wird die Verantwortung des Einzelnen bei der Einhaltung der Menschenrechte besonders hervorgehoben. Der Verfassungsrechtler Helmut Schelsky hatte bereits in seinen frühen Schriften angedeutet, dass die normativen Forderungen wie etwa im VN-Zivilpakt Folgebedürfnisse hervorbringen würden, die zu neuen institutionellen Arrangements führen müssen, und so das gesamte Institutionengefüge eines modernen Verfassungsstaates in Bewegung bringen.⁸ Genau diese Annahme und die daraus möglichen Folgewirkungen und Dynami-

4 Gary S. Schaal, Vier normative Konzepte von Integration qua Verfassung, in: Hans Vorländer (Hrsg.), *Integration durch Verfassung*, 2002, S. 89.

5 Vereinte Nationen, *Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte* vom 19. Dezember 1966, Inkraft 1976, BGBl. 1973 II 1553.

6 Jay Winter/Antoine Prost, René Cassin and Human Rights, *From the Great War to the Universal Declaration*, 2013.

7 Europarat, *Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, Rom 4.11.1950.

8 Patrick Wöhrle, Zur Aktualität von Helmut Schelsky, *Einleitung* in sein Werk, 2014, S. 31.

ken für die „Grenzen eines Verfassungsstaates“ sollen im Folgenden dargelegt werden.

II. „Normative“ Kräfte

Welche Menschenrechte vom Staat in erster Linie geschützt werden und welches Maß an Eigenverantwortung der Bürger dabei übernehmen sollte, hat sich im Laufe des letzten Jahrhunderts ständig verändert. Udo di Fabio paraphrasiert die Bedeutung der Menschenrechte in den Zeiten des Wandels gar als jenen Kernbestand, der *vor* jedem politischen Herrschaftsmodell besteht und die jeder legitimen politischen Organisation ihren prägenden Stempel aufdrückt ohne dabei zur Ideologie zu werden.⁹ Menschenrechte wie Meinungs- und Informationsfreiheit, das Recht auf Arbeit oder Gesundheit oder Privatsphäre werden durch Verfassungsreformen und -änderungen stets neu ausgelegt. Dazu gehören auch die Grund- und Freiheitsrechte, die als Abwehrrechte gegen einen übermächtigen Staat gelten.¹⁰ Doch gleich, wie das Ergebnis des Aushandelns ausgesehen hat, der Verfassungsstaat versäumte es bislang nicht, die Grundfreiheiten seiner Bürger gesetzlich so zu regeln, dass er diese stets in besonderen Fällen begrenzen oder aussetzen konnte. Ausgenommen davon sind die nicht verhandelbaren Menschenrechten wie etwa die Menschenwürde und Gewissensfreiheit und der Schutz vor Sklaverei und Folter. Der Staat gibt seine Interpretationshoheit nicht gänzlich ab und bleibt bislang der Hauptverantwortliche für die Einhal-

tung von Freiheiten. Er kann von den Opfern von Menschenrechtsverletzungen zwar zur Rechenschaft gezogen werden, behält aber die Deutungshoheit – doch die verändert sich dramatisch. Somit ist der politisch-praktische Sinn von Menschenrechten und ihr Gehalt das Ergebnis einer fortdauernden Wechselwirkung zwischen normativen Absichten und der Wahrnehmung und Entwicklung gesellschaftlicher Gegebenheiten, die sich u. a. im Wunsch nach mehr oder weniger staatlicher Hoheitsmacht durch die Bürger äußert. Ein solcher Trend ist auch in der internationalen Strafgerichtsbarkeit zu erkennen, wie beim Internationalen Strafgerichtshof in Den Haag. Hier werden nicht mehr Regierungen zur Verantwortung gezogen, sondern individuelle Täter, in der Regel Warlords oder Militärs. Damit geht einher, dass Kompensationen für Opfer in Zukunft nicht mehr allein aus der Staatskasse beglichen werden, sondern auch von den persönlich verantwortlichen Personen oder Unternehmen oder Organisationen, die für Menschenrechtsverbrechen verantwortlich sind.¹¹

Denn spätestens seit der Wiener VN-Weltmenschenrechtskonferenz von 1993, bei der die Universalität der Menschenrechte abschließend von allen Mitgliedstaaten bestätigt worden ist, eingedenk kultureller Besonderheiten, und gleichzeitig die Rolle der Zivilgesellschaft zur Umsetzung und Einforderung der Menschenrechte von allen VN-Mitgliedstaaten betont wurde, ist der Trend nach mehr individueller Verantwortung für Menschenrechte nicht mehr aufzuhalten.¹² Seither gibt es einen ungebrochenen Anstieg von Menschenrechtsorganisationen und NGOs. Insgesamt drei VN-Dekaden für Menschenrechtsbildung und Lernen sind seither ausgerufen worden, deren Protagonisten zum Ziel haben, Menschen in ihren Rechten so zu befähigen,

9 Udo di Fabio, Menschenrechte in unterschiedlichen Kulturräumen, in: Günter Nooke/Georg Lohmann/Gerhard Wahlers (Hrsg.), *Gelten Menschenrechte universal?*, 2008, S. 84.

10 Zur Naturrechtdiskussion im Verhältnis zu den Menschenrechten, z.B.: *Mathias Hildebrandt*, Menschenrechte und ihre Entwicklung in der Ideengeschichte, in: Petra Bendel/Thomas Fischer (Hrsg.), *Menschen- und Bürgerrechte: Ideengeschichte und Internationale Beziehungen*, Nr. 6, Zentralinstitut für Regionalforschung, 2004, S. 23–46; *Horst Dreier*, Dimensionen der Grundrechte, Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten, in: *Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Hannover*, Heft 23, 1993, S. 41–42.

11 *Vladimir Tochilovsky*, *Jurisprudence of the International Criminal Courts and The European Court of Human Rights, Procedure and Evidence*, 2008, S. 318.

12 *Franz Nuscheler*, *Recht auf Entwicklung*, in: Sabine von Schorlemer (Hrsg.), *Praxis-Handbuch UNO, Die Vereinten Nationen im Lichte globaler Herausforderungen*, 2003, S. 206 f.

dass sie sich für ihre eigenen und die der anderen einsetzen können, egal wo auf der Welt und unabhängig von jedem Nationalstaat und seinen Verfassungen.¹³ Die Menschenrechtsidee bekam seither Auftrieb und verbreitete sich rasant. Menschenrechtsverteidiger, z. B. Lehrer, Blogger oder Anwälte, die direkten Bezug auf Menschenrechtsverträge nehmen, sind heute keine Seltenheit mehr und leisten täglich einen Beitrag zu deren Umsetzung. Sie generierten damit einen gesellschaftspolitischen Willen, der sich im Aushandlungsprozess niederschlägt und Regierungen, Parlamente und Gerichte zwingt, Verfassungen neu auszulegen und der Zivilgesellschaft mehr Raum einzuräumen. Ein weiterer Beschleunigungsmotor in diesem Prozess sind die Demokratisierungswellen seit den 1990er Jahren in Süd- und Mittelamerika, in Osteuropa und im Mittleren Osten, aus deren Praxis heraus sich ein stärkeres individuelles „Rechtebewusstsein“ entwickelte.

Ein Beispiel für die veränderte Situation ist u. a. die Klagemöglichkeiten beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR).¹⁴ Seit 1955 konnten bisher nur eingeschränkt Einzelpersonen vor dem Gerichtshof ihre Grundfreiheiten gegenüber dem Staat einklagen, die Möglichkeit der Individualklage wurde 1998 erheblich erweitert.¹⁵ Diese Entwicklung wiederum steht im Kontext des seit den 1990er Jahren aufkommenden internationalen Straf- und Sondertribunale und -gerichte z. B. zum ehemaligen Jugoslawien, zu Ruanda

oder Sierra Leone.¹⁶ Denn dort standen sich erstmalig direkt Täter und Opfer von Menschenrechtsverletzungen direkt gegenüber und die Täter konnten unmittelbar zur Verantwortung gezogen werden. Die Erfahrungen der Ad-hoc-Tribunale gingen später in das Römische Statut von 1998 über, das 2002 in Kraft trat und die Gründung des Internationalen Strafgerichtshofs in Den Haag nach sich zog. Aber auch beim Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte in Costa Rica wird zunehmend das Opfer von Menschenrechtsverletzung in den Mittelpunkt der Rechtsprechung gestellt, obgleich hier nach wie vor Regierungen auf der Anklagebank sitzen.¹⁷

Mit diesen Entwicklungen wurde schnell von einem „global constitutionalism“ gesprochen, dessen grundlegendes Normengerüst, das Völkerrecht und internationale öffentliche Recht, weltweit Maßstab für Verfassungsreformen oder Abkommen sei.¹⁸ Dieser Ansatz geht davon aus, dass grundlegende Prinzipien von Rechtsstaatlichkeit, Gewaltenteilung und Teilhabe bei internationalen Vertragsverhandlungen und Organisationen eine stärkere Rolle spielen als je zuvor. Denn waren es in den Anfangsjahren internationaler Straf- und Menschenrechtsgerichtsbarkeit noch ausschließlich Staaten, die gegen andere Staaten klagen konnten – wie etwa beim Internationalen Gerichtshof –, sind es mit den Reformen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, der Schaffung des Internationalen Strafgerichtshofs durch das Römische Statut, sowie durch das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon von 2009 immer stärker individuell Betroffene, die gegen den Staat (oder im Fall der EU, gegen EU Institutionen) ihre Grund- und Freiheitsrechte

13 *Chrissie Monagan/Carol Anne Spreen*, From Human Rights to Global Citizenship Education: Movement, Migration, Conflict and Capitalism in the Classroom, in: Joseph Zajda, Sev Ozdowski (Hrsg.), *Globalization, Human Rights Education and Reforms*, 2017, S. 35 ff.

14 *Europarat, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte*, 2017.

15 *Armin Höland*, Wirkung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das Privatrecht in Deutschland, Beobachtungen und ausgewählte Beispiele, in: ders. (Hrsg.), *Wirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im deutschen Recht*, 2012, S. 166.

16 *Chittharanjan F. Amerasinghe*, *Jurisdiction of International Tribunals*, The Hague et al., 2003, S. 89 f.

17 *Karsten Seifert*, Das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte und seine Reformierung, Schriften zum internationalen und zum öffentlichen Recht, in: Gilbert Gornig (Hrsg.), *Schriften zum internationalen und zum öffentlichen Recht*, 2008, S. 45 f.

18 *Christine E. J. Schwöbel*, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, 2011, S. 118 f.

einfordern können. Der Staat spielt in diesen Verhandlungen eine zunehmend nachgeordnete Rolle, sowohl als Beklagter als auch als Kläger. Er wird jedoch bei jeder Verhandlung z. B. bei Verhandlungen vor dem Gerichtshof der EU (EuGH) oder beim IStGH indirekt „mitangeklagt“, da seine Institutionen beim Schutz der Menschenrechte im eigenen Land offenbar versagt haben. Zwar steckt die internationale Strafgerichtsbarkeit noch in den Kinderschuhen, aber der Trend zu individueller Verantwortung ist unübersehbar. Dieser Trend führte im Falle der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte bald zum Eindruck der direkten Einmischung in staatliche Souveränität und verfassungsrechtliche Kompetenzen bei der Umsetzung der Menschenrechte. Die Niederlande und Großbritannien wehrten sich schon bald nach den Reformen gegen den damit einhergehenden Souveränitätsverlust, der sie durch die Entscheidungen des Gerichtshofes zwang, Gesetze zu ändern, die ihren Bürgern mehr Grundfreiheiten zusprechen würden. Im Jahr 2012 forderten diese Staaten in der Erklärung von Brighton, den Grundsätzen der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit, und damit der nationalen Interpretationshoheit über die Straßburger Rechtsprechung, wieder mehr Vorrang einzuräumen.¹⁹ Diesem Prinzip entsprechend können (national-)staatliche Verfassungsprinzipien, wie etwa die Einschränkung bestimmter Grund- und Freiheitsrechte, nicht ohne Weiteres vom EGMR außer Kraft gesetzt werden.

Was aber wie ein Etappensieg für den (nationalen) Verfassungsstaat in seiner bisherigen Form aussah, wurde gleichzeitig durch stärkere Forderungen nach internationaler Strafgerichtsbarkeit, Schiedsgerichten und anderen internationalen Tribunalen wieder ausgehebelt. Denn nicht nur die internationale Staatengemeinschaft unterstützte diese Entwicklung der internationalen Strafgerichtsbarkeit, sondern auch das VN-Hochkommissariat für Menschenrechte in

Genf.²⁰ Zwar drohten im Zuge der Sorge von nationalstaatlichem Souveränitätsverlust Regierungen, wie die Südafrikas, Burundi, Ghanas oder Gambias, im Jahr 2016, dem Internationalen Strafgerichtshof den Rücken zu kehren, weil sie erkannten, dass diese Art von individueller Strafgerichtsbarkeit ihren Hoheitsbereich empfindlich einschränkt und vor allem ihr Versagen als Schutzmacht gegenüber ihren Bürgern zum Vorschein bringen würde. Umgesetzt hat diese Drohung bislang nur Burundi. Die Drohungen waren deutliche Zeichen, dass sich der Verfassungsstaat seine Deutungs- und Durchsetzungshoheit bei den Grundfreiheiten zurückholen würde wollen, dabei aber interessanterweise die Prinzipien der Menschenrechte nie in Frage stellte. Bemerkenswert ist auch, dass nicht einmal autoritäre Regierungen es bislang gewagt haben, die Menschenrechte aus ihren Verfassungen zu streichen.²¹

Zwar gehen die VN ebenso wie die regionalen Menschenrechtsregime, ob Europarat, Interamerikanisches System oder die Afrikanische Union, immer noch vom Staat als Hauptakteur im Menschenrechtsgefüge aus, doch die oben beschriebene Dynamik zeigt, dass zunehmend der Einzelne, und dazu gehören sowohl die Zivilgesellschaft als auch private Unternehmen, für die Einhaltung bzw. Nichteinhaltung mitverantwortlich gemacht werden und dies zum Teil auch wollen.²²

19 Dinah L. Shelton, *Advanced Introduction to International Human Rights Law*, in: dies. (Hrsg.), *Advanced Introduction to International Human Rights*, 2006, S. 287.

20 Vgl. *Zeid Ra'ad Al Hussein*, *Global Challenges to Human Rights*, John Hopkins Center for Public Health and Human Rights, 2017; World Court of Human Rights Development Project, *The Role and Jurisdiction of the World Court of Human Rights*, 2017.

21 Kim Lane Scheppele, *The End of the End of History*, 2017, S. 5. Karl Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, II, in: *The American Political Science Review*, 31, Nr. 4, 1937, S. 638–658.

22 Spätestens seit den so genannten ‚Ruggie Prinzipien‘ – den *Guiding Principles on Business and Human Rights*, die von einer Unterkommission für den Schutz der Menschenrechte der Vereinten Nationen 2003 ins Leben gerufen und später durch eine Reihe weiteren Normenkatalogen verabschiedet worden sind.

III. „Begrenzung“ durch die Zivilgesellschaft

Bis heute gilt, dass die Menschenrechte in jeder staatlichen Verfassung „begrenzt“ werden können, unter Berufung auf ein höheres Ziel, das in der Regel den gesellschaftlichen Frieden, oder die nationale Sicherheit umfasst, ideologisch oder religiös motiviert ist, wie etwa in Israel oder Saudi Arabien, die sich als religiöse Staaten verstehen. Diese Begrenzungen sind jedoch in einer entideologisierten und globalen Gesellschaft längerfristig nicht aufrechtzuerhalten. Thomas Wischmeyer beispielsweise begründet solche Grenzen der Verfassung allein auf positive Kompetenzordnung des Staates, m. a. W. jene Gesetzesvorbehalte, die Parlamente beschließen können, aber die Grundrechte als Maßstab haben müssen. Seiner Auffassung nach können Verfassungsgrenzen nicht ideologisch begründeten werden.²³ Denn die Verfassung spiegelt nur den normativen Rahmen innerhalb eines sich ständig neu zu absolvierenden Legitimationsprozesses wieder, so Utz Schliesky. Religion oder Ideologie müssen sich aber nicht legitimieren, sie sind Glaubensgrundsätze. Im modernen Verfassungsstaat ist z. B. ein Grundgesetz die Mittlerin zwischen Legitimität der Herrschaft von Regierungen und den Trägern der Souveränität, den Bürgern. Die Akzeptanz der Herrschaftsordnung soll vor allem dadurch ausgeübt werden, indem die Freiheiten des Bürgers an der Spitze jeder Verfassung stehen sollten, nicht am Ende oder in den hinteren Kapiteln.²⁴ Genau diese Verschiebung nach vorne ist seit 1948 zunehmend eingetroffen und führte zu einer Eigendynamik, nämlich die Verantwortung Menschenrechte einzuhalten, auch dem Bürgern zu übertragen. Damit wurden die Grenzen der Verfassung quasi per Anordnung der Kapitel neu gesetzt.

23 Thomas Wischmeyer, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates: Geschichte und Theorie, Grundlagen der Rechtswissenschaft, Nr. 26, 2015, S. 187.

24 Utz Schliesky, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, S. 495.

Durch die steigende globale Mobilität erwarten Menschen, unabhängig von ihrer Staatszugehörigkeit, die Umsetzung der Menschenrechte dort wo sie leben, und nicht (nur) in dem Land, in dem sie die Staatsbürgerschaft besitzen. Da der moderne, demokratische Verfassungsstaat jedoch kein globaler, sondern ein national-territorialer ist, für den beispielsweise Migrationsbewegungen eigentlich die Ausnahme, als die Regel sein sollten, ist angesichts der neuen globalen Realität steigender Mobilität von Waren und Menschen, der Deutungskonflikt zwischen universellen Normen und nationaler Umsetzung vorprogrammiert. Unsere Verfassungen müssen sich der Globalisierung anpassen, nicht umgekehrt. Denn wenn das Vorrangprinzip für die universellen Rechte jedes Einzelnen gilt, dann sind territoriale Grenzen, abstrakt gesehen, nachrangig. Somit stehen Verfassungsrechtler, Politiker und Zivilgesellschaft vor der Frage, ob die Entwicklung der letzten Jahrzehnte zu einer „Entgrenzung“ staatlicher Verantwortung führte oder nur zu einer weiteren „Ermächtigung“ der Träger von Souveränität. Wie soll die Durchsetzbarkeit universeller Normen sowohl im Verfassungsstaat als auch im Rahmen einer „globalen Bürgergesellschaft“ gewährleistet werden, wenn der Staat in seinem Herrschaftsanspruch im Zuge nationaler-territorialer Interessen die Grundrechte einschränken kann, aber das Maß an Eigen- und Bürgerverantwortung noch nicht abschließend geklärt ist?²⁵ Schliesky sieht darin nur insofern einen Konflikt, sofern sich diesem notwendigen Legitimationsdiskurs ein starres Beharren auf „ständischen Freiheitsrechten“ im traditionellen Sinne eines Gemeinwohls als Herrschaftszweck entgegenstellt.²⁶ Staatliche Institutionen, wie Ministerien oder Parlamente, müssen reagieren und sind dabei nicht ausreichend auf ihren eigenen Legitimitätsverlust vorbereitet, so hat Samuel

25 Peter Koller, Die Internationalisierung der Menschenrechte und die Grenzen der staatlichen Souveränität, in: Matthias Lutz-Bachmann/Hauke Brunkhorst/Wolfgang R. Köhler (Hrsg.), Recht auf Menschenrechte - Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik, 1999, S. 228-244.

26 Schliesky, (Fn. 24), S. 208.

Moyn dieses Dilemma zusammengefasst, nämlich dass "(...) *the breakthrough of international human rights could seem to draw on the proliferation of formal constitutional rights, but this does not mean that the way to the former was prepared by the latter, even when the Universal Declaration was taken as a useful catalogue for domestic lists. The main purpose of these constitutions after all was the constitution of sovereignty.*"²⁷ Unter diesem Eindruck argumentierte bereits in den 1990er Jahren Alec Stone Sweet, dass die moderne Rechtspraxis und Rechtsnormen den Staat zwangsläufig reformiere und dass sich der Eingriff staatlicher Gewalt unter Achtung der universellen Ansprüche der Menschenrechte ändern werde.²⁸ Nur wie, das verriet er nicht.

Der Vertrag von Lissabon von 2010, der eine Art Verfassung der EU darstellt, ist ein Beispiel dafür, wie Menschenrechte als Maßstab für mehr Eigenverantwortung gegenüber der staatlichen bzw. der Hoheitsmacht des Staates herangezogen werden können.²⁹ Er ist sicherlich nur ein Schritt in diese Richtung, denn laut diesem und früherer EU-Verträge soll jedes Drittstaaten-Abkommen und jede Entscheidung auf EU-Ebene in Zukunft Menschenrechte berücksichtigen.³⁰ Demnach können Grundfreiheiten und Abwehrrechte Einzelner bei einem Freihandelsabkommen oder einer EU-Verordnung von jedem eingefordert werden. Gleichzeitig wird aber verlangt, dass sich die Zivilgesellschaft und die Wirtschaftsunternehmen stärker an der Gestaltung dieser Abkommen beteiligen und ihren Beitrag zur Umsetzung der Menschenrechte leisten. Zukünftige Verträge oder Gesetze sind daher nicht nur im Interesse eines Staates oder der EU, sondern vorrangig im In-

teresse der hier lebenden Menschen, Konsumenten oder Vertragspartner – gleich welcher Nationalität – zu verstehen.³¹ Auch wenn die heutige Praxis noch weit entfernt von einer effektiven Teilhabe aller EU-Bürger ist, so scheint dies doch ein erster normativer Schritt in Richtung zu mehr Mitbestimmung und Mitverantwortung zu sein. Damit werden dem Gesetzgeber insofern Deutungshoheiten genommen, indem er stets Grundfreiheiten und Teilhabe der Bürger berücksichtigen muss. Zum einen „entlastet“ diese Umverteilung Regierungen und Legislative, zum anderen führt diese zum Souveränitätsverlust staatlicher Institutionen, welcher sicherheitspolitische Konsequenzen nach sich ziehen kann.

Hannah Arendt beschwor bereits kurz nach den Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus das Ende des Nationalstaats, denn dieser sei in seiner Begrenzt- und Verfasstheit das eigentliche Hindernis bei der Einhaltung der Menschenrechte und damit des liberalen und selbstbestimmten Bürgertums.³² Das Dilemma der Abwägung ist demnach so alt wie der moderne Verfassungsstaat selbst, denn in dieselbe Richtung argumentierte später Jürgen Habermas in seinem Plädoyer für den unvermeidlichen, weltweiten Diskurs freier und gleicher Bürger, der zwangsläufig zu einer menschenrechtsbasierten Demokratisierungswelle führen müsse und damit zu mehr Selbstwahrnehmung des Individuums und seiner Rechte vor dem Staat.³³ Durch die Umverteilung kann aber auch ein Machtvakuum entstehen, das Regierungen zur Autokratisierung ihres Herrschaftsanspruches nutzen. So wurde beispielsweise schon während der verfassunggebenden Versammlung für die Bundesrepublik der „wehrhaften“ Demokratie in Art. 18 des Grundgesetzes (GG)

27 Samuel Moyn, *The Last Utopia, Human Rights in History*, 2010, S. 113.

28 Alec Stone Sweet, *Judicialization and the Construction of Governance*, in: *Comparative Political Studies* 31, Faculty Scholarship Series, No. 75 (1999), S. 147–184.

29 Europäische Union, *Die Grundrechtecharta*.

30 Marika Lerch, *Menschenrechte und europäische Außenpolitik, Eine konstruktive Analyse*, 2004, S. 122.

31 Vgl. auch Menschenrechtsmaßstäbe des EU Parlaments, *Anja Mihr, Human Rights Benchmarks for EU's External Policy*, European Parliament, Committee on Human Rights, 2011.

32 Peg Birmingham, *Hannah Arendt and Human Rights, A Predicament of Common Responsibility*, 2006, S. 133.

33 Karl-Heinz Nusser, *Menschenrechte, Menschenwürde und Demokratie bei Jürgen Habermas*, 2014, S. 212.

Vorschub geleistet. Denn trotz aller freiheitsliebender und partizipativer Euphorie der Verfassungsgründer wollte man sich bei Bedrohung „gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung“ das Zepter nicht aus der Hand nehmen lassen. Die Verwirrung von Grundfreiheiten und ihr Ausmaß werden zwar nur durch das Verfassungsgericht ausgesprochen, dieses kann aber jederzeit angerufen werden.³⁴ Dieses Konzept ist vielfach von anderen Staaten kopiert worden.³⁵ Die Gesetzgeber konnten somit dafür Sorge tragen, dass die Rechte des Einzelnen am Ende doch dem Regierungswillen nachgeordnet sind.³⁶ Die Möglichkeiten einer „wehrhaften“ Demokratie bedeutet aber nicht automatisch eine Autokratisierung des Regimes. Mark Tushnet sieht selbst in den modernen „autoritären Verfassungsstaaten“ keinen unmittelbaren Widerspruch in sich. Der „duale Staat“, wie er ihn nennt, in dem es liberale Freiheiten für die weltoffenen Mitglieder der Gesellschaft gibt und restriktive für den Rest, scheint für viele politische Regime wie etwa Singapur oder Ungarn zu funktionieren.³⁷ Kim Scheppelle führt in Anbetracht der jüngsten Renationalisierungs- und Autokratisierungstendenzen an, dass demokratische Verfassungen „self-sustaining“ wären³⁸ und aufstrebende Despoten weniger Chancen auf Erfolg hätten, wenn sie den Bürger stärker berücksichtigen würden. Unter „self-sustaining“ versteht sie menschenrechtsbasierte Verfassungen, die jedem Einzelnen im Staat befähigen, z. B. durch mehr Partizipation, Klagemöglichkeiten und Volksentscheide, gegen aufstrebende Despoten rechtzeitig vorzugehen. Moderne Verfassungen sind jedoch aufgrund der oben beschriebenen Deutungshoheit und Gesetzesvorbehalten, die eine Einschränkung der Menschenrechte

nach sich ziehen können in der Übergangsphase (noch) nicht annähernd „self-sustaining“. Auch die modernste Verfassung ist somit nicht notwendigerweise eine sichere Grundlage für eine starke – selbstwahrnehmende – und wehrhafte Zivilgesellschaft.

Parallel dazu entwickelt sich die universelle Menschenrechtsidee immer weiter und oft schneller als Verfassungsrechtler und Gesetzgeber nachziehen können, was beispielsweise in den ehrgeizigen VN-Zielen für nachhaltige Entwicklung in der Agenda 2030 zum Ausdruck kommt. Hier werden der Zivilgesellschaft, den Privatinitiativen und den Unternehmen eine besondere Verantwortung bei der Umsetzung der Menschenrechtsziele zugesprochen.³⁹ Staatliche Institutionen reagieren darauf, indem sie zum „Wohle der staatlichen Sicherheit und des Gemeinwohls“ die Reichweite von Grundfreiheiten in die Waagschale werfen und mit den zivilen Verhandlungspartnern aushandeln.

Sieht man sich diese ehrgeizigen Ziele und ihre Maßnahmen an, können die gegenwärtigen Autokratisierungstendenzen einiger Regierungen auch als ein vorübergehendes Phänomen interpretiert werden. Denn im Sinne der Habermasianischen steigenden „Selbstwahrnehmung“ des Einzelnen und Scheppelles Forderung nach einer „self-sustaining“ Bürgergesellschaft scheint sich die internationale Staatengemeinschaft im Zuge der Globalisierung und dem Druck der Zivilgesellschaft für eine Weiterentwicklung der Menschenrechtsagenda entschieden zu haben. Denn durch die weltweit agierende „rastlose Zivilgesellschaft“, wie sie der Staatsrechtler Günter Frankenberg beschrieben hat, wird der Aushandlungsprozess weiter vorangetrieben und die Menschenrechtsidee rasant verbreitet.⁴⁰ Die Durchführung von Referenden und anderen direkten Demokratiemaßnahmen, einer wachsenden internationalen Strafgerichts-

34 Martin Kriele, *Der demokratische Verfassungsstaat in Deutschland*, in: ders. (Hrsg.), *Einführung in die Staatslehre*, 1994, S. 312–344.

35 Vgl. hierzu die Länderbeispiele in: Markus Thiel, *The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies*, 2009.

36 Mark Tushnet, *Authoritarian Constitutionalism*, in: *Cornell Law Review* 100, Nr. 2, 2015, S. 391 f.

37 Tushnet (Fn. 36), S. 439.

38 Scheppelle (Fn. 21), S. 36.

39 Vgl. United Nations, *Sustainable Development Goals*, 2017.

40 Günter Frankenberg, *Political Technology and the Erosion of the Rule of Law: Normalizing the State Exception*, 2014, S. 49.

barkeit sowie die Inhalte des Lissaboner Vertrages sind nur einige Hinweise, die für eine Neuordnung der Grenzen sprechen.

Dementsprechend entwickelten Rechtswissenschaftler an der Freien Universität Amsterdam ein Rechtsmodell der "shared-responsibility". Damit wollten sie dem Dilemma von staatlichem Souveränitätsverlust und steigendem Rechtsbewusstsein des Einzelnen eine neue Form geben.⁴¹ Nach dem Modell soll jedes Rechtssubjekt seinen Beitrag zur Einhaltung und zur Umsetzung der Menschenrechte leisten. André Nollkamper und sein Team sehen in diesem Wandel einen Weg zu einer multi-stakeholder-basierten Rechtsgesellschaft, in der Vertreter aus Politik, Zivilgesellschaft, Wirtschaft oder Wissenschaft gleichberechtigt an einem Tisch sitzen und ihre Rechte und Pflichten aushandeln und bei Nichteinhaltung entsprechend die Konsequenzen tragen müssen.⁴² Das bedeutet keineswegs eine Übernahme oder ein Versagen des Verfassungsstaates, sondern eher eine notwendige Anpassung an die Realität, wie Peter Koller empfiehlt. Der Rechtsphilosoph erinnert bei dieser Gelegenheit ebenfalls daran, dass der moderne Nationalstaat und seine territorialen (Rechts-)Grenzen Entwicklungen jüngerer Zeit und nicht notwendigerweise das Modell von morgen sind.⁴³

In diesem Zusammenhang ist der allgemeine Duktus des Verlustes staatlicher Verantwortung als Szenario der Abkoppelung der Menschenrechte mit der politischen Form der Demokratie und der staatlichen Bürgergesellschaft zu sehen, so argumentiert Georg Kohler.⁴⁴ Politisch legitime Herrschaft muss daher die Menschenrechte mit einer jeweils geeigneten Infrastruktur in ih-

ren praktischen Voraussetzungen sichern und sie mit dem gemeinschaftlich, deliberativen und kulturabhängigen Gerechtigkeitsverständnis in Einklang bringen.⁴⁵ Denn, auch wenn in einigen Verfassungen internationale Menschenrechtverträge sofortigen Verfassungsrang haben, wie etwa in Österreich, müssen ihre Umsetzung mit der Zivilgesellschaft neu verhandelt werden.⁴⁶

IV. Verfassungsgrenzen

Eine besondere Herausforderung für den deliberativen Verfassungsstaat sind die so genannten unveräußerlichen bzw. nicht verhandelbaren Menschenrechte wie etwa das absolute Folterverbot, das Diskriminierungsverbot oder das Verbot der Sklaverei. Diese Freiheitsrechte sowie die Würde des Menschen sind ebenfalls nicht verhandelbar, auch nicht im Falle eines Krieges oder nationalen Notstandes. Sie stehen all jenen Menschenrechten gegenüber, die unter bestimmten Umständen eingeschränkt bzw. veräußert und begrenzt werden können und damit indirekt „Verhandlungsmasse“ sind und „relativiert“ werden können.⁴⁷ Unveräußerliche Menschenrechte setzen daher den Verfassungen und ihren Gebern klare Deutungsgrenzen. Bei allen anderen Grundfreiheiten, wie etwa Privatsphäre und Meinungsfreiheit muss immer wieder neu abgewogen werden, ob und inwieweit, beispielsweise Hasstiraden oder üble Nachrede, die Unversehrtheit einer Person beeinträchtigen. In diesem Falle sollten die Menschenrechte auf freie Meinungsäußerung und Unversehrtheit oder Privatsphäre vom Gesetzgeber neu geregelt und gegebenen-

41 Andre Nollkamper/Dov Jacobs, Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework, in: Michigan Journal of International Law 34, Nr. 2 (2013), S. 359–438.

42 Vgl. United Nations Development Program, Multi-Stakeholder Decision Making, 2012.

43 Peter Koller, Die moralische Relevanz staatlicher Grenzen, in: Karl Graf Ballestrem (Hrsg.), Internationale Gerechtigkeit, 2001, S. 109–130.

44 Georg Kohler, Weltinnenpolitik. Grenzen der Verantwortung und Entstaatlichung, in: Matthias

Lutz-Bachmann/Hauke Brunkhorst/Wolfgang R. Köhler (Hrsg.), Recht auf Menschenrechte – Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik, 1999, S. 246–260 (S. 255).

45 di Fabio, (Fn. 9), S. 84.

46 Nach dem deutschen Grundgesetz haben einige internationale Rechte unmittelbar Vorrang (Art. 25 GG), wenn sie bestimmte Voraussetzungen der Kompatibilität erfüllen. Diese müssen jedoch genau abgewogen werden.

47 Jens Hinkmann, Philosophische Argumente für und wider der Universalität der Menschenrechte, 1996.

falls eingeschränkt werden. Soziale, wirtschaftliche oder kulturelle Menschenrechte, wie etwa auf freie Berufswahl, auf Bildung oder Gesundheit galten lange Zeit insofern als verhandelbar, weil sie u. a. vom wirtschaftlichen Wohlstand eines Landes abhängige und als in Relation zur wirtschaftlichen Entwicklung zu setzende Rechte behandelt wurden. Sie waren daher vornehmlich dem politischen Willen (oder Können) einer Regierung unterworfen und den jeweiligen Verfassungen sehr unterschiedlich „begrenzt“ und ausgelegt.⁴⁸ Erst seit der Verabschiedung des Fakultativprotokolls zum VN-Sozialpakt von 2006 hat sich diese Auffassung unter Rechtsexperten geändert. Darin werden die Staaten aufgefordert, die im Pakt enthaltenen wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Menschenrechte so auszulegen, dass sie justiziabel sind. Nur 22 der 193 VN-Mitgliedstaaten haben das Protokoll bislang ratifiziert, was nicht nur auf mangelnden Willen, sondern auch darauf zurückzuführen ist, dass z. B. das Recht auf Arbeit zunächst eindeutig definiert werden muss, bevor es justiziabel wird.⁴⁹ Gleichwohl sind die maßgeblichen VN-Pakte und -Konventionen inzwischen Völkergewohnheitsrecht geworden und im Kern in die Verfassungen eingegangen, was ebenfalls zum Verlust verfassungsstaatlicher Deutungshoheit beiträgt.⁵⁰ Insgesamt gesehen ist diese Entwicklung jedoch ein weiterer Indikator dafür, inwiefern sich der Rechtsanspruch gegenüber Menschenrechte zugunsten des Individuums gewandelt hat.

48 Zur Genese der Menschenrechte im Kalten Krieg siehe auch: *Jan Eckel*, Die Ambivalenz des Guten, Menschenrechte in der internationalen Politik seit den 1940ern, 2014, S. 343–803; *Hermann Klenner*, Marxismus und Menschenrechte Studien zur Rechtsphilosophie: Anhang, Menschenrechtskataloge aus Vergangenheit und Gegenwart, 1982.

49 The General Assembly, Optional Protocol on the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 2008.

50 *Stefan-Ludwig Hoffmann*, Die Universalisierung der Menschenrechte nach 1945, in: *Zeitgeschichte* – online, 2011.

V. Fazit

Es geht keineswegs darum, alle Verantwortung zur Umsetzung von Menschenrechten allein dem Einzelnen zu übertragen, es wird auch weiterhin staatliche Institutionen brauchen. Aber mit dem Aufkommen globaler Bewegungen und der von Alec Stone Sweet beschworenen rasant wachsenden Eigendynamik der Menschenrechte müssen die Grenzen einer auf ein Herrschaftsterritorium beschränkten Deutungshoheit über Grund- und Freiheitsrechte neu verhandelt werden.⁵¹ Dafür formuliert Schliesky zwei Grundbedingungen, um einerseits dem Drängen nach individueller Teilhabe nachzugeben und andererseits den Pfad des Rechtsstaates nicht zu verlassen, nämlich die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und einer unabhängigen freien Justiz.⁵² Für beides braucht es einen Verfassungsstaat und seine Institutionen. Denn nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit gibt der Rechtsstaat in seiner Funktion nicht vor, *wie* Freiheit und Verantwortung des Einzelnen zu sichern sind, sondern nur durch *wen*, nämlich politischen Entscheidungsträgern und staatlichen Institutionen. Nach diesem Prinzip regelt (bislang) jedes VN-Mitgliedsland die Umsetzung des Völkerrechts in nationale Gesetzgebung unterschiedlich, aber der Anspruch, die Normen mittelfristig verfassungsrechtlich im Wortlaut umzusetzen, besteht für alle Staaten. Nach Art. 25 GG beispielsweise, erzeugen die allgemeinen Regeln des Völkerrechts unmittelbar Rechte und Pflichten für alle Bewohner in Deutschland.⁵³ Ein Grundsatzurteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2004 legt indes fest, dass Behörden und Gerichte von den Vorgaben der Straßburger Richter abweichen dürfen, wenn sie anderer Meinung sind. Eine schematische Vollstreckung der Urteile ist nicht zwangsläufig nötig.⁵⁴ Aber die individuellen Beschwerde- und Klagemöglichkeiten sowie die überge-

51 *Scheppele* (Fn. 21).

52 *Schliesky* (Fn. 24), S. 208 f.

53 *Albert Bleckmann*, Grundgesetz und Völkerrecht: Ein Studienbuch, 1975, S. 295.

54 BVerfGE 111, 307 (Görgülü).

ordneten menschenrechtlichen Leitlinien und rechtsstaatlichen Prinzipien können sie damit nicht aushebeln.⁵⁵ Solche und andere Gegenbewegungen wie durch die Erklärung von Brighton wären im Rahmen der EU-Grundrechtecharta nicht ohne weiteres möglich. Denn darin sind Sanktionsmechanismen enthalten, die in Kraft treten, wenn Menschenrechtsstandards in den Mitgliedsstaaten (auch durch deren Verfassungen) ignoriert werden. Demnach ist die materiellrechtliche Verfassungsgrenze zwar staatsrechtlich wichtig, so Oliver Dörr, um den Anspruch staatlicher Letztentscheidung und die prinzipielle Begrenztheit öffentlicher Gewalt zu dokumentieren, jedoch in weit geringerem Maße, als dies der Europarat oder die EU-Verträge Anfang der 1990er Jahre noch vorgesehen haben.⁵⁶ Denn demgegenüber werden die steigende Befähigung Einzelner, ihre Menschenrechte nicht nur zu kennen, sondern auch einzufordern in den jüngsten Verträgen sogar vorausgesetzt. In Art. 23 und Art. 79 des Vertrags von Lissabon ist die Rede von „Grenzen des Übertragbaren“ in die Verfassung. Diese Grenze bestimmte den Rahmen staatlicher

Deutungshoheit, die weitaus geringer ist als vorher. Der genaue Wortlaut kann zwar entsprechend der eigenen Rechtstradition „angepasst“ aber nicht sinngemäß „begrenzt“ oder ausgehebelt werden,⁵⁷ was sich im Falle Polens oder Ungarns allerdings noch zu bewähren hat.

Insgesamt ist der Trend zur globalen Bürgergesellschaft, die ihre Rechte kennt und einfordert nicht mehr aufzuhalten. Der Nationalstaat und seine territorial und staatsbürgerlich begrenzten republikanischen Verfassungen werden sich zwangsläufig dieser Entwicklung anpassen und somit die Grenzen ihrer Verfassungen neu verhandeln müssen. Dass die Angst vor Kontrollverlust einiger Regierungen einhergeht mit Renationalisierungstendenzen und Einschüchterung der Zivilgesellschaft, mag in einer Umbruchphase nicht verwundern. Allerdings gehen die meisten Beobachter davon aus, dass sich der bürgernahe, deliberative demokratische Verfassungsstaat, wie er spätestens mit der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 losgetreten worden ist, nicht mehr aufhalten lässt.

55 Die Tatsache, dass nach den meisten internationalen Abkommen Menschenrechte jedoch nach wie vor „verhältnismäßig“ umzusetzen sind, sieht bereits Art. 6 des Vertrages über die Europäische Union von 1992 vor, der den Staaten nach wie vor eine starke Interpretationshoheit überlässt, die sich aber im Laufe der Jahre abgeschwächt hat.

56 Oliver Dörr, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte: Artikel 19 Absatz 4 GG unter dem Einfluss des europäischen Unionsrechts, 2003, S. 126; Lerch (Fn. 30), S. 122 f.

57 Vgl. *Schule für Verfassungsschutz* (Hrsg.), Deutsche Anti-Terror-Gesetzgebung im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, Entwicklungen seit dem Inkrafttreten des Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz 2007, 2013.

Transitional Justice: Alternative zur „Vergangenheitsbewältigung“

Ein Rezensionssessay zu Gerhard Werle/Moritz Vormbaum, *Transitional Justice: Vergangenheitsbewältigung durch Recht*

Peter Steinbach

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Historische Anstöße aus dem deutschen Widerstand
- III. Zum Sinn und Aufgabe der Zeitgeschichte, in: ders., *Konzept des Buches*
- IV. Konsequenzen: Verteidigung der Menschenrechte als Maßstab
- V. Resümee und Ausblick

I. Einführung

Begriffe wie „Aufarbeitung der Vergangenheit“ oder „Vergangenheitsbewältigung“¹ waren nach dem Zusammenbruch diktatorischer Regime niemals einfach zu klären. Sie mussten deswegen auch stets umstritten bleiben und die postdiktatorische Entwicklung belasten. Im Zeitverlauf schliffen sich allerdings anfängliche Bedenken der Nachlebenden ab. Die deutsche Geschichte belegt dies exemplarisch. Im Laufe von sechs Jahrzehnten haben sich viele Vorbehalte abgeschwächt, wurde der Einfluss der „Tätergeneration“ auf historische Deutungen geringer, rückten die Schicksale der Opfer in das Zentrum der Wahrnehmung. Neue Opfergruppen wurden in den Blick genommen, die Verhaltensweise der Täter zunehmend kritisch gesehen. Mit dem Demjanjuk-Prozess trat 2011 sogar ein grundlegender Wandel der Rechtsprechung ein.² Dieser wird jüngst durch einen

der letzten Strafprozesse gegen ein Mitglied der Wachmannschaft des Konzentrationslagers Stutthoff belegt.³

Gedenken und Erinnerung sind neben der juristischen Aufarbeitung als wichtige Elemente gesellschaftlicher und politischer Selbstverständigung über die zeitgeschichtliche Vergangenheit anerkannt. Dies zeigt sich regelmäßig an Gedenktagen, die der zivilisatorischen Selbstvergewisserung und nicht zuletzt der Bestätigung und Bekräftigung der Menschenrechte und der daraus abzuleitenden politischen Verpflichtungen dienen. Gedenken und Erinnerung sind unübersehbar anlassbezogen. Ihre Voraussetzung bleibt eine von den tagesaktuellen Herausforderungen abweichende grundsätzliche Auseinandersetzung über einen längeren Zeitraum hinweg, die viele Bereiche des öffentlichen Lebens, der Bildung und der öffentlichen Debatten prägt. Erinnerungen und Erfahrungen verschmelzen oftmals auf eine Weise, die die Realität des Erinnerten im Gedenken nicht selten schwinden lässt, Umdeutungen nach sich zu ziehen scheint, die in vielen Fällen der Anlass für neue Kontroversen, für größeres bürgerschaftliches Engagement oder Appelle sind. Das zeigte sich jüngst in vielen Bekundungen anlässlich eines Gedenktages, der wie der 9. November drei kategoriale Ereignisse kollektiver Erinnerung verband: Novemberrevolution und Weltkriegsende

1 Peter Reichel, *Vergangenheitsbewältigung in Deutschland: Die Auseinandersetzung mit der NS-Diktatur von 1945 bis heute*, 2001.

2 Angelika Benz, *Der Henkersknecht: Der Prozess gegen John (Iwan) Demjanjuk in München*, 2011; Heinrich Wefing, *Der Fall Demjanjuk: der letzte große NS-Prozess*, 2011; Rainer Volk, *Das letzte Urteil. Die Medien und der Demjanjuk-Pro-*

zess, 2012, *Das Urteil bei Christiaan F. Rüter/Dick W. de Mildt (Hrsg.)*, Justiz und NS-Verbrechen. Die vom 01.01.2002 bis zum 01.01.2012 ergangenen Strafurteile, lfd. Nr. 920–924 nebst Ergänzungsteil zu Bd. I–XXII (Nachtragsverfahren lfd. Nr. 950–959) Band 49, Amsterdam 2012, S. 227 ff.

3 Vgl. Claudia von Salzen, *Vor seinen Augen*, in: *Tagesspiegel* v. 7.11.2018, S. 3.

1918, Novemberpogrome von 1938 und die Erinnerung an den Mauerfall 1989.

Tagesaktuelle historische Besinnungen stehen im Zeitalter medialer Vermittlung im Zentrum öffentlicher Inszenierungen. Hingegen zielte der Anspruch einer „Vergangenheitsbewältigung“ auf tiefere Schichten in der Wahrnehmung von Vergangenheit. Deshalb wird im Folgenden die Veröffentlichung eines „Studienbuches“ über „Transitional Justice“⁴ zum Anlass genommen, vor dem Hintergrund der deutschen Erfahrungen, aber mit Blick auf die internationale Diskussion Möglichkeiten und Leistungen einer vergleichenden Perspektive der Vergangenheitsbewältigung⁵ auszuloten.

Der Frankfurter Soziologe und Philosoph Theodor W. Adorno markierte im Herbst 1959 in einem Vortrag vor dem Koordinierungsrat für jüdisch-christliche Zusammenarbeit eine entscheidende Zäsur, als er kritisierte, damit sei „nicht gemeint, daß man das Vergangene im Ernst verarbeite, seinen Bann breche durch helles Bewußtsein“, sondern „man will einen Schlußstrich darunter ziehen und womöglich es selbst aus der Erinnerung wegwischen“⁶. Ihm kam es wegen seines ideologiekritischen Anspruchs Ende der fünfziger Jahre darauf an, „Verblendungszusammenhänge“ aufzuklären, also durch „Aufklärung über das Geschehene einem Vergessen entgegen(zu)arbeiten, das nur allzu leicht mit der Rechtfertigung des Vergessenen sich zusammenfindet“.⁷

Adorno hatte nicht nur die politische Bildung in der Schule, sondern die zeitgeschichtliche Selbstaufklärung der Gesellschaft vor Augen. Strafverfahren gegen nationalsozialistische Gewalttäter waren bis

dahin außerordentlich selten; deshalb fehlte weitgehend eine konkrete Vorstellung von Menschheits- oder Makroverbrechen, wie sie Karl Jaspers⁸ in seiner ersten Heidelberger Vorlesung nach dem Ende des NS-Staates und Herbert Jäger unter dem Eindruck der weitgehend abgeschlossenen großen NSG-Verfahren beschrieben hatten.⁹ In den fünfziger und sechziger Jahren kam der Auseinandersetzung mit den Folgen eines überwundenen Unrechtsregimes in Deutschland stets besondere Bedeutung zu, weil es um Bestrafung, Aufklärung, Wiedergutmachung des Unrechts und zugleich auch um die Integration der belasteten Zeitgenossen, der Täter, ging.¹⁰ Bestimmend blieben bei der Bewältigung dieser Herausforderungen die Älteren, die nicht selten, wie führende Juristen, Verwaltungsbeamte, Hochschullehrer und Journalisten, die Fehlentwicklungen betrieben und gerechtfertigt hatten, um die es der Bewältigung des NS-Unrechts in Theorie, Handhabung und Praxis ging. Sie hatten in der unmittelbaren Umbruchzeit zwar durch die von den Alliierten durchgesetzte umfassende Entnazifizierung Stellen und Einfluss verloren, konnten aber in den fünfziger Jahren vielfach einflussreiche Positionen einnehmen.¹¹ Seit der Gründung der Ludwigsburger Zentralen Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Verfolgung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen¹² wurden die Ermittlungen systematischer koordiniert; die großen NSG-Verfahren und die Verjährungsdebat-

4 Gerhard Werle/Moritz Vormbaum, *Transitional Justice: Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, 2018.

5 Peter Steinbach, *Vergangenheitsbewältigungen in vergleichender Perspektive: Politische Säuberung, Wiedergutmachung, Integration*, 1993.

6 Theodor W. Adorno, Was bedeutet: Aufarbeitung der Vergangenheit, in: ders., *Eingriffe: Neun kritische Modelle*, 5. Auflage 1968, S. 125.

7 Ebda., S. 139 u. S. 141.

8 Karl Jaspers, *Die Schuldfrage*, 1946.

9 Herbert Jäger, *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, 1989.

10 Gesine Schwan, *Politik und Schuld. Die zerstörerische Macht des Schweigens*, 1997.

11 Ich verzichte hier auf eine intensive Auseinandersetzung mit der umfangreichen Literatur, etwa mit Manfred Görtemaker/Christoph Safferling (Hrsg.), *Die Rosenberg. Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit – eine Bestandsaufnahme*, 2013; *diess.*, *Die Akte Rosenberg. Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit*, 2016. Ich verweise auf Christian Mentel/Niels Weise, *Die zentralen deutschen Behörden und der Nationalsozialismus: Stand und Perspektiven der Forschung*, 2016.

12 Adalbert Rückerl, *Strafverfolgung von NS-Verbrechen 1945–1978. Eine Dokumentation*, 1979; siehe jetzt Kerstin Hofmann, „Ein Versuch nur –

ten, schließlich die Ausstrahlung des Fernsehfilms Holocaust bezeichneten eine neue Phase der Auseinandersetzung. In der Folge zeigte sich, dass es dabei nicht nur um die faktische Zeitgeschichte, sondern stets auch um die Aufklärung über die Grundlagen einer zivilisierten, sich zu den Menschenrechten bekennenden Gesellschaft ging. Vielschichtige Konfrontationen der deutschen postnationalsozialistischen Gesellschaft mit der NS-Vergangenheit prägten Kunst und Kultur, Publizistik und Literatur, Film und politische Bildung. Öffentlich wirksam wurden nicht zuletzt Auseinandersetzungen mit der Rechtsprechung und die „Abarbeitung“ einer „zweiten Schuld“.¹³ Debatten über Globke, Oberländer, Kiesinger und Filbinger machten jedes Mal erneut deutlich, dass Belastungen, Verstrickungen und Vergehen nicht einfach verdrängt werden könnten, wenn es um die kritische Auseinandersetzung mit den Übergriffen damaliger und nach 1945 weiterhin aktiver Funktionsträger der NS-Zeit ging.

Durch die alltagsgeschichtlichen Bezüge, die seit den siebziger Jahren vor allem durch die politische Bildung gefördert wurden, rückten „ganz normale Menschen“ in den Mittelpunkt kritischer Reflexion. Diese Entwicklung hätte sich Adorno 1959, vor dem Eichmann- und dem Auschwitz-Prozess, so noch nicht vorstellen können. Die Bereitschaft der deutschen Gesellschaft, sich mit dem nationalsozialistischen „Unrechtsstaat“¹⁴ zu beschäftigen, waren nicht zuletzt eine Folge der NS-Prozesse, die eine individuelle und gesellschaftliche Konfrontation mit den Nachwirkungen des (überwundenen) Unrechtsstaates verlangten.

Seit den achtziger Jahren haben sich in allen Teilen der Welt viele grundlegende Systemumbrüche ereignet. Dadurch wurde erneut der Blick auf Deutschland gelenkt.

immerhin ein Versuch“, Die Zentrale Stelle in Ludwigsburg unter der Leitung von Erwin Schüle und Adalbert Rückerl (1958–1984), 2018.

13 Ralph Giordano, Die „zweite Schuld“ oder: Von der Last Deutscher zu sein, 2. Aufl. 2008.

14 Zwei Schwerpunkthefte der *Kritischen Justiz*, 1984 und 1986 (2. Aufl.).

Regelmäßig wird es im Zuge eines Systemumbruchs und nach der Abschaffung eines diktatorischen Systems zu Konflikten zwischen ehemaligen Tätern und Opfern des Unrechts kommen. Immer aber wird deshalb auch über Grenzen und Methoden, Nebenwirkungen und soziale Kosten einer Vergangenheitsbewältigung gestritten, die letztlich auf Ausgleich und Anerkennung von Opfererwartungen zielt, um die innergesellschaftliche Befriedung und internationale Anerkennung zu erreichen. Dabei geht es um Befristungen der Strafverfolgung, um mögliche Arenen und Instrumente einer öffentlichen Auseinandersetzung und Wiedergutmachung, schließlich um kommunikativ und medial bedingte „Reichweiten“ der Maßnahmen und deren politisch und sozial hinnehmbare Rahmenbedingungen, also um Kontexte eines nicht nur vielschichtigen und temporal dimensionierten Prozesses, der nicht immer beherrschbar oder steuerbar ist. Nicht zuletzt spielen auch die Akzeptanz und Erträglichkeit möglicher Verfahren einer Auseinandersetzung mit dem Ziel einer letztendlichen befriedenden Bewältigung eine Rolle.

Stets zeigt sich: Staaten und Systeme mögen vergehen; Gesellschaften aber bleiben bestehen und zeichnen sich durch Stabilität und Kontinuität aus. Postdiktatorische Gesellschaften bleiben in bemerkenswerter Weise heterogen: Täter und Opfer müssen miteinander einen Terminus finden, Formen der Würdigung und des (temporal evtl. begrenzten) Vergebens und Vergessens entwickeln, die Auseinandersetzung und gesellschaftliche Befriedung fördert.

II. Historische Anstöße aus dem deutschen Widerstand

Nicht selten wurde die Verurteilung von Vertretern eines überwundenen Systemunrechts von diesen als Folge eines Siegerrechts gedeutet, das dadurch implizit als Folge einer Niederlage der diktatorischen, das Recht verletzenden, willkürlichen Elite zum „Sieger-Unrecht“ umgedeutet wird. Nicht selten werden Befürworter einer Aufarbeitung und strafrechtlichen Ahndung

verächtlich gemacht. Sie würden am „Nasenring“ der Sieger geführt¹⁵, dem kollektiven Selbsthass¹⁶ erliegen und eine verfehlte Auseinandersetzung mit der Geschichte führen.¹⁷ Dabei wird übersehen, dass sich mit den einschlägigen Deklarationen der Vereinten Nationen über die Menschenrechte und Völkermord¹⁸ die Kriterien für Verletzungen der Menschenrechte durch diktatorische, totalitäre Regime verschärft haben. „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ setzen geradezu einen Begriff der Menschenrechte und der Verpflichtung staatlichen Handelns, sie zu achten und zu schützen, voraus.

Der Begriff der „Kriegsverbrechen“ zielt nicht nur auf Kombattanten, sondern auch auf die Zivilbevölkerung. Mit dem Völkerstrafrecht entstanden neue Institutionen, die auch nach Systemumbrüchen dazu dienen sollten, das im Zusammenhang mit Kriegshandlungen verübte Unrecht zu benennen und zu ahnden.¹⁹ Wegen der Bürgerkriege veränderte sich der Rahmen entscheidend. Das „Völkerstrafrecht“ sollte nicht nur ermöglichen, sondern verlangte, Rechtsbrüche, Gewaltsamkeit, Willkür und Verbrechen einer durch einen politischen Umbruch entmachteten Elite zu ahnden. Die Machtbehauptung durch systematische Verfolgung von politischen Gegnern und die systematische Verletzung von Menschenrechten durch Anstachelung von Bürgerkriegen oder die bewusste Ausschaltung politischer Gegner stärkte im Gegenzug Entschlossenheit und Bereitschaft, strafrechtliche Aufarbeitung und Vergangenheitsbewältigung miteinander zu verbinden.

15 Armin Mohler, *Der Nasenring*. Im Dickicht der Vergangenheitsbewältigung, 3. Aufl. 1991.

16 Rainer Zitelmann, „Wiedervereinigung und deutscher Selbsthaß“, *Deutschland-Archiv* 25, Nr. 8 (1992), S. 811–820.

17 Manfred Kittel, *Die Legende von der „zweiten Schuld“: Vergangenheitsbewältigung in der Ära Adenauer*, 1993.

18 Gerhard Werle, *Völkerstrafrecht*, 2003, S. 198 ff.

19 Ebda., S. 77 ff.

Ein Blick auf die Geschichte des deutschen Widerstands und Exils zeigt, dass es sich hier um die Realisierung historisch gewachsener Überzeugungen und Maßstäbe handelt. Dies hätte die lange bis in die sechziger Jahre hinein selbst von Juristen vertretene Meinung, es hätte sich bei den Nürnberger Prozessen um Siegerjustiz gehandelt, wenn nicht desavouieren, zumindest in Frage stellen können. Am 14. Juni 1943 erörterten die Mitglieder des Kreisauer Widerstandskreises um Helmut James Graf von Moltke und Peter Graf Yorck von Wartenburg eine weit in die Zukunft gerichtete Denkschrift über die „Bestrafung der Rechtsschänder“. Deren Taten sollten nicht nur nach „Art, Ausmaß und Willensrichtung“ als „verabscheuenswert“ gelten und eine Bestrafung verlangen, sondern die Diskussionen sollten zugleich weit über den durch das damalige Strafrecht gezogenen Rahmen hinausführen. Deshalb wurde die Verantwortung der Bevölkerung mit dem Schicksal der Opfer verbunden. Auch Aspekte einer Wiedergutmachung wurden im Zusammenhang mit der gesellschaftlichen und politischen Gesamtverantwortung für Schuld und Sühne angesprochen.

Im Mittelpunkt standen allerdings das Strafrecht und der in Auge gefasste Strafprozess. Dabei sollte eine übergeordnete Maxime gelten: „Wenn dem Recht wieder zum Sieg verholfen werden soll, so kann das nur auf dem Wege des Rechts selbst und nicht durch Maßnahmen geschehen, die von politischen Zwecken oder der Leidenschaft bestimmt werden“.²⁰ Die Auseinandersetzung mit Tätern und Taten, mit Opfern und den ihnen zugefügten Schäden sollten in rechtmäßigen Bahnen verlaufen. Exzesse, die in der unmittelbaren Übergangszeit zu erwarten waren und sich gegen Kollaborateure richteten, wie sie aus den von nationalsozialistischer Herrschaft befreiten besetzten Gebieten überliefert sind, entzogen sich der Vorstellungskraft und dem Denken derjenigen, die sich wie die Kreisauer für eine „Wiedererrichtung der Herrschaft des Rechts“

20 Vgl. Ger van Roon, *Neuordnung im Widerstand: Der Kreisauer Kreis innerhalb der deutschen Widerstandsbewegung*, 1967, S. 553 ff.

in Staat, Gesellschaft und in den „Herzen der Mitbürger“ einsetzen.²¹

Nach allem, was wir wissen, wurde von den Mitgliedern des „Kreisauer Kreises“ über kein Thema ähnlich lange und kontrovers diskutiert wie über das Problem der Bewältigung des Unrechts. Auch deutsche Emigranten setzten sich im Exil in diesem Sinne ein und bereiteten die geplanten Verfahren gegen „Hauptkriegsverbrecher“ vor, denen spätestens seit der Moskauer Erklärung²² bewusst war, dass sie am Ort ihrer Verbrechen zur Verantwortung gezogen werden sollten. Zur gleichen Zeit stellten im Londoner Exil deutsche Emigranten viele Unterlagen zusammen, die als Beweisdokumente in den Verfahren (und anschließend für die zeitgeschichtliche Erforschung des Nationalsozialismus) große Bedeutung erlangten. Der seit 1945 in Nürnberg durchgeführte Prozess gegen „Hauptkriegsverbrecher“ wurde in gesamtallierter Verantwortung, die zwölf Folgeverfahren in US-amerikanischer Alleinverantwortung nach sich zogen, durchgeführt. Gleichzeitig wurden zahlreiche Strafverfahren – etwa in Lüneburg, Rastatt und Dachau – gegen KZ-Mannschaften durchgeführt. Sie stehen neben den bekannten Nürnberger Prozessen am Beginn einer strafrechtlichen Aufarbeitung, die keineswegs Ausdruck der „Siegerwillkür“, wie der oftmals kolportierte Ausruf „Vae victis!“ des Senonen Brennus suggerieren sollte, sondern des Willens zur „Bestrafung der Rechtsschänder“ war.

Bereits nach wenigen Jahren zeigte sich, dass die Bereitschaft und Entschlossenheit zur Ahndung nachließen. Entnazifizierung, Nachfolgeprozesse, Amnestien zeigten ebenso wie NSG-Verfahren und Verjährungsdebatten, wie schwer es war, das Unrecht im Nachkriegsdeutschland gleichsam juristisch in den Griff zu bekommen.²³

Die Kreisauer Dokumente sind deshalb nicht nur besonders bemerkenswert, weil sie schon einige Monate vor der Moskauer Erklärung vom Herbst 1943 formuliert wurden, mit der die künftigen Siegermächte keinen Zweifel daran ließen, dass die „Kriegsverbrecher“ am Ort ihrer Taten zur Verantwortung gezogen werden sollten, sondern weil sie – ethisch und juristisch reflektiert – die zentralen Grundfragen einer strafrechtlichen Vergangenheitsbewältigung nach einem Systemumbruch, den sie als Befreiung empfanden, in das Zentrum einer Diskussion über die Zukunft rückten.

Der von den Kreisauern angedachte Weg der „Unrechtsvergangenheitsbewältigung“ wurde nach dem Ende der europäischen NS-Herrschaft nicht in der Weise realisiert, wie sie es zunächst erhofft hatten. Im Zentrum stand für die Kreisauer neben der Bestrafung der Verantwortlichen die Frage der Mitwirkung der internationalen Gemeinschaft an den Strafverfahren, allerdings unter Voraussetzung einer Mitwirkung der deutschen Seite. Nach dem Ende des NS-Regimes kam es anders. Die erste Phase wurde von den Alliierten bestimmt; es ging nicht nur um die „Bestrafung“ der Rechtsschänder allein, sondern um die Ahndung von Verletzungen des Kriegs- und Völkerrechts, um die Bestrafung von Hauptkriegsverbrechern und Lagermannschaften. Politisch ging es um die Stabilisierung eines mit militärischen Mitteln erreichten Systemwechsels, nicht zuletzt durch eine umfassende „Ausrottung“ der Grundlagen nationalsozialistischer Herrschaft: Neben Demilitarisierung und Dezentralisierung ging es um Demokratisierung nach einer Denazifizierung. Rechtlich sollte dieser Wechsel klar definiert und nicht zuletzt für die Besiegten nachvollziehbar realisiert werden.

Die Alliierten nahmen den Deutschen einen großen Teil ihrer Verantwortung ab. Sie setzten wichtige Zeichen und prägten die weiteren Strafverfahren und deren Publizität. Deshalb wurden Verfahren praktiziert, die später nicht selten als modellhaft galten und die Entwicklung des Völkerstrafrechts beeinflussten, wie Werle und Vormbaum verdeutlichen: Es gab Verteidiger und An-

21 Ebda.

22 Siehe <http://www.ibiblio.org/pha/policy/1943/431000a.html> (letzter Besuch: 9. Nov. 2018).

23 Peter Reichel u. a. (Hrsg.), *Der Nationalsozialismus – die zweite Geschichte. Überwindung – Deutung – Erinnerung*, 2009.

kläger, Verhöre, Beweiserhebungen, Plädoyers der Verteidigung und differenzierte Strafmaße, die nicht selten im Gnadenweg gemildert oder sogar amnestiert wurden. Erst einige Jahre später wurden Deutsche in die bald auslaufenden Entnazifizierungsverfahren einbezogen. Zu der damals in der Bundesrepublik geforderten Amnestie kam es aus vielen Gründen nicht.

Die Strafprozesse vor deutschen Gerichten fanden zunehmend Aufmerksamkeit und prägten das Bild vom nationalsozialistischen Unrechtsstaat, allerdings auf eine Weise, die, wie die deutsche Teilung zeigte, auch von Rahmenbedingungen und Narrativen abhängig blieb. Sie hatten neben der Bestrafung stets auch zum Ziel, die deutsche Öffentlichkeit mit den Verbrechen zu konfrontieren und so zu praktizieren, was Fritz Bauer auf einen einprägsamen Begriff brachte, als er davon sprach, die NSG-Verfahren sollten der deutschen Gesellschaft ermöglichen, über sich selbst Gericht zu halten. Ohne die Entwicklung und schrittweise Akzeptanz dieser Elemente einer Vergangenheitsbewältigung wären die Verjährungsdebatten der sechziger und siebziger Jahre undenkbar gewesen. In den fünfziger Jahren wurden nahezu alle Elemente entwickelt, die seitdem die Vorstellungen von der Auseinandersetzung mit der zeitgeschichtlichen Vergangenheit, also der „*lebenden Generationen*“²⁴ bestimmte.

III. Zum Sinn und Aufgabe der Zeitgeschichte, in: ders., Konzept des Buches

Implizit stehen diese weit zurückliegenden und tragisch scheiternden Überlegungen deutscher Regimegegner auch im Zentrum des „Studienbuches“, das Werle und Vormbaum, zwei Strafrechtler der Humboldt-Universität, verfasst haben. Sie beleuchten mit dem Konzept der „*Transitional Justice*“ einen von den deutschen Besonderheiten

emanzipierten und sich in der internationalen Diskussion zunehmend durchsetzenden „Leitbegriff“ zur Auseinandersetzung mit „Systemunrecht“. Dabei können sie zum einen auf Erfahrungen in einem langjährigen Studienprogramm zurückgreifen, das vom Auswärtigen Amt gefördert wurde und vor allem der Ausbildung von Völkerstrafrechtlern aus Afrika diente.

Die Verfasser beleuchten die wichtigsten „*Aufarbeitungsoptionen*“²⁵, indem sie den „*klassischen Ansatz*“²⁶ von Verengungen befreien. Ihre Veröffentlichung knüpft an die internationale Diskussion²⁷ an, entwickelt das Konzept in komparatistischer Perspektive weiter und ist deshalb weit mehr als ein Studienbuch. Es wird sich in Zukunft als ein wichtiges interdisziplinäres Hilfsmittel komparatistischer Forschung bewähren. Die Verfasser bieten mit diesem Buch erstmals einen Gesamtüberblick über internationale Diskussionen und die Praktiken einer Bewältigung der Folgen eines Umbruchs von Unrechtsregimen und Regimewechseln. Sie überwinden die Fixierung auf die deutsche und die europäische Geschichte und bahnen nicht zuletzt durch die Beachtung internationaler Entwicklungen, die in nach Erdteilen geschiedenen vielfältigen Länderartikeln skizziert und bibliographisch erschlossen wird²⁸, konzeptionell neue Wege.

Werle und Vormbaum machen durch den international vergleichenden Ansatz ihres Buches deutlich, dass sich die schillernden und ungeklärten Begriffe, wie sie Adorno und im Anschluss auch die politische Bildungsarbeit benutzte, die in der Regel noch jegliche juristische Präzision vermissen ließen. Sie wurden erst im Laufe der Jahre und unter dem Einfluss einer Konfrontation mit Verfolgung, Entrechtung und Widerstand, Massenmorden und Exzess-Taten konkretisiert und erwiesen sich dadurch als zukunftsprägend und praxisbestim-

24 Hans Rothfels, Sinn und Aufgabe der Zeitgeschichte, in: ders., Zeitgeschichtliche Betrachtungen. Vorträge und Aufsätze, 2. Aufl. 1959, S. 9 ff.

25 Werle/Vormbaum (Fn. 4), S. 7.

26 Ebda., S. 6.

27 Ebda., S. 3 Anm. 1 ff.

28 Ebda., S. 159 ff.

mend. Schon in den fünfziger Jahren war unklar, ob es sich um – angeblich aufrechenbare – „Kriegsverbrechen“ oder um singuläre „nationalsozialistische Gewaltverbrechen“ handelte. Ging es in den sechziger Jahren um (pädagogische und publizistische) „Aufarbeitung“ oder um (politische und justizielle) „Bewältigung der (zeitgeschichtlichen) Vergangenheit“, um (gesellschaftliche und kulturelle) „Wiedergutmachung“ oder gar Restitution? Es ist die Leistung und auch die Besonderheit dieses Buches, dass erstmals durch eine interdisziplinäre Aufarbeitung internationale Forschungsdesigns erschlossen, politische Entwicklungen berücksichtigt und so gesellschaftliche Zusammenhänge im Zeitverlauf anschaulich gemacht werden.

Die teutonische Konzentration auf den angeblichen Sonderweg wird so unterlaufen, zumindest entprovinzialisiert. Dennoch ist diese Hintergrundfolie deutscher zeitgeschichtlicher Erfahrungen mit dem historisch-politischen Problem bei der Bewertung internationaler Entwicklungen spürbar. Besonders deutlich wird dies in den Länderartikeln, die sich mit Südafrika²⁹ oder lateinamerikanischen Staaten und Gesellschaften befassen. Dabei wird auch der Effekt für die Institutionalisierung eines neuen Verständnisses von Menschenrechten deutlich. Die Vielfalt der Aufarbeitungsoptionen ist allerdings besonders beeindruckend in einzelnen afrikanischen Staaten.

Die europäischen Entwicklungen spiegeln die Auseinandersetzung mit der europäischen Besatzungszeit, aber auch mit der Kollaboration. Deshalb wäre zu wünschen, dass bei einer Neuauflage auch Artikel über die Niederlande, Belgien, Luxemburg, Frankreich, Dänemark und Norwegen aufgenommen werden. Wie Henke³⁰ zeigen konnte, zielte die Vergangenheitsbewältigung gerade in diesen Staaten auf die Beseitigung kollaborierender Eliten ab. Auch

die Nichtbehandlung Österreichs ist gewiss bei einer Neuauflage zu korrigieren, nicht zuletzt, weil die österreichische Forschung im Anschluss an die Waldheim-Affäre³¹ bemerkenswerte und methodisch wegweisende Studien vorgelegt hat.

Diese Vernachlässigung macht deutlich, dass sich die Verfasser vor allem auf die Staaten Afrikas, Asiens und Lateinamerikas konzentrierten, also Versuche dokumentieren wollten, die das seit 1990 verfeinerte Konzept der Transitional Justice politisch und methodisch beeinflusst haben. Dabei wird deutlich, dass sich vor allem nach dem Zusammenbruch der ost- und mitteleuropäischen Diktaturen die Einsicht verfestigte, dass eine strafrechtliche Verfolgung der menschenrechtswidrigen Übergriffe der gestürzten Regime mit dem Ziel einer politischen und gesellschaftlichen Befriedung geboten sei. Es lag an der deutschen „doppelten Diktatur-Erfahrung“, wenn sich die Auseinandersetzung mit den „beiden deutschen Diktaturen“ überlagerte. Die in Deutschland heftig und kontrovers erörterte Frage, welche Bedeutung die genaue Kenntnis der nationalsozialistischen Verbrechen oder des SED-Unrechtsstaates bei der sich zäh entwickelnden Bereitschaft zur „Verjährung“ von Straftaten hatte, wurde in osteuropäischen Gesellschaften aufgegriffen, auch im Hinblick auf die deutlich zur Bezugsebene gewordenen antidiktatorischen Auseinandersetzung mit der DDR.³²

Konkret muss deshalb gefragt werden: Wie erfolgt in postdiktatorischen Gesellschaften der Übergang von der „Vergangenheitsbewältigung“ zur „Unrechtsbewältigung“? Ist es ausreichend, Gesetze oder Urteile aufzuheben und so nachträglich das verübte Unrecht zu stigmatisieren? Gesellschaftlich und politisch umstritten blieben alle Schrit-

29 Ebda., S. 183 ff.

30 Klaus-Dietmar Henke, Politische Säuberung in Europa: Die Abrechnung mit Faschismus und Kollaboration nach dem Zweiten Weltkrieg, 1991.

31 Michael Gehler, Die Affäre Waldheim: Eine Fallstudie zum Umgang mit der NS-Vergangenheit in den späten achtziger Jahren, in: Rolf Steininger/Michael Gehler (Hrsg.), Österreich im 20. Jahrhundert. Band 2: Vom Zweiten Weltkrieg bis zur Gegenwart, 1997, S. 355–414.

32 Christian Starck u.a., Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, VVDStRL 51 (1992), S. 9 ff., 46 ff., 91 ff.

te und Konsequenzen jeder nur in Angriff genommenen „Bewältigung“, vor allem, weil die zentrale Frage kaum in einer universalen und allgemein akzeptablen Weise geklärt werden konnte: Umstritten blieben in allen Gesellschaften, die sich der Vergangenheit und der Auseinandersetzung mit dem Unrecht und der Verletzung der Menschenrechte stellten, viele Taten und Ahndungen wegen des als Prinzip des Rechtsstaats geltenden Grundsatzes „nulla poena sine lege“, der nicht nur im Bewusstsein der Juristen, sondern auch in der Öffentlichkeit große Bedeutung hat.

Es sind spezifische Konstellationen, die Wege der Vergangenheitsbewältigung unter Berufung auf das Recht und in der Betonung des Unrechts ermöglichen. Die Zeitspannen spielten eine wichtige Rolle, vielleicht, weil die Abschwächung des nachwirkenden Einflusses der Tätergenerationen Zeit brauchte. Reziprok gilt: Erst im Laufe der Jahre nimmt die Neigung der Öffentlichkeit, der politisch Verantwortlichen und der Zeitgenossen zu, gesetzlich abgesichertes Recht Unrecht zu nennen.

So wurde im Zuge der Realisierung verschiedener Aufarbeitungsoptionen nicht nur das Bewusstsein für die Notwendigkeit Unrecht zu ahnden geschärft, sondern nicht selten die angestrebte „Unrechtsbereinigung“ als Ergebnis einer politischen Säuberung im Zuge eines Übergangs von der diktatorischen zur postdiktatorischen Ordnung herausgestellt. Dabei geschah im Umbruch der Systeme nicht nur neues Unrecht, durch die erneute Verletzung von Menschenrechten, sondern es wurde die im Zuge eines Umbruchs zu beseitigende Machtzusammenballung durch Institutionenverschränkung in neue Strukturen übertragen. Dies ist besonders spürbar, wenn die jüngeren verfassungspraktischen Entwicklungen in Ungarn, der Slowakei oder Polen oder die Auswirkungen nicht beseitigter Korruption in Bulgarien, Rumänien oder auch in einzelnen Balkanstaaten beachtet wird.

Allen antidiktatorischen oder antitotalitären Bekundungen zum Trotz gilt aber: Indem

die Basis diktatorischer Herrschaft zerstört wurde, kam es wiederholt zu neuen Rechtsverletzungen. Auch in dieser Hinsicht lohnt sich der Blick auf die deutsche Zeitgeschichte. Deren Aufarbeitung prägte nach 1990 die Gesetzgebung der DDR vor der Vereinigung in einem starken Maße und schuf die Voraussetzungen für eine strafrechtliche Rehabilitierung der Opfer des SED-Unrechts. In der Tat zeigt sich, dass Wiedergutmachung von Unrecht keine Systemfrage des Kalten Krieges war, sondern stets eine prinzipielle Dimension besaß, desto mehr, je länger Menschenrechtsverletzungen zurückverfolgt wurden.

IV. Konsequenzen: Verteidigung der Menschenrechte als Maßstab

Die erwähnten Diskussionen der Kreisauer standen überdies nicht nur unter dem Eindruck der ihnen bekannten „Makroverbrechen“, sondern wurden durch einschlägige Bestimmungen des Versailler Vertrages beeinflusst, die in den Artikeln 227 bis 229 ermöglichen sollten, den deutschen Kaiser wegen „schwerster Verletzungen des internationalen Sittengesetzes“ oder Regierungsmitglieder wegen eines „Verstoßes gegen Gesetze und Gebräuche des Krieges“ durch einen Internationalen Gerichtshof zu verurteilen. Trotz dieser Erfahrungen war das Bekenntnis zur Wiederherstellung des Rechts durch das Recht eindeutig, denn es ging um eine „klare Verdammung der Schandtaten“ in nationaler Hauptverantwortung. Hier liegt vielleicht der tiefste Bruch, denn inzwischen haben sich internationale Strafgerichtshöfe etabliert und Maßstäbe entwickelt, die Gewalttäter auf lange Sicht einer unsicheren Zukunft aussetzen.

Mit Übergang von einem diktatorischen zu einem demokratisch-rechtsstaatlichen System stellen sich somit grundsätzliche Fragen, die weit über die jedem politischen Prozess inhärente Aufgabe einer „Politikfolgenbewältigung“ hinausgehen. Denn die Bestrafung der Rechtsschänder ist an Voraussetzungen und Rahmenbedingungen gebunden. Vor allem aber bedarf sie einer

klaren menschenrechtlich reflektierten Ziel- und Sinnsetzung. Dabei geht es einerseits um die Anerkennung einer Notwendigkeit strafrechtlicher Ahndung, andererseits um die Klärung der Umstände, um die Gewichtung der Verbrechen, die verhandelt werden. Irgendwann geht es auch um die Festsetzung einer Beendigung der Strafverfolgung, um Vergeben und Vergessen, um Amnestie und Amnesie.

Weil Bestrafung und Wiedergutmachung auf gesetzlicher Grundlage erfolgen müssen, geht es stets auch um öffentliche Debatten, die den Boden für Strafverfahren bereiten, um die mit publizistischen Mitteln zu stärkende Bereitschaft von Zeitgenossen, sich den Konfrontationen mit vergangenen Ereignissen zu stellen, der Debatte über Versagen und Verantwortung auszusetzen und sich die ganz persönliche Mitwirkung an Verbrechen, wie auch immer, einzugestehen. Es ist überraschend, in welchem Maße es dieser Veröffentlichung gelingt, die Breite und Vielschichtigkeit derartiger Bestrebungen, aber auch ihrer Grenzen wahrnehmen zu können. Die Bereitschaft, Opfern von Menschenrechtsverletzungen Genugtuung zuteilwerden zu lassen, prägt eigentlich jeden Regimewechsel.

Eine Auseinandersetzung mit der Vergangenheit, die die Wertschätzung der Menschenrechte festigen will, gilt inzwischen fast widerspruchlos als notwendig und unausweichlich. Fraglich sind die Methoden, die Motive und die zeitlichen Begrenzungen der „Aufarbeitung“. Muss sie strafrechtlich geprägt sein, braucht der innergesellschaftliche Zusammenhalt nach dem Systemumbruch gar eine „offizielle Anerkennung von Unrechtsvergangenheit“? Wie lassen sich die Verletzungen, Enteignungen, Diffamierungen und Verbrechen heilen? Und welche Maßstäbe politischer Gestaltung und menschlichen und bürgerschaftlichen Miteinanders können in der Auseinandersetzung mit der Vergangenheit entwickelt werden.

Trotz internationaler Gebräuchlichkeit ist der Begriff „Transitional Justice“ im deutschen Sprachraum nach wie vor eher be-

fremdlich.³³ Es geht dabei weniger um die Propagierung des in den frühen neunziger Jahren erstmals geprägten Begriffs, als vielmehr um die Ergründung der politisch-praktischen Rahmenbedingungen einer Unrechtsbewältigungspolitik, d.h. um „Maßnahmen, mit denen eine Gesellschaft im Übergang von der Diktatur zur Demokratie das Ziel verfolgt, ihre Unrechtsvergangenheit aufzuarbeiten“.³⁴ Daher ist zu hoffen, dass die Verfasser durch eine komparatistische Erschließung des Konzepts dazu beitragen, den Begriff vertrauter als bisher zu machen.

Die Verfasser belegen den heuristischen Wert der komparatistischen Perspektive.³⁵ Bestimmt wird ihr Ansatz nicht durch die bisher stark akzentuierten deutschen Erfahrungen, sondern eher durch den Umbruch der Jahre 1989/90 in Mittel- und Osteuropa, vor allem aber durch die Überwindung von Unrechtsregimen wie Südafrika und in den lateinamerikanischen Diktaturen. Die sich an die Transition dieser Regime anschließende Diskussion verlangte geradezu, die bis dahin vorherrschende Fixierung auf das postnationalsozialistische Deutschland und Japan zu überwinden.

Gerhard Werle, der herausragend zur Entwicklung und Kommentierung des deutschen Völkerstrafrechts³⁶ beigetragen hat, und sein damaliger Schüler und Mitarbeiter, der heute an der Universität Münster lehrt, Moritz Vormbaum, knüpfen an Überlegungen von Kritz an, wenn sie mit dem „klaren Schnitt zwischen der alten (diktatorischen) und der neuen (demokratischen) Staatsordnung“, der unausweichlichen Versöhnung der verfeindeten Bevölkerungsgruppen und mit

33 Der Blick in die Literaturverzeichnisse bei Werle/Vormbaum (Fn. 4) zeigt, wie gering der Beitrag der deutschen Forschung zur Klärung des Complexes „Transitional Justice“ ist. Vgl. ferner Anne K. Krüger, Transitional Justice, in: *Docupedia-Zeitgeschichte*, 25.01.2013, <http://dx.doi.org/10.14765/zzf.dok.2.252.v1> (letzter Besuch: 10. Nov. 2018).

34 Werle/Vormbaum (Fn. 4), S. VI.

35 Neil J. Kritz (Hrsg.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, 3 Bde., 1995.

36 Werle (Fn. 15).

der Forderung, zukünftig Menschenrechtsverletzungen zu vermeiden, nicht nur wichtige Ziele der auf innere Befriedigung zielenden Übergangsgesellschaften benennen, sondern auch die in diesem Übergang zu bewältigenden „Dilemmata“ erkennen. In der Tat bleibt das zentrale Problem einer strafrechtlichen Auseinandersetzung mit Systemunrecht nur dann lösbar, wenn rechtsstaatliche Normen im Verfahren und menschenrechtliche Kriterien im Umgang mit dem Einzelnen belasteten einer abgesetzten und entmachteten Elite beachtet wird.

Wie aber lässt sich die Forderung und Erwartung einer der strafrechtlichen Auseinandersetzung mit einer vergangenheitspolitisch³⁷ erwünschten oder durchgesetzten Amnestierung vereinigen? Geht es in der Übergangsphase um die Sichtbarmachung des vergangenen Systemunrechts? Geht es um eine Anerkennung des Leidens der Opfer, gar um „Wahrheit“ oder steht die Konfrontation mit Menschenrechtsverletzungen im Zentrum? Belastet die Erwartung, Menschenrechte zum neuen Maßstab der postdiktatorischen Ordnung zu machen, gar die Gestaltung des Übergangs? Wie lässt sich schließlich das Unrecht – berufliche Benachteiligung, Enteignung, Vertreibung, Inhaftierung, Ermordung – materiell entschädigen? Wie sind die ehemaligen Staatsbediensteten zu behandeln, die Vorteile hatten, Unrecht begingen, willige Vollstrecker wurden oder gar Eigeninitiative entwickelten, um den Besitz der Verfehmten und Verfolgten zu erlangen? Dabei zeigt sich, dass es nicht nur um die Handhabung der Praxis, sondern auch um „höchst komplexe philosophische Konzepte“ um Gerechtigkeitsprobleme geht.³⁸

Historische Erfahrungen, die durch Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess geprägt wurden, lassen sich nicht von normativen Konzepten lösen, auch wenn diese auf andere historisch-politische Konstellationen verweisen und sich teilweise auf Ereignisse beziehen, in denen die „Grundidee“ einer „Wiedergutmachung“ historisch-politischen Unrechts konkretisiert wurde. Überdeutlich wird, dass sich das Verständnis von Menschenrechten und deren Anerkennung als Norm mit der Bereitschaft verknüpft, sich der Vergangenheit zu stellen.

Die international akzeptierten Instrumente einer „Vergangenheitsbewältigung“ durch Recht werden seit den achtziger Jahren zunehmend verfeinert. Zunehmend geht es nicht mehr nur darum, die Geschichte des staatlich veranlassten Unrechts aufzuarbeiten. Seitdem sind die Erfahrungen mit Bürgerkriegen und mit sogenannten ethnischen Säuberungen hinzugekommen. Auch systematisch verübte Gewaltmaßnahmen werden nicht mehr als innerstaatliche Vorgänge, sondern als Verletzung von Menschen- und Minderheitenrechten gehandelt. Insofern werden die Instrumente des Völkerstrafrechts zunehmend selbstverständlicher. Andererseits wird die Herausforderung, auch nach Umbrüchen den gesellschaftlichen Zusammenhalt zu festigen, nicht kleiner. Denn Regime und selbst Staaten können vergehen, Gesellschaften bleiben bestehen. Deshalb spielt im Rahmen der Transitional Justice neben Strafverfolgungen immer auch die Klärung der Voraussetzung von Amnestie eine große Rolle. Unabhängig davon geht es nach einem Regime- oder Systemwechsel um Überprüfung und „Säuberung“ des öffentlichen Dienstes. Von gesellschaftlicher und politisch-moralischer Bedeutung ist in postdiktatorischen Zeiten die gesellschaftlich und politisch akzeptierte Verpflichtung zur Wiedergutmachung. Diese Aspekte wurden bereits in den eingangs benannten Protokollnotizen des Kreisauer Kreises vom Sommer 1943 angedeutet. Als wichtiges und neues Instrument tritt der Versuch hinzu, die Erforschung und Darstellung der „Wahrheit“ als Voraussetzung der „Versöhnung“ zu institutionalisieren.

37 Norbert Frei, *Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*, 1996.

38 Vgl. insgesamt als methodisch angeleiteten Forschungsüberblick auch Anne K. Krüger, *Transitional Justice*, in: *Jahrbuch für Politik und Geschichte* 4, 2013, S. 237–358, mit wichtigen weiterführenden Literaturhinweisen.

Hatten die Regimegegner 1944 auf die Macht des Rundfunks gesetzt, um die Öffentlichkeit zu erreichen, so setzen „Wahrheitskommissionen“ auf eine sich über einen längeren Zeitraum erstreckende Aufklärung der Nachlebenden über die jüngste Vergangenheit. In der Öffentlichkeit werden die Schicksale der Opfer ebenso wahrgenommen wie das Verhalten der „Täter“. Die Funktion dieser Kommissionen und Institutionen können sich im Zeitverlauf ändern, fast in Analogie zu dem Konzept der „Entnazifizierung“ durch juristische Verfahren in der zweiten Hälfte der vierziger Jahre. Nach der Befreiung von der NS-Herrschaft übernahmen die Alliierten als Siegermächte die strafrechtliche Ahndung der NS-Verbrechen und entlasteten die Deutschen. Deren „Selbstaufklärung“ fand seit den fünfziger Jahren statt. Maßstäbe setzten die Prozesse gegen die nationalsozialistischen Hauptkriegsverbrecher für das sich seitdem herausbildende Völkerstrafrecht.

Immer münden die Bemühungen um „Wahrheit“ in das Bekenntnis zur Gerechtigkeit und in die Beschwörung, sich als Konsequenz einer wahrhaftigen und selbstkritischen Auseinandersetzung mit „Ungerechtigkeit“ im Gedenken an die Opfer moralischen Prinzipien zu verschreiben und ethische Konsequenzen zu ziehen. *Transitional Justice* beeinflusst so die gesellschaftliche, kulturelle und politische Transition und stabilisiert diese nicht selten durch institutionelle Reformen. Sie prägt moralische Maßstäbe politischen Verhaltens und beeinflusst die publizistische Rezeption und schließlich die historisch-politische Bildung.

Wenn ich die beiden Hauptteile des Buches resümieren und bewerten muss, schärft der erste Teil den Blick für Möglichkeiten, während der zweite Teil den Blick auf die Vielfalt von menschenrechtlich orientierten Bestrebungen einer Vergangenheitsbewältigung lenkt. Es ist also nicht Begriffsklauberei, wenn sich die Verfasser zunächst auf die Entwicklung des Konzepts, die Präsentation der Elemente eines rechtlichen Rahmens und insbesondere auf die Darstellung und Diskussion der „Aufarbeitungsoptionen“

konzentrieren, ehe im zweiten Hauptteil der landesspezifische historische Hintergrund skizziert wird. Vielmehr entwickelt sich in der Verschränkung beider Wahrnehmungs- und Analyseebenen eine sozialwissenschaftliche Phantasie, die, so ist meine Hoffnung, die komparatistische Erforschung von Erinnerungspolitik, Praxis des Gedenkens und nicht zuletzt der Wiedergutmachung befeuern kann.

Dabei zeigt sich, dass die Umbruchregime in der Regel wenig Möglichkeiten entwickeln, mit den Mitteln des Strafrechts Übergriffe zu ahnden. Im Zentrum der Anstrengungen stehen oftmals Wahrheitskommissionen, Amnestiezusicherungen und – höchst begrenzt – Wiedergutmachungsanstrengungen. Eine bemerkenswerte Entwicklung lässt sich am Beispiel von Ruanda zeigen, wo es nach abstoßenden Exzessen im Zuge ethnischer Konflikte, auch zu einer Strafverfolgung durch Laiengerichte in den Gacaca-Verfahren kam. Diese zielten vor allem auf innergesellschaftliche Befriedung einer tief gespaltenen und verletzten multiethnischen Gesellschaft.

V. Resümee und Ausblick

Bemerkenswert bleibt die begriffliche Klarheit, die sich in der tief gestaffelten Gliederung niederschlägt und sich wie ein Katalog abzuarbeitender Fragestellungen und Beschreibungen nutzen lässt. Die afrikanischen und asiatischen Ländersituationen werden ebenso wie die europäischen und lateinamerikanischen zunächst historisch skizziert, anschließend auf „Aufarbeitungsoptionen“ hin befragt. Dabei wird auch deutlich, dass die Verfasser exzellente Kenner der afrikanischen Diskussionen sind. Länderstudien zeigen die Vielfalt der Bemühungen und skizzieren Ansätze, analysieren aber auch Grenzen politischer Gestaltung und damit das Scheitern mancher Bemühungen, die abgebrochen werden. Additiv werden 16 afrikanische, 8 asiatische und pazifische Staaten, 13 europäische (hier mit in Zukunft noch zu füllenden Lücken) und 14 lateinamerikanische Staaten beschrieben.

Der länderspezifische historische Hintergrund, die Beschreibung der Maßnahmen zur Abarbeitung der Übergriffe, nicht selten im Zuge von Bürgerkriegen und des Systemunrechts, das herrschende Eliten verantworten, deuten nicht nur die vielschichtigen zeithistorischen Hintergründe auf eine Weise, wie dies nur in Kenntnis des internationalen Forschungsstandes möglich ist, sondern liefern vor allem realistische Einschätzungen möglicher Maßnahmen der strafrechtlich geprägten „Unrechtsvergangenheitsbewältigung“.³⁹ Die Literaturhinweise stellen verlässliche Informationen zur Verfügung, die inhaltlich weiterführen.

Besonders hervorzuheben ist allerdings die Bemühung um eine klare, systematisch begründete Begrifflichkeit. Hier zeigt sich die Überlegenheit des Juristen gegenüber dem deskriptiv vorgehenden Historiker. Werle und Vormbaum entfalten ein tiefgestaffeltes Raster möglicher Optionen. Sie wollen und können zunächst im Rückgriff auf die einschlägige internationale Literatur Begriffe klären und lassen sich dennoch nicht ihren Blick juristisch verengen, indem sie auch nicht-juristische Maßnahmen bewerten und die Wirkung von politisch agierenden Institutionen beachten.

Die Bestrebung, Übergriffe und Verbrechen mit den Mitteln der Strafverfolgung zu ahnden, verweist auf vielschichtige Praktiken durch internationale Strafgerichte, einzelstaatliche Gerichte oder Mischformen, die jeweils auch Ermittlung, Beurteilung der Übergriffe und deren Bestrafung bestimmen. Gerade das Bekenntnis zu den Menschenrechten und zur Menschenwürde⁴⁰ öffnet die Kluft zwischen Norm und Verurteilungspraxis und bereitet so mit Blick auf innergesellschaftliche Konfliktbereitschaft oder lähmende Harmoniebeschwörungen (zumindest in der Zeit des unmittelbaren Übergangs von dem überwundenen diktatorischen Unrechtsregime zu rechtsstaatlich fundierten Verhältnissen die Am-

nestiepraxis vor, die sich nicht nur als Strafverfolgungshindernis versteht, sondern nicht selten auf eine Legitimierung des „Schlussstrichs“ durch die betroffene Bevölkerung verweisen kann. Es ist eine besondere Stärke des Buches, dass es die Debatten und Möglichkeiten der Wiedergutmachung mit den Aspekten der Amnestie verbindet, denn die Rahmenbedingungen dieser beiden Bewältigungspraktiken werden durch das Wirken und Werben von Eliten, durch Rücksichten auf den inneren Frieden oder die Bereitschaft zum Vergeben und Vergessen bestimmt.

Umstritten und in der Wirkung begrenzt sind Maßnahmen zur Überprüfung des öffentlichen Dienstes, die zuweilen als „Lustration“ bezeichnet werden und letztlich doch oftmals auf eine „Säuberung“ hinauslaufen. Säuberungen dienen nicht immer der Bestrafung, sondern auch der Konsolidierung neuer Machtbasen. Sie befriedigen nicht Versorgungsbedürfnisse der Anhänger der neuen Führungsschichten und zementieren im Zuge einer „Neuverteilung von Lebenschancen“ nicht nur neue Machtpositionen, sondern können die Quelle neuen Unrechts sein. Denn „Säuberungen“ erklären sich nicht selten aus Neid und Rachebedürfnissen.

In der Regel entschärfen sich innerhalb weniger Jahre nach gelungener Herrschaftskonsolidierung des neuen Regimes die Konflikte, die den Regimewechsel begleiteten. Mit wachsendem zeitlichem Abstand schwächen sich die konfrontativen Energien ab, die die neue Gesellschaft und ihr politisches System belasten können. Dies mag erklären, weshalb es zu wellenartig anmutenden neuen Versuchen einer „Vergangenheitsbewältigung“, wie in Argentinien oder Chile, kommt. Dort speist sich Energie, die auf eine Unrechtsvergangenheitsbewältigung drängt, aus dem moralischen Gehalt der Menschenrechte und dem Wunsch, in der Auseinandersetzung mit deren Verletzung eine neue politische Ethik und Verpflichtung zu begründen.⁴¹ Die präzisen

39 Werle/Vormbaum (Fn. 4), S. 151.

40 Vgl. etwa Karoline Koppe, Wiedergutmachung für die Opfer von Menschenrechtsverletzungen in Südafrika, 2005.

41 Anne K. Krüger, Transitional Justice: Die Abarbeitung von Menschenrechtsverletzungen als

Länderstudien verdeutlichen, dass die Auseinandersetzung mit Opfern und Tätern, mit der Geschichte und den Folgen politisch gewollter Ausgrenzung, Entrechtung und Verfolgung, in „Wahrheitskommissionen“ eine besondere Bedeutung bekommen hat.

Werle und Vormbaum bewerten die Resultate der Wahrheitskommission, die nicht nur in Südafrika, sondern in Argentinien und Chile eingesetzt wurde, keineswegs eindeutig. Es ging um den Versuch, die Nachwirkungen vergangenen Leidens deutlich zu machen und zu respektieren. Durch den Verzicht auf eine strafrechtliche Ahndung oder durch die Bekräftigung des Willens zu einer deklarierten Amnestie konnten bürgerkriegsähnliche Auseinandersetzungen vermieden werden. Die Darstellung der Lebensgeschichten der Opfer auf der einen, die Konfrontation der Täter mit Opfern auf der anderen Seite, öffneten den Blick für eine „Wahrheit“, zu der sich eine Übergangsgesellschaft, die eine als unrechtmäßig empfundene Herrschaft abschafft, bekennen will. Bei allen Unterschieden in der

Arbeit der Wahrheitskommissionen erwies sich dieses Ziel als Chance für die Schaffung eines innenpolitischen und innergesellschaftlichen Friedens durch Aufklärung. Das klingt paradox, aber die Anerkennung des Leidens der Opfer wiegt vielfach höher als materielle Wiedergutmachung oder als Bestrafung.

In der Auseinandersetzung mit den Opfern von besiegten ehemaligen Machthabern formiert sich eine konkrete Vorstellung der Menschenrechte. Diktatorische Systeme negieren die Würde des Menschen und verdrängen die Menschenrechte als handlungsleitende Prinzipien, die Gesellschaften prägen und Grenzen des Staatshandelns und Ziele und Zwecke des politischen Systems deutlich machen. Aber sie können die Vorstellung von den Menschenrechten nicht dauerhaft zerstören. In der Wahrnehmung des überwundenen Unrechts manifestieren sich neue Normen der postdiktatorischen Transformationsgesellschaft, die sich nicht zuletzt aus dem Wunsch erklären, das überwundene Unrecht „nie wieder“ zuzulassen.

weltgeschichtliche Erwartungshaltung, in: *Bettina Heintz/Britta Leisering* (Hrsg.), *Menschenrechte in der Weltgesellschaft: Deutungswandel und Wirkungsweise eines globalen Leitwerts*, 2015.

Bericht über die Tätigkeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen im Jahre 2017 – Teil II: Individualbeschwerden

Johanna Weber

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Das Individualbeschwerdeverfahren
- III. Statistische Angaben
- IV. Zulässigkeitsfragen
- V. Materiellrechtliche Fragen

I. Einführung

Dieser Beitrag stellt die Fortführung der Berichterstattung über die Tätigkeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen (im Folgenden Ausschuss) im Jahre 2017 dar.¹ Während Heft 1 allgemeine Ereignisse und die Auswertung von Staatenbeschwerden im Berichtszeitraum 2017 (119. bis 121. Sitzung) zum Thema hatte, widmet sich dieser Artikel den vom Ausschuss 2017 entschiedenen Individualbeschwerden und schließt damit an die Berichterstattung für das Jahr 2016 an.²

II. Das Individualbeschwerdeverfahren

Das 1. Fakultativprotokoll zum Zivilpakt (im Folgenden FP I)³ ermöglicht Einzelpersonen eine Beschwerde auf Basis der im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (im Folgenden Zivil-

pakt)⁴ verbürgten Rechte beim Ausschuss einzureichen. Im Gegensatz zum Staatenbeschwerdeverfahren nach Art. 40 Abs. 1, welches für jeden Mitgliedstaat obligatorisch ist, ist der Ausschuss für die Entgegennahme und Prüfung von Individualbeschwerden nur dann zuständig, wenn der betreffende Staat das Zusatzprotokoll ratifiziert hat.

Die Zulässigkeit der Beschwerde ist im FP I geregelt, der Ablauf des Verfahrens ist in der Verfahrensordnung festgelegt. Gemäß Art. 2 FP I wird das Verfahren durch die schriftliche Einreichung der Beschwerde eingeleitet. Der Ausschuss kann zum Ergebnis kommen, dass diese unzulässig ist, dann wird die Entscheidung mittels einer "Inadmissability decision" dem Beschwerdeführer und dem betroffenen Vertragsstaat mitgeteilt.

Kommt der Ausschuss zu dem Schluss, dass die Beschwerde zulässig ist, wird in einem nächsten Schritt die Begründetheit an Hand der im Zivilpakt und im Zweiten Fakultativprotokoll zur Abschaffung der Todesstrafe⁵ verbürgten Rechte geprüft. Abgeschlossen wird dieses Verfahren durch eine Auffassung ("View"), die den Parteien in der Folge mitgeteilt wird.

Formell kommt diesen Auffassungen mangels einer entsprechenden gesetzlichen Re-

1 Siehe bereits *Johanna Weber*, Bericht über die Tätigkeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen im Jahre 2017 – Teil I: Staatenberichte, in: MRM 2018, S. 52–80.

2 Siehe *Johanna Weber*, Bericht über die Tätigkeit des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen im Jahre 2016 – Teil II: Individualbeschwerden, in: MRM 2017, S. 119–134.

3 Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights vom 16. Dezember 1966. UNTS Bd. 999, S. 302; BGBl. 1992 II, S. 1247.

4 International Covenant on Civil and Political Rights, UNTS Bd. 999, S. 171; BGBl. 1973 II, S. 1524. Alle im Folgenden genannten Artikel sind, sofern nicht ausdrücklich anders bezeichnet, solche des Zivilpaktes.

5 Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, Aiming at the Abolition of the Death Penalty vom 15. Dezember 1989, UNTS Bd. 1642, S. 414; BGBl. 1992 II, S. 391.

gelung zwar keine rechtsverbindliche Wirkung zu,⁶ die Staaten sind aber gemäß Art. 2 dazu verpflichtet die Bestimmungen des Zivilpaktes zu wahren und umzusetzen, sowie Rechtsbehelfe zur Geltendmachung von Menschenrechtsverletzungen zu schaffen und insbesondere ihre Durchsetzung nach Artikel 2 Abs. 3 lit. c zu gewährleisten. Des Weiteren führte der Ausschuss in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 33⁷ zu den Verpflichtungen der Vertragsstaaten aus dem FP I aus, dass eine Verpflichtung zur Kooperation nach Treu und Glauben gegeben ist. Ein Staat darf daher keine Handlungen tätigen, die den Ausschuss davon abhalten oder es vereiteln, dass Fälle berücksichtigt oder behandelt werden. Thematisiert wurde dies in den vergangenen Jahren bereits häufiger, im Zeitraum 2017 unter anderem im Fall *Mehrdad Mohammad Jamshidian gegen Weißrussland*. Der Ausschuss betonte, dass die Verweigerung des Rechts vertreten zu werden, die Nichtanerkennung der Kompetenz des Ausschusses zu entscheiden, wann ein Fall registriert wird und wann nicht, und die Erklärung im Vorfeld eine Entscheidung des Ausschusses nicht anzuerkennen, eine Verletzung der Pflichten aus Artikel 1 Zusatzprotokoll darstellen.⁸

Ein Sonderberichtersteller überprüft die Umsetzung und kann den Vertragsstaaten gegebenenfalls weitere Empfehlungen unterbreiten.

III. Statistische Angaben

Im Berichtszeitraum 2017 wurde der Ausschuss mit insgesamt 90 Beschwerden befasst. 22 der Beschwerden wurden als unzulässig zurückgewiesen. In 46 Fällen hat er eine Verletzung des Zivilpaktes festgestellt.

6 Theodor Schilling, Internationaler Menschenrechtsschutz, 3. Aufl. 2016.

7 General Comment Nr. 33 (2008), UN-Dok. CCPR/C/GC/33.

8 *Mehrdad Mohammad Jamshidian ./. Weißrussland*, Auffassung vom 8. November 2017, UN-Dok. CCPR/C/121/D/2471/2014.

In 13 Fällen wurde keine Verletzung festgestellt. 9 Verfahren wurden eingestellt.⁹

IV. Zulässigkeitsfragen

Zunächst prüft der Ausschuss, ob die vorliegende Beschwerde gemäß Art. 1 bis Art. 3 und Art. 5 Abs. 2 FP I zulässig ist.¹⁰

1. Beschwerdebefugnis/Opfereigenschaft

Voraussetzung ist, dass der Beschwerdeführer durch eine Handlung oder ein Unterlassen des Vertragsstaates persönlich in seinen Rechten beeinträchtigt ist. Dabei reicht es nicht aus auf allgemeine Umstände zu verweisen, die sich zu einer Bedrohung entwickeln könnten. Es zählt die gegenwärtige oder vergangene Verletzung eines oder mehrerer Rechte, die durch den Pakt geschützt werden. Im Fall *Zogo gegen Kamerun* brachte der Beschwerdeführer vor, dass das zuständige Tribunal in Kamerun das Prinzip der zweiten Anhörung nicht anerkennt. Gemäß Artikel 14 (5) hat jede Person, die für schuldig befunden wird, das Recht eine Verurteilung überprüfen zu lassen. Im gegenständlichen Fall jedoch lag noch keine Verurteilung vor, weshalb die Beschwerde mangels Opfereigenschaft in diesem Punkt nicht behandelt wurde.¹¹

Grundsätzlich dürfen nur Individuen, die selbst betroffen sind, den Ausschuss befragen. Keine Person darf auf theoretische Weise und durch *actio popularis* eine Beschwerde vorbringen.¹² Es ist jedoch möglich für jemand anders eine Beschwerde einzurei-

9 CCPR Centre for Civil and Political Rights, Individual Communications, <http://ccprcentre.org/individual-communications> (letzter Besuch: 10. Januar 2019).

10 Ausführlich dazu: *Bernhard Schäfer*, Die Individualbeschwerde nach dem Fakultativprotokoll zum Zivilpakt, 2. Aufl. 2007, S. 40–100.

11 *Cyrille Gervais Moutono Zogo ./. Kamerun*, Auffassung vom 8. November 2017, UN-Dok. CCPR/C/121/D/2764/2016.

12 *Claudia Andrea Merchant Reyes et al. ./. Chile*, Auffassung vom 7. November 2017, UN-Dok. CCPR/C/121/D/2627/2015.

chen, wenn eine Ermächtigung vorliegt (Art. 96 VerfO¹³). Darüber hinaus kann eine Beschwerde angenommen werden, wenn das Opfer nicht fähig ist die Beschwerde selbst einzubringen, z. B., weil das Opfer verschwunden oder tot ist.¹⁴

2. *Hinreichende Substantiiiertheit der Beschwerde*

Die Verletzung muss entsprechend Art. 96 lit. b S. 1 VerfO hinreichend substantiiert sein. Dies ist nur dann erfüllt, wenn die Behauptungen durch entsprechendes Beweismaterial belegt sind.¹⁵ Ein Mangel an ausreichenden Informationen muss aber nicht dazu führen, dass die gesamte Beschwerde zurückgewiesen wird, es können auch nur Teile von der weiteren Prüfung ausgeschlossen werden. Dies war beim Großteil der zu behandelnden Fällen so.

3. *Zuständigkeit ratione materiae*

Auf materieller Ebene muss ein Beschwerdegegenstand vorliegen, der eine Verletzung von Rechten aus dem Zivilpakt oder seinen Fakultativprotokollen zum Inhalt hat. Die in Art. 2 vorgesehene generelle Verpflichtung der Staaten kann nicht separat geltend gemacht werden, sondern nur in Verbindung mit einer konkreten Verpflichtung aus dem Zivilpakt. Andernfalls wird dieser Teil der Beschwerde als unzulässig abgewiesen.¹⁶

4. *Zuständigkeit ratione temporis*

Der Ausschuss darf nur über Beschwerden entscheiden, die eine Verletzung betreffen, die sich nach dem Inkrafttreten des Zivilpakt und des FP I im betreffenden Staat zugetragen hat. Eine Ausnahme besteht, wenn die ursprüngliche Verletzung fortwirkt. In dem Fall *Tyan gegen Kasachstan* brachte der Beschwerdeführer vor, dass während seiner Untersuchungshaft zahlreiche Unrechtmäßigkeiten erfolgten. So wurde er über einen längeren Zeitraum in Einzelhaft untergebracht und erfuhr zahlreiche Beschränkungen betreffend den Kontakt zu seiner Frau und seinen Rechtsanwälten. Da das innerstaatliche Verfahren diesbezüglich aber vor dem 30. September 2009, dem Inkrafttreten des Fakultativprotokolls in Kasachstan, abgeschlossen wurde, konnte der Ausschuss nur die Vorwürfe im Anschluss an diese Zeit berücksichtigen.¹⁷

5. *Missbrauch des Beschwerderechts*

Die Beschwerde kann als unzulässig zurückgewiesen werden, wenn sie anonym ist, der Ausschuss zu der Feststellung kommt, dass der Beschwerdeführer sein Beschwerderecht missbraucht oder die Beschwerde unvereinbar mit den Bestimmungen der Konvention ist. Dies kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn keinerlei Informationen, Beweise oder Erklärungen vorgebracht werden, um die behauptete Verletzung zu stützen.¹⁸

6. *Rechtswegerschöpfung*

Eine rechtmäßige Erhebung der Beschwerde vor dem Ausschuss ist nur zulässig, wenn der Beschwerdeführer gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. b FP I im Vorfeld alle zur Verfügung stehenden innerstaatlichen Rechts-

13 Rules of Procedure of the Human Rights Committee in der Fassung vom 11. Januar 2012, UN-Dok. CCPR/C/3/Rev.10.

14 Z. B. Ulyana Zakharenko und Elena Zakharenko ./ Weißrussland, Auffassung vom 17. März 2017, UN-Dok. CCPR/C/119/D/2586/2015.

15 A. H. S. ./ Dänemark, Entscheidung vom 28. März 2017, UN-Dok. CCPR/C/119/D/2473/2014; S. Sh. ./ Kasachstan, Entscheidung vom 28. März 2017, UN-Dok. CCPR/C/119/D/2842/2016.

16 Zinaida Shumilina et al. ./ Weißrussland, Auffassung vom 28. Juli 2017, UN-Dok. CCPR/C/120/D/2142/2012.

17 Dmitry Tyan ./ Kasachstan, Auffassung vom 16. März 2017, UN-Dok. CCPR/C/119/D/2125/2011.

18 N. D. J. M. D. ./ Kanada, Auffassung vom 8. November 2017, UN-Dok. CCPR/C/121/D/2487/2014.

behelfe ausgeschöpft hat. Dazu muss der Beschwerdeführer jedes Mittel in Anspruch nehmen, welches de facto verfügbar ist und wirksam erscheint.

Wie in den Jahren zuvor hat Weißrussland vorgebracht, dass der Beschwerdeführer nicht alle Rechtsmittel in Anspruch genommen hat, da er die Überprüfung durch den Präsidenten des Gerichts hätte erwirken können. Der Ausschuss wiederholte seine Spruchpraxis, dass es sich bei dieser "supervisory review procedure" um ein außergewöhnliches Rechtsmittel handelt und somit einer Behandlung durch den Ausschuss nicht entgegensteht, zumal der Staat nicht nachgewiesen hat, dass dieser Rechtsbehelf vernünftige Aussichten hat und eine wirksame Abhilfe darstellt.¹⁹

Auch eine unnötige Verzögerung des Verfahrens, wie im Fall *Zakharenko gegen Weißrussland*, indem die Ermittlungen seit 1999 ergebnislos verlaufen, wird als Rechtswegerschöpfung gesehen. Ein Staat kann eine Überprüfung durch den Ausschuss nicht vermeiden lediglich weil eine Ermittlung besteht, wenn diese außerordentlich in die Länge gezogen wurde und offensichtlich fruchtlos ist.²⁰

Im Verfahren *Ram Maya Nakarmi gegen Nepal* wurde überdies festgehalten, dass in Fällen von schwersten Verletzungen ein Rechtsmittel notwendig ist. Die mit dem Ermittlungs-, Wahrheits- und Versöhnungskommissionengesetz von 2014 errichteten Übergangsjustizbehörden sind jedoch keine Justizbehörden, die ein Rechtsmittel ermöglichen. Daher wurde die Beschwerde zugelassen.²¹

7. Keine Befassung anderer internationaler Instanzen

Art. 5 Abs. 2 lit. a FP I sieht vor, dass der Ausschuss eine Beschwerde nur dann überprüfen darf, wenn dieselbe Rechtssache nicht bereits in einem anderen internationalen Untersuchungs- oder Streitregelungsverfahren untersucht wird. Im Verfahren *Boudjema gegen Algerien* betreffend erzwungenes Verschwindenlassen wurde zunächst festgestellt, dass das Verschwinden auch der Working Group on Enforced and Involuntary Disappearances gemeldet wurde. Der Ausschuss betonte jedoch, dass Verfahren oder Mechanismen, die vom Menschenrechtsrat eingerichtet wurden und die die öffentliche Untersuchung und Evaluierung von Menschenrechtssituationen in Ländern oder Gebieten oder Fälle von weitverbreiteten Menschenrechtsverletzungen weltweit zum Inhalt haben, kein internationales Ermittlungsverfahren im Sinne der Formulierung des Artikel 5 (2) (a) darstellen.²²

In einem anderen Fall stellte sich die Frage, ob die vorangegangene Behandlung durch den EGMR der Beschwerde entgegensteht. Der Fall wurde am 8. Juni 2010 zum EGMR gebracht, wurde aber am 13. März 2014 als unzulässig zurückgewiesen. Da der Vertragsstaat diesbezüglich keinen Vorbehalt angebracht hatte, wurde die Behandlung zugelassen.²³

V. Materielle rechtliche Fragen

Im Jahr 2017 hat der Ausschuss zu folgenden materiellrechtlichen Fragen Stellung genommen:

19 *Mehrdad Mohammad Jamshidian ./. Weißrussland* (Fn. 8).

20 *Zakharenko ./. Weißrussland* (Fn. 15).

21 *Ram Maya Nakarmi ./. Nepal*, Auffassung vom 10. März 2017, UN-Dok. CCPR/C/119/D/2184/2012.

22 *Abdelkader Boudjema ./. Algerien*, Auffassung vom 30. Oktober 2017, UN-Dok. CCPR/C/121/D/2283/2013.

23 *Anton Batanov ./. Russische Föderation*, Auffassung vom 28. Juli 2017, UN-Dok. CCPR/C/120/D/2532/2015.

1. *Recht auf Leben (Art. 6)*

Im Fall *Dzhuraboy Boboev gegen Tadschikistan* handelte es sich um den Tod des Sohnes des Beschwerdeführers in Polizeigewahrsam. Der Ausschuss betonte in diesem Kontext erneut, dass durch die Verhaftung von Personen die Verantwortung für deren Leben auf den Staat übergeht.²⁴

Artikel 6 wurde häufig auch in Kombination mit Artikel 7 geltend gemacht, wie auch im Fall *Jamshidian gegen Weißrussland*. Der Beschwerdeführer brachte vor, dass er in seinem Heimatland der Islamischen Republik Iran wegen Mordes angeklagt ist und deshalb Schutz benötige. Der Staat hatte jedoch den Asylantrag auf subsidiären Schutz abgewiesen, weil er wegen eines schweren Verbrechens, welches nicht politischer Natur ist, angeklagt ist, und internationaler Schutz hier unter nationalem Recht nicht möglich ist. Der Ausschuss stellt jedoch fest, dass zahlreiche Aspekte zwar berücksichtigt, aber nicht ausreichend bewertet wurden. Zum einen ist Mord im Iran eines der Verbrechen, die von der Todesstrafe betroffen sind und zum anderen sei die Gewährleistung der adäquaten Verteidigung kaum existent. Der Bericht des Sonderberichterstatters zur Lage der Menschenrechte in der Islamischen Republik aus 2017²⁵ betonte zudem die fehlende Unabhängigkeit von Rechtsanwälten, insbesondere bei Kapitalverbrechen. Es wurde daher festgestellt, dass der Vertragsstaat eine mögliche willkürliche Hinrichtung nicht ausreichend berücksichtigt hatte und damit Artikel 6 verletze. Darüber hinaus wurde betont, dass Artikel 7 ein absolutes Recht ist und niemand davon ausgeschlossen sein sollte, auch nicht, wenn die betreffende Person eine Gefahr für die nationale Sicherheit darstellt. Es sei bekannt, dass in der Islamischen Republik Iran Folter regelmäßig zum Erzwingen von Geständnissen

angewandt wird. Der Vertragsstaat würde daher auch Artikel 7 verletzen.²⁶

2. *Verbot der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (Art. 7)*

Auch im Jahre 2017 hatte der Ausschuss wieder zahlreiche Fälle betreffend Abschiebeverfahren zu beurteilen – die meisten davon, wie in den Jahren zuvor, gegen Dänemark.²⁷ Im Rahmen dieser Verfahren betonte der Ausschuss, dass es die Pflicht des Vertragsstaates sei, nicht auszuliefern, wenn die Gefahr besteht, dass im Heimatland Artikel 6 oder Artikel 7 verletzt würde. Bei der Feststellung wird eine hohe Schwelle angewandt, um nachzuweisen, dass es sich um eine reale Gefahr handelt, die den Beschwerdeführer persönlich betrifft und zu irreparablen Schäden führt. Zur Evaluierung müssen alle relevanten Faktoren miteinbezogen werden, dazu zählen sowohl die persönlichen Umstände als auch die allgemeine Menschenrechtslage im betreffenden Staat.²⁸ Dabei kommt der Beurteilung des Vertragsstaates ein signifikantes Gewicht zu, da es gerade die Aufgabe der

24 *Dzhuraboy Boboev ./. Tadschikistan*, Auffassung vom 19. Juli 2017, UN-Dok. CCPR/C/120/D/2173/2012.

25 Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Islamic Republic of Iran vom 14. August 2017, UN-Dok. A/72/322.

26 *Jamshidian ./. Weißrussland* (Fn. 8).

27 *A. S. G. M. ./. Dänemark*, Auffassung vom 9. November 2017, UN-Dok. CCPR/C/121/D/2612/2015; *M. P. ./. Dänemark*, Auffassung vom 9. November 2017, UN-Dok. CCPR/C/121/D/2643/2015; *S. A. H. ./. Dänemark*, Auffassung vom 8. November 2017, UN-Dok. CCPR/C/121/D/2419/2014; *K. S. und M. S. ./. Dänemark*, Auffassung vom 7. November 2017, UN-Dok. CCPR/C/121/D/2594/2015; *A. P. J. ./. Dänemark*, Auffassung vom 16. März 2017, UN-Dok. CCPR/C/119/D/2253/2013; *M. A. ./. Dänemark*, Auffassung vom 17. März 2017, UN-Dok. CCPR/C/119/D/2240/2013; Die Ausweisung einer Transgender-Frau nach Malaysia verletzt Artikel 7 nicht: *M. Z. B. M. ./. Dänemark*, Auffassung vom 20. März 2017, UN-Dok. CCPR/C/119/D/2593/2015; *Z. H. ./. Dänemark*, Auffassung vom 27. März 2017, UN-Dok. CCPR/C/119/D/2602/2015; *Hibaq Said Hashi ./. Dänemark*, Auffassung vom 28. Juli 2017, UN-Dok. CCPR/C/120/D/2470/2014; *R. I. H. und S. M. D. ./. Dänemark*, Auffassung vom 13. Juli 2017, UN-Dok. CCPR/C/120/D/2640/2015.

28 Menschenrechtsausschuss, General Comment Nr. 31 on the Nature of the General Legal Obligation Imposed on States, 29. März 2004, para. 12.

Staatsorgane ist, die vorliegenden Erkenntnisse und Fakten zu bewerten und zu beurteilen.²⁹ Hiervon kann dann abgesehen werden, wenn das Verfahren augenscheinlich willkürlich oder fehlerhaft war oder entscheidungserhebliche Tatsachen nicht berücksichtigt wurden.³⁰ Bemerkenswert ist, dass bei zahlreichen Fällen eine Einstimmigkeit der Ausschussmitglieder nicht erreicht werden konnte.³¹

Die unterschiedlichen Schlussfolgerungen und die Relevanz des Einzelschicksals wurden insbesondere in der Auseinandersetzung mit Dublin-II-Fällen deutlich. Hier war selten die Lage im Staat des Ersteintritts in der EU relevant, sondern immer die individuelle Situation. In diesem Zusammenhang wurde regelmäßig auf den Fall *Jasin et al. gegen Dänemark*³² verwiesen, der eine alleinerziehende Mutter mit drei minderjährigen Kindern betraf, die an Gesundheitsproblemen litt und eine abgelaufene Aufenthaltsgenehmigung hatte. In dieser Entscheidung wurde eine drohende Verletzung bejaht.

Im Verfahren *M. A. S. und L. B. H. gegen Dänemark* wollte sich eine Familie mit deren drei Kindern gegen die Ausweisung nach Bulgarien zur Wehr setzen. Die Beschwerde gründete sich zum einen auf Erfahrungen, die die Familie bereits gemacht hat, als sie 2013 subsidiären Schutz in Bulgarien erhalten hatten, und zum anderen auf die allgemeine Situation für Flüchtlinge und Asylbewerber in dem Staat. Unter Verweis auf die Entscheidung *M. S. S. gegen Belgien und Griechenland*³³, in der der EGMR festgestellt

hatte, dass eine deutliche Reduktion der materiellen und sozialen Lebensbedingungen als solche nicht ausreicht, um gegen Artikel 3 EMRK zu verstoßen, betont der Ausschuss, dass Bulgarien verpflichtet ist Asylbewerbern die grundlegenden Menschenrechte zu gewähren, ihnen aber nicht dieselben sozialen Lebensbedingungen bieten muss wie Staatsangehörigen. Obwohl die Familie bei ihrer Ankunft in Bulgarien negative Erfahrungen gemacht hatte, stellte der Ausschuss fest, dass bei einer neuerlichen Rückkehr die Situation anders wäre, da die Beschwerdeführer nicht in einer Aufnahmeeinrichtung untergebracht würden und sich – wie zuvor – mit der finanziellen Hilfe ihrer Familie eine Unterkunft leisten könnten. Der Fall muss daher unterschieden werden von *Jasin gegen Dänemark*. Die Tatsache, dass ihnen große Schwierigkeiten drohen, bedeutet nicht notwendigerweise, dass sie sich in einer speziellen Situation der Verletzlichkeit befinden und diese signifikant anders ist als die von vielen anderen Flüchtlingsfamilien. Es konnte daher keine Verletzung von Artikel 7 festgestellt werden.^{34 35}

In einem weiteren Fall betreffend eine alleinerziehende kranke Mutter, deren minderjährige Kinder und die geplante Ausweisung nach Italien, wurde hingegen analog zu *Jasin gegen Dänemark* eine Verletzung festgestellt.³⁶

29 *N. D. J. M. D. ./ Kanada*, Auffassung vom 8. November 2017, UN-Dok. CCPR/C/121/D/2487/2014.

30 *F. und G. ./ Dänemark*, Auffassung vom 16. März 2017, UN-Dok. CCPR/C/119/D/2530/2015.

31 Z.B. betreffend einer Auslieferung in den Irak: *M. S. aka M. H. H. A. D. ./ Dänemark*, Auffassung vom 27. Juli 2017, UN-Dok. CCPR/C/120/D/2601/2015.

32 *Warda Osman Jasin et al. ./ Dänemark*, Auffassung vom 22. Juli 2015, UN-Dok. CCPR/C/114/D/2360/2014.

33 EGMR, *M. S. S. ./ Belgien und Griechenland*, Entscheidung der Großen Kammer vom 21. Januar 2011, 30696/09.

34 Die beiden Ausschussmitglieder Mauro Politi und José Santos Pais stellten sich in ihrer gemeinsamen abweichenden Stellungnahme gegen diese Entscheidung und betonten, dass sehr wohl ein echtes, persönliches Risiko vorliegt, und erläuterten, warum eine Ausweisung eine Verletzung von Artikel 7 darstellen würde.

35 *M. A. S. und L. B. H. ./ Dänemark*, Auffassung vom 8. November 2017, UN-Dok. CCPR/C/121/D/2585/2015; auch: *Y. A. A. und F. H. M. ./ Dänemark*, Auffassung vom 10. März 2017, UN-Dok. CCPR/C/119/D/2681/2015.

36 *Raziye Rezaifar ./ Dänemark*, Auffassung vom 10. März 2017, UN-Dok. CCPR/C/119/D/2512/2014.

3. *Recht auf Freiheit und Sicherheit der Person; Verfahrensgarantien bei Freiheitsentziehung (Art. 9)*

Gemäß Artikel 9 darf niemand willkürlich verhaftet oder festgehalten werden. Jeder, der verhaftet wurde, hat das Recht innerhalb einer angemessenen Zeit ein Verfahren zu erhalten oder frei gelassen zu werden. Demnach muss nach der erstmaligen Verhängung einer Untersuchungshaft regelmäßig überprüft werden, dass diese angemessen, notwendig und verhältnismäßig zu möglichen anderen Alternativen ist. Der Beschwerdeführer Zogo klagte gegen Kamerun, weil er sich aus rein verfahrensrechtlichen Gründen und ohne die individuelle Prüfung seines Falles seit dem 30. März 2011 in Untersuchungshaft befindet. Der Ausschuss stellte daher eine Verletzung fest.³⁷

Auch im Fall *Alimzhon Saidarov gegen Kirgistan* wurde eine Verletzung festgestellt, da die Beschwerdeführer willkürlich festgenommen und zunächst als Zeugen behandelt wurden. Eine sofortige Registrierung unterblieb, auch wäre es angemessen gewesen, sie während der Verhandlung freizulassen.³⁸

Im Fall *Sirozhiddin Allaberdirov gegen Usbekistan* war der Beschwerdeführer zunächst ohne Haftbefehl und anschließend ohne gesetzliche Grundlage inhaftiert. Auch hier wurde eine Verletzung festgestellt.³⁹

4. *Menschenwürdige Freiheitsentziehung (Art. 10)*

Artikel 10 legt fest, dass Gefangene während ihrer Haft ein Recht auf menschenwürdige Behandlung haben. Im Verfahren *Zhaslan Suleimenov gegen Kasachstan*

brachte der Beschwerdeführer vor, dass die Haftbedingungen nicht behindertengerecht waren für jemanden, der sich nur im Rollstuhl fortbewegen kann. Er erhielt keinerlei Unterstützung, hatte keine Beschäftigung und musste nur im Bett liegen, was zu zahlreichen Dekubiti führte. Auch bekam er keine medizinische Pflege. Der Ausschuss erinnerte an die Einhaltung der Mindestregeln für Häftlinge, insbesondere Regel 24 betreffend medizinische Versorgung für kranke Häftlinge⁴⁰, und stellte eine Verletzung fest.⁴¹

5. *Verbot der Inhaftierung aufgrund von schuldrechtlichen Verpflichtungen*

Der Beschwerdeführer, der wegen der Veruntreuung öffentlicher Gelder inhaftiert ist, warf dem Vertragsstaat die Verletzung von Artikel 11 vor. Das Verbot Haft zu verhängen aufgrund von Schulden findet jedoch keine Anwendung auf Straftaten im Zusammenhang mit zivilrechtlichen Schulden, wenn eine Person Betrug begeht oder fahrlässig oder betrügerisch Konkurs herbeiführt oder nicht mehr in der Lage ist Schulden zu zahlen. Im gegenständlichen Fall handelt es sich um eine solche Straftat und ist daher unvereinbar mit *ratione materiae* des Artikel 11.⁴²

6. *Beschränkung der Ausweisung (Art. 13)*

In zahlreichen Fällen wurde Artikel 13 im Zusammenhang mit Abschiebungen vorgebracht. Der Ausschuss betonte, dass Artikel 13 kein Rechtsmittel oder Recht auf Gerichtsanhörung beinhaltet. Die Sache *M. P. gegen Dänemark* wurde national an drei getrennten Anlässen behandelt, ob der Fall

37 Zogo ./ *Kamerun* (Fn. 12).

38 Alimzhon Saidarov et al. ./ *Kirgistan*, Auffassung vom 17. März 2017, UN-Dok. CCPR/C/119/D/2359/2014.

39 Sirozhiddin Allaberdirov ./ *Usbekistan*, Auffassung vom 21. März 2017, UN-Dok. CCPR/C/119/D/2555/2015.

40 Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen für die Behandlung von Gefangenen (Nelson-Mandela-Regeln) vom 17. Dezember 2015, UN-Dok. A/Res/70/175.

41 Zhaslan Suleimenov ./ *Kasachstan*, Auffassung vom 21. März 2017, UN-Dok. CCPR/C/119/D/2146/2012.

42 Zogo ./ *Kamerun* (Fn. 12).

wieder aufgenommen wird. Es konnte daher kein ausreichender Grund vorgebracht werden, weshalb eine Rechtsverweigerung vorliegen würde.⁴³

7. *Recht auf ein faires Verfahren (Art. 14)*

Wie bereits in den Jahren zuvor hatte der Ausschuss zahlreiche Fälle im Zusammenhang mit Unregelmäßigkeiten während des Verfahrens zu beurteilen. Als wichtiges Element für die Garantie eines fairen Verfahrens und des Prinzips der Waffengleichheit betonte der Ausschuss im Fall *Chelakh gegen Kasachstan*, dass beschuldigte Personen ausreichend Zeit und Fazilitäten haben müssen für die Vorbereitung der Verteidigung und die Kommunikation mit einem Anwalt ihrer Wahl – der Umfang von bloß zwei Tagen, um eine umfangreiche Akte zu studieren, verletzt daher diese Norm. Darüber hinaus müssen gerechtfertigte Ansuchen betreffend die Vertagung möglich sein, insbesondere wenn der Beschuldigte schwerer krimineller Taten beschuldigt wird und zusätzliche Zeit für die Vorbereitung vonnöten ist.⁴⁴ Im Fall *Tyan gegen Kasachstan* wurde dem Beschwerdeführer die Teilnahme an der Anhörung vor dem Berufungsgericht verwehrt. Artikel 14 Absatz 3 lit. g legt fest, dass die bloße Vertretung durch Anwälte nicht ausreicht, wenn das Gericht eine neuerliche Entscheidung über Schuld und Unschuld trifft. Von der Abwesenheit des Beschuldigten kann abgesehen werden, wenn dies im Sinne der ordnungsgemäßen Justizverwaltung ist oder wenn die Person trotz rechtzeitiger Information im Vorfeld auf ihr Recht verzichtet hat. Darüber hinaus wurde eine weitere Verletzung festgestellt, da die in Polizeigewahrsam erzwungenen Geständnisse, die anschließend widerrufen wurden, ohne weitere Untersuchung vor Gericht verwendet wurden.⁴⁵

43 *M.P. ./ Dänemark* (Fn. 29); *S.A.H. ./ Dänemark* (Fn. 28).

44 *Chelakh ./ Kasachstan*, Auffassung vom 7. November 2017, UN-Dok. CCPR/C/121/D/2645/2015.

45 *Dmitry Tyan ./ Kasachstan*, Auffassung vom 16. März 2017, UN-Dok. CCPR/C/119/D/2125/2011; ähnlich: *Igor Kostin ./ Russische Föderation*, Auffassung vom 21. März 2017, UN-Dok. CCPR/C/119/D/2496/2014.

Zur Sicherstellung einer effektiven Verteidigung haben Angeklagte außerdem das Recht Zeugen vorzuladen, die ihre Unschuld beweisen können. Diese Bestimmung verleiht zwar kein unbeschränktes Recht der Teilnahme jeglicher Zeugen, aber all jener, die für die Verteidigung notwendig sind, sowie eine ordentliche Möglichkeit Zeugen gegen sie an einer Stelle des Verfahrens zu befragen.⁴⁶

Immer wieder verweist der Ausschuss im Zusammenhang mit den Fällen auf die Allgemeine Bemerkung Nr. 32 (2007) zum Recht auf Gleichheit vor den Gerichten und zu einem fairen Verfahren, in dem er feststellt, dass Artikel 14 „das Recht auf Zugang zu den Gerichten“ umfasst. Dieser muss in allen diesen Fällen effektiv gewährleistet werden, um sicherzustellen, dass keine Person prozessual ihres Rechts auf Gerechtigkeit beraubt wird.⁴⁷

Im Fall *Arsen Ambaryan gegen Kirgistan* wiederholt der Ausschuss seine Spruchpraxis, dass ein Beschuldigter unverzüglich über die Gründe der Haft in einer für ihn verständlichen Sprache informiert werden muss. Dies kann zunächst nur mündlich mitgeteilt werden, wenn anschließend die Schriftlichkeit erfolgt. Jedenfalls müssen sowohl die rechtliche Grundlage als auch die allgemeinen Fakten enthalten sein.⁴⁸

In einem anderen Fall gegen Kirgistan werden die Prinzipien der Öffentlichkeit und Mündlichkeit von Strafsachen thematisiert.⁴⁹

ration, Auffassung vom 21. März 2017, UN-Dok. CCPR/C/119/D/2496/2014.

46 *Sirozhiddin Allaberdiev ./ Usbekistan* (Fn. 41).

47 *Petr Gatilov ./ Russische Föderation*, Auffassung vom 13. Juli 2017, UN-Dok. CCPR/C/120/D/2171/2012.

48 *Arsen Ambaryan ./ Kirgistan*, Auffassung vom 28. Juli 2017, UN-Dok. CCPR/C/120/D/2162/2012.

49 *Fakhrudin Ashirov ./ Kirgistan*, Auffassung vom 28. Juli 2017, UN-Dok. CCPR/C/120/D/2435/2014; siehe dazu: General Comment Nr. 32 (2007), UN-Dok. CCPR/C/GC/32.

8. Anerkennung der Rechtsfähigkeit (Art. 16)

Auch in diesem Berichtszeitraum wurde in mehreren Fällen das Verbrechen des Erzwungenen Verschwindenlassen behandelt. Obwohl es sich hier nicht um einen eigenen Tatbestand im Rahmen der Konvention handelt, betont der Ausschuss, dass dieses Verbrechen ein Zusammenspiel aus der Verletzung zahlreicher Konventionsrechte ist, darunter auch die Verleugnung der Rechtsfähigkeit durch das bewusste Entfernen einer Person aus dem Schutz des Rechts.⁵⁰

Im Fall *Ram Maya Nakarmi gegen Nepal* wurde der Ehemann der Beschwerdeführerin am 23. September 2003 durch Sicherheitspersonal in Zivil verhaftet und bleibt seitdem trotz ihrer sofortigen Anzeige verschwunden. Der Vertragsstaat bestreitet jegliche Vorwürfe, obwohl zahlreiche Berichte vorliegen, die indizieren, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin in den Bhairab-Nath-Baracken durch Militärpersonal festgehalten und gefoltert wurde. Zwischen Dezember 2003 und Februar 2004 wurde er dort zum letzten Mal gesehen. Da er bereits sehr krank war, wird angenommen, dass er aufgrund von Folter verstorben sei. Aussagen von früheren Insassen, Berichte von OHCHR-Nepal und der Nationalen Menschenrechtskommission legen diese Vermutungen nahe. Sein Name erscheint außerdem bei einer Entscheidung des Verfassungsgerichts und befindet sich in der Datenbank vermisster Personen des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz. Der Ausschuss stellte daher die Verletzung zahlreicher Konventionsrechte fest: Artikel 6, 7, 9 und 16. Außerdem wurde die Verletzung von Artikel 2 Abs. 3 des Fakultativprotokolls betreffend die Bereitstellung wirksamer Rechtsbehelfe bei Verletzung von Rechten aus dem Pakt festgestellt. Nach dieser Norm sind die Vertragsstaaten dazu verpflichtet geeignete gerichtliche und administrative Mechanismen einzurichten, um Ansprüche aus Rechtsverletzungen geltend zu machen. Die Allgemei-

50 *Boudjema ./.* Algerien (Fn. 23).

ne Bemerkung Nr. 31 (2004) Paragraph 15⁵¹ führt dazu aus, dass die Nicht-Prüfung von Verstößen einen gesonderten Verstoß gegen den Pakt darstellt. Im gegenständlichen Fall wurde trotz Bemühungen der Beschwerdeführerin seit mehr als 13 Jahre nach dem Verschwinden keine gründliche und wirksame Untersuchung durch den Vertragsstaat durchgeführt.⁵²

9. Recht auf Privatleben (Art. 17)

Der Beschwerdeführer reichte Beschwerde gegen die Russische Föderation wegen der Verletzung seiner Privatsphäre ein, da er in Folge seiner Verhandlung der Wohnung verwiesen und seine Privatgegenstände zunächst an eine private Person weitergegeben und schlussendlich verloren wurden. Unter Verweis auf die Allgemeine Bemerkung Nr. 16 (1988) zum Recht auf Privatsphäre⁵³ wurde ausgeführt, dass „rechtswidrig“ bedeutet, dass Intervention nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen erfolgen kann. Das Gesetz selbst muss also mit den Zielen und Zwecken der Konvention übereinstimmen und in jedem Fall den Umständen angemessen sein. In diesem Fall sah die nationale Gesetzgebung vor, dass eine Räumung ohne die Bereitstellung einer alternativen Wohnmöglichkeit nicht erlaubt ist. In Zusammenschau mit allen Aspekten des Falles hat der Ausschuss daher eine Verletzung der Privatsphäre festgestellt.⁵⁴

51 General Comment Nr. 31, UN-Dok. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13 (2004).

52 *Ram Maya Nakarmi ./.* Nepal (Fn. 22); auch zu diesem Thema: *Bimala Dhakal et al. ./.* Nepal, Auffassung vom 17. März 2017, UN-Dok. CCPR/C/119/D/2185/2012; *Lounis Khelifati ./.* Algerien, Auffassung vom 28. Juli 2017, UN-Dok. CCPR/C/120/D/2267/2013; *Shanta Neupane und Nisha Neupane ./.* Nepal, Auffassung vom 21. Juli 2017, UN-Dok. CCPR/C/120/D/2170/2012; *Vide Lale und Milojka Blagojevic ./.* Bosnien und Herzegowina, Auffassung vom 17. März 2017, UN-Dok. CCPR/C/119/D/2206/2012; *Malika El Boathi ./.* Algerien, Auffassung vom 17. März 2017, UN-Dok. CCPR/C/119/D/2259/2013.

53 Menschenrechtsausschuss, General Comment Nr. 16 on the Right to Privacy, 8. April 1988.

54 *Gatilov ./.* Russische Föderation (Fn. 48).

Artikel 17 sieht außerdem vor, dass Staaten ausreichende Sorge tragen müssen, um den Schutz der persönlichen Ehre und des Rufes zu wahren. Dies umfasst das Bestehen von Bestimmungen, die es ermöglichen sich vor jeglichen Angriffen zu schützen und sich gegebenenfalls mit einem effektiven Rechtsmittel gegen Verstöße zur Wehr zu setzen. Im konkreten Fall gegen Usbekistan wurde diese Garantie nicht erfüllt. Der Direktor der Termez Staatsuniversität wurde des groß angelegten Betruges verdächtigt, entlassen, und in diversen Zeitungen sehr negativ dargestellt. Trotz eines anschließenden Freispruchs wurde es ihm nicht ermöglicht seinen Ruf wiederherzustellen.⁵⁵

In einem äußerst spannenden Fall gegen die Niederlande hatten die Ausschussmitglieder zu beurteilen, ob durch die Entnahme einer DNA-Probe, die im Anschluss vernichtet wurde, eine Verletzung der Privatsphäre vorliegt. Die damals minderjährige N.K. wurde zu 36 Stunden Sozialarbeit wegen verbaler Gewalt und Diebstahl verurteilt. Am selben Tag hatte die Staatsanwaltschaft die Entnahme einer DNA-Probe angeordnet. Der Staat argumentierte, dass dieses Prozedere zur Aufklärung von Straftaten und dem Schutz zukünftiger Opfer vonnöten sei. Darüber hinaus sei es angemessen, da es auf die am wenigsten invasive Weise (nämlich durch Wattestäbchen) erfolgt, für eine bestimmte Zeit anonym aufbewahrt wird und nur Personen betrifft, die eine Tat begangen haben, die eine gewisse Schwere hat. Im gegenständlichen Fall aber erfolgte die Entnahme auf eine allgemeine und willkürliche Art und Weise, die wenig Spielraum für eine Einzelfallbeurteilung, wie das Alter oder eben die Schwere der Straftat, zuließ. Auch wenn die Probe in Folge der neuerlichen Verurteilung zerstört wurde, stellte der Ausschuss fest, dass ein Eingriff bereits erfolgt war. Die beiden Ausschussmitglieder Yuval Shany und Yadh Ben Achour haben dazu andere Auffassungen veröffentlicht. Beide kommen in separaten Stellungnahmen zu der

Conclusio, dass der angestrebte Zweck des Staates – nämlich der Schutz zukünftiger Opfer – vollkommen verhältnismäßig zur Beschränkung der Privatsphäre steht, da diese insbesondere non-invasiv erfolgt und anonym aufbewahrt wird.⁵⁶

10. *Recht auf Meinungs- und Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 19)*

Im Fall *Reyes gegen Chile* wurde das Entfernen und Zerstören des Kunstwerks "Bridges of Memory", welches die schweren und systematischen Menschenrechtsverletzungen während der Militärdiktatur in Chile verewigen sollte, thematisiert. Die von den Carabineros⁵⁷ durchgeführte Handlung sollte laut dem Vertragsstaat dem Schutz der Bevölkerung dienen. Der Ausschuss jedoch wertete diese als Verletzung der Meinungsfreiheit und betonte, dass Artikel 19 den Grundstein für jede freie, demokratische Gesellschaft darstellt. Diese Freiheit bezieht sich u.a. auf den politischen Diskurs, Kommentare in eigener Sache, öffentliche Angelegenheiten und die Diskussion von Menschenrechten. Der Staat hat die positive Verpflichtung das Recht auf freie Meinungsäußerung zu garantieren und effektive Schutzmaßnahmen gegen Angriffe, die Menschen zum Schweigen bringen sollen, zu ergreifen. Diese Maßnahmen können dementsprechend nicht angewendet werden als Rechtfertigung zum Ersticken der Mehrparteien-Demokratie, von demokratischen Grundsätzen und Menschenrechten. Jede Beschränkung muss daher streng geprüft werden, indem eine direkte Verbindung zwischen der konkreten Gefahr und der Äußerung aufgezeigt wird. Rein präventive Maßnahmen wie die befürchtete Gefahr im gegenständlichen Fall stellen keine Rechtfertigung dar.⁵⁸

In einem anderen Fall gegen Kasachstan ging es um die unverhältnismäßigen Be-

55 *Khidirnazar Allakulov ./. Usbekistan*, Auffassung vom 19. Juli 2017, UN-Dok. CCPR/C/120/D/2430/2014.

56 *N.K. ./. Niederlande*, Auffassung vom 18. Juli 2017, UN-Dok. CCPR/C/120/D/2326/2013/Rev. 1.

57 Uniformierte Polizei Chiles.

58 *Reyes ./. Chile* (Fn. 13).

schränkungen bei der Abhaltung einer Demonstration.⁵⁹

11. *Recht auf friedliche Versammlung (Art. 21)*

Das Recht auf friedliche Versammlung ist ein fundamentales Menschenrecht, welches essentiell für den öffentlichen Ausdruck einer individuellen Meinung und unerlässlich für die demokratische Gesellschaft ist. Das Recht beinhaltet das Organisieren und Teilnehmen an einer Versammlung, einschließlich eines festen Mahnpostens an einem öffentlichen Ort. Die Organisatoren dürfen dabei einen Ort wählen, der sich in Sicht- und Hörweite der Zielgruppe befindet. Beschränkungen sind nur im Einklang mit der gesetzlichen Lage erlaubt und wenn sich die Notwendigkeit aus dem Interesse der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung, öffentlichen Sicherheit, dem Schutz der Gesundheit, der Moral oder dem Schutz der Rechte und Freiheiten anderer ergibt. Bei einer Beschränkung muss der Zweck im Vordergrund stehen.

In den meisten Fällen, die der Ausschuss zu behandeln hatte, wurden Artikel 19 und Artikel 21 gleichsam berührt, wie auch im Fall *Koreshkov gegen Weißrussland*. Der Ausschuss verwies hier auch auf den General Comment Nr. 34 (2011) zum Umfang der Meinungs- und Äußerungsfreiheit.⁶⁰ Im gegenständlichen Fall hatte der Beschwerdeführer an Diskussionen betreffend die soziale und ökonomische Situation des Landes teilgenommen. Er wurde sanktioniert, da diese Veranstaltung im Vorfeld nicht genehmigt wurde. Warum eine Beschränkung notwendig gewesen wäre, wurde allerdings vom Staat nicht erklärt.⁶¹

Da bereits zahlreiche ähnlich gelagerte Fälle gegen Weißrussland behandelt wurden, ersuchte der Ausschuss abermals die nationale Gesetzeslage, insbesondere das Gesetz betreffend öffentliche Veranstaltungen vom 30. Dezember 1997, zu überprüfen.⁶²

12. *Schutz, Registrierung und Staatsangehörigkeit von Kindern (Art. 24)*

Wenn es sich um eine minderjährige Person handelt, kann zusätzlich zur Verletzung von anderen Konventionsrechten auch Artikel 24 eine Rolle spielen. Im vorliegenden Fall floh der Beschwerdeführer von Syrien zunächst nach Griechenland, wo er fälschlicherweise angab volljährig zu sein. Aufgrund der dort dramatischen Situation floh der Autor anschließend weiter nach Dänemark. Trotz der Vorlage zahlreicher Hintergrundberichte zur Situation in Griechenland und dem Verweis auf die Entscheidung *M. S. S. gegen Belgien* des EGMR, in der festgestellt wurde, dass der Zustand extremer Armut, Obdachlosigkeit und der Mangel an Zugang zu Essen und Sanitäts-einrichtungen erniedrigender Behandlung im Sinne der EMRK gleichkommt, wurde sein Asylbegehren aufgrund der Volljährigkeit abgewiesen. Obwohl er mitteilte, dass diese Angabe fehlerhaft war, wurde dies nicht berücksichtigt und die Behörden hatten es unterlassen Tests durchzuführen, um sicherzugehen, dass keine Minderjährigkeit vorliegt. Der Ausschuss stellte unter Verweis auf den Bericht des UNHCR aus 2017⁶³ fest, dass sich die Bedingungen für Flüchtlinge und Asylbewerber durch neue Gesetze zwar verbessert hätten, die Situation aber immer noch herausfordernd ist. Die nationalen Kapazitäten, um unbegleitete Minderjährige unterzubringen, sind immer noch weit davon entfernt den Bedarf zu decken und Kinder sind durchgehenden Schutzrisi-

59 *Andrei Sviridov ./. Kasachstan*, Auffassung vom 13. Juli 2017, UN-Dok. CCPR/C/120/D/2158/2012.

60 Menschenrechtsausschuss, General Comment Nr. 34 on Freedoms of Opinion and Expression, 12. September 2011, UN-Dok. CCPR/C/GC/34.

61 *Dmitry Koreshkov ./. Weißrussland*, Auffassung vom 9. November 2017, UN-Dok. CCPR/C/121/D/2168/2012.

62 Weitere Fälle: *Zinaida Shumilina et al. ./. Weißrussland* (Fn. 17); *Yan Melnikov ./. Weißrussland*, Auffassung vom 14. Juli 2017, UN-Dok. CCPR/C/120/D/2147/2012.

63 UNHCR, Recommendations for Greece in 2017, Februar 2017, abrufbar unter: <https://www.unhcr.org/58d8e8e64.pdf> (letzter Besuch: 5. Januar 2019).

ken ausgesetzt. Es wurde daher eine Verletzung von Artikel 7 und 24 festgestellt.⁶⁴

13. Nichtdiskriminierung (Art. 26)

Wie bereits in den Jahren zuvor wurde vom Ausschuss zum Verbot des Schwangerschaftsabbruches in Irland Stellung bezogen.

Die Beschwerdeführerin erfuhr in der 20. Schwangerschaftswoche, dass ihr Fötus an Geburtsfehlern leidet, die dazu führen, dass dieser entweder noch im Mutterleib oder kurz nach der Geburt versterben würde. Aufgrund des Verbots von Schwangerschaftsabbrüchen hatte die Beschwerdeführerin daher nur die Möglichkeit das ungeborene Kind entweder bis zum Ende auszutragen, in dem Wissen, dass dieses im Leib sterben kann, oder eine Abtreibung im Ausland vornehmen zu lassen. Es wurden daher zahlreiche Verletzungen festgestellt – Artikel 7, 17 und 26. Unter Verweis auf die Allgemeine Bemerkung Nr. 18 (1989) par. 13⁶⁵ führte der Ausschuss aus, dass der Beschwerdeführerin aufgrund ihres Geschlechts der Zugang zu medizinischen Diensten verweigert wurde, die sie zum Erhalt ihrer Autonomie, ihrer Würde und ihrer körperlichen und psychischen Integrität benötigt. Eine Differenzierung und Diskriminierung erfolgte auf vielfältige Weise. Männliche Patienten und Patienten in anderen Situationen werden nicht dazu gezwungen ihre eigenen Gesundheitsbedürfnisse zu missachten und ins Ausland zu fliegen. Frauen, die ihre nichtlebensfähigen Embryos bis zum Ende austragen, erhalten vollste Unterstützung durch das öffentliche Gesundheitssystem, einschließlich der Trauerfall-Pflege. Im Gegensatz dazu haben Frauen, die ihre Schwangerschaft abbrechen keinerlei Unterstützung und müssen für alles selbst aufkommen. Die Anwendung der nationalen gesetzlichen Grundlage ist will-

kürlich. Die Balance zwischen den Rechten der Frau und des Fötus kann nicht gerechtfertigt werden und das Leiden der Beschwerdeführerin wurde durch die Situation in Irland zusätzlich erschwert.⁶⁶

Der Ausschuss betont im Fall *X. gegen Sri Lanka*, in dem es um die Vergewaltigung einer tamilischen Frau geht, die Verpflichtung des Staates Verletzungen von Konventionsrechten durch staatliche und nichtstaatliche Akteure zu ahnden. Im gegenständlichen Fall erfolgte jedoch die Verurteilung des Täters erst 14 Jahre nach der Tat. Der Ausschuss verwies daher auf die Bestimmung des Artikel 26, die festlegt, dass eine unterschiedliche Behandlung aufgrund des Geschlechts, der Sprache und der Ethnizität eine Diskriminierung darstellt, außer die Kriterien für eine Differenzierung sind angemessen und objektiv, um ein legitimes und rechtmäßiges Ziel zu erreichen. Im gegenständlichen Fall wurde die Frau als Teenager einer zutiefst marginalisierten und armen ethnischen Gruppe in Sri Lanka bereits gezielt diskriminiert. Auch während ihrer Beschwerde wegen Vergewaltigung bekam sie keine offizielle Übersetzung von Tamilisch zu Sinhalesisch, obwohl Tamilisch eine offizielle Sprache in Sri Lanka ist. Sie bekam keinen Schutz gegen unmenschliche Behandlung, obwohl der Anwalt sie öffentlich als professionelle Prostituierte bezeichnete und damit auch ihren Ruf innerhalb ihrer Gemeinschaft schädigte. Paragraph 10 der Allgemeinen Bemerkung Nr. 18 (1989) zu Nichtdiskriminierung⁶⁷ besagt, dass in einem Staat, in dem die allgemeinen Bedingungen einen Teil der Bevölkerung in der Wahrnehmung ihrer Menschenrechte hindern oder diese beeinträchtigen, der Staat gezielte Handlungen setzen muss, um diese Bedingungen zu korrigieren. Daher wurde eine Verletzung festgestellt.⁶⁸

64 *O. A. ./ Dänemark*, Auffassung vom 7. November 2017, UN-Dok. CCPR/C/121/D/2770/2016.

65 Menschenrechtsausschuss, General Comment Nr. 18 on Non-discrimination, 10. November 1989.

66 *Siobhan Whelan ./ Irland*, Auffassung vom 17. März 2017, UN-Dok. CCPR/C/119/D/2425/2014.

67 MRA (Fn. 66).

68 *X. ./ Sri Lanka*, Auffassung vom 27. Juli 2017, UN-Dok. CCPR/C/120/D/2256/2013.

Buchbesprechungen

Eric Hilgendorf/Mordechai Kremnitzer (Hrsg.), Human Dignity and Criminal Law. Würzburg Conference on Human Dignity, Human Rights, and Criminal Law in Israel and Germany, July 20–22, 2015, Berlin 2018, 223 Seiten, ISBN 978-3-428-15365-7.

Die in diesem Band enthaltenen Beiträge sind das Resultat der deutsch-israelischen Tagung 2015 in Würzburg zu dem Oberthema „Menschenwürde und Strafrecht“. Sie untersuchen, vergleichend für Israel und Deutschland, den Begriff der Menschenwürde, seine verfassungsrechtliche Stellung und sein Wirksamwerden im Straf- und Strafprozessrecht. Das Buch ist lehrreich und spannend zu lesen, weil die Autorinnen und Autoren dogmatische Defizite und problematische rechtspolitische Verbindungslinien unverblümt freilegen, sodass ein wirklicher rechtsvergleichender Dialog entsteht. Die folgende Skizze stellt – abweichend von der dialogisch-wechselnden Anordnung der Texte im Buch – zunächst alle Beiträge von israelischer Seite vor.

Deren Reihe eröffnet Izhak Englard, indem er zunächst einen begriffsgeschichtlichen Zugriff wählt, nämlich den römischen Ursprung des Würdebegriffs (*dignitas*), seine Profilierung in der Renaissance und das moderne von Immanuel Kant geprägte Verständnis schildert. Hierzu in Vergleich setzt er das im israelischen Verfassungsrecht präsente Wort *kavod* (englisch: dignity), das in erster – von der Thora ausgehend tradierter – Bedeutung eher mit „Ehre“ zu übersetzen wäre, wovon sich das israelische Verfassungsrecht zu emanzipieren habe. Dieses Letztere ist, historisch bedingt, nicht in einer geschriebenen Verfassung niedergelegt, sondern das Parlament hat seit der Gründung des Staates Israel 1948 mehrere Grundgesetze verabschiedet, die jeweils bestimmte verfassungsrechtliche Bereiche regeln. Für den hiesigen Kontext ist zentral das Grundgesetz „Menschliche Würde und Freiheit“ von 1992. Es garantiert diese Werte, allerdings im Staat Israel „als einem jüdischen und demokratischen Staat“, wobei die politischen Implikationen des „jüdischen“

Charakters des Staats höchst strittig sind. Würde ist (anders als im deutschen Recht) ein relatives Recht, das im Interesse des Staates Israel beeinträchtigt werden darf. So zeigt Englard eindrücklich auf, wie sich im Recht (und in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung) die bestehenden gesellschaftlichen Spannungen niederschlagen.

Yoram Danziger, Richter am Obersten Gericht Israels, knüpft an, indem er die verfassungsgeschichtliche Bedeutung des Grundgesetzes von 1992 hervorhebt: Erst seit diesem hat sich etabliert, dass Parlamentsgesetze einer verfassungsrechtlichen Kontrolle unterworfen und gegebenenfalls kassiert werden, also das Oberste Gericht – politisch umstritten – als Verfassungsgericht wirkt. Die Implikationen demonstriert Danziger beispielhaft an dem politisch brisanten Parlamentsgesetz von 2011, das – vor dem Hintergrund des Palästinenserkonflikts – zivil- und verwaltungsrechtliche Sanktionsfolgen für Boykottmaßnahmen gegen Israel anordnet. 2015 hat das Gericht das Gesetz für verfassungskonform erklärt – abgesehen von der als unverhältnismäßig eingestuften Anordnung zivilrechtlichen Schadensersatzes als Sanktion; die Meinungsäußerungsfreiheit werde im Übrigen nicht verletzt, weil der Boykott seinerseits darauf abziele, anderen die eigene Meinung mit ökonomischen Mitteln aufzuzwingen. Danzigers gegenläufige Position, dass die Meinungsäußerungsfreiheit nicht bestimmten inhaltlichen Positionen versagt werden dürfe bzw. der Boykottbegriff eng auszulegen sei, war im Richterkollegium nicht mehrheitsfähig.

Auch Barak Medina referiert über einen Ausschnitt des verfassungsrechtlichen Prozesses, der Anfang der 1990er Jahre begonnen hat, nämlich bezogen auf das Recht auf

Gleichheit, das mangels expliziter Nennung im Grundgesetz von 1992 aus der Menschenwürde abgeleitet wird: Zunächst habe das Oberste Gericht nur exekutive Akte daraufhin überprüft, ob nicht ohne validen Grund Gleiches ungleich behandelt wird; bezogen auf Parlamentsgesetze sei das Gericht jedoch einem engeren Verständnis des Rechts auf Gleichheit gefolgt, nämlich im Sinne einer Anti-Diskriminierung – entsprechend dem politischen Konzept des Pluralismus, wonach das demokratische Aushandeln von Kompromissen Ungleichbehandlungen notwendig erzeugt und zugleich rechtfertigt. Von dieser engeren Interpretation des Gleichheitssatzes sei das Gericht indes abgerückt, es prüfe nämlich in neueren Entscheidungen auch Akte des Gesetzgebers daraufhin, ob sie nicht Gleiches ungleich behandelten – entsprechend dem Konzept des Republikanismus, das von einem jenseits der handelnden Interessengruppen bestehenden allgemeinen öffentlichen Interesse ausgeht, Inhalt dessen auch die allgemeine Gleichbehandlung ist. Politisch plausibel sei diese Rechtsprechung, so Medina, als Wendung gegen das ultraorthodoxe Judentum, das, obwohl es weniger als 10 % der Bevölkerung ausmache, eine starke Position im politischen Prozess inne habe und diese zur Durchsetzung seiner Partikularinteressen nutze. Verfassungsdogmatisch sei die Rechtsprechung indes kritikwürdig, denn sie vermenge das legitime Anliegen, den demokratischen Charakter der politischen Abläufe zu gewährleisten, mit dem Individualrechtsgüterschutz, auf den die Grundrechtsgarantien in erster Linie zielen.

Mordechai Kremnitzer und Lina Saba-Habesch untersuchen den Einfluss des Würdekonzepts auf das Strafprozessrecht. Da im Grundgesetz von 1992 das Recht auf einen fairen Prozess nicht explizit normiert ist, wird es (ebenfalls) aus der Würde abgeleitet, ist demnach allerdings – wie jene – ein relatives, kein absolutes Recht. Das Letztere kritisieren Kremnitzer und Saba-Habesch bezogen auf den Kern der Beschuldigtenrechte, nämlich sein Recht auf Anwesenheit bei der Verhandlung und sein Recht auf Kenntnis des Tatvorwurfs – beide unerläss-

lich für eine effektive Verteidigung. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit reiche nicht aus, diesen Kernbereich, wenn er denn als antastbar begriffen wird, hinreichend zu schützen, nämlich angesichts des massiven gegenläufigen Interesses an einer effektiven Strafverfolgung. Hinzu komme, dass in der Wahrnehmung der israelischen Öffentlichkeit der Beschuldigte tendenziell als zu den *anderen* (einer Minderheit oder ausländischen Gruppe) gehörig wahrgenommen werde, im Gegensatz zum Opfer, dessen Perspektive man einnehme. Hinzu komme des Weiteren die politische Situation Israels, in der der Einzelne und der Staat als Ganzes potentiell bedroht werden. Hier – wie historisch in anderen Staaten mit terroristischer Bedrohung – könne sich allzu leicht der unheilvolle Mechanismus vollziehen, dass das Strafprozessrecht anstatt auf einen gesellschaftlichen „Normalzustand“ innerer (relativer) Sicherheit auf einen Ausnahmezustand zugeschnitten werde, was unweigerlich zur Unterminierung der Beschuldigtenrechte führe.

Miriam Gur-Arye fragt, ob das materielle Strafrecht wirksam auf Verfassungskonformität geprüft wird. Der herrschende Zugriff, für jedes den Freiheitsentzug androhende Strafgesetz lediglich die Beeinträchtigung des Rechts auf Freiheit, nicht aber auch andere Grundrechte des potentiellen Täters gegen die grundrechtsschützende Funktion des Strafgesetzes abzuwägen, sei defizitär. Beispielsweise sei die Strafbarkeit des schlichten Besitzes – im Gegensatz zur Herstellung und Verbreitung – kinderpornografischer Darstellungen gerichtlicherseits für verfassungskonform erklärt worden, ohne dass – neben dem Recht auf Freiheit – das Recht des potentiellen Täters auf Privatsphäre (als direkte Konkretisierung seiner Würde) berücksichtigt worden sei. Dass deren Beeinträchtigung gerechtfertigt sei, bezweifelt Gur-Arye gestützt auf das gewiss angreifbare Argument, dass, wer Kinderpornografie nur besitze, keine Ursache für die sexuelle Ausbeutung von Kindern setze. Auch dass Gur-Arye letztlich unbeantwortet lassen will, ob durch den Besitz kinderpornografischen Materials die Würde der betroffenen Kinder hinreichend beeinträch-

tigt wird, um die Strafbarkeit des Besitzes kinderpornografischen Materials zu begründen, muss man nicht für sachangemessen halten.

Die Reihe der Vorträge von israelischer Seite schließt mit einem dringenden Appell seitens Rachela Er'El und Doron Shultziner, das Menschenwürdekonzept als Hebel zur Verbesserung der Bedingungen im israelischen Strafvollzug einzusetzen. Das Gefängnis beseitige nicht nur die Fortbewegungsfreiheit des Gefangenen, sondern kontrolliere als totale Institution nahezu sein gesamtes Verhalten. Er'El und Shultziner erinnern daran, dass in früheren Zeiten diese Kontrolle den erklärten Zweck hatte, durch erniedrigende Haftbedingungen und Zwangsarbeit den Straftäter über den schlichten Freiheitsentzug hinaus zu bestrafen. Das werde heute (auch) in Israel dem Gesetz nach untersagt, nicht zuletzt mit Blick auf das Grundgesetz von 1992. Populär sei diese Sicht aber durchaus noch. Demgegenüber müsse sich das Verständnis durchsetzen, dass zur Wahrung seiner Würde jeder beschränkende Zugriff auf den Gefangenen unzulässig sei, der sich nicht aus zwingenden Gründen der Sicherheit ergebe. Der Gefangene sei prototypisch nicht als hartnäckiger Bösewicht, sondern als hilfloser Mensch zu sehen, der aufgrund seines minimierten Handlungsspielraums auf die Hilfe des Staats angewiesen sei; Resozialisierung sei nicht nur gesellschaftlich und politisch erwünscht, sondern ethische Verpflichtung des Staats.

Aus deutscher Perspektive unterzieht Eric Hilgendorf den Würdebegriff einer lehrreichen kritischen Prüfung. Die Formeln, nach der der Mensch nicht zum Objekt staatlichen Handelns oder zum bloßen Mittel zum Zweck herabgewürdigt werden dürfe, reichen nicht aus, das heute herrschende verfassungsrechtliche Konzept umfassend zu umschreiben. Vielmehr sei derjenige Aspekt des Würdekonzepts zu profilieren, der – bereits seit *Kant* – den Eigenwert eines jeden einzelnen Menschen betone: Dieser generiere nicht bestimmte Rechtspositionen, sondern stelle umgekehrt die Umschreibung solcher Positionen dar, nämlich das Recht

auf materielle Existenz, auf freie Selbstentfaltung, auf Verschonung von Grausamkeit und überflüssigen Beeinträchtigungen, auf Privatsphäre, auf intellektuelle Integrität (Nichtanwendung von „Gehirnwäsche“), auf Gleichheit vor dem Gesetz und darauf, nicht gedemütigt zu werden (auf ein Minimum an Respekt). Die positive Umschreibung hat in der Tat den Vorteil der Klarheit und Konkretheit, wohingegen das herrschende Würdekonzept so unklar ist, dass es in verschiedenster Weise interpretierbar und instrumentalisierbar ist. Letzteres zeigt Hilgendorf mit Blick auf die bioethischen Debatten um neue Möglichkeiten in der Medizin. Vielfach werde hier der Vorwurf des Verstoßes gegen die Menschenwürde erhoben, nicht selten der Boden wissenschaftlicher Redlichkeit verlassen, indem versucht werde, bestimmte Meinungen aus dem zulässigen Meinungsspektrum auszugrenzen. Nach dem von ihm vorgestellten Konzept liege hingegen, so Hilgendorf, im Bereich der betreffenden medizinischen Forschung kaum je ein Menschenwürdeverstoß vor.

Stefanie Schmahl fragt nach der Bedeutung der Menschenwürde für die Menschenrechte, das humanitäre Völkerrecht und das Völkerstrafrecht. Bei allen Divergenzen im Einzelnen stellt sie in einem Punkt weitgehende Übereinstimmung fest: Menschenwürde bildet überall die Basis des Inhalts, dass wegen des Eigenwerts des menschlichen Individuums alles Recht seinem Wohl zu dienen hat und hier die Grenzen staatlicher Machtausübung gezogen werden. Kyrill-A. Schwarz zeichnet für das deutsche Verfassungsrecht den engen Bezug zwischen Menschenwürde und Freiheit der Religionsausübung nach und weist – auch angesichts des Paradoxes, dass das Würdekonzept auf der christlichen-abendländischen Denktradition beruht – darauf hin, dass jeder Versuch des Staats, religiöses Handeln anhand inhaltlicher Kriterien zu bewerten, zur Beeinträchtigung der Religionsfreiheit führen muss.

Betreffend das deutsche Strafprozessrecht beschreibt Frank Peter Schuster, ausgehend von dessen Verständnis als „Seismografen

der Verfassung“ (Claus Roxin/Bernd Schünemann), wie sich das Grundrechtekonzept des Grundgesetzes für das Strafprozessrecht konkretisiert (hat). Er weist aber auch darauf hin, dass der Schutz des Beschuldigten im Strafverfahren historisch ältere Wurzeln hat, und er meldet überzeugende Zweifel an der Klarheit des Würdekonzepts an. Mit Blick auf das materielle deutsche Strafrecht zeichnet Susanne Beck den tradierten Zusammenhang zwischen dem Menschenwürde- und dem Schuldkonzept nach: Strafe ist die Reaktion auf den freiverantwortlich schuldhaft handelnden Menschen, der durch die Tat seine Würde nicht einbüßt, sondern weiter schützenswert ist. Vor dem Hintergrund der seit einigen Jahrzehnten erfolgten und zukünftig zu erwartenden technischen Entwicklungen, aber etwa auch angesichts der Finanzkrise und der gesteigerten Terrorismusgefahr genüge

dieses tradierte Schuldkonzept nicht mehr als Basis eines modernen Strafrechts. Vielmehr gelte es, was indes nicht näher konkretisiert wird, die richtige Balance zwischen der Würde und den Freiheitsrechten des Täters und denen des Opfers sowie dem legitimen Sicherheitsinteresse der Gesellschaft zu finden.

Dieser Tagungsband ist ein überaus lesenswertes Buch. In der Zusammenstellung stimmen die Texte nachdenklich, da sie die Fragilität des Würdekonzepts aufscheinen lassen: Es ist keine einmal gewonnene sichere Basis, sondern im gesellschaftlichen und politischen Wandel immer neu und immer konkret in den einzelnen Rechtsgebieten zu verwirklichen.

Georg Steinberg

Christian Spatschek/Claudia Steckelberg (Hrsg.), Menschenrechte und Soziale Arbeit: Konzeptuelle Grundlagen, Gestaltungsfelder und Umsetzung einer Realutopie, Theorie, Forschung und Praxis der Sozialen Arbeit, Band 16, Opladen/Berlin/Toronto 2018, 318 Seiten, ISBN: 978-3-8474-2176-4, 29,90 €.

Der Bezug auf die Menschenrechte ist in der Ausbildung, der Theorie und der Praxis Sozialer Arbeit, zumindest im deutschsprachigen Raum, mittlerweile fest verankert. So ist das Konzept Sozialer Arbeit als Menschenrechtsprofession für deren Selbstverständnis prägend. Als Menschenrechtsprofession beansprucht Soziale Arbeit nicht länger allein durch den Auftrag der Hilfebedürftigen und den von Staat und Gesellschaft mandatiert zu sein, sondern auch, durch den universellen Bezug auf die Menschenrechte ihr Handeln begründen zu können. Das heißt, in der normativ angeleiteten Analyse von sozialen Problemen und der Formulierung von Handlungskonzepten soll der Bezug auf die Menschenrechte der Sozialen Arbeit als wissenschaftliche und praktische Disziplin ein Fundament geben. Die Formulierung des Ansatzes Sozialer Arbeit als Menschenrechtsprofession ist zuvorderst auf die Arbeiten von Sylvia Staub-Bernasconi (emeritierte Professorin der TU

Berlin) zurückzuführen. Unter anderem auf deren Bestreben geht auch die Etablierung des Masterstudiengangs „Soziale Arbeit als Menschenrechtsprofession“, in Kooperation von drei Berliner Hochschulen für Sozialwesen und der HU Berlin seit 2002 umgesetzt, zurück.

Vor diesem Hintergrund ist der Sammelband „Menschenrechte und Soziale Arbeit: Konzeptuelle Grundlagen, Gestaltungsfelder und Umsetzung einer Realutopie“, erschienen in der Schriftenreihe der Deutschen Gesellschaft für Soziale Arbeit (DGSA), zu lesen. Er liefert eine kritische Diskussion der Konzeption Sozialer Arbeit als Menschenrechtsprofession, indem er sie in den Kontext grundlegend konzeptueller Überlegungen, konkreter Gestaltungsfelder und praktischer Herausforderungen der Praxis Sozialer Arbeit stellt. Die verschiedenen Beiträge stehen folglich, so wie die Ausbildung und Wissenschaft Sozialer Ar-

beit selbst, im Spannungsbogen von Theorie und Praxis, mit Fokus auf die Menschenrechte. Wer den Band vor dem Hintergrund rechtswissenschaftlicher und rechtsphilosophischer Debatten um die Menschenrechte liest, kann aus der Perspektive der Sozialen Arbeit dahingehend Denkanstöße erwarten, dass für sie der Fokus vor allem auf dem Umgang mit konkreten sozialen Problemen liegt, zu denen in der Berufspraxis unmittelbarer Kontakt besteht, wofür auf Sozial- und Kollektivrechte zur Gestaltung und Beförderung von gesellschaftlichen Umständen Bezug genommen wird.

Der Sammelband ist in drei Teilen organisiert. Der erste Teil widmet sich konzeptuellen Diskussionen. Der zweite Teil stellt den Bezug auf Menschenrechte in Bezug auf verschiedene Gestaltungsfelder Sozialer Arbeit vor. Der dritte Teil liefert dann verschiedene Ansätze zur Umsetzung von Menschenrechten in und durch die (berufliche) Praxis Sozialer Arbeit.

Im ersten, bzgl. der Anzahl an Seiten umfangreichsten und mit „Konzeptuelle Grundlagen – Menschenrechte als Bezugsmodelle und Konzepte“ betitelten Teil wird der Bezug auf Menschenrechte in der Sozialen Arbeit mit Verweis auf theoretische Problemfelder diskutiert. Den Auftakt macht der einzige englischsprachige Beitrag des Australiers Jim Ife, der grundlegende Überlegungen zum Verhältnis von Menschenrechten und diesen widersprechenden sozio-ökonomischen Entwicklungen, wie etwa der Rückbau des Sozialstaates, anstellt. Dabei wird betont, dass Soziale Arbeit aufgrund ihres Fokuses auf Sozial- statt auf Abwehrrechte auch als politischer Akteur zur Beförderung der Menschenrechte einen Beitrag leisten kann (S. 26–27). Der Beitrag Nevidita Prasads, die jetzige Leiterin des Masterstudienganges „Soziale Arbeit als Menschenrechtsprofession“ in Berlin, betont darüber hinaus die Unabhängigkeit der Wissenschaft Sozialer Arbeit bezüglich der Begründung normativer Handlungskonzepte in der (Berufs-)Praxis (S. 40–43), die durch den Bezug auf die Menschenrechte gewonnen werde. Ein abgedrucktes Podiumsgespräch mit der bereits oben ge-

nannten Sylvia Staub-Bernasconi sekundiert diese Darstellung durch einen Blick in die Geschichte der Entwicklung der Konzeption Sozialer Arbeit als Menschenrechtskonzeption.

Weitere Beiträge in diesem Teil kritisieren die Ahistorizität und Abstraktheit der zugrunde liegenden Auffassung der Menschenrechte. Von Michael May wird einmal auf die Historizität der Praxis Sozialer Arbeit verwiesen. Nimmt man Menschenrechte wie naturrechtliche Prinzipien als deren ahistorische Grundlage an, bestehe eine Tendenz zum Paternalismus. Denn damit würde ein „metaphysisches Großsubjekt“ (S. 80) dem demokratischen Prozess, in dem jeder einzelne Wille zu berücksichtigen wäre, vorgeordnet. Ausgehend von Hannah Arendts Begriff politischen Handelns formuliert Stefanie Rosemüller in ihrem Beitrag eine Kritik an der Abstraktheit der Menschenrechte (S. 85–86). Komplettiert wird die Diskussion konzeptueller Grundlagen durch einen Beitrag, der Verbindungen zu den Diversity- und Genderstudies herstellt, sowie durch einen, der sich mit der Bedeutung indigenen Wissens für Menschenrechtsdiskurse befasst. Letzterer Beitrag von Nausikaa Schirilla greift eine kürzliche Veränderung in der International Definition of Social Work auf, bei der „indigenes Wissen“¹ als Bezugspunkt aufgenommen wurde. Anhand dieses Beitrags, der der Pluralität von Wissensformen Aufmerksamkeit schenkt, wird die Herausforderung vor der die Sozialer Arbeit steht, die sich in den Menschenrechten durch einen objektiven Bezugsrahmen begreifen will, deutlich. Diese Herausforderung ähnelt der, die u. a. aus postkolonialen Kritiken an den Menschenrechten hervorgeht; das heißt es gilt zu beachten, dass die plurale Verfasstheit der Welt einbegriffen wird.

Der zweite Teil ist mit „Gestaltungsfelder – Menschenrechte im fachlichen Diskurs“ überschrieben und wird gegenüber dem vorhergehenden Abschnitt dahinge-

1 Deutsche Übersetzung: https://www.dbsh.de/fileadmin/downloads/%C3%9Cbersetzung_der_Definiton_Sozialer_Arbeit_deutsch.pdf (letzter Besuch: 14. September 2018).

hend spezifischer, dass auf ganz konkrete Problemfelder der Sozialen Arbeit Bezug genommen wird. Hier will ich zunächst auf einen Beitrag von Sylvia Staub-Bernasconi eingehen, da er thematisch an den bereits erwähnten Beitrag Nausikaa Schirillas anschließt. Dort wird ein Zusatz zur International Definition of Social Work, der durch Verweis auf kollektive Verantwortung und Rechte Perspektiven verschiedener kultureller Gemeinschaften und Traditionen aufnimmt, insbesondere durch den Verweis auf indigenes Wissen, kritisch diskutiert. Kulturelle Traditionen in ihrer Eigenart anzuerkennen, kann eben auch bedeuten darin legitimierte Menschenrechtsverletzungen hinnehmen zu müssen. Diese Spannung zeigt, wie problematisch für die Soziale Arbeit das Verhältnis von objektiven Wertrahmen und partikularen Traditionen und Wertegemeinschaften ist.

Ein Beitrag von Günter Rieger, den ich hier noch nennen möchte, betrachtet das Verhältnis von Staatsbürgerschaftsrecht und an den Menschenrechten orientierter Sozialer Arbeit vor dem Hintergrund von Einwanderungspolitik. Für die Soziale Arbeit ist dies eine wichtige Herausforderung, da bei dem normativen Anspruch, professionelles Handeln an den Menschenrechten zu orientieren, die nationalstaatlichen Institutionen, die dieses ermöglichen, häufig eher als Gegenstand von Kritik und nicht als anzuerkennender Handlungsrahmen betrachtet werden. Insbesondere im Bereich der Arbeit mit Migrantinnen und Migranten erfahren Sozialprofessionelle diese Spannung häufig aus allernächster Nähe, etwa wenn sie vor der Frage stehen, ob sie bei rechtmäßigen Abschiebungen mitwirken sollten, die aber nicht den Interessen ihrer Klientinnen und Klienten entsprechen.² Dabei zeigt sich:

2 Ein Positionspapier zur Sozialen Arbeit mit Geflüchteten empfiehlt vom Standpunkt Sozialer Arbeit als Menschenrechtsprofession u. a. in bestimmten Fällen, etwa Abschiebungen, die Zusammenarbeit mit bestimmten staatlichen Institutionen, wie etwa der Polizei, zu verweigern. Vgl. Initiative Hochschullehrender zu Sozialer Arbeit in Gemeinschaftsunterkünften: *Alice Salomon Hochschule Berlin*, Positionspapier: Soziale Arbeit mit Geflüchteten in Gemeinschaftsunterkünften. Professionelle Standards und sozialpoli-

Soziale Arbeit, die zwar immer im Rahmen nationalstaatlicher Institutionen steht, ihr Handeln aber im normativen Rahmen der Menschenrechte zu legitimieren beansprucht, muss einen Weg finden, beide Seiten in der Praxis zusammenzubringen, will sie nicht handlungsunfähig werden oder die Angehörigen der Profession überlasten, indem sie sie auf politischen Protest verpflichtet.

Weitere Beiträge, auf die hier jedoch nicht im Detail eingegangen werden soll, gehen auf aktuelle Problemfelder, wie den Schutz des Wohnens, religionssensible Soziale Arbeit, Soziale Arbeit in bewaffneten Konflikten und Menschenrechtsbildung ein. Es lässt sich an diesen aktuellen Themensetzungen die Nähe Sozialer Arbeit zu gesellschaftlichen Konfliktfeldern ablesen, woraus auch für theoretisch ausgerichtete Forschung entscheidende Impulse hervorgehen können.

Der dritte Teil des Sammelbandes rückt noch näher an die Handlungsfelder der Berufspraxis Sozialer Arbeit heran und ist mit „Umsetzung – Menschenrechte und ihre Realisierung in Handlungsfeldern Sozialer Arbeit“ überschrieben. Eines der besonders brisanten Themen, die diskutiert werden, ist etwa Gegenstand des von Isabelle Brantl, Margit Stein und Yvette Völschow verfassten Beitrages „Menschenrechtsverletzungen durch Zwangsehen: Herausforderungen für die Klinische Soziale Arbeit“. Zwangs- oder Frühehen widersprechen laut den Autorinnen Artikel 16 der UN-Menschenrechtskonvention (S. 205). Die praktische Herausforderung bestehe nun darin, Unterstützungsangebote für Betroffene zu entwickeln, wobei nun eben wieder zu reflektieren wäre, wie sich diese dazu verhalten, dass es Personen gibt, die Ehen, die als Zwangs- oder Frühehen charakterisiert werden, als wesentlichen Bestandteil ihrer kulturellen Identität begreifen. Der Beitrag „Menschenrechte als Bezugsrahmen für die Arbeit mit Älteren Menschen“ von Marina Vukoman und Ann-Christin Heming

tische Basis, Berlin 2016, abrufbar unter: https://www.fluechtlingssozialarbeit.de/Positionspapier_Soziale_Arbeit_mit_Gefl%C3%BChteten.pdf (letzter Besuch: 14. September 2018).

schneidet in Zeiten einer alternden Gesellschaft ein weiteres praktisches Problemfeld an, dass in Zukunft weiter an Relevanz gewinnen wird. In Blick genommen werden etwa „Transformationen Sozialer Altenarbeit“ (S. 273), also Veränderungen der Arbeitsbedingungen in der Pflege und Betreuung älterer Menschen und daraus hervorgehende Konflikte mit Menschenrechtsansprüchen.

Diese und weitere vorgestellte Projekte, etwa für trans-, inter- und genderqueere Jugendliche oder zur Sozialpsychiatrie, zeigen, dass Soziale Arbeit, deren Akteure ja besondere Nähe zu hilfebedürftigen Menschen haben, die Menschenrechtsverletzungen ausgesetzt sind, ein Medium sein kann, das auf menschenrechtsrelevante Problemfelder aufmerksam macht.

Hiermit sei nur auf einige Aspekte und Beiträge verwiesen. Es finden sich jedoch noch

viele weitere Punkte zu Projekten und Herausforderungen der sozialprofessionellen Praxis in diesem Band, die ihn lesenswert machen, da daraus Impulse für rechtswissenschaftliche und rechtsphilosophische Auseinandersetzungen mit Fragen der Menschenrechte hervorgehen können, insofern sie den Blick für die Praxis schärfen. Jedoch zeigt dieser Band auch, dass die wissenschaftliche Disziplin Sozialer Arbeit, welche die Auffassung Sozialer Arbeit als Menschenrechtsprofession und entsprechende Handlungskonzepte formuliert, bestimmte Probleme vermeiden oder auch besser verstehen könnte, wenn sie sich auf rechtswissenschaftliche und -philosophische Debatten zu Begriffen von Menschenrechten und Menschenwürde noch weiter einließen, was bei der Lektüre im Hinterkopf behalten werden sollte.

Emanuel John

Autorinnen und Autoren in diesem Heft:

Emanuel John

Dozent für Ethik und Interkulturelle Kompetenz an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW.

Stefanie Lemke

Dr. iur., Research Fellow an der University of Oxford.

Anja Mihr

Dr. phil., Program Director am Center on Governance through Human Rights der HUMBOLDT-VIADRINA Governance Platform.

Margarethe Neumeyer

Studentin der Rechtswissenschaften an der Universität Potsdam.

Peter Steinbach

Prof. Dr., Wissenschaftlicher Leiter der Gedenkstätte Deutscher Widerstand in Berlin, früher Universität Mannheim.

Georg Steinberg

Prof. Dr., Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Potsdam.

Johanna Weber

Mag. iur., Wissenschaftliche Mitarbeiterin am MenschenRechtsZentrum der Universität Potsdam.



ISSN 1434-2820