Archiv des Völkerrechts

Herausgegeben von
Sigrid Boysen · Markus Tobias Kotzur
Robert Uerpmann-Wittzack

Jochen Bung
Naturrecht – Völkerrecht – Weltrecht

Patricia Wiater
Der Staat als Investor

Otto Luchterhandt
Der Krieg Aserbaidschans gegen Berg-Karabach

Sebastian tho Pesch
Deutsch-polnische Seegrenzen
in der Oderbucht

Stefan Talmon
Nachruf Professor Sir Elihu Lauterpacht

Band 55 Heft 2 Juni 2017

Archiv des Völkerrechts
54. Band · 2. Heft

Inhalt dieses Heftes

Walter Rudolf: Nachruf auf Werner Meng 129

Schwerpunkt dieser Ausgabe: Menschenrechte
Special Focus of this Issue: Human Rights

Abhandlungen

Eibe Riedel: Reflections on the UN Human Rights Covenants at Fifty 132

Helmut Goerlich: 800 Jahre Magna Charta Libertatum Revisited – Mythos und mehr 153

Robert Uerpmann-Wittzack: Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen 181

Beitrag

Robert Uerpmann-Wittzack/Alina Prechtl: Das Gebot der Rechtsbehelfserschöpfung vor dem UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderung: Die Entscheidung in der Sache S. C./Brasilien 213

Dokument

Entscheidung des UN-Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 02.10.2014 in der Sache S.C. ./. Brasilien, CRPD/C/12/D/10/2013 222

Rezensionen

William A. Schabas: The European Convention on Human Rights. A Commentary
Referent: *Marten Breuer* 228

Başak Çali: The Authority of International Law: Obedience, Respect, and Rebuttal
Referent: *Thomas Kleinlein* 232

Eirik Bjorge, Domestic Application of the ECHR. Courts as Faithful Trustees
Referent: *Andreas Th. Müller* 235

Nachruf

Werner Meng †

Am 1. Juli 2016 verstarb nach langer Krankheit Werner Meng, seit 2000 Mitherausgeber dieser Zeitschrift. Eine große Trauergemeinde, darunter zahlreiche Kollegen, nahmen an der Beerdigung in Mainz teil.

Werner Meng wurde am 20. Februar 1948 in Mainz geboren. Er besuchte dort das altsprachliche Rabanus-Maurus-Gymnasium. Von seinen Hobbys interessierte ihn vor allem die Musik. Er war Mitglied im Mainzer Domchor und sang auch als Solist im Dom. Nach dem Abitur studierte er Rechtswissenschaft an den Universitäten Mainz und Lausanne. Bei der Ersten Juristischen Staatsprüfung erreichte er die Platzziffer 2. Dass er ein gut argumentierender Jurist geworden war, bestätigt die folgende Episode: In der mündlichen Prüfung im Zivilrecht ging es um einen Fall, den er nach Meinung der prüfenden Richterin falsch gelöst hatte. Höflich, aber bestimmt entgegnete er, sie habe an eine kürzlich ergangene BGH-Entscheidung gedacht, hier aber einen davon abweichenden Sachverhalt zur Prüfung gestellt; seine Lösung sei demgemäß richtig. Der Vorsitzende des Prüfungsausschusses, Abteilungsleiter im Justizministerium, unterbrach die Diskussion zwischen Prüferin und Prüfling, indem er Meng Recht gab. Neben dem juristischen Vorbereitungsdienst als Referendar war Meng wissenschaftliche Hilfskraft und dann Assistent an meinem Lehrstuhl. In dieser Zeit veröffentlichte er zusammen mit Michael Schweitzer einen Artikel im Deutschen Verwaltungsblatt über Autobahnbau und Denkmalschutz, mit mir eine kleine Monographie zu den rechtlichen Konsequenzen der Breitbandentwicklung für die Kirchen und 1979 in der Reihe „Völkerrecht und Außenpolitik" seine Dissertation zum Recht der Internationalen Organisationen, die auch für die systematische Einordnung des Europarechts grundlegend wurde.

Nach der Zweiten Staatsprüfung – wieder Platzziffer 2 in Rheinland-Pfalz – zog es ihn zunächst in die Praxis eines Anwalts in München und dann als Regierungsrat in das Bundeswirtschaftsministerium. 1982/83 war er als nationaler Experte an die Europäische Kommission in Brüssel abgeordnet, um dann als wissenschaftlicher Referent an das Heidelberger Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht zu wechseln. An diesem „Mekka des Völkerrechts" hatte er Gelegenheit zu vertiefter Diskussion mit den Direktoren, den anderen Referenten und häufigen in- und ausländischen Gästen des Instituts, darunter man-

Archiv des Völkerrechts, Bd. 54, S. 129–131 DOI 10.1628/000389216X14768695476495
ISSN 0003-892X © Mohr Siebeck 2016

chem bedeutenden Völkerrechtler. Er nahm mehrere Angebote ausländischer völkerrechtlicher Institutionen an, so z.B. als Research-Scholar der Michigan Law School der University of Michigan in Ann Arbor. Dank der Auslandsaufenthalte erweiterte er seine Kenntnisse vor allem im internationalen Wirtschaftsrecht und seinen Ruf als Experte auf diesem Gebiet. Die Vorbereitung der Aufenthalte im Ausland und die zahlreichen Publikationen größerer Beiträge im Kommentar der Charta der Vereinten Nationen von Bruno Simma sowie die Mitarbeit am Europarechts-Kommentar von v. d. Groeben, Thiesing und Ehlermann ließen neben der normalen Arbeit im Max-Planck-Institut kaum Zeit für eine Habilitationsschrift, zu der ihn die Direktoren des Instituts und ich drängten. Nachdem er das Max-Planck-Institut, das ihn stark geprägt hat, verlassen hatte, wurde er wieder Anwalt mit wirtschaftsrechtlichem Schwerpunkt. Hier fand er Zeit für einige völkerrechtliche Artikel und vor allem für seine Habilitationsarbeit „Exterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht", die 1994 erschien. Die lang erwartete Habilitation in Mainz verlief wie die vorangegangenen Prüfungen glänzend.

Ein Ruf auf ein Ordinariat an einer juristischen Fakultät ließ nicht lange auf sich warten. Von 1993–1999 hatte er den Lehrstuhl für öffentliches Recht, Völkerrecht, Europarecht und internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Halle-Wittenberg und seit 1997 war er Direktor des dortigen Instituts für Wirtschaftsrecht. 1998/99 war er Dekan der rechtswissenschaftlichen Fakultät in Halle. 1999 erhielt er ein Angebot einer in Washington ansässigen internationalen Finanzinstitution auf einen Führungsposten und einen Ruf nach Saarbrücken an die Universität des Saarlandes. Er entschied sich nicht für den interessanten und hoch dotierten Posten in Washington, sondern für Saarbrücken, wo er den Lehrstuhl für öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht besetzte und einer der Direktoren des Europa-Instituts war. Häufige Auslandsaufenthalte führten ihn unter anderem als Gastprofessor an amerikanische Universitäten (Law School in New Orleans, State University in Baton Rouge, Tulane University New Orleans, Chicago Kent University). Als Professorial Fellow an der Georgetown University hat er zehn Jahre lang jedes Jahr in Washington Vorlesungen gehalten. In China lehrte er an der Hong Kong City University, Beijing University und an der Chinese Academy of Social Science in Beijing. Seit 2009 war er Honorarprofessor der Universität von Yunnan in Kunming. In Europa war Meng Gast des World Trade Institute in Bern, der Universität Rijeka in Kroatien und der Universitäten Amsterdam und Grenoble. An der Panteion Universität in Athen, an der auch seine Frau lehrt, war er bis 2015 aktiv.

Mengs wissenschaftliches Werk ist umfangreich: Monographien, viele, darunter recht umfangreiche Zeitschriftenartikel, Mitarbeit an Kommentaren, Handbüchern, Sammelbänden und einige Beiträge in Festschriften.

Bei seinen Forschungsschwerpunkten steht thematisch das internationale Wirtschafts- und Handelsrecht, insbesondere GATT, WTO und GATS im Vordergrund. Dazu kommen Arbeiten zum Recht der internationalen Organisationen und zum sonstigen internationalen und deutschen Wirtschafts- und Finanzrecht. Einen weiteren Schwerpunkt bildet das Europarecht. Aber auch deutsches Verfassungs- und Verwaltungsrecht werden behandelt. Meng gehörte der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, der American Society of International Law, der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht und der International Law Association an, in deren Deutschen Landesgruppe arbeitete er im Rat aktiv mit. Als Mitglied der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht hielt er auf der Freiburger Tagung 2003 zum Thema „Das internationale Recht im Nord-Südverhältnis" das Eingangsreferat, in welchem er die völkerrechtlichen Grundsatzfragen herausarbeitete (BerDGVR 41 [2005], S. 1–76, 133). Er war Mitherausgeber mehrerer Zeitschriften, darunter des Archiv des Völkerrechts, bei dem er in der Redaktionskonferenz mitarbeitete.

Seine Interessen waren weit gespannt. Sie reichten über das Recht hinaus und galten historischen Entwicklungen, politischen, sozialen, kulturellen und technischen Problemen. Schon früh interessierte er sich für die Computer-Technologie. Im Max-Planck-Institut war er an deren Einführung aktiv beteiligt. Ich habe ihn als weltoffenen, rational argumentierenden, klugen und besonnenen Gesprächspartner, als exzellenten Juristen und als freundlichen und hilfsbereiten Menschen kennengelernt. Er ging den Dingen auf den Grund. Dabei konnte er anderen gut zuhören. Man konnte sich auf ihn als schnellen und zuverlässigen Arbeiter jederzeit verlassen. Wir werden ihn vermissen.

Professor Dr. *Walter Rudolf*, Mainz

Abhandlungen

Reflections on the UN Human Rights Covenants at Fifty

Prof. Dr. Eibe Riedel, Mannheim

1. Historical setting

Human rights protection marks one of the most dynamic processes of modern international law. While at the beginning the protection of rights of individuals remained in the shadow of the sovereign State, who left these issues to be resolved entirely at the internal regulation level, after 1945 an astounding breakthrough occurred within the framework of the United Nations (UN). Awareness grew that at the basis of international law no longer the State but the individuals and groups stood, legitimizing the State: individuals, not the State, ultimately justified its place in international law. This also changed the conception of international treaty law to some extent. Whilst previously most treaties of bilateral or multilateral nature frequently were grounded on the principle of reciprocity, a do ut des-conception of mutual obligations, exchanging State interests, considered beneficial for both sides, suddenly human rights treaties were created that were based on a different philosophy: instead of just exchanging or balancing interests amongst sovereign States at an horizontal level, a new approach developed, whereby the role of States changed considerably. The content of human rights treaties now created obligations of the State vis-à-vis its own nationals, and the treaty avenue regulating relations between States suddenly paved a different route: individuals as beneficiaries of rights were seen in a vertical obligations situation, whereby the State promised to guarantee fundamental human rights to its citizens, and the international treaty avenue merely meant that the States amongst themselves promised to guarantee these human rights for the benefit of their citizens. And the modalities of these new human rights treaties followed the patterns of objective régimes. Once such treaties were established, they took on their own life, having created institutions that ultimately monitored the fulfilment or non-fulfilment of obligations that States had agreed upon.

Archiv des Völkerrechts, Bd. 54, S. 132–152 DOI 10.1628/000389216X14767803976625
ISSN 0003-892X © Mohr Siebeck 2016

2. The UN Charter and human rights

Such a novel treaty approach was only possible because after the cruelties, brutality and inhumanity of two World Wars, and having experienced the repercussions of devastating economic and social crises like the Great Depression of the 1930-ies, world leaders united in the newly created United Nations decided to lay the foundation for the universal protection of a set of rights fundamental to the life of every individual.[1] However, it was not possible then to reach agreement on the details of that UN purpose.[2] Instead, only the preamble and a few general articles mentioned in the text of the UN Charter took note of the key purpose, forming part of the three main purposes peacekeeping, human rights/rule of law, and social progress.[3] The drafters of the Charter left it to the newly established Commission on Human Rights (CHR) to work out the text of a planned treaty on human rights. By 1948 it became obvious though that rapid agreement on such a treaty was illusory.[4] The beginnings of the Cold War and East-West ideological disputes prevented that.

3. The Universal Declaration on Human Rights as precursor

By way of compromise, it was possible to adopt a legally non-binding, but morally and politically standard-setting Universal Declaration on Human Rights (UDHR) on 10 December 1948 that was to be supplemented by a subsequent treaty that would translate the UDHR standards into legally binding obligations.[5] The Declaration was adopted with no votes against and 8 abstentions and subsequently, with few exceptions (such as asylum, nationality régimes and the right to property), soon became part of customary international law.The UDHR formulated civil and political rights (CP-rights) and economic, social and cultural rights (ESC-rights)

---

[1] See *E. Riedel*, Theorie der Menschenrechtsstandards, 1986, passim; see also *A. Clapham*, Brierly's Law of Nations, 7th edn, 2012, pp. 235–242; *P. Alston/R. Goodman*, International Human Rights, 2013, p. 3 and 58; *E. Riedel/J. Arend*, Art. 55c, in *B. Simma* et al. (eds.), The Charter of the United Nations. A Commentary, vol. II, 3rd ed., 2012, pp. 1565–1602; *E. Riedel/G. Giacca/C. Golay*, The Development of Economic, Social and Cultural Rights in International Law, in same authors (eds.), Economic, Social and Cultural Rights in International Law, 2014, pp. 3–35, at 5–8; *C. Tomuschat*, Human Rights. Between Idealism and Realism, 2nd ed., 2008, 7; *W. Kälin/J. Künzli*, The Law of International Human Rights Protection, 2009, pp. 3–26; *M. A. Baderin/M. Ssenyonjo*, International Human Rights Law: Six Decades after the UDHR and Beyond, 2010, pp. 3–27; *O. De Schutter*, International Human Rights Law:Cases, Materials, Commentary, 2010, pp. 48–58.

[2] *R. B. Russell/J. E. Muther*, A History of the United Nations Charter, 1958, p. 303.

[3] Articles 1(3), 13(1), 55c, 56, 62(2), 68, 73 and 76c UN Charter.

[4] On this see *E. Riedel/J. Arend*, Art. 55c, (note 1), 1568 et seq.

[5] *E. Riedel*, Universeller Menschenrechtsschutz. Vom Anspruch zur Durchsetzung, in *E. Riedel*, Die Universaltät der Menschenrechte, 2003, pp. 105–137, with further references.

in a single document, on the same footing, and in remarkably concise terminology. Apart from rights of the first generation – better first dimension[6] – understood as freedom rights or negative rights, it also included rights of the second dimension, i.e. economic, social and cultural rights belonging to the catalogue of inalienable human rights, ultimately also following from human dignity. Without minimum claim rights in working life, health protection, and education systems, and without the guarantee of an adequate standard of living, rooted like all other human rights in dignity, guaranteeing a 'survival kit' that sets a minimum existence protection standard, the overall picture of human rights would be incomplete, missing out crucial dimensions of protection for the most needy, in particular marginalized and disadvantaged persons and groups of persons.

The preamble of the UN Charter had made this abundantly clear when naming the three main functions and purposes of the UN, amongst them furthering social progress – later translated as solidarity of the community of States, and the right to development,[7] all geared to achieving better standards of living in larger freedom. This third function has often been overlooked. Member States of the UN could not agree in 1948 on how to implement those rights in a projected Bill of Rights, as a binding treaty. The CHR was, however, empowered to elaborate such a human rights treaty. In 1952, because of the ideological cleavage of the East-West controversies, it soon became clear that States could not agree on a single such treaty, and the CHR therefore split the UDHR into two treaty projects, one on CP-rights, the other on ESC-rights. Negotiations over these two drafts continued until 1966.

4. The two UN Covenants

The two draft treaties took up the material provisions of the UDHR with few exceptions, and were adopted unanimously in December 1966. In order to maintain the notion that the Covenants have to be seen as complementing each other, and read together as spelling out the full picture of the UDHR, the structure of each Covenant roughly follows the same pattern: the ICESCR ('Social Covenant') and the ICCPR ('Civil Covenant') in Parts I – like a chapeau – contained identical articles 1, dealing with the right to self-determination, and the free disposal of natural resources, picking up a principle of the UN Charter, and stressing the unity of the whole

[6] See generally *E. Riedel*, Monitoring the 1966 ICESCR, in *G. P. Politakis* (ed.), Protecting Labour Rights: Present and Future of International Supervision, 2007, pp. 3–13, at 10.

[7] UNGA Res. A/RES/543(VI); *N. Schrijver*, The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status, 2008; *E. Riedel*, Theorie der Menschenrechtsstandards, 1986, pp. 25–64.

human rights catalogue. The Covenants then went on to Parts II which, inter alia, outlined general principles of non-discrimination, equality as cross-cutting State obligations of a general nature, applicable to all specific rights, and provisions on limitations and exceptions. In Parts III followed the substantive articles specific to each Covenant, while in Parts IV institutional provisions ensued, with typical treaty final provisions in Parts V (Social Covenant), and V and VI (Civil Covenant).

The Social Covenant contains four groups of substantive rights: first, the right to work and social security (arts. 6 – 9), second, the protection of the family, marriage, motherhood and protection of minors (art. 10), third, an adequate standard of living and health (arts. 11 – 12), and fourth, the right to education and culture and to one's cultural identity, and to freely participate in cultural life, to enjoy the benefits of scientific progress, authors' rights, and to conduct scientific research freely (arts. 13 – 15).

The right to property, as formulated in article 17 of the UDHR, was not included in either Covenant, not because there was no agreement on the human rights nature of that right, but because no consensus could be reached as regards limitations and conditions of expropriation. While Western States favoured the general international law position of the so-called "Hull Formula", whereby expropriation could not take place without compensation which had to be prompt, adequate and effective, Eastern States and the newly independent former colonial States would leave that issue to be determined by each nation, which could mean expropriation without compensation. After protracted debates in the CHR in 1954, it was decided to adjourn debate on that particular issue sine die, and thus article 17 UDHR on property was left out of both Covenants.[8]

The Civil Covenant in Part III first addresses the right to life and personal inviolability (arts. 6 and 7), then prohibition of torture, inhuman and degrading treatment or punishment, slavery and forced labour, and personal security, habeas corpus or justice rights as regards arbitrary arrest and imprisonment (arts. 8–11), and the full range of freedom rights, ranging from personal liberty, freedom of movement, thought, conscience, religion, peaceful assembly, family and privacy (arts. 12–24) and political participation rights (art. 25). While the Social Covenant dealt with issues of non-discrimination and equality in Part II, the Civil Covenant only dealt with equality issues in Part II, and left the broader question of non-discrimination as a stand-alone right to art. 26 in Part III. This would appear to be unsystematical, but the subsequent treaty practice showed that both Covenant bodies treated these issues along similar lines. Part III of the Civil Covenant concludes with a provision on minority rights, entitling members of such groups, jointly with other members of their minor-

[8] *Riedel* (note 7), pp. 40–45.

ity, to enjoy their own cultural life, their own religion and languge. Both Covenants, together with Optional Protocols to them, are often referred to as the International Bill of Rights when taken together with the UDHR.

5. The nature of obligations under the Covenants

While the UDHR had insisted on the universality and indivisibility of all human rights, the Cold War period seemed to entrench the view that economic, social and cultural rights (ESC-rights) were fundamentally different from civil and political rights (CP-rights). Since the Vienna World Conference on Human Rights in 1993 that debate has subsided, if not died down.[9] Yet some States, foremost amongst them the United States of America, and at the domestic law level many common law countries, including the United Kingdom, continue to stress the differences of ESC-rights and CP-rights. But while the USA can maintain its position of denying equal status to both sets of rights, the other Western States cannot do so: having ratified the Social Covenant, they are bound by the legal quality of the Covenant rights as binding norms that need to be implemented at the domestic law level, either as self-executing norms, or as non-self-executing treaty obligations, still needing transformation into domestic law before being directly applicable.[10]

Basically, four arguments are raised even today by ESC-rights critics.[11] The first assumes that ESC-rights are not human rights at all, but represent at best notions of charity, or policy options for legislative acts, subject to ever-changing availability of resources, and thus subject to change over time. Counter-arguments focus on the solidarity aspects of 'life, liberty, property' notions of all human rights, based on human dignity as the source of all human rights, as delineated in the Vienna Declaration and Programme of Action of 1993.[12] Without the right to an adequate standard of living, access to health services, education facilities and equal access to available work, civil and political rights would also suffer, if not rendered meaningless.

---

[9] *E. Riedel*, Core Obligations in Social Rights and Human Dignity, in *M. E. Geis* (ed.), Festschrift F. Hufen, München, pp. 79–91.

[10] *E. Riedel*, Rethinking Human Rights – Real Reforms in Procedure and Substance, in *J. Delbrück* et al. (eds.), Aus Kiel in die Welt. Kiel's Contribution to International Law, Essays in Honour of the 100th Anniversary of the Walther-Schücking-Institute for International Law, 2014, pp 421–445.

[11] *E. Riedel*, International Law Shaping Constitutional Law, in *same* (ed.), Constitutionalism – Old Concepts, New Worlds, 2005, pp. 105–121.

[12] UN Doc. A/CONF. 157/23 of 23 July 1993; see also *E. Riedel*, Global Human Rights Protection at the Crossroads. Strengthening or Reforming the System, in *M. Breuer* et al. (eds.), Der Staat im Recht, Festschrift E. Klein, 2013, pp. 1289–1306, at 1291.

The second argument assumes that ESC-rights vary fundamentally from CP-rights, because if taken seriously, could require costly positive State action and involve the allocation of resources which rather should be left to the discretion of the democratic process in parliaments. CP-rights, by contrast, are assumed to be cost-free or cost-neutral. The guarantee of the right to work in articles 6 and 7 of the Social Covenant would presuppose a planned economy straightjacket and would promise something which in times of crisis cannot be fulfilled for lack of resources, and ESC-rights implementation would cost a great deal more than costs incurred for CP-rights. The counter-arguments stress that CP-rights also require positive and sometimes very costly action. To secure the functioning of the rule of law, and to protect the peacefulness of demonstrations as a freedom right, millions of Euros/Dollars may have to be spent for putting police forces on alert. Even the seemingly cost-free right to a fair trial involves considerable costs for maintaining a properly functioning judicial and penitentiary system. It is a price readily paid for having the rule of law which nobody questions. All human rights involve costs, both procedurally and substantively, and the cost argument boils down to a question of degree, not of substance.

The third argument alleges that ESC-rights are vague and lack specificity, while CP-rights seem to be clear. The counter-argument maintains that all human rights by their very nature are formulated in the abstract, needing concretization through court decisions and administrative and legislative measures, just like fundamental or basic rights at the constitutional law level. And this applies to all types of human rights. The vagueness and abstractness, incidentally, is not a disadvantage, but opens the way for 'evolutive' interpretation, taking into account changing societal values.[13]

The fourth contention alleges that ESC-rights are not legal rights, not lending themselves to judicial scrutiny, at least not at the international level. The counter-view stresses that lack of justiciability is not an inevitable fact, but the result of political choices by States, not as a matter of international law.

As a result of these differences of opinion, the key Social Covenant provision of article 2 (1) needs a closer glance: Article 2 (1) states that

"(each) State Party to the present Covenant undertakes *to take steps*, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant *by all appropriate means*, including particularly the adoption of legislative measures".[14]

---

[13] See *Riedel* (note 9), p. 80.

[14] Author's emphases.

At first sight the language of this provision is opaque and abstract, leaving many different ways of interpretation. Generally, article 2 (1) defines the nature of the Covenant obligations as a whole and establishes the principles of progressive realization of each right and of international assistance and co-operation, incumbent on States parties. States thus have to remain active in the promotion of ESC-rights at the national level at all times, while recognizing the problem of economic differences and limitations. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) made this very clear in General Comment No. 3 on the nature of State party obligations issued in 1990,[15] by stressing that 'to take steps' by 'all appropriate means', the scene is set for long-term progressive realization without burdening States parties with immediate obligations of result. But there are certain elements of rights that take immediate effect and must be safeguarded by States without delay nor restrictions, such as respecting the principle of non-discrimination in article 2 (2) of the Covenant which every State is capable of implementing immediately, because it involves political choices, not dependent on resource allocation. Taking a different view would contradict the very raison d'être of the Social Covenant as a binding international law treaty which States when adopting the text of both inter-related treaties would not have accepted.

Yet a number of States nevertheless remain sceptical as regards the precise nature of their Covenant obligations. While most of the guarantees under the Civil Covenant refer directly to individual rights, i.e. 'everyone has the right to…', the Social Covenant by contrast uses indirect language, such as 'the States parties recognize the right to…' or 'undertake to ensure the right', or 'recognizing that … the widest possible protection and assistance should be accorded to'. Such language leads to the misleading conclusion that CP-rights are directly applicable, self-executing norms, while ESC-rights merely lay down indirect, non-self-executing obligations, still requiring implementation at the national level, before individuals can rely on their Social Covenant rights. Such interpretation clearly reflects the travaux préparatoires of the 1950-ies and 1960-ies, but a closer analysis of the subsequent 40 years of Social Covenant practice reveals a different picture. The conclusions of the sceptics of ESC-rights have been contested vigorously in the literature and, since 1990, also by the CESCR itself. The idea of progressivity in article 2 (1) of the Social Covenant was taken to mean that, unlike CP-rights, ESC-rights merely represented programmatic goals or promotional obligations, where it would be left entirely up to the States parties by way of exercising their discretion, if, how, and when the right promised at the international level would be put into practice at the national level. Absent implementation steps at the domestic law

[15] UN Doc. E/1991/23 of 13 December 1990.

level, the rights would only be subject to vague and general reporting and monitoring at the international level. Since General Comment No. 3 of 1990, progressive realization and resource availability mentioned in article 2 (1) ICESCR simply mean that States have to show how they have actually made progress in their social rights protection between two reporting cycles, and States parties have accepted that. If no improvements have been reached, reasons for non-fulfilment have to be given and the onus of proof rests on the State party. Non-fulfilment of that obligation might be caused by an emergency or natural catastrophe, such as a Tsunami. The CESCR will then request the State to take those steps that are feasible under those specific situations, and to report back to the Committee on progress made under those mitigating circumstances. But sometimes, when gross and massive violations of economic and social rights have occurred or persisted, the CESCR has called a spade a spade, particularly when the State has done nothing on previous recommendations, and will put the State in the pillory, which no State likes. Normally, the CESCR will apply a non-confrontational approach, preferring a so-called constructive dialogue, encouraging the State to address the problems encountered and focussing on how the human rights situation of the population might be ameliorated.[16]

It is clear that the obligations under article 2(1) of the Social Covenant create obligations that are quite specific to that treaty, unlike the Civil Covenant equivalent: under article 2 (1) ICESCR States have to prove that they have taken steps in the direction of fulfilment. Developed States will have to meet higher standards of rights realization because of their economic situation than developing countries that start from a much lower level of rights realization. When developing countries are unable to meet even these minimal requirements, they nevertheless are obliged to seek international co-operation and assistance. Sometimes, such States refuse to seek assistance for prestige reasons, to the detriment of their own population. The developed States as a corollary under article 2 (1) have the international obligation to provide such co-operation and assistance, even if that obligation is not specified in any detail by way of concrete amounts. Many developed States actually do grant such assistance, but allegedly do so as charity, as a purely voluntary exercise, not as part of their international treaty obligation. But this view no longer prevails internationally.

The Human Rights Council (HRC) as successor to the Commission on Human Rights (CHR) supports the CESCR in its view that this obligation is a binding treaty obligation, albeit not specified in particular resource allocation amounts.[17]

---

[16] See *Riedel* (note 6), p. 10.

[17] Unless one regards the general obligation of States to provide 0.7 % of GDP for development assistance as a concretization.

All this flows from the analysis of the legal nature of obligations under the Social Covenant, which also can be applied to the Civil Covenant. Starting from a position propagated by Henry Shue who in his seminal study 'Basic Rights' of 1980 made out three obligations, namely duties to avoid depriving, duties to protect from deprivation, and duties to aid the deprived.[18] This typology was further developed by Asbjörn Eide in 1987, who elaborated the tripartite obligations setting of respect, protect and fulfil in his study on the right to food[19] which was later regularly applied by the CESCR, and now is accepted by non-governmental organizations, and by many States parties.

The obligation to respect prohibits direct infringements by State authorities of the rights of individuals under its jurisdiction. The obligation to protect requires State parties to protect their citizens against infringement of rights by private actors, such as, for example, employers. The State acts in violation of its Covenant obligations if it does not maintain basic labour standards as outlined in articles 6 and 7 of the Social Covenant. While the obligation to respect reflects the State's direct responsibility to meet its own Covenant obligations, in case of the obligation to protect it is an indirect duty, seeing to it that others do not violate human rights obligations which the State party has agreed to accept internationally.[20] The obligation to fulfil, by contrast, requires active steps to be taken by States parties. If a State fails to provide its population with an adequate and working primary health care system or primary schooling, it violates that third obligation. In the Covenant practice this obligation has been further sub-divided into obligations to facilitate, promote and provide. Under the obligation to promote, information campaigns or other means of informing the general population can be seen as fulfilment duties, where the State retains a large margin of discretion as to how it implements this obligation.

The CESCR has elaborated this duty in a General Comment, by detailing:

(1) fostering recognition of factors favouring positive health results, through, for example, research and provision of information;
(2) ensuring that health services are culturally appropriate and that health care staff are trained to recognize and respond to specific needs of vulnerable or marginalized groups;

---

[18] Cf. *H. Shue*, Basic Rights, Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy, 2nd ed., 1996, p. 52 et seq.

[19] The Right to Adequate Food as a Human Right, 7 July 1987, UN Doc. C/CN.4/Sub.2/1987/23.

[20] On the application to non-State actors in this respect, see *O. De Schutter*, Corporations and Economic, Social and Cultural Rights, in *Riedel/Giacca/Golay* (note 1), pp. 193–224.

(3) ensuring that the State meets its obligations in the dissemination of appropriate information relating to healthy lifestyles and nutrition, harmful traditional practices and the availability of services, and
(4) supporting people in making informed choices about their health.[21]

Under the obligation to facilitate, the State party must take positive measures enabling and assisting idividuals and communities to enjoy the right to health. The CESCR took great care to stress this part of the obligation to fulfil, because such measures frequently are not very cost-intensive.

Under the obligation to provide, the State has to actually provide, for example, access to essential medicines, to schools, and to universities, on a non-discriminatory basis, and to provide sufficient teaching staff for elementary schooling.[22]

These categories of obligations can be applied to CP-rights just as well. Thus, the right to life in article 6 ICCPR not only refers to omissions by a State party to carry out itself wilful infringements of life, but also by third parties, and obligations under this article also include the maintenance of a health care system which contributes to reducing maternal and infant mortality rates, and to take measures that contribute to the avoidance of serious diseases.[23]

These tripartite forms of obligations to respect, protect, and fulfil by now have been generally accepted, and while there are overlaps, and situations of conjoint application, the treaty practice closely follows this typology. To take just one example: if housing legislation is altered regarding the execution of eviction orders without provision of minimum alternative housing, this involves a violation of the obligation to respect. If private actors, such as house owners, obtain eviction orders ultimately rendering the tenants homeless, under the obligation to protect the State party remains responsible despite privatization to provide alternative housing, or to enact restricting housing control legislation. Under the obligation to fulfil, a set-up of social housing programmes for homeless people may be required. This illustrates that the State party's obligations to respect, protect and fulfil may exist side by side, but usually only one of the three types of obligations will be involved.

---

[21] See CESCR General Comment No. 14, 11 August 2000, UN Doc. E/C.12/2004/4, para. 37; see also *E. Riedel*, The Human Right to Health, Conceptual Foundations, in *A. Clapham* et al. (eds.), Realizing the Right to Health, 2009, pp. 21–39.

[22] For further details see *Riedel/Giacca/Golay* (note 1), p. 20.

[23] See *B. Wagner*, 50 Jahre UN Menschenrechtspakte, in *Bundeszentrale für politische Bildung*, Aus Politik und Zeitgeschichte, 4.3.2016.

6. Implementation modalities under the Human Rights Council

The two Covenants as régime treaties foresaw monitoring mechanisms which today function similarly. Originally, only the Civil Covenant contained three modalities, namely a State reporting procedure, an inter-State procedure, and an individual communications/complaint mechanism, set up by way of an Optional Protocol.[24]

The Social Covenant, by contrast, only established a State reporting procedure, without laying down the specific operating mechanism. This was left to the Economic and Social Council (ECOSOC) which through a decision in 1985 established a Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) along the lines of the ICCPR[25] serving with 18 independent experts from all world regions. Efforts to establish an individual communications procedure for ESC-rights took considerably longer. It was only in 2008 that an Optional Protocol to the ICESCR was finally adopted which entered into force in 2013. This Protocol also contains an inter-State procedure like under the ICCPR. So far, 21 States have ratified and 5 signed that Protocol, and the CESCR has started its work under the Protocol in 2013. By 2016, four cases have been dealt with and views made, finding in one case a State party violation of rights, declaring two others as inadmissible, and in one view that no violation could be attested. 8 further applications are pending.[26] Presently, 164 States have ratified and 6 States have signed the ICESCR, while 168 have ratified and 7 signed the ICCPR. Notable exceptions as regards the Civil Covenant are China, and as regards the Social Covenant the USA. Thus, by now four-fifth of all 194 Member States of the UN have ratified the Covenants. The human rights picture as it has been painted in the last 20 years shows that State reporting and individual communications have become the main modalities of human rights treaty implementation at the international level. Seven other specific core human rights treaties follow the same pattern. Inter-State procedures have not played any role at the universal level, unlike at the European level. But they are in the treaty texts, ready to be used if necessary, and they may have a restraining function as a potentiality.

---

[24] Arts. 40 (State reporting), 41 (inter-State reporting), Optional Protocol No. 1, UN Doc. A(XXI) 16 December 1966, in force since 23 March 1976.

[25] Originally set up as a Sessional Working Group of ECOSOC in 1978, and then as the CESCR by ECOSOC decision 1985/17 of 28 May 1985, starting work in 1987.

[26] Cf. ohchr.org, last accessed 24 July 2016.

7. The Individual Communications procedure

The individual communications procedure under the Optional Protocol to the ICESCR faced a number of challenges which had to be resolved until final adoption in December 2008, the 60-ieth anniversary of the UDHR. But symbolic dates often help to reach consensus on difficult issues. Some States had tried to favour an à la carte – approach, instead of a comprehensive approach. In the end, the view prevailed that all Covenant rights should be covered, on a take it or leave it basis, not just leaving it to States freely to pick out some rights with which they do not have problems. After some debate, it was also decided that collective complaints should not be made available, as at the European level, where the European Social Charter merely foresees a collective complaints mechanism. It was felt that the ICESCR-Protocol should mirror fully that of the ICCPR, and thus reflect the equality of treatment of all human rights under both Covenants, as under the UDHR.

The nature of obligations under the OP was an issue which after much debate was decided in favour of treating the views of the CESCR at the end of an individual procedure as recommendations to the State party, not as binding decisions like those of an international judicial tribunal.[27] Common law critics at the inter-governmental working group, when negotiating the draft text of the OP, had pointed out rightly that in practice the purely recommendatory views would be treated in the national media and by civil society as though they were legally binding court decisions which their States might not wish to accept. Legally speaking, the views of the human rights committees remain recommendatory, but as happened with the OP ICCPR the general public, media and human rights practitioners treat the views as though they actually were decisions, and will employ the word complaint rather than the abstract notion communication.

Probably the most hotly debated issue concerned the question of resource allocation under article 2 (1) of the ICESCR. Western States had argued forcefully that it would be nonsensical to allow an individual to claim a right based on the State having wrongly allocated its resources, negatively affecting the rights of that individual. But it was pointed out repeatedly that such 'macro- questions' properly belong to the State reporting procedure, not to individual complaints, as happened under the Civil Covenant.[28]

---

[27] For more details see *E. Riedel*, New Bearings in Social Rights? The Communications Procedure under the ICESCR, in *U. Fastenrath* et al.(eds.), From Bilateralism to Community Interest, Essays in Honour of B. Simma, 2011, pp. 574–589, at 580 f.

[28] See *Riedel* (note 27), 582 et seq.; the CESCR had issued a Statement to that effect in 2007: An evaluation of the obligation to take steps to the maximum of available resources under an Optional Protocol to the Covenant,UN Doc. E/CN.12/2007/1, 10 May 2007.

Admissibility criteria under the OP follow the strict parameters of the OP ICCPR. Thus, exhaustion of local remedies and issues of interim measures will have to be dealt with. Most applications will not reach beyond the admissibility stage, as happened with the ICCPR, CEDAW and other core human rights treaties. Occasionally, an inquiry procedure will be instituted for cases revealing grave or systematic violations, along the lines of the OP CEDAW.[29] The institution of an OP for the Social Covenant has finally brought together the two Covenants as foreseen by the UDHR, stressing the equality of both sets of rights. All the rights are interdependent, indivisible, inter-related and universally applicable.[30] While previously this mantra of human rights only figured in declarations, conclusions and recommendations of human rights conferences and in the literature, it is now reflected as treaty law in the OP ICESCR. The preamble of that OP stresses that the UDHR and the two Covenants recognize that the "ideal of free human beings enjoying freedom from fear and want can only be achieved if conditions are created whereby everyone may enjoy civil, cultural, economic, political and social rights". International human rights protection has come full circle from the beginnings of the UDHR. Public awareness is increasing at the national level, even though at a slow rate, and it is hoped that in this way a kind of Committee jurisprudence or case law is emerging, which will assist the Committees, State parties and civil society in their efforts to interpret specific, vague or ambiguous provisions of the treaties, in the same way as happened with the ICCPR and the other core human rights treaties.

8. The State reporting procedure

In the State reporting procedure which all human rights treaties set up, the treaty law basis has been used to analyse the obligations of States parties, when they submit their reports, once every five years. The Covenant committees will monitor the reports, ask for additional information as regards further rights problems not mentioned or insufficiently mentioned in the report, and will ultimately hand down concluding observations. Such observations usually are formulated as suggestions or recommendations to the State party. The committees will also have at their disposal shadow or alternative reports of civil society organizations, before making their concluding observations. If States do not respond to the suggestions and recommendations, the committees subsequently will formulate stronger fol-

[29] Cf. art. 11 OP ICESCR. A special opt-in procedure is required for that.

[30] The Vienna World Conference in 1993 had concluded that the international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis', see UN Doc. A/CONF.157/23, Part I, para. 5.

low-up recommendations, and in instances where a gross pattern of rights violations are apparent, will even say that in the committee's view a clear violation of its Covenant obligations has occurred, always followed by a reminder that another follow-up procedure will be instituted to monitor what that State party has done to redress grievances and to ameliorate the human rights situation at the domestic law level. The State, thus, is put in the pillory, in a naming and shaming spirit, and no State likes that at the international or at the national level. With over 200 State reports examined in the last 20 years in the ICESCR context, for example, quite a pattern of implementation analysis has evolved which in sum has clarified the obligations which States parties must comply with under their Covenant obligations.

Encouraged by ECOSOC,[31] the Commission on Human Rights (CHR) and its successor, the Human Rights Council (HRC), the Covenant committees have also elaborated extensive so-called General Comments (GCs),[32] which have the purpose to clarify the meaning of specific Covenant provisions, to assist States when drafting their reports, to assist civil society in drafting their alternative reports, and committee members to help them to understand fully how certain provisions of the Covenants should be interpreted.[33] By involving civil society organizations and other non-governmental bodies, a kind of quasi-parliamentary procedure has developed: first one or two committee members are tasked to elaborate a preliminary Draft GC which is then discussed extensively in the plenary of the committee, subsequently made public, inviting civil society comments, and then usually a Day of General Discussion ensues where key issues of doctrinal controversy are openly spelled out and discussed, before the rapporteur(s) re-submit a final draft to be adopted by the full committee. While civil society submissions are fully discussed and sometimes even influence the content of the final texts of GCs, the committees insist on their sole responsibility for the text adopted in the end, as the only institution set up for that purpose by the Covenant or by ECOSOC.

The GCs by all treaty bodies, foremost amongst them the two Covenant treaty bodies, have proved to be quite effective. They not only assist States parties in drafting their reports and answering concrete questions by committee members, but they also help committee members to formulate precise, focussed and informed questions to be addressed to the State par-

---

[31] On the role of ECOSOC see *E. Riedel/G. Giacca*, Art. 68, in *B. Simma* et al. (eds.), The Charter of the UN, A Commentary, 3rd ed., vol. II, 2012, pp. 1776–1771, 1753 et seq.

[32] To date, the CESCR has elaborated 23 GCs, the CCPR 35 GCs.

[33] For a fuller discussion see *E. Klein*, Die Allgemeinen Bemerkungen und Empfehlungen der VN –Vertragsorgane, in Deutsches Institut für Menschenrechte (ed.), Die ‚General Comments' zu den VN-Menschenrechtsverträgen, 2005, pp. 19–31, and *E. Riedel*, Allgemeine Bemerkungen zu Bestimmungen des Internationalen Paktes über WSK-Rechte der Vereinten Nationen, ibid., pp. 160–171.

ties under review. Furthermore, they help to structure future committee work and serve as complementing informations for States, UN specialized agencies and non-governmental organizations when concrete questions of treaty interpretation are at issue. The GCs thus have a kind of precedential value, or offer model solutions for informed discussion of new questions before the committees. While the GCs ultimately are not legally binding, unless in parts, when they embrace binding components which they then merely state, in the committee practice they have become very persuasive and important. They have to be seen in conjunction with the concluding observations, and subsequent concluding observations usually specifically refer to relevant GCs.

In the practice of the CESCR under the Social Covenant, additionally committee Statements on specific, topical and controversial political and ethical issues have been adopted which transcend the purely legal analysis of treaty obligations, by focussing also on policies, strategies, and plans of action following from the Covenant obligations. Yet the overall message of the treaty practice under both Covenants is stressing the legally binding character of the Covenants which States certainly do not always like.

9. The role of the HRC regarding the Covenants

Apart from the Covenant practice, a UN Charter-based approach of rights protection has evolved, based largely on the few provisions of the UN Charter and the UDHR, addressing human rights obligations resting on all States, irrespective of whether or not they have ratified the human rights treaties. Starting with the so-called 1235– and 1503–procedures, the CHR and its successor, the Human Rights Council (HRC) dealt with a multitude of petitions, focussing on gross and massive violations displaying a reliably attested pattern of contravention, and led to recommendations on a purely diplomatic-political level, with no legal sanctions. However, the sanction of public discussion and clear enunciation of massive rights violations had some effect, because States did not like to be criticized for their human rights record, even if they legally insisted on their *domaine réservé* of those rights issues.

The new HRC has continued most of the procedures as developed by the CHR, amongst them the Universal Periodic Review (UPR) and the special procedures of independent and special rapporteurs on general and specific questions of human rights, such as on the role of transnational corporations, on the rights to food, education, health and water, and on solidarity and development, to name but some.[34] The HRC activities have led

[34] See *C. Tomuschat*, Universal Periodic Review: A new system of international law with

to increased problem awareness and to voluntary political measures for better national implementation. But because States under review of the inter-governmental HRC remain free to accept, reject or reserve judgment on the recommendations made in the UPR, very little concrete redress of grievances is achieved for individuals concerned. On the positive side, it can be mentioned that States often voluntarily accept some of the recommendations, but the possibility of full rejection – usually on the most important human rights grievances – is a real step back at the universal human rights implementation level. Also, reserving judgment often is no more than a diplomatic-political means to indicate that little or nothing is going to be done in the foreseeable future as regards fundamental human rights violations.[35] On the positive side again, the fact that all 194 Member States of the UN now regularly are being monitored in the HRC, irrespective of whether they have ratified the UN Covenants or not, and that the UPR now is permanently on the political world agenda, both internationally and nationally, are praiseworthy steps. Civil society organizations generally closely follow the work of the HRC, even if they have difficulties in being heard adequately, and help to enhance awareness raising both at the international and national levels. Media coverage of the HRC's intergovernmental activities is also far more developed than at the treaty body level, and often helps to bring human rights questions to the attention of parliaments which definitely is an improvement. At the same time, the primarily political approach under the UPR has potentially negative effects on the work of the treaty bodies: thus, an increasing number of concluding observations tend to copy the policy orientation of the UPR, lessening the thrust of the legally fully binding treaty norms, and replacing it by vague and general policy recommendations, which leave States ample discretion as to what they intend to do concretely as regards violations of their citizen's rights. This tendency is increased by the fact that each treaty body comprises a large number of former diplomats or former members of government, who sometimes still keep close relations with their governments. But the Office of the High Commissioner of Human Rights is fully aware of these flaws in the system of real rights protection, and the treaty bodies as a whole are highly sensitive to this issue.

On balance, though, it must be admitted that the realization of human rights is not restricted to a purely legal analysis, but complemented by a full range of diplomatic-political steps of rights realization which in the long run may prove to be beneficial. Encouraging the development of strategies, policies, and plans of action as preparatory steps for the fuller realization

---

specific ground rules?, in *Fastenrath* (note 27), pp. 609–628; *A. Clapham*, United Nations Charter-Based Protection of Human Rights, in *C. Krause/M. Scheinin* (eds.), International Protection of Human Rights, A Textbook, 2nd ed., 2012, pp. 79–103, at 88 et seq.

[35] For further details see *Riedel* (note 12), p. 1293 et seq.

of specific human rights, after all, is a value in itself, as long as it does not diminish the full and legally binding effect of the human rights treaties, such as those under the two Covenants.

10. New challenges for the two Covenants

The recent practice of the Covenant treaty bodies has been widened by not only looking at the specific human rights of both Covenants, but they have embarked on a broader approach which looks at pre-conditions for the realization of specific rights. Thus, issues of poverty reduction, responsibility of transnational corporations, environment protection parameters and human rights protection during armed conflict, to name but some, have shaped the discussions between State parties and the Committees as over-riding questions, usually addressed at the beginning of the dialogues with States parties, both at the treaty level and in the policy context of the Human Rights Council. It now seems appropriate to distinguish the two approaches as micro- and macro- analyses of rights protection. The micro-approach focusses on the fully binding legal obligations flowing from specific human rights, while the macro-approach acts like a chapeau, structuring the content of specific rights from a more general, holistic and over-riding perspective. Without addressing issues of large-scale poverty and extreme poverty, affecting marginalized and disadvantaged individuals and groups of individuals, the rights to life, food, health, education, and conditions of work, cannot adequately be dealt with, and recommendations of treaty bodies would remain pointillistic, often missing the main problems encountered, when it comes to concrete rights realization. The CESCR, for example, has discussed this carefully in its Statement on Poverty in 2001,[36] and this issue now is regularly raised in the first part of the dialogue between the Committee and the State party under review. Here concluding observations now focus on measures that the State party can take within its available resources, usually in the form of suggesting or recommending the elaboration of strategies, policies, plans of action, and even legislative or administrative measures to be developed.

Similarly, the issue of responsibility of transnational corporations now regularly is brought up in the dialogues with States parties. The whole question is complex, raising demands by civil society organizations for imposing direct responsibilities for transnationally operating non-State enti-

[36] CESCR Statement No. 10, Poverty and the ICESCR, Statement of the CESCR to the Third United Nations Conference on the Least developed Countries, 25th session, UN Doc. E/2002/23 – E/C.12/2001/17, Annex VII, para. 8; for a fuller discussion see *I. Hadiprayitno*, Poverty, in *C. Mokhiber/B.-E. Ayush* (eds.), Realizing the Right to Development, 2013, pp. 137–147.

ties, or involving indirect responsibility of State parties, utilizing the obligation to protect, to see to it that anti-trust measures and control legislation is put in place, to prevent by-passing of national legislation, or focussing on the extra-territorial application of human rights obligations by States parties bound by the Covenants. This has led to the CESCR now pin-pointing the problems, by showing that human rights violations can occur involving the State that has not put in place effective control measures of corporations under its jurisdiction, but also involving receiving States that grant concessions to transnational corporations violating fundamental human rights of affected populations. In case of transnational consortia, it could be that even several States are involved in the violations of human rights. Of course, only the obligations of the State actually under review will be addressed in the concluding observations, but the other States involved will become aware that their actions or omissions will be addressed as soon as they undergo the monitoring process themselves.

John Ruggie as UN Special Representative of the UN Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises has dealt with this problem in extenso and has developed Guiding Principles on Business and Human Rights, implementing the UN "Protect, Respect and Remedy"- framework of 2011.[37] The main problem with his approach was that originally he had pleaded for business responsibility, including effective remedies. The Guiding Principles, however, merely foresee recommendations to be made to the non-State actors, not laying down clear and binding obligations for them. The use of the word Responsibility insinuates, on first reading, the idea of binding obligations, while in reality it is merely a non-legal, political obligation, implementation remaining at the discretion of States, and of the non-State actors. Despite harsh criticisms levelled against the Guiding Principles by NGOs,[38] they have been highly influential in the recent practice of the HRC. The CESCR in its Statement on the Corporate Sector and ESC-Rights, adopted in 2012,[39] emphasized that the starting point always must be the binding obligations under the Covenants, and that in respect of transnationl corporations State responsibility for human rights violations clearly needs to focus on the binding obligations to respect, not merely on political modalities under the name of responsibility.

---

[37] *J. Ruggie*, State Responsibility to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the UN Human Rights Treaties, 2007; and *same author*, Final Report, Guiding Pinciples on Business and Human Rights, 2011, UN Doc. A/HRC/17/31.

[38] See Joint Civil Society Statement on the Draft Guiding Principles on Business and Human Rights of January 2011, available at http://www.fidh.org/IMG/pdf/Joint_CSO_Statement_on_GPs.pdf.

[39] CESCR Statement No. 19, on the obligations of States parties regarding the corporate sector and esc-rights, UN Doc.E/2012/22 – E/C.12/2011/3, Annex VI, section A.

While the Guiding Principles did not advance the topic of direct responsibilities of transnational entities, they nevertheless had an overall positive effect, by emphasizing in the final recommendations that "industry, multi-shareholder and other collaborative initiatives that are based on respect for human rights-related standards should ensure that effective grievance mechanisms are available" and that effectiveness criteria for non-judicial grievance mechanisms ought to be developed.[40] The new focus on business and human rights in the HRC following the elaboration of sustainable development goals (SDGs) for 2030, adopted by the UN General Assembly in 2015,[41] point in that direction, by mainstreaming many human rights parameters when discussing development goals and targets, which the Millenium Development Goals had failed to prioritize.[42] The two Covenants thus play a key role in the debate on implementing the universal human rights parameters.

In the recent practice of the Covenant committees one other issue increasingly demands attention, namely the relationship of human rights and humanitarian law.[43] Although in the context of this contribution that issue cannot be dealt with fully, a few signposts deserve to be mentioned: Until the 1990–ies the view prevailed in the literature and committee practice that humanitarian law is lex specialis when there is a conflict between Geneva humanitarian law and universal human rights, and that consequently, human rights apply in peacetime, and humanitarian law during armed conflict. The treaty bodies, when faced with State reports coming from States that experience civil war or armed conflict, usually would exclude detailed discussion of the effects of those conflicts on the human rights situation, and would merely address non-conflict situations and the aftermath of conflicts in respect of human rights violations. This has changed considerably since 1990. By now, the Covenant committees and other human rights treaty bodies will carefully assess the general human rights situation in peacetime, as well as during armed conflict. From a human rights perspective it is evident that the population is at its most vulnerable during such periods, and therefore, the need for human rights protection for all is even greater than during peacetime. It is clear, however, that during such periods the States parties frequently cannot meet their human rights obligations fully, but that does not free them totally of their obligations. They have to demonstrate what they have done to alleviate the plight of affected

---

[40] Principles 30 and 31 of the Guiding Principles (note 37), pp. 26–27.

[41] The 17 Sustainable Development Goals and 169 targets were adopted in 2015, see UN Doc. UNGA RES/70/1, of 21 October 2015.

[42] These issues cannot be pursued here.

[43] Instead of many, see *E. Riedel*, ESC-Rights in Armed Conflict, in *A. Clapham/P. Gaeta* (eds.), Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict, 2014, pp. 441–468; *G. Giacca*, Economic, Social and Cultural Rights in Armed Conflict, 2014, particularly part IV.

individuals and groups, to the best of their ability under these attenuating circumstances, and what steps they have actually taken to ameliorate the human rights situation, at least to some extent. This the CESCR, for example, has done in the cases of Afghanistan, Columbia, Sri Lanka, and the Democratic Republic of Congo, to mention but some.[44] The Human Rights Committee, for its part, in the recent General Comment No. 35 on Article 9 ICCPR has summarized a similar approach.[45] Its predecessor version, General Comment No. 8 of 1982, had not mentioned this problem dimension at all.

11. Conclusion

As these examples illustrate, the recent practice of the human rights institutions under the two Covenants reveals a strong emphasis on dealing with macro-questions shaping the structure of the human rights dialogues with the States parties, but at the same time the key focus remains on monitoring State performance at the micro-level, where individuals suffer human rights violations. States no longer can rely on the argument that conflict situations prevent them from guaranteeing fundamental rights positions for their population, but have the burden of proof for showing that they have done everything that is possible under the prevailing difficult conditions, and that even during armed conflict situations there is room for human rights protection measures, at least to some extent.

So, the balance of human rights protection under the two UN Covenants after 50 years of practice, on the whole, is positive. States find it increasingly difficult to hide behind their walls of sovereignty, and have to defend themselves publicly both in the Human Rights Council at the policy level of rights protection, and at the binding treaty law level in the Human Rights Committee and in the Committee on ESC-Rights. Moreover, owing to greater publicity and media attention, the national implementation measures receive considerably greater thrust than in the past. In this respect, the civil society organizations and national human rights institutions play an important and increasing role.[46] The fact that both Covenants now have Optional Protocols for dealing with individual communications emphasizes the growing importance of all human rights protection measures, just as originally foreseen in the Universal Declaration of Human Rights.

---

[44] *Riedel* (note 43), p. 449 et seq.

[45] See Human Rights Committee, General Comment No. 35, 15.12.2015, OHCHR Doc. CCPR/C/GC/35, paras. 64–67.

[46] In Germany, see for example the activities of the German Institute for Human Rights in Berlin that has recently even been accorded a statutory status.

In assessing the value of both Covenants after 50 years of committee practice, it can be asserted that there now is a full understanding by the community of States that these human rights treaties remain the crown jewels of rights protection at the universal level, and this is also recognized in the work of the Human Rights Council and all of its institutions.

Summary

The two UN Human Rights Covenants are celebrating 50 years since their adoption in 1966. Based in substance on the Universal Declaration of Human Rights of 1948, they have shaped the development of international human rights treaty law considerably. Whilst ideological controversies between Eastern and Western States about the legal nature of both sets of rights initially led to an inconsistent and differing acceptance of economic, social, and cultural rights, as well as civil and political rights – with the advent of the Vienna World Conference on Human Rights in 1993 the equal treatment of all human rights has been accepted by most States and commentators, and reinforced through the practice of the new Human Rights Council. In this respect, State responsibilities to respect, protect and fulfil are now regularly monitored, even if no strict sanctions regime exists at the universal level. Newer trends in international human rights law are beginning to place a greater emphasis on the universal principles underpinning each specific instance of individual rights protection by focusing, inter alia, on issues such as poverty reduction and alleviation, corporate responsibilities, and protection of human rights during armed conflict. The system of individual communications (complaints) has undoubtedly strengthened the overall thrust of fundamental rights protection worldwide – nevertheless, it still deserves much more attention than it receives at present.

800 Jahre Magna Charta Libertatum Revisited – Mythos und mehr

Prof. Dr. iur. Helmut Goerlich, Leipzig

I. Vorbemerkung

Die Magna Charta Libertatum – das wohl bekannteste alte Verfassungsdokument Englands – wurde im Juni 2015 800 Jahre alt.[1] Sie wurde am Ort ihrer Unterzeichnung, auf einer Wiese an der Themse westlich von Schloss Windsor, durch den britischen Regierungschef in Anwesenheit der Königin in einer knappen Rede gewürdigt.[2] Auch waren im Vorjahr zwei Bände, eine Monographie[3] und ein Tagungsband,[4] erschienen; es gab mehrere Ausstellungen, etwa auch in der Kathedrale von Salisbury, wo eine Originalkopie der Charta aufbewahrt wird,[5] insbesondere aber eine der British Library bis September 2015 in London, die von einem ausgezeich-

[1] Die Datierung ihrer Unterzeichnung auf den 15.6.1215 ist nicht völlig gesichert; zitiert wird hier aber nach der Fassung der Charta von 1215. Im Übrigen geht der hier zur Erinnerung an das denkwürdige Ereignis entstandene Text zurück auf einen im Bundesverwaltungsgericht in Leipzig frei gehaltenen Vortrag auf Einladung der Leipziger Juristischen Gesellschaft e. V.; der Autor beansprucht nicht, berechtigten fachhistorischen Ansprüchen zu genügen, sucht aber eine für deutsche Verhältnisse neue Perspektive zur Magna Charta ins Spiel zu bringen.

[2] Vgl. Premierminister David Cameron in Anwesenheit von Elisabeth II. auf der Wiese von Runnymede, vgl. Süddeutsche Zeitung, Nr. 235 v. 16.6.2015, S. 7; ein Nachrichtenauftritt im Sinne eines news event für die Medien; die knappe Rede war dann im Internet zu finden.

[3] Siehe *A. Arlidge/I. Judge*, Magna Charta Uncovered, 2014, dort auch eine englische Übersetzung der Charta, vgl. Appendix C, S. 185 ff.; *Arlidge* und *Judge* sind beide im Inn of Court Middle Temple ausgebildete Juristen und als Anwalt bzw. Chief Justice tätig gewesen, sind also wohl die Autoritäten unter den hier herangezogenen Autoren; ihr Buch bemüht sich auch um eine umfassende Darstellung.

[4] *R. Griffith-Jones/M. Hill* (Hrsg.), Magna Charta, Religion and the Rule of Law, 2015; dort im Anhang eine Synopse der Fassungen der Magna Charta von 1215 und 1225, S. 338 ff.

[5] Amtliche Abschriften der Magna Charta wurden nach Ausfertigung an alle Bischöfe und Äbte versandt, daher haben sich auch in Kathedralen solche Kopien erhalten, etwa in Lincoln und Salisbury.

Archiv des Völkerrechts, Bd. 54, S. 153–180 DOI 10.1628/000389216X14767803976661
ISSN 0003-892X © Mohr Siebeck 2016

neten Katalog begleitet wurde.[6] In der deutschen Presse erschienen teils allerdings auch ironische Würdigungen.[7]

Warum aber ist veranlasst, auf die Magna Charta zurückzukommen im Zusammenhang eines Jubiläums der UN-Pakte über Menschenrechte? Hierzu ist einerseits zu berichten, dass die Mächtigen die Magna Charta offenbar noch immer zur Kenntnis nehmen; das zeigte sich, als 2015 eines der wenigen Originale der Charta in Peking in der Renmin-Universität ausgestellt werden sollte. Diese Ausstellung wurde flugs in die britische Botschaft verlegt, das Kartenkontingent für die Öffentlichkeit wurde reduziert und die Öffnungszeiten wurden verkürzt.[8] Andererseits hat die Magna Charta in einer eigenen Weise einen weltweiten Siegeszug hinter sich, der sie als Urtext nicht nur national-britischer, sondern letztlich auch weltbürgerlicher Rechte erscheinen lässt. Das liegt nicht nur daran, dass sich die amerikanischen Kolonisten im Kampf gegen das Mutterland auf diese Charta als eine der Grundlagen ihrer Rechte in dessen Rechtskreis berufen haben,[9] sondern auch daran, dass es jedenfalls dann seit dem 19. Jahrhundert britische Politik war, die Rechte der Magna Charta allen Untertanen im britischen Weltreich zu versprechen.[10] Damit stellte sich ein weltweiter Kontext her, der veranlasst, noch einmal einen Blick zurück auf dieses Dokument zu werfen, obwohl nur noch sehr wenige Bestimmungen der Charta heute in England geltendes Recht sind.

Auch ist die Charta heute unter einer bisher nicht gepflegten Agenda von Interesse: In der deutschen Perspektive stehen im Falle einer Präsentation der Charta meist die so genannten Habeas-Corpus-Garantien im Vordergrund. Das ist in der deutschen Wahrnehmung vielleicht deswegen bis heute so, weil ein repräsentatives Regierungssystem in Deutschland

---

[6] *C. Breay/J. Harrison* (Hrsg.), Magna Charta. Law, Liberty, Legacy, The British Library, 2015.

[7] Zur Auswahl: als jüngerer deutscher Rechtshistoriker *B. Lahusen*, Magna Charta. Der große Freibrief: Die Magna Charta ist ein Urtext der europäischen Rechtsgeschichte und Fundament aller Menschen- und Bürgerrechte. Der 800. Jahrestag ihrer Besiegelung am Ufer der Themse wird jetzt überall in der englischsprachigen Welt ausschweifend gefeiert, Die Zeit v. 30.5.2015, S. 19; ansonsten etwa: *J. Lepore*, The Rule of History, New York Times v. 20.4.2015; und auf den Meinungsseiten *S. Lyall*, Magna Charta Still Posing a Challenge at 800, New York Times v. 14.6.2015, sowie *T. Ginsburg*, Stop Revering Magna Charta, aaO.; in Deutschland auch: *G. Thomas*, An diesem Strumpfband hängt die Britishness, Frankfurter Allgemeine Zeitung, Nr. 135 v. 15.6.2015, S. 13; *A. Zielcke*, Freiheit, die ich meine, Süddeutsche Zeitung, Nr. 135 v. 15.6.2015, S. 9.

[8] Vgl. Bericht in der Süddeutschen Zeitung, Nr. 238 v. 16.10.2015, S. 11 unter Bezugnahme auf einen Bericht in der New York Times; die Süddeutsche Zeitung berichtet auch, dass seit 2013 auf Sina Weibo, dem chinesischen Twitter, Informationen über die Magna Charta zensiert werden.

[9] Siehe etwa *B. Bailyn*, The Intellectual Origins of the American Revolution, 1967, S. 81 und passim; eingehend *A. Arlidge/I. Judge* (Anm. 3), S. 155 ff.

[10] Vgl. etwa für Indien die Proklamation der Königin Victoria durch den General-Gouverneur am 1.11.1858, wonach Indiens Bewohner die gleiche Rechtsstellung erhielten wie englische Untertanen, im Auszug abgedruckt in: *C. Breay/J. Harrison* (Anm. 6), S. 202.

sehr viel später akzeptiert wurde als eine funktionsfähige Justiz. Darüber hinaus galt ein solches Regierungssystem in Deutschland ja bis 1919 und auch noch später als Produkt westlicher Zivilisation, also als etwas, das mit deutscher Kultur nichts zu tun hatte, daher suspekt war. Es war sehr wohl der Rechtsstaat etabliert und daher die rule of law akzeptiert. In der englischen Verfassungssoziologie hat die Magna Charta hingegen heute ganz eindeutig den weiteren Stellenwert, Ausgangspunkt eben einer Herrschaftsform, nämlich des repräsentativen Regierungssystems, zu sein, also die Verfassungsstrukturen weit über die dritte Gewalt hinaus vorbereitet zu haben.[11] Schon viel früher war die angelsächsische Perspektive anders: Wenn etwa die amerikanischen Kolonisten im 18. Jahrhundert no taxation without representation auf ihre Fahnen geschrieben hatten, so hatte das in der Tat und nicht nur für diese Kolonisten etwas mit der Magna Charta Libertatum von 1215 zu tun, selbst wenn sie gemäß der Sicht großer Autoren ihrer Zeit von Sir Edward Coke bis Sir William Blackstone die darin gewährten Rechte und Befugnisse als Erbe einer noch älteren gemeinsamen, nämlich insbesondere angelsächsischen Verfassungstradition ansahen.

II. Text und Kontext

Die Magna Charta Libertatum vom 15.6.1215 ist in Latein abgefasst. Es gab Vorbilder oder Muster, darunter besonders die Charta Libertatum aus Anlass der Thronbesteigung von Henry I.[12] Die Magna Charta von 1215 besteht aus 63 Artikeln. Sie ist zunächst als Feudalverfassungsvertrag zustande gekommen und später immer wieder – zuletzt 1416 – bei der Thronbesteigung vom nächsten König proklamiert worden.[13] Teil des damals geltenden Rechts wurde sie Ende des 13. Jahrhunderts unter Edward I.,

---

[11] Siehe *Ch. Thornhill*, A Sociology of Constitutions, 2011, S. 60, 69; neben der justizpolitischen Funktion der Charta, dazu S. 51; er nennt zudem S. 85 nicht zufällig auch den repräsentativen und fiskalpolitischen Charakter des Tübinger Vertrages von 1514 im Herzogtum Württemberg als Verfassungsdokument; zu diesem der Ausstellungskatalog *G. Adriani/A. Schmauder*, 1514 MACHT GEWALT FREIHEIT. Der Vertrag zu Tübingen in Zeiten des Umbruchs, hrsgg. von der Stiftung Kunsthalle Tübingen, 2014, darin *A. Schmauder*, Der Vertrag zu Tübingen v. 8.7.1514: Inhalt und Wirkung, S. 170 ff.; der Text des Vertrages vom 8.7.1514 in: *G. Dürig*, Gesetze des Landes Baden-Württemberg, Loseblattwerk, Anhang 1.

[12] Diese Krönungs-Charta Heinrichs I. von 1100 ist besonders hervorzuheben, vgl. *K. Kluxen*, Geschichte Englands, 1968, S. 46 f., 74; sie fußt teils auf angelsächsischem, teils auf normannisch-französischem Recht; zum Verhältnis von Krone und Krise seit den normannischen Königen und auch für Henry I., den jüngsten Sohn Wilhelms des Eroberers, *N. Vincent*, Kingship and Crisis, in: C. Breay/J. Harrison (Anm. 6), S. 21 ff.

[13] Wiederkehrende Bestätigungen gab es oft; etwa wurde der in Anm. 11 genannte Tübinger Vertrag von 1514 bis zum letzten Herzog bei Regierungsantritt in den Ämtern der Amtsversammlung stellvertretend durch den Oberamtmann neu verkündet; erst darauf folgten Huldigung und Untertaneneid, vgl. *A. Schmauder* (Anm. 11), S. 173. Die Folgevereinbarungen des Vertrags garantierten im 18. Jahrhundert Preußen, England und Däne-

nach einem weiteren Krieg der Barone sowie nach den ersten Schritten zur Einberufung auch eines künftigen House of Commons, neben den Lords. Hierfür spielte Simon de Montfort d. J. als Leitfigur eines Teils der großen Adelsopposition eine Rolle, teils auf der Basis der Provisions of Oxford, die als eine geschriebene Verfassung Englands gelten, aber nur kurz in Kraft waren. Montfort regierte England faktisch während des zweiten Kriegs der Barone, war jedoch dem niederen Adel zugetan, wiewohl selbst verwandt mit dem legitimen Kronprätendenten; er fiel in einer letzten Schlacht, die dieser gewann.

Die verschiedenen Proklamationen der Charta geben allerdings nicht immer denselben Text wieder. So wurden die Bestimmungen über die königlichen Forsten alsbald in einer eigenen Charta zusammengefasst. Teilweise kam es indes auch zu Kürzungen im Interesse der Stellung des Königs. Zwar blieben die Bestimmungen über die Freiheit der Person, also die sogenannten Habeas-Corpus-Garantien, Art. 39 und 40 der ersten Fassung, immer Bestandteil der Charta – schließlich garantierten sie ja auch den Einfluss der königlichen Gerichtshöfe. Hingegen wurde Art. 12 der Magna Charta in ihrer ursprünglichen Fassung öfter nicht wiederholt, sondern weggelassen. Er betrifft die Voraussetzung einer Besteuerung in Form des Schildgeldes oder anderer Hilfen für die Krone und lautet in englischer Übersetzung:

„No scutage or aid is to be levied in our realm except by the common council (commune consilium), unless it is for ransom of our person, the knighting of our eldest son or the first marriage of our eldest daughter; and for these only a reasonable aid (rationale auxilium) is to be levied. Aids from the city of London are to be treated likewise."

Diese Bestimmung wurde begleitet durch eine weitere Bestimmung zugunsten der Städte, darunter zur Gewährleistung ihrer überlieferten Freiheiten in Art. 13 der Charta, sowie eine solche über die Einberufung des Rates, also des consilium, nämlich Art. 14, neben einer öffentlichen Bekanntmachung. Auch ist Art. 12 später auf weitere Besteuerungsarten erstreckt worden. Zudem sind die wiederholten Versuche, sie zu verschweigen oder durch Weglassen auszuhebeln, vereitelt worden mit dem letztlich erfolgreichen Hinweis, dass der Gehalt dieser Bestimmung Teil des common law sei, also Teil der lex terrae, des law of the land, das auch in Art. 39 der Charta, also den Habeas-Corpus-Garantien, genannt werde. Der König sollte in solchen Angelegenheiten nur auf solche Beratung hin handeln können. Auf diese Weise sei die Regelung in ihrer Eigenschaft als tradiertes ungeschriebenes Recht auch dann zu beachten, wenn sie in jüngeren Textfassungen der Charta übergangen werde.

---

mark. Dieser historische Hintergrund ergab dann den Vertragscharakter der Verfassung des Königreichs Württemberg von 1819, die bis 1918 galt.

Diese Bestimmung wird als wesentlicher Ausgangspunkt des Wegs zum Steuerstaat im Sinne der deutschen Terminologie angesehen, also dem tax-based parliamentary state.[14] Das führte ebenso zu einer gewissen Regelförmigkeit der Erhebung öffentlicher Abgaben, zu einer eigenständigen Bürokratie wie die Garantien bzgl. der Justiz nicht nur zu einem Ausbau der die Zentralgewalt stützenden königlichen Gerichtshöfe führten, sondern auch zur Schaffung eines säkularen Juristenstandes. Er wurde und wird in den Inns of Court in London ausgebildet, also nicht von den Rechtsfakultäten der Universitäten, die damals unter kirchlichem Einfluss blieben, mithin auch nicht common law, sondern kanonisches und römisches Recht lehrten.[15]

Die Bestimmungen im Umkreis von Besteuerungsfragen und die Habeas-Corpus-Garantien hatten im 17. Jahrhundert eine sozusagen historische Begegnung eigener Art zu bestehen. Damals verweigerten einige Ritter und Angehörige der gentry die Zahlung von Schiffsgeld, das die Stuarts über seinen bisher geltenden Rahmen hinaus als königliche Steuer kraft Kronprärogative – und ohne Beteiligung eines consilium – nun also des Parlaments – erhoben. Kraft königlichen Befehls wurde ihr Vermögen beschlagnahmt und sie selbst wurden in Haft genommen. Auf diese Weise wurde die Magna Charta aktuell, einmal wegen Verstoßes gegen Regeln über die Erhebung von Steuern und dann auch wegen Verstoßes gegen die Habeas-Corpus-Garantien. Auf diese Weise kreuzten sich zwei Pfade der Magna-Charta-Tradition in dieser Zeit. Das macht auch die besondere Bedeutung der Charta gerade vor dem englischen Bürgerkrieg und dem Verfahren gegen Karl I. aus, das bekanntlich mit seiner Hinrichtung endete.

Heute gelten im rechtstechnischen Sinne als positives Recht nur noch die Art. 1, 13, 39 und 40 der Charta. Die sonstigen Bestimmungen sind durch jüngeres Recht – etwa auch solches mit verfassungsrechtlichem Gehalt – abgelöst worden. Manche Klauseln sind heute deshalb obsolet, weil sie nun gegen Diskriminierungsverbote verstoßen. Das gilt auch für Bestimmungen, die die Erbschaftssteuer begrenzen, oder für Kontrollmechanismen, die als Absicherung gegen eine Missachtung der Magna Charta

---

[14] So *D. Carpenter*, Revival and Survival, in: C. Breay/J. Harrison (Anm. 6), S. 78 (82).

[15] Zu dem inneren Zusammenhang zwischen der Weigerung der kirchlich beeinflussten Universitäten Oxford und Cambridge, örtliches und lokales Recht zu pflegen und zu lehren, der innerkirchlichen Verweigerung religiöser Freiheit, der Verfolgung der Templer mit der Folge ihrer Enteignung und der Gründung der Inns of Court in London in den Räumen der Templer, woran auch Namen von Inns of Court erinnern, was dazu führte, dass das common law sich eigenständig in Praxis und Ausbildung entwickeln konnte, vgl. *J. Baker*, Magna Charta and Personal Liberty, in: *R. Griffith-Jones/M. Hill* (Anm. 4), S. 81 (87 ff.); andere sehen eine Traditionslinie über die normannische Präsenz in Sizilien und Jerusalem, die von den Schulen und Rechtsgilden bei den Moscheen zu den Inns of Court führt, was auch die Nähe zu Kirchen und Templern mit sich bringt, vgl. mit Nachweisen *H. P. Glenn*, Legal Traditions of the World, 5. Auflage 2014, S. 240 f., Fn. 15 ff.

dienen sollten, auf die hier zurückzukommen ist. Das geltende Recht umfasst immer noch:[16]

Art. 1:

In the first place (we) have granted to God and by this present Charter have confirmed, for us and our heirs in perpetuity, that the English church shall be free, and shall have its rights, undiminished and its liberties unimpaired. And we wish it thus observed, which is evident from the fact that our own free will before the quarrel between us and our barons began, we conceded and confirmed by our charter freedom of elections, which is thought to be of greatest necessity and importance to our English church, and obtained confirmation of this form from the lord Pope Innocent III, which we shall observe and wish our heirs to observe in good faith in perpetuity. We have also granted to all the free men of our realm for ourselves and our heirs for ever, all the liberties written below, to have and hold, them and their heirs from us and our heirs.

Art. 13:

And the city of London is to have its ancient liberties and free customs both by land and water. Furthermore, we will and grant that all other cities, boroughs, towns and ports shall have their liberties and free customs.

Art. 39:

No free man shall be taken or imprisoned or disseised or outlawed or exiled or in any way ruined, nor will we go or send against him, except by the lawful judgement of his peers or by the law of the land.

Insbesondere Guantanamo-Fälle haben diese und ihre Nachfolgebestimmungen in Verfassungen und völkerrechtlichen Rechtsgrundlagen wieder in den Vordergrund gerückt. Die damit verbundenen Praktiken haben auch in Deutschland zu Publikationen geführt, die die Fakten ausbreiten.[17]

Und schließlich Art. 40:

To no one will we sell, to no one will we deny or delay right to justice.

Diese Bestimmung hat heute vor Gericht immer noch praktische Bedeutung.[18] Sie brachte die beiden professionellen Autoren eines Jubiläumsbandes – A. Arlidge und I. Judge – als Autoren zusammen, nachdem diese Norm als Garantie schleunigen, rechtzeitigen Rechtsschutzes in einem Fall eine Rolle gespielt hatte, mit dem sie befasst waren, einerseits als Anwalt, andererseits als Richter.[19]

---

[16] Die letzte Bereinigung – wobei Art. 39 und 40 als eine Bestimmung gelesen wurden – erfolgte 1863, vgl. An Act for the Promotion of the Revision of Statute Law 26 & 27 Vic. c. 125 (Her Majesty's Stationary Office 1863), nachgewiesen in: *C. Breay/J. Harrison* (Anm. 6), S. 221.

[17] Vgl. *M. O. Slahi*, Das Guantanamo Tagebuch, hrsgg. v. *L. Siems*, 2015; und *W. Nescovic* (Hrsg.), Der CIA-Folter-Report, 2015 – mit einem Vorwort von Senatorin Diane Feinstein, damals Vorsitzende des Ausschusses für die Geheimdienste des US-Senats, S. 31 ff.

[18] Siehe *J. Rozenberg*, Magna Charta in the Modern Age, in: *C. Breay/J. Harrison* (Anm. 6), S. 209 (211).

[19] *A. Arlidge/I. Judge* (Anm. 3), S. 2 f.

H. J. Berman fasst diese und weitere Bestimmungen der Charta wie folgt zusammen:[20]

„In Magna Charta the barons and the church exacted from the crown the commitment that no scutage or aid beyond the three recognized feudal aids would be levied by the king without the consent of the ‚general council of the realm' (that is, the king's tenants-in-chief), that „– in Gerichtswesen bzgl. des Court of Common Pleas –" ‚common pleas […] shall be held in some fixed place', that ‚no man shall be put on trial upon an accusation unsupported by credible witnesses', that ‚no man shall be taken or imprisoned or disseised or outlawed or exiled or in any way destroyed […] except by the lawful judgement of his peers or the law of the land', that ‚to no one will we sell, to no one will we refuse or delay, right or justice', that ‚merchants shall have safe conduct in and out of England except in times of war and the merchants are of the enemy, in which case they and their goods will be safe if our merchants are treated the same way', that ‚all can freely leave and enter England except in time of war and except those who have been outlawed and people who are at war with us', that ‚only those who know the law shall be appointed as justiciars, constables, sheriffs or bailiffs,' and other such commitments."

Hier zeigt sich der schon angesprochene Ausgangspunkt einer neuen juristischen Ausbildung für den Gerichts- und Verwaltungsdienst. Erkennbar ist auch eine Neustrukturierung des Gerichtswesens und die „Verstaatlichung" des Rechts.[21] Hinzu tritt hier das eingangs schon hervorgehobene government by consent in Fragen der Besteuerung. Offen bleibt, wer all diese Garantien im Lauf der geschichtlichen Entwicklung beanspruchen kann, wie die Umsetzung der Charta gewährleistet werden soll; Berman nennt hier und auch an anderer Stelle den für letzteres vorgesehenen Ausschuss der frei gewählten Barone nicht, auf den noch einzugehen ist, obwohl er nie praktisch tätig wurde.

Ebenso bleibt die Frage der Normativität offen, d.h. der außerordentlichen Verbindlichkeit der Charta als Teil der britischen Verfassungsnarrative, sozusagen als Mythos eines atlantischen, ja eines weltweit gemeinen Verfassungsrechts, das immer wieder und bis heute berufen wird. Diese Berufung findet man insbesondere und bis heute in vielen Gerichtsentscheidungen in den Vereinigten Staaten von Amerika.[22] Auch werden mit

---

[20] Vgl. *H. J. Berman*, Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition, 1983, S. 293 f. mit Bezug auf Art. 12, 17, 38, 39, 40, 41, 42 und 45 der Magna Charta.

[21] Dazu *W. Reinhard*, Die Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas, 1999, S. 291 ff.; in der englischen Tradition ist Staat kein Begriff der Verfassung, an dessen Stelle steht die Krone; vgl. *A. Jakab*, Staatslehre – eine deutsche Kuriosität, in: Ch. Schönberger (Hrsg.), Der „German Approach". Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich, 2015, S. 75 (89 ff.).

[22] Für Schätzungen der Zahl der Zitate in Gerichtsentscheidungen in den USA und im Vereinigten Königreich *J. Rozenberg* (Anm. 18), S. 209 (212 f.); für jüngere Gerichtsentscheidungen etwa Rasul v. Bush 542 U.S. 466 (2004) und Boumedienne v. Bush 553 U.S. 723 (2008) – jeweils Guantanamo betreffend; für die Leugnung irgendeiner Art von Immunität für den amerikanischen Präsidenten (Paula) Jones v. Clinton, 858 F Supp 902 (ED Ark 1994) – betreffend Privilegien des Präsidenten in einem Verfahren, das sein Verhalten gegenüber einer Angestellten in seiner Zeit als Gouverneur von Arkansas betraf; der Fall wurde auf andere Weise erledigt.

der Magna Charta Parolen der Verfassungskämpfe wie King in Parliament, rule of law and not of men oder schlichter government under law und schießlich auch government by committee in Verbindung gebracht.

Zunächst ist aber auf einige dieser Einzelheiten einzugehen, die dann vielleicht im Ganzen auch solche grundsätzlichen Fragen beantworten.

III. Berechtigte

Unbeschadet der Klauseln zugunsten der Kirche und ihrer Institutionen finden sich neben einigen Bestimmungen, die die großen Barone – also die tenants-in-chief des Königreichs – und damit die Lords adressieren, viele Bestimmungen, die die freemen ansprechen. Deutlich ist das etwa in Art. 2 und 3 der Charta, die die Erbschaftssteuer in unterschiedlicher Weise begrenzen oder auf ein erträgliches Maß herabsetzen. Zentrale Garantien sind jedoch eben an die freemen adressiert und die Frage ist, wer diese sind – allgemeiner: wie der Weg der Charta hin zur Quelle von Garantien für alle Engländer, dann auch der Kolonisten und der ortsansässigen Bevölkerung in Kolonien sowie von dahin verbrachten Personen entstehen konnte.

Dazu ist zunächst festzustellen, dass Anfang des 13. Jahrhunderts etwa ein Viertel bis ein Drittel der männlichen englischen Bevölkerung den Rechtsstatus von freemen hatte. Dabei waren diese Personen in unterschiedlicher Dichte verstreut. So sollen in Ostengland mehr freie Bauern gelebt haben, die einen skandinavischen Hintergrund hatten, als im Westen des Landes. Das hängt damit zusammen, dass die verschiedenen Besiedlungen Englands vor den Normannen im Jahre 1066 durch Angelsachsen und nordische Seefahrer geschahen. Zuvor war die Herrschaft der Römer von einer Dominanz der Kirche und ihrer Institutionen abgelöst worden. Selbst wenn nun nach 1066 die französischen Eroberer aus der Normandie stärker auf römisches Recht und einen Ausbau des Feudalrechts – darunter neuer Formen der Leibeigenschaft – zurückzugreifen suchten, so blieb dennoch ein erheblicher Bodensatz freier Bauern am Platz.[23] Dazu kam noch, dass die Kirche zu weitgehende Übernahmen aus dem Recht der Sklaverei in das Recht der Leibeigenschaft abmilderte.

Im 13. Jahrhundert und wenig später kam es zu einer Politik der Erstreckung der Garantien für freemen auf weitere Teile der männlichen Bevölkerung. 1351 unter Edward III. findet man die Formulierung „no man what ever estate or condition whatsoever shall be put out of his land or tenement nor taken nor imprisoned nor disinherited nor put to death without being brought to answer by due process of law“, was heutige Interpreten als Anzeichen dafür werten, dass das Privileg der freemen zu einem allgemei-

[23] Siehe *A. Arlidge/I. Judge* (Anm. 3), S. 45 (47).

nen Recht für jedermann mutiert war,[24] allerdings beschränkt auf die eigenen Untertanen, Lehens- und Dienstleute, also keineswegs als die ganze oder auch nur die zivilisierte Welt umspannende Garantie.

Allerdings soll sich schon sehr früh der Weg hin zu einer Erstreckung der Privilegien der Charta für freemen auf jedermann abgezeichnet haben. Das zeigt sich etwa in Normwidersprüchen zwischen verschiedenen Versionen der Charta und ihrer Nachfolger. So erstreckte die Charta über die königlichen Forsten von 1225 diese Privilegien auf Rechte für jedermann, während die Magna Charta in den Fassungen von 1215, 1216 und 1217 noch ganz am bisherigen Konzept dieser Privilegien festhielt.[25] Schon in der Magna Charta selbst stößt man auf eine Berechtigung für jedermann, wenn es um Maßnahmen zur Durchsetzung von Anordnungen des Ausschusses gewählter Barone geht, der die Einhaltung der Magna Charta gewährleisten soll. Dort wird in Art. 61 jedermann befugt, im Falle eines Konflikts zwischen dem Ausschuss und der Krone einen Eid abzulegen.[26] Der Weg hin zu solchen Erstreckungen der Privilegien der Charta war von Anfang an angelegt, schon weil man die kleineren Lehensnehmer des Königs, die Ritter, bei den Verhandlungen über die Charta nicht beteiligt hatte, man sie aber mit im Boot haben wollte.[27] Dabei mag auch schon eine Rolle gespielt haben, dass am militärischen Aufgebot der Ritter im Kriegsfall Interesse bestand, obwohl ihre Zahl im Lande insgesamt nicht sehr groß war und später abnahm, dann also die gentry und auch die freemen Adressaten solcher Interessen wurden. Schon 1331 hatte Edward III. darüber hinaus eine die Charta ergänzende Gesetzgebung veranlasst, die sogar das Erfordernis der persönlichen Freiheit für die Inanspruchnahme der Privilegien der Charta strich.[28] In diesem Sinne mag man die Magna Charta als ein „living instrument" sehen,[29] also einen Rechtstext, der einer ihn verändernden Auslegung zugänglich war und ist, so wie dies heute von der Europäischen Menschenrechtskonvention in ständiger Rechtsprechung des Straßburger Gerichtshofs gesagt wird.[30]

Mit der Erstreckung der Privilegien auf alle Untertanen und damit ihrem Wandel zu Freiheiten war dann eine neue Unterscheidung möglich. Man konnte Freiheiten nun unterscheiden nach solchen, die free born liberties, also angeborene natürliche Rechte, sind und anderen Rechten kraft eines Verleihungsaktes. Diese Beobachtung wird John Lilburne, einem

---

[24] Vgl. *A. Arlidge/I. Judge* (Anm. 3), S. 114.
[25] Siehe *A. Arlidge/I. Judge* (Anm. 3), S. 50.
[26] Vgl. zu Art. 61 *A. Arlidge/I. Judge* (Anm. 3), S. 77 f.
[27] Dazu *A. Arlidge/I. Judge* (Anm. 3), S. 11.
[28] Vgl. *A. Arlidge/I. Judge* (Anm. 3), S. 110 f.
[29] So *A. Arlidge/I. Judge* (Anm. 3), S. 124.
[30] Zur EMRK als living instrument statt vieler *H.-J. Cremer*, in: *O. Dörr/N. Grote/T. Marauhn* (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 4 Rn. 61, 81 ff. sowie passim, auch in anderen Kapiteln dieses Kommentars.

Oberstleutnant in Cromwells parlamentarischer Armee zugeschrieben, der sich zum Kritiker auch des Parlaments entwickelte, in der englischen Revolution mitten im 17. Jahrhundert.[31] So war es dann auch möglich, dass Siedler in englischen Kolonien, die aus England kamen oder sich dem englischen Rechtsregime dort unterstellten, diese Rechte als unvordenkliche Freiheiten in Anspruch nahmen.

IV. Verpflichtete

Die Charta ist das Produkt eines Kampfes zwischen Krone, Kirche und Baronen. Ohne hier auf die Geschichte näher einzugehen, ist vielleicht anzudeuten: Der König war außerordentlich geschwächt, weil er seiner Besitzungen auf dem Kontinent weitgehend verlustig gegangen war. Er wollte sie zurückerobern. Die englische Kirche war stark, der Papst hatte den König exkommuniziert; nur mit der Kirche konnte der König gegen die Barone etwas ausrichten – und ebenso umgekehrt. Diese waren auf der Wiese westlich von Windsor nach einer ersten Phase eines von ihnen angetriebenen Bürgerkriegs in Waffen erschienen. Die Texte wurden von Klerikern entworfen, auf Seiten des Königs soll William Marshall der Vermittler gewesen sein, der seinen Sohn auf der anderen Seite wusste.[32] Der König akzeptierte den von ihm bisher abgelehnten neuen Erzbischof von Canterbury und unterwarf sich dem Papst, indem er dessen Lehenshoheit über sich als englischen König anerkannte. Zugleich verteidigte er die eigene Rechtsstellung der englischen Kirche gegenüber dem Souveränität beanspruchenden Papst. Zudem gelang es ihm, indem er den Papst auch als Lehensherrn anerkannte, sich als sein Vasall der Exkommunikation zu entziehen und zudem als Kandidat eines Kreuzzugs Immunität zu erlangen.

So wurde möglich, Kompromisse zu finden, die die englische Kirche und die großen Herren befriedigten. Der König suchte sich alsbald der Bindung an das Dokument zu entziehen, indem er behauptete, zur Unterschrift genötigt worden zu sein, und erhielt dafür auch die päpstliche Zustimmung. Aber die Kette der bei Regierungsantritt wiederkehrenden Bestätigungen der Charta – durch einen Regenten oder den jeweils neuen König – brachten sie allmählich aus der Sphäre bloßen Versprechens – wie

---

[31] Zu Lilburne *J. Witte*, *Jr.*, Towards a New Magna Charta for Early Modern England, in: *R. Griffith-Jones/M. Hill* (Anm. 4), S. 109 (112 ff.); zum Verfassungskonzept *W. W. Wittwer*, Grundrechte bei den Levellern und der New Model Army. Ein Beitrag zur Vorgeschichte des Menschenrechtsgedankens, 1972.

[32] Zu den Baronen Kurzbiographien in *A. Arlidge/I. Judge* (Anm. 3), Appendix B, S. 173 ff.; zu Marshall – Guillaume de Maréchal – Th. Asbridge, Der größte aller Ritter und die Welt des Mittelalters, 2015, und zwar S. 381 ff. zu seinem Einfluss auf die Entstehung der Charta neben Erzbischof Stephan Langton, sowie zur damaligen – sehr eingeschränkten – Bedeutung der Charta, S. 385 ff.

schon angedeutet – in die des verbindlichen Rechts, zumal damit immer auch die Wiederholung der Anerkennung noch angelsächsischen Rechts einherging.

Zweifellos wurden die Könige – und damit die Krone – aus der Charta verpflichtet. Die Vorstellung einer absoluten Souveränität der Könige konnte daher in England bleibend nicht Fuß fassen. Des Weiteren wurden auch diejenigen, die Berechtigte der Magna Charta wurden, zugleich zu Verpflichteten, soweit sie Einschränkungen zu gehorchen hatten, die ihren bisherigen Rechtsbehauptungen Grenzen setzten. Das bekräftigt Art. 60 der Magna Charta, indem er alle, den König, seine Männer – seien sie Geistliche oder Laien – und wiederum deren Männer, also zu- oder nachgeordnete Lehens- und Dienstleute, auf die Wahrung der Gewohnheiten und Freiheiten dieser Charta verpflichtet.

V. Magna Charta, Verfahrensrechte und Religionsfreiheit – ein Exkurs

Die Kirche hat erheblichen Einfluss auf die Entstehung der Charta. Das veranlasst einen Seitenblick auf eine alte deutsche Kontroverse. Dieser Blick macht einen Exkurs möglich zu einem klassischen Thema: Bekanntlich vertrat Georg Jellinek, dass die Religionsfreiheit der Ausgangspunkt der Entstehung der Menschenrechte sei.[33] Sehr viel später hat Martin Kriele dem entgegengehalten, dass Verfahrensgewährleistungen der Magna Charta diesen Ehrentitel beanspruchen können.[34]

Der Beitrag von Sir John Baker QC zum nun verflossenen Jubiläum der Magna Charta mag diese Kontroverse zu Ende bringen:[35] Ohne diese zunächst nur deutsche Kontroverse[36] zu nennen, weist er nach, dass der nach kanonischem Recht rigide Umgang der Kirche mit Dissentern dazu führte, dass diese weltliche, also die königlichen Gerichte anriefen, um Schutz vor von der Kirche gegen sie angestrengten Verfahren zu erhalten. Dabei wurde die Behauptung der Legitimität einer religiösen Überzeugung gegenüber der Kirche sozusagen als Monopolist in Glaubensfragen zum Ausgangspunkt der Nachsuche um Verfahrensschutz bei anderen als kirchlichen Instanzen. Zugleich wurde damit die Abgrenzung zwischen weltlichen und

---

[33] *G. Jellinek*, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte (1895, 1904), in: *R. Schnur* (Hrsg.), Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte, 1964, S. 1 ff.

[34] *M. Kriele*, Einführung in die Staatslehre, 1975, S. 149 (151 ff.), 5. Aufl. 1994, S. 130 (133 ff.).

[35] Vgl. *J. Baker*, Magna Charta and Personal Liberty, in: *R. Griffith-Jones/M. Hill* (Anm. 4), S. 81 (87 ff.); und schon *J. N. Figgis*, Studies in the Political Thought from Gerson to Grotius, 1907, S. 124, 144 und passim.

[36] Für eine eingehende ältere Untersuchung *J. Bohatec*, England und die Geschichte der Menschen- und Bürgerrechte, hrsgg. v. *O. Weber*, 1956, S. 13 ff.

kirchlichen Zuständigkeiten problematisiert. Es kam zu Neubestimmungen in Fragen dieses Grenzverlaufs. Hier machte der Staat allmählich Boden gut; dies tat er, indem er Toleranz und individuelle Freiheit ins Spiel brachte mit Hilfe von Verfahrensgarantien der Magna Charta.[37] Diese Verbindung beider Perspektiven mag nach allem den alten gepflegten akademischen Streit um den Ursprung der Menschenrechte schlichten, wobei es damals noch keineswegs um Menschenrechte, sondern solche der britischen Untertanen ging.

Angesichts der exklusiven Stellung der Kirche in Glaubensfragen erstaunt es auch nicht, dass sich wenig später im 16. Jahrhundert und noch später der Schutz gegen Maßnahmen von Inhabern von Monopolen als ein Feld der Kontroverse um die Reichweite von Rechten der Magna Charta erwies. Diese Monopole schufen Gelegenheit, enorme Gewinne zu machen. Daher wurde ihre Verleihung durch die Krone ein Ansatzpunkt für Praktiken der Korruption. Über den Vorwurf, Gelder entgegengenommen zu haben, verlor Sir Francis Bacon zwar nicht seinen inzwischen erworbenen höheren Adelsrang und seinen Landsitz, aber all seine Ämter.[38] Von König oder Parlament verliehene Monopole beruflicher Vereinigungen, man denke an Kammern der Heilberufe oder ähnliches, und deren Praktiken samt des Satzungsrechts waren es auch, die die Frage der Reichweite des richterlichen Prüfungsrechts königlicher Gerichte gegenüber der Verleihung oder der Ausgestaltung solcher Monopole aufwarfen. Das geschah insbesondere in Fällen, in denen die berufliche Tätigkeit von kraft einer Zwangsmitgliedschaft in den Kammern zusammengefassten Freiberuflern durch Sanktionen der Kammer beeinträchtigt wurde.[39]

VI. King in Parliament und Body politic

Ergebnis der Entwicklung war aber auch, dass die Krone die rechtlichen Bindungen der Magna Charta anerkannte. Ohnehin war ausgemacht, dass nicht nur die Kirche, sondern auch die Krone solchen Bindungen unterlag. So vertraten schon die Autoren der Zeit, also etwa der schriftstellerisch tätige Kleriker und königliche Richter Henry de Bracton, dass der König „must not be under man, but under god and under the law because law makes the king".[40] Damit wandelte sich das Königtum, es wurde dem

---

[37] *J. Baker* (Anm. 35), S. 81 (95 f.).

[38] Zu Bacon siehe *W. Krohn*, Francis Bacon, 2. Aufl. 2006, S. 53 (54); *K. Kluxen*, Geschichte Englands, 1968, S. 282 f.; zu den Monopolen dieser Zeit im Licht der Freiheit der Person *A. Arlidge/I. Judge* (Anm. 3), S. 127.

[39] Klassisch dazu Dr. Bonham's Case, vgl. *H. Goerlich*, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981, S. 304 ff.

[40] Vgl. auf dem Stand nach der Magna Charta *H. Bracton*, De Legibus et Consuetudinibus Angliae, geschrieben vor 1235, Hrsg. *S. E. Thorne*, (Cambridge MA 1977), II 33., zitiert

Recht unterworfen und so dann dank des common law langfristig domestiziert, während den kontinental-europäischen Fürsten möglich blieb, als Herr über das Recht zu agieren, nicht nur es zu missachten, sondern es auch aus eigener Souveränität heraus zu gestalten, zu systematisieren und zu kodifizieren, ohne Rücksicht auf teils älteres örtliches Recht wie etwa angelsächsische Rechtsvorstellungen nehmen zu müssen, die das common law gerade einbezog und so etwa das Königtum anders konzipieren und verstehen konnte.

Später, geschrieben im 14. Jahrhundert und deutlich später Mitte des 16. Jahrhunderts veröffentlicht, versteht der langjährige Vorsitzende Richter der King's Bench zur Zeit des Hauses Lancaster, Sir John Fortescue,[41] in seiner Schrift zum Lob der englischen Gesetze England nicht mehr nur als Königreich, sondern als dominium politicum eines corpus mysticum,[42] nämlich eines body politique.[43] Daher besitzt der König nicht nur königliche Gewalt im Sinne eines dominium regale, die er at pleasure ausüben kann; er hat vielmehr auch politische Gewalt inne, die ihm als solche verbietet, nach Belieben Recht zu ändern oder willkürlich zu entscheiden. Die Sicht des Königreichs als body politic wird dann unter den Tudors im 16. Jahrhundert die Regel, eben zur Zeit des Drucks der Schrift von Fortescue. Er hatte nahezu eine republikanische Perspektive eingenommen.

Hierzu ist auch zu erinnern: Zur Sicherung der Magna Charta im Sinne dieser rechtlichen Bindung setzte die Charta selbst übrigens den schon erwähnten Ausschuss von 25 frei zu wählenden Baronen ein, die Widerstands- und Notrechte für den Fall von Verstößen gegen die Charta wahrnehmen konnten. Dies wird in Art. 61 der Charta[44] näher umrissen, etwa durch einen Unterausschuss von vier Baronen in Eilsachen, Kooptationsrechte des Ausschusses für den Fall der Auslandsabwesenheit etc. Diese Struktur erlaubte organisierten, rechtlich legitimierten Widerstand in neuen Formen eines eigenen Verfahrens, obwohl er zweifellos von einer

---

bei *A. Arlidge/I. Judge* (Anm. 3), S. 75 f.; zu Bracton auch *H. Kantorowicz*, The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Politicel Theology, 1957/1970, S. 141 ff. und passim, der annimmt, das Buch sei um 1259 abgeschlossen worden.

[41] Zu ihm, der vor seiner Richterlaufbahn acht Mal in ein Parlament gewählt worden ist, in seiner hier einschlägigen Schrift „De Laudibus Legum Anglie" (1468–71, letzte Ausgabe 1997, besorgt v. S. Lockwood) sowie zu anderen Schriften dieses Autors *P. Badura*, Verfassungsdenken und Finanzklugheit in *Sir John Fortescue*: „The Governance of England", in: *K. Vogel* u.a. (Hrsg.), Verfassung, Verwaltung, Finanzen, Festschrift für G. Wacke, 1972, S. 87 (88 f., 101).

[42] Dazu *H. Kantorowicz* (Anm. 40), S. 223 ff.

[43] Siehe *A. Arlidge/I. Judge* (Anm. 3), S. 116 f. und 124 f.; in der Theorie heute, nach *H. Kantorowicz*, *Q. Skinner*, Die drei Körper des Staates, 2012, S. 65 ff. etwa auch bei S. Pufendorf und Th. Hobbes.

[44] Zur Auslegung dieser Bestimmung *F. Kern*, Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im frühen Mittelalter. Zur Geschichte der Monarchie, 7. Aufl., zugleich unveränderter Nachdruck der 2. Aufl. v. 1954, 1980, S. 233 ff. und passim.

Revolution kaum zu unterscheiden gewesen wäre.[45] Zugleich ist damit die Konzeption eines „government by committee" im Raum, das in der Lage ist, zugleich zu kontrollieren, programmatisch vorzugehen und zu vollziehen.[46] Auch sollte der Ausschuss der 25 Barone gemäß Art. 55 der Magna Charta quasi-richterlich und möglichst in Anwesenheit des Erzbischofs von Canterbury tätig werden, um königliche Geldstrafen u.ä. aufzuheben oder abzumildern und vielleicht auch anders niederzuschlagen, sofern sie mit der lex terrae, also dem law of the land, unvereinbar sein sollten.

Damit erhält das Königtum den Charakter eines einer Prüfung unterliegenden Amtes, das in Vollzug des Rechts der Charta und anderer Rechtsgrundlagen wahrzunehmen ist. Der König selbst wird zum Organ eines Gemeinwesens, ist also an der Amtsführung zu messen, nicht nur an der Heldenhaftigkeit seiner Taten als Ritter, auf dem Schlachtfeld, im Turnier oder auf der Jagd und bei anderen Gelegenheiten, oder aber als König nach Maßgabe von ins Werk gesetzten autokratischen Fähigkeiten.

VII. Parlamentarisierung des consilium commune, Konstitutionalisierung des Unterhauses

Für einen Weg zum Verfassungsstaat im Sinne eines King in Parliament weist die Magna Charta allerdings noch beträchtliche Lücken auf. Vor allem fehlte es zunächst offensichtlich an einer Repräsentation des niederen Adels, der Städte und Weiler sowie der Grafschaften. Erst mit dieser Ergänzung komplettiert sich die organschaftlich ausgeprägte Herrschaftsstruktur eines auch durch wiederkehrende Wahlen parlamentarisierten Regierungssystems.

Vorgesehen war offenbar die Ladung der kleineren Lehen, d.h. der Ritterschaft, wie die Ladungsvorschriften zum common council – commune consilium – in Art. 14 der Charta zeigen. Denn dieser Adel, der bis heute Zugang zum House of Commons hat, sollte durch Proklamation geladen werden. 1254 bat Henry III. die sheriffs, also die Grafschaftsbeamten, mit zwei Rittern aus jeder Grafschaft zu erscheinen, als er für einen Feldzug Mittel erheben wollte. Diese Ritter sollten vom Platz kommen und in der Grafschaft gewählt sein. 1264 bat die faktische, aber doch dem niederen Adel nähere Regierung der Barone unter Simon de Montfort d. J. um die Entsendung von vier in der jeweiligen Grafschaft gewählten Rittern. Ein

---

[45] Dazu wiederum *F. Kern* (Anm. 44), S. 233 (237); zur Relevanz von englischen Widerstandskonzepten im 16. Jahrhundert in Holland *G. N. Clark*, The Birth of the Dutch Republic, Proceedings of the British Academy XXXII (1975), S. 112 (119 ff., 121 f.).

[46] *K. C. Wheare*, Government by Committee. An Essay on the British Constitution, 1955, zu den sieben verschiedenen Rollen, die Ausschüsse nach diesem Autor wahrnehmen können.

Jahr später wurden gemäß dem ersten Statut von Westminster auch Vertreter der Bürgerschaft einberufen. Damit entstand eine Routine zugunsten einer zweiten Kammer, die wenige Dezennien später auch der Platz wurde, auf dem die neuen, kommerziellen Kräfte des Landes präsent waren. Nachdem auf den Tod Montforts die legitime Thronfolge wieder in Amt und Würden kam, setzte Edward I. 1272 allerdings dessen jüngere Praxis fort und legitimierte sie durch neues Recht. Im ersten Statut von Westminster war ja schon festgehalten, dass nicht nur Erzbischöfe, Bischöfe, Äbte, Priore, Grafen und Barone, sondern auch alle kommunalen Körperschaften in das erste Parlament dieses jungen Königs einberufen werden sollten.[47] Zugleich wurde übrigens der Anwendungsbereich des Art. 12 der Charta, also des Erfordernisses der Zustimmung zur Erhebung von Steuern, erweitert. Auch wurden neue Abgaben eingeführt. Mitte des 14. Jahrhunderts saßen mehr und mehr Wollkaufleute aus den Städten und Angehörige der gentry im Unterhaus, die ebenfalls durch Wolle vermögend geworden war. Zu dieser Zeit wurden auch die Justizgarantien auf jedermann erstreckt. Dann schloss der hundertjährige Krieg an. Er führte zu einer Dezimierung des hohen Adels. Unter den Tudors entstand ein neuer Adel aus gentry und Bürgertum, der parlamentarischen Traditionen im Unterhaus näher stand. Und nun benötigte Heinrich VIII. das Unterhaus, um sich vom Papst zu lösen und auf den Kirchenbesitz zugreifen zu können – Besitzungen, die durch schlichten Verkauf oder als Lehen wiederum in die Hände der neuen Barone und des neuen Reichtums gerieten.

Zu ernsten Verfassungskämpfen kam es alsbald, nachdem die Stuart-Könige nicht nur eine Rekatholisierung anstrebten, sondern – auch zu diesem Zweck – königliche Prärogativen beanspruchten, um am Parlament vorbei zu regieren, Steuern umzugestalten und auch neue Steuern zu finden und zu erheben.

VIII. Das 17. Jahrhundert als die Drehscheibe der Magna Charta

Der erste dieser Könige, James VI. von Schottland, dann James I. von England, veröffentlichte 1598 „The Trew Law of Free Monarchies", um zu zeigen, dass die wahre Monarchie frei von verfassungsrechtlichen Bindungen sei. Nach dem Tod seiner Vorgängerin in England, 1603, befahl er auf dem Weg von Schottland nach Süden, um die englische Krone anzunehmen, als Richter die Hinrichtung eines Beutelschneiders in Newark, ohne

[47] Zu diesen Veränderungen, auch für das Folgende, *A. Arlidge/I. Judge* (Anm. 3), S. 105 (107 ff.); vgl. auch *J. E. K. Murkens*, Verfassungsgerichtsbarkeit im Vereinigten Königreich, in: IPE VI, § 108 Rn. 2 ff., S. 798 ff.

dass zuvor irgendein Verfahren gegen diesen stattgefunden hätte und abgeschlossen worden wäre.[48] Auch später verteidigte der Hof dieses Königs Verhaftungen ohne richterliche Prüfung und Durchsuchungen ohne richterlichen Befehl.

Das Jahrhundert begann in Frontstellungen, die mehrere Seiten der Magna Charta zum Tragen brachten. Während 1614 die Generalstände in Frankreich zum letzten Mal tagten, bis sie 1789 wieder einberufen wurden, agierte in England eine junge Generation von Juristen aus den Inns of Court, die die parlamentarische Sache ebenso sehr zu ihrer Angelegenheit machten wie den Schutz der persönlichen Freiheit. Im Parlament von 1621 saß erstmals die spätere Prominenz der parlamentarischen Sache in Auseinandersetzung auch mit Karl I., also etwa Sir Robert Phelips, Sir John Eliot, John Selden, John Hampden und Sir Dudley Digges.

1624, im Jahr des letzten Parlaments unter James I., berief das Unterhaus die Magna Charta, als es um seine Mitwirkung an der Besteuerung ging. James I. suchte, Abgaben aufzuerlegen, ohne das Parlament zu befassen. Früher im Verlauf seiner Herrschaft kollidierte seine Inanspruchnahme königlicher Prärogativen mit den Befugnissen der Gerichte, Fälle nach rechtlichen Maßstäben zu entscheiden. Sir Edward Coke, der zu Beginn seiner Karriere unter der Vorgängerin des Königs ein der Krone ergebener Parlamentarier und Generalstaatsanwalt gewesen war, geriet als Richter und Autor seiner „Institutes of the Laws of England" in Konflikt mit Erwartungen des Königs. Coke berief die richterliche Unabhängigkeit unter Bezug auf den richterlichen Eid, hielt an seinem Text auch zu Lasten der Prärogative als Autor fest und bezog sich auf die Magna Charta. Er wurde entlassen und kehrte 1621 zurück, nun im Parlament. Dort soll er später den Satz geprägt haben: „Magna Charta is such a fellow that he will have no ‚Sovereign'",[49] was allerdings noch nicht besagt, dass damit Parlamentssouveränität im Sinne der späteren Lehren zum Ausdruck kommen sollte; sie wurde erst Ende des 17. Jahrhunderts zur herrschenden Doktrin.[50]

Damit kamen die Pfade der Tradition der Magna Charta gleichzeitig ins Spiel: ihre Funktion als Schild des förmlichen Schutzes persönlicher Freiheit und zugleich ihre Bedeutung als Grundlage der verfassungsrechtlichen Absicherung einer im Sinne von Art. 45 der Magna Charta professionalisierten, d.h. vor allem rechtskundigen dritten Gewalt sowie ihre Bedeutung für eine breite verfassungsrechtliche Fundierung der Funktionen des

---

[48] Vgl. dazu und für das Folgende *A. Arlidge/I. Judge* (Anm. 3), S. 121 ff.

[49] Sir Edward Coke am 14.5.1628 im Unterhaus, *W. Cobbett*, Parl. History, Vol. II, 1807, S. 357; rechtsgeschichtlich *St. D. White*, Sir Edward Coke and the Grievances of the Commonwealth 1621–1628, 1979.

[50] Zu einer eingehenden Analyse der Doktrin von der Parlamentssouveränität *H. G. Petersmann*, Die Souveränität des Britischen Parlaments in den Europäischen Gemeinschaften, 1972, S. 229 ff., auch zu Coke S. 252 ff.

Parlaments. Es entschied sich in diesem Jahrhundert, ob der König verfassungsrechtliche Legitimität nur als King in Parliament besitzen sollte oder ob diese Formel nur ein örtliches Erscheinen des Königs in Westminster anspricht, also keinerlei verfassungsrechtliche Bindungen zum Ausdruck bringt.

Karl I. setzte die Konfrontation mit dem Parlament fort. Auch er war Anhänger des göttlichen Rechts der Könige.[51] Schon 1626 versuchte er, Subsidien am Parlament vorbei zu erlangen. Es kam zur Verhaftung von Sir Dudley Digges und Sir John Eliot, die sich als Parlamentarier am Impeachment-Verfahren gegen einen Günstling des Königs beteiligt hatten, dem ein Verstoß gegen Art. 40 der Magna Charta vorgeworfen wurde. Wenig später steigerte sich der Konflikt und das Parlament suchte 1628 mit der Petition of Right[52] seine Rechtsstellung festzuschreiben. Diese Petition wurde allerdings nicht verabschiedet, vielmehr gelang es dem König, das Parlament zuvor aufzulösen und einige der hier schon genannten Mitglieder des Unterhauses festnehmen zu lassen, die sich unter Berufung auf die Magna Charta zur Wehr setzten. Eine Steigerung des Konflikts fand statt, als Karl I. nicht nur eine aus königlicher Prärogative heraus kreierte Zwangsanleihe als verdeckte Steuer erheben wollte,[53] sondern wenig später auch das Schiffsgeld – eine traditionelle Abgabe der küstennahen Kommunen zur Sicherung der Küsten – ohne parlamentarische Zustimmung zu einer allgemeinen Steuer umzugestalten und kraft seiner Prärogative zu erheben suchte.[54] Einige Ritter, darunter wieder John Hampden, verweigerten die Zahlung und wurden auf königlichen Befehl und ohne Verfahren in Haft genommen. Sie erstrebten die Freilassung gegen Kaution.

Auch sie beriefen sich auf die Magna Charta. Sie obsiegten vor Gericht nicht,[55] aber der Fall war nicht einfach, die dissentierenden Richter sahen einen Verstoß gegen die Magna Charta.[56] Darauf setzte das Parlament seine Opposition umso mehr fort, bis der König versuchte, Mitglieder des Unterhauses im Parlament selbst verhaften zu lassen. Angesichts dieser Entwicklung trafen im königlichen Verhalten drei Verstöße gegen die Magna Charta zusammen, nämlich die Verletzung der Habeas-Corpus-Garantien, ein Verstoß gegen die Mitwirkungsrechte des Parlaments in Fragen

---

[51] Die monarchistische Sache wurde immer wieder vertreten; so etwa der Gegner von John Locke: *Sir Robert Filmer*, Patriarchia or, the Natural Powers of the Kings of England Asserted (1680), & Other Political Works, Hrsg. *P. Laslett*, 1949; vgl. heute die Ausgabe v. *J. Sommerville* 1991; in der Wissenschaft klassisch *J. N. Figgis*, The Divine Right of Kings, 1896.

[52] Vgl. einen Abdruck in *A. Arlidge/I. Judge* (Anm. 3), Appendix D, S. 193 ff.

[53] Siehe *A. Arlidge/I. Judge* (Anm. 3), S. 130 ff.

[54] Dazu *A. Arlidge/I. Judge* (Anm. 3), S. 137 ff.

[55] Vgl. differenziert *R. F. V. Heuston*, Essays in Constitutional Law (1964), Sec. Ed. (Indian Reprint 2011), S. 61 f. sowie passim.

[56] Für eine ausgewogene Darstellung *R. J. Sharpe*, The Law of Habeas Corpus, 1976, S. 9 ff.; auch *A. Arlidge/I. Judge* (Anm. 3), S. 139.

der Besteuerung sowie eine Verletzung der Privilegien des Parlaments, darunter die freie Rede der Parlamentarier in ihrem Haus.[57]

Das Ende ist bekannt: Das Parlament entzog sich dem königlichen Zugriff, strengte ein Verfahren gegen den König an, das zu seiner Hinrichtung führte. Zuvor brach der Bürgerkrieg aus. Die siegreiche Parlamentsarmee debattierte einen Verfassungsentwurf,[58] es kam zu einer Reformbewegung zugunsten einer neuen Verfassung und geschriebenen Rechts,[59] ersteres unter Bezug auf die Magna Charta.[60] Das „Instrument of Government" spiegelte diese Hoffnungen kaum.[61] Das Parlament siegte erst nach der Restauration, mit der glorreichen Revolution und mit Ende der Stuarts Ausgang des Jahrhunderts. Bekräftigt wurden die Rechtsbindungen des Königs im Sinne eines Amtes eines Verfassungsorgans auf Dauer. Zugleich wurden die Grundlagen der heutigen, in vielem sozusagen republikanischen Monarchie Englands gelegt, die bis heute – nach einigen Schritten einer demokratischen Verbreiterung der Basis des Parlaments – gelten.

IX. Habeas-Corpus-Akte 1679 und Bill of Rights 1689

Früchte der Kämpfe des 17. Jahrhunderts sind zweifellos die Habeas-Corpus-Akte von 1679 und die Bill of Rights von 1689. Beide, ergangen innerhalb eines Jahrzehnts, sind ersichtlich vor allem auch bedeutende Stationen des Weges der Magna Charta durch die englische und, wie zu zeigen ist, auch die transatlantische Verfassungsgeschichte. Sie sind auch deutlicher Ausdruck der hier vertretenen These, dass sich im 17. Jahrhundert die beiden Traditionspfade der Magna Charta kreuzten, nämlich einmal der Pfad der Gewährleistung der persönlichen Freiheit, der in der deutschen Tradition des Rechtsstaats und der Gerichtsverfassung seit langem bewusst ist, und dann eben auch der Pfad der Entwicklung hin zur parlamentarischen Repräsentativverfassung, auch als Station des Weges zur parlamentarischen Demokratie modernen Typs in ihren verschiedenen Varianten. Dieser zweite Pfad ist in der deutschen Tradition schlicht deshalb weniger bewusst, weil im deutschen akademischen Ausbildungskanon die re-

---

[57] Vgl. insgesamt *A. Arlidge/I. Judge* (Anm. 3), S. 136 ff. und zuvor S. 129 ff.

[58] Vgl. Agreements of the People (1647, 1648), in: *A. S. P. Woodhouse*, Puritanism and Liberty. Being the Army Debates (1647–49) from the Clarke Ms. with Suppl. Documents, Repr. 1974, S. 443 ff., 342 (355 ff.).

[59] Vgl. etwa *D. Veall*, The Popular Movement for Law Reform 1640–1660, 1970.

[60] Zum Verfassungsprogramm insbes. Übersicht bei *P. Wende*, Probleme der Englischen Revolution, 1980, S. 90 ff.; *R. Pörtner*, The highest of time: Verfassungskrise und politische Theorie in England 1640–1660, 2009, bes. S. 77 ff.

[61] Siehe das „Instrument of Government" vom 16.12.1653, neben anderen Dokumenten abgedruckt in: *S. R. Gardiner* (Hrsg.), The Constitutional Documents of the Puritan Revolution 1625–1660, 3. Auflage 1906, S. 405 ff.

präsentative Demokratie in ihren frühen Wurzeln nicht bewusst gemacht wurde, da man dieses Produkt der westlichen politischen Verfassungskultur sehr spät akzeptiert hat, ja es lange Zeit als ein fragwürdiges Ergebnis bloßer Zivilisation des Westens sah – und eigentlich gar nicht verstand.

Eibe Riedel hat zum 300jährigen Jubiläum der Habeas-Corpus-Akte diese dem deutschen und europäischen Publikum vorgestellt.[62] Auch gibt es eine ausgezeichnete Dissertation eines kanadischen Autors, die dieser in Oxford gefertigt hat.[63] Die Jubiläumsliteratur zur Magna Charta insistiert auf den Garantien in dieser Tradition. Die historischen Aspekte und die Geschichte der Entfaltung dieser Garantien kann hier nicht erneut dargestellt werden.

Allerdings ist anzumerken: Die Habeas-Corpus-Garantien sind in Kriegszeiten durch das Parlament des Öfteren suspendiert worden.[64] So wurde es möglich – um eine Episode zu nennen – Sir Oswald Mosley und seine Frau Lady Diana, d.h. den Führer der britischen Union der Faschisten und seine ebenfalls einschlägig engagierte Ehefrau, während des Zweiten Weltkriegs bis Ende 1943 zu internieren. Ein Beschwerdeschreiben der Familie dagegen hatte keinen Erfolg.[65] Sicher sind wiederkehrende Krisen der Dekolonialisierung und neuerlich des regionalen oder internationalen Terrorismus immer wieder Anlass solcher legislativen Suspendierungen gewesen. Das ändert aber nichts an dem Grundsatz sowie daran, dass die Gerichte solche Maßnahmen zu überprüfen haben und keinesfalls die Verantwortung dafür der Exekutive überlassen dürfen.[66] Daran ändert auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nichts; im Gegenteil: er erachtet solche zeitlich begrenzten Maßnahmen als Handlungen infolge nationalen Notstands gemäß Art. 15 EMRK für zulässig.[67]

---

[62] Vgl. *E. H. Riedel*, Die Habeas Corpus Akte – 300 Jahre Tradition und Praxis einer britischen Freiheitsgarantie, EuGRZ 1980, S. 192 ff., dort S. 191 f. auch ein Auszug aus dem Gesetz von 1679; zur Vorgeschichte *R. J. Sharpe* (Anm. 56), S. 1 ff.

[63] *R. J. Sharpe* (Anm. 56).

[64] Siehe *R. J. Sharpe* (Anm. 56), S. 95 ff. auch zur Internierung.

[65] Vgl. die Kopie eines Schreibens von Lady Redesdale, ihrer Mutter, und darin die Berufung der Magna Charta, sowie die negative Antwort vom 30.12.1940, in: *C. Breay/J. Harrison* (Anm. 6), S. 243; die Redesdales, d.h. die Mitfords, hatten beste Verbindungen zur guten Gesellschaft, darunter auch zu den Churchills, und aufgrund der Ehe der jüngsten Tochter zu den Cavendishs, darunter dem damaligen Herzog von Devonshire; mit dem ältesten Sohn des amerikanischen Botschafters, J. Kennedy, war diese Tochter verschwägert; eine weitere verehrte Hitler bis zum Selbstmordversuch, eine pflegte Umgang mit dem späteren Herzog von Windsor und eine dritte wandte sich dem Sozialismus ihrer Zeit zu und lebte in Kalifornien.

[66] Vgl. nur *A. Arlidge/I. Judge* (Anm. 3), S. 166 unter Bezug auf *Connelly v. DPP* (1964) AC 1254.

[67] Siehe dazu mit Nachweisen *H. Krieger*, in: *O. Dörr/N. Grote/T. Marauhn* (Anm. 30), Kap. 8 Rn. 24 und passim.

Die Rechte des Parlaments zu sichern, war die andere Aufgabe, sollten die Rechtsbindungen der Exekutive durchgesetzt werden. Zwar wurde diese Erklärung, nämlich die Bill of Rights von 1689,[68] als Gewährleistung der Rechte der Untertanen bezeichnet. Indessen enthält sie der Sache nach einerseits Feststellungen zu den Grenzen exekutivischen Handelns und andererseits eine Auflistung von Befugnissen des Parlaments im Verhältnis zur Exekutive. Allenfalls das Petitionsrecht erscheint als Recht der Untertanen, im Übrigen geht es um Rechte der Parlamentarier im Parlament und zur Sicherung ihrer Rolle als Parlamentarier. Diese Rechte weisen allerdings einen Bezug auf die Wähler des Unterhauses auf, da allein die Wahl die Stellung verschaffen kann, die es erlaubt, die Rechte des Parlaments im Parlament zu berufen und auszuüben. Zudem nehmen die Parlamentarier als Repräsentanten ihrer Wählerschaft zugleich deren Rechte wahr; insofern handeln sie – im Sinne einer Vertretungsbefugnis – doch auch kraft fremden Rechts, also in Ausübung der Rechte der Wählerschaft.

X. Die Unabhängigkeit der dritten Gewalt und das common law

Die Garantien der Magna Charta werden nur effektiv, wenn sie von einer selbstbewussten und vor allem auch unabhängigen dritten Gewalt verteidigt werden. Dies pflegen Autoren zu betonen, die aus der Praxis kommen. Und der Praxis stehen angelsächsisch geprägte Juristen allemal näher als in der Systematik des positiven Rechts ausgebildete kontinental-europäische Rechtsvertreter.[69] Schon deshalb ist darauf auch hier hinzuweisen. Zugleich ist in der angelsächsischen Tradition eine der Stützen richterlicher Unabhängigkeit die Möglichkeit, aus dem common law zu eigenen Ergebnissen zu kommen. Im Rahmen des Art. 12 der Magna Charta, also der Bestimmung zum Verfahren und zur Erhebung von bestimmten Steuern, wurde oben darauf hingewiesen, dass diese Bestimmung bei den Proklamationen der Charta nicht immer in der dann verbreiteten neuen Fassung der Charta enthalten war. Dies signalisierte den Versuch, das Rad zurückzudrehen, hin zu einer einseitigen Besteuerung kraft königlicher Prärogative.

Gegen diese Wendung half das common law. Es wurde ausgeführt, dass die Zustimmungspflichtigkeit bestimmter Besteuerungen Teil der lex terrae, des law of the land, also des common law sei, das andere Klauseln der Charta gewährleisten. Zur Auslegung der Lücke, die sich hier auftat, wurde mithin der Text im Übrigen und diese Rechtstradition herange-

---

[68] Zum Text etwa *A. Arlidge/I. Judge* (Anm. 3), Appendix E, S. 197 ff.

[69] Deutlich für das deutsche öffentliche Recht *Ch. Schönberger* (Anm. 21), S. 19 ff.

zogen. Sie wurde zudem begründet mit der Tradition der angelsächsischen Könige, die auch die Charta Libertatum von Henry I. aus dem Jahre 1100 fortgesetzt und in Bezug genommen habe.[70]

Die Dialektik des common law wird dabei sichtbar – eine Dialektik, die immer dann hervortritt, wenn Recht Grenzen setzt. Sie liegt darin, dass das common law vor allem zur Zeit der Regierung von Henry II., dem Enkel des eben genannten Henry I., zunächst entstand, als der König und seine Kanzlei ihre neue – eroberisch-normannische – Autorität gegen lokale und kirchliche Gerichte jedenfalls in Fragen der Besteuerung, des öffentlichen Friedens und der hohen Strafgerichtsbarkeit sowie im Allgemeinen, insbesondere im Blick auf Lehens-, Besitz- und Eigentumsrechte, durchsetzen wollten (Chancery bzw. Exchequer, King's Bench, Common Pleas). Dies geschah unter dem königlichen Justiziar und Richter Ranulf de Glanvill, dem Autor oder jedenfalls aber spiritus rector der „De Legibus et Consuetudinibuss Regni Angliae" (1187/89). Daher rührten auch die writs als Verfahrensbehelfe, die nichts anderes sind als von einem Betroffenen veranlasste Weisungen der neuen königlichen Gerichte, örtliche Streitigkeiten unter ihrer Ägide und damit ihrem Einfluss und nach ihrer Maßgabe zu Ende zu bringen.[71] Später aber wandte sich diese Struktur auch gegen königliche Prärogativen, indem die königlichen Gerichte Unabhängigkeit auch gegenüber dem König selbst beanspruchten und sich dabei auf die Rechtsbindungen beriefen, die die Könige nicht erst mit der Magna Charta von 1215, sondern schon seit der Charta Libertatum von 1100 unter Bezug auf angelsächsisches Recht im Sinne eines gemeinen Rechts bis hinein in die Zeit vor 1066 eingegangen waren. Sie hatten sich nach dieser Sicht schon damals dem vorgegebenen Recht unterstellt.[72]

Die verschlungenen Wege zur richterlichen Unabhängigkeit können hier nicht nachgezeichnet werden.[73] Jedenfalls aber geht sie auch zurück auf die Professionalität der Richter in den Gerichten und den Umstand, dass die Richter aus der Zahl der barrister, also der bei Gericht tätigen Anwälte hervorgingen und -gehen – Anwälte, die in den Inns of Court ihre Professionalität eingeübt haben. Auch wenn das englische Verfassungsrecht eine formale Gewaltenteilung nie kannte und immer noch nicht kennt, so ist der

---

[70] Siehe *A. Arlidge/I. Judge* (Anm. 3), S. 70, 83, bes. 139.

[71] Vgl. dazu anschaulich *H. J. Berman* (Anm. 20), S. 445 ff.

[72] Diese Konzeption des *common law* und der Rechtsbindungen auch des Königs und seiner Gerichte geht zurück auf Sir Edward Coke, vgl. dazu *J. G. A. Pocock*, The Ancient Constitution and the Feudal Law (1957), 1967, S. 44 ff.; schon Glanvill soll zwischen König und Krone unterschieden haben und davon ausgegangen sein, dass der König alleine nicht handeln kann, sondern stets professionell und vom Kronrat beraten entscheidet, aber eben vor Art. 12 der Magna Charta „King in Council", nicht „in Common Council" und noch lange nicht „[…] in Parliament", zu beiden Punkten *H. Kantorowicz* (Anm. 40), S. 344, 152 mit Bezug auf *F. Schulz*, Bracton on Kingship, English Historical Review LX (1945) S. 171.

[73] Vgl. einen Versuch in *H. Goerlich* (Anm. 39), S. 294 ff.

Sache der Unabhängigkeit der Gerichte dennoch genüge getan, zuletzt mit der symbolischen Verfassungsreform, die den Lordkanzler alten Stils – natürlich ohne die Tradition des common law aufzugeben – verabschiedete.[74]

XI. Die amerikanische Rebellion und ihr Ende

Die Erhebung der amerikanischen Kolonisten legitimierte ihren Anspruch mit verfassungspolitischen Argumenten ihrer Zeit. Im 17. Jahrhundert hatte sich als Basis parlamentarischer Rechtsbehauptungen durchgesetzt, dass die Magna Charta gewissermaßen nur deklaratorisch umschreibt, was nach einer älteren, aber nach der von den normannischen Königen wiederholt anerkannten Rechtstradition ohnehin schon galt;[75] so sahen das auch Coke und Blackstone.[76] Dazu gehörten die Beteiligung des Parlaments und über dieses kraft der Repräsentation im Unterhaus auch der Untertanen in Fragen der Besteuerung. Da sich die Kolonisten auch als Engländer verstanden und Coke zudem dargelegt hatte, dass die Rechte der Magna Charta auch für britische Untertanen außerhalb Englands gelten,[77] war die Parole „no taxation without representation" angesagt, da man ja im Unterhaus in Westminster nicht vertreten gewesen war.

Die andere Sicht, die Magna Charta unmittelbar zum Ausgangspunkt der eigenen Argumentation zu machen, wurde alsbald vermieden, weil dann ja ein Weg zurück in neue verfassungsvertragliche Bindungen offen gestanden hätte.[78] Man berief sich also im Sinne der neueren Doktrin auf angeborene Rechte.[79] So sah auch Hugo L. Black, J., der berühmte, aus Alabama stammende, später zunehmend liberale Richter des U.S. Supreme Court des letzten Jahrhunderts, John Lilburne seiner Lehre von den „freeborn rights" wegen als den wahren Vater des amerikanischen Verfassungsverständnisses.[80] Auf solche Feinheiten kam es indes nicht immer an.

---

[74] Dazu *H. Goerlich*, Faires Verfahren und Funktionenordnung – oder die verfassungsrechtlichen Verdienste des Bailiff of Guernsey im Lichte der EMRK, in: *K. Gaede* u.a. (Hrsg.), Im Zweifel für die Freiheit. Gedächtnisschrift für M. Seebode, 2015, S. 275 ff.

[75] Vgl. *B. Bailyn* (Anm. 9), S. 69 Fn. 13, S. 78, 187, 286 zuletzt mit Bezug auf Thomas Paine.

[76] Diese Sicht bei *J. G. A. Pocock* (Anm. 72), S. 42 (44 f.) u. 243 f.

[77] Siehe *M. Shaw*, Colonies and Revolutions, in: *C. Breay/J. Harrison* (Anm. 6), S. 137; für die Anwendbarkeit englischen Rechts in den amerikanischen Kolonien auch *R. David/J. E. C. Brierley*, Major Legal Systems in the World Today, 3rd Ed. 1985, S. 398 ff.

[78] Diese Sicht wurde erst für den Continental Congress reklamiert, vgl. *B. Bailyn* (Anm. 9), S. 73 Fn. 13.

[79] Vgl. dazu klassisch *G. Wood*, The Creation of the American Republic 1776–1787, 1969, S. 290, 378, 539, 601.

[80] Breiter zum Einfluss der führenden Leveller auf die amerikanische Doktrin vgl. *J. Little*, Differences over the Foundations of Law in seventeenth- and eighteenth-Century America, in: *R. Griffith-Jones/M. Hill* (Anm. 4), S. 136 (143 f.); *J. Witte*, Towards a new Magna Charta for early modern England, aaO., S. 109 (114 f.).

Auf der anderen Seite soll nämlich kein geringerer als Benjamin Franklin schon 1766 in Westminster vor dem Parlament als damals noch inoffizieller Emissär der Kolonien – vielleicht mit Rücksicht auf britische Zuhörer im Unterhaus – gesagt haben, dass nur der common consent der Kolonisten die Grundlage ihrer Besteuerung sein könne, also die Maxime des Art. 12 der Magna Charta einschlägig und daher der Stamp Act aufzuheben sei.[81]

XII. Reformen und kein Ende

Die Magna Charta wandelte sich dann alsbald zunehmend zur Marke für Reform. Dies lag sicher auch daran, dass die amerikanischen Kolonisten auch dahin verstanden werden konnten, ja mussten, dass man sie beteiligen, also einbeziehen möge in den maßgeblichen politischen Prozess.

Zunächst nahm die wissenschaftliche Bemühung um die Charta im 18. Jahrhundert zu; Sir William Blackstone veröffentlichte eine Schrift hierzu.[82] Dann beriefen sich schon im 18. Jahrhundert ganz unterschiedliche Gruppen auf die Charta. Es taten dies aber auch Einzelgänger, die alsbald vor der öffentlichen Meinung kein standing mehr hatten, so z.B. John Wilkes, Journalist, Presseunternehmer, zeitweilig M.P. und ein mit John Lilburne verglichener Verleumder des Königs, wie man annahm.[83] Ähnliches galt für einen anderen, mit Wilkes in Verbindung gebrachten Journalisten, nämlich Arthur Beardmore, der sich mit dem Kabinett des Earl of Bute anlegte. Diese drei Autoren machten die Magna Charta populär. Und die Whigs, darunter Charles James Fox, zeitweilig Außenminister unter Pitt, schwammen auf dieser Welle, zumal auf die französische Revolution und ihre Rechtsentwicklung in England ein Äquivalent, wenn nicht zu Menschen-, dann wenigstens zu Bürgerrechten, Programm werden musste. Das Problem der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Behandlung britischer Untertanen in den Kolonien veranlasste Jeremy Bentham zu einer Streitschrift zu deren Gunsten.[84] Vor diesem Hintergrund kam es dazu, dass die Reformen von 1832 als eine zweite Magna Charta

---

[81] Siehe *M. Shaw*, Colonies and Revolutions, in: *C. Breay/J. Harrison* (Anm. 6), S. 137 (138); aus älterer deutscher Literatur *E. Baumgarten*, Benjamin Franklin. Der Lehrmeister der amerikanischen Revolution, 1936, S. 75.

[82] *W. Blackstone*, The Great Charter and the Charter of the Forest, 1759.

[83] Siehe *A. Lock/J. Champion*, Radicalism and Reform, in: *C. Breay/J. Harrison* (Anm. 6), S. 161 ff., auch für das Folgende; zur Pressefreiheit, deren Herstellung durch Beseitigung der Presselizenzen nach Macaulay von größerer Bedeutung ist als „the Great Charter" oder die Bill of Rights, vgl. *E. N. Williams*, The Eighteenth Century Constitution. Documents and Commentary, 1960, S. 397 (398); die Pressefreiheit fand ihre Vollendung erst in der US-amerikanischen Verfassung.

[84] *J. Bentham*, A Plea for the Constitution shewing the Enormities committed to the Oppression of British Subjects, Innocent as well as Guilty. In and by the Design, Foundation and Government of the Penal Colony of New South Wales, including an Inquiry into

gesehen und angepriesen wurden. So sprach Th. B. Macaulay von der Reform-Akte von 1832 als „this Greater Charter of Liberties of England“[85], obwohl es dabei um nichts anderes ging als um die Abschaffung der entvölkerten wrotten boroughs, eine Vermehrung der Wählerschaft insbesondere in den industriellen Zentren, eine verbesserte Relation zwischen Wählerzahl und Sitz sowie um einen die Repräsentation verbessernden Zuschnitt von Wahlkreisen. Aber es lag auf der Linie, die Magna Charta als Anknüpfungspunkt der Legitimation der Mitwirkung bei der Gesetzgebung zu verstehen. Das war auch das Thema der Siedler. Zuvor traten dazu noch die amerikanischen Rechteerklärungen, die Unabhängigkeitserklärung der Kolonien[86] und nach 1789 insbesondere die Erklärung der Bürger- und Menschenrechte der französischen Revolution[87] auf den Plan. Daher erstaunt auch nicht, dass Königin Victoria, noch nicht Kaiserin von Indien, die Magna-Charta-Rechte den Fürsten, „Chiefs and People of India“, also zum Teil ihren Untertanen in Indien, verlieh, zumal nach dem großen indischen Aufstand von 1857–58 gegen die Kolonialherren der Ostindischen Kompagnie.[88] Auch in anderen Kolonien stellte sich dieses Problem, so zugunsten der Maori in Neuseeland und schon sehr viel früher – schon im Anschluss an die Glorreiche Revolution von 1689 – in Bengalen, als die Ostindische Kompagnie dort Ende des 17. Jahrhunderts Fuß fasste.[89] Dabei spielte – um ein Detail zu nennen – in einem Pamphlet die Frage eine Rolle, ob Magna-Charta-Rechte auch zugunsten der Bewegungsfreiheit des Handels, also Art. 41 Magna Charta, hier insbesondere darüber hinaus von anderen als englischen Kaufleuten gegen die Kompagnie geltend gemacht werden könnten. Erst nach der Auseinandersetzung mit den amerikanischen Kolonien wurde dann die Magna Charta als briti-

---

the Right of the Crown to Legislate without Parliament in Trinidad, and other British Colonies, 1803, nachgewiesen in: *C. Breay/J. Harrison* (Anm. 6), S. 200.

[85] Vgl. *N. Vicent*, Introduction, in: *C. Breay/J. Harrison* (Anm. 6), S. 13 (14).

[86] Siehe die Texte in *S. E. Morison* (Hrsg.), Sources & Documents illustrating the American Revolution 1764–1788 and the Formation of the Federal Constitution, 2. Auflage. 1965, z.B. die Rechteerklärungen S. 148 ff.

[87] Zu ihr *S.-J. Samwer*, Die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789/91, 1970; allerdings waren in Wahrheit zunächst nur Franzosen der Menschenrechte wirklich teilhaftig, wie die Sklavenbefreiung im Rahmen einer revolutionären Revolte der französischen Kolonie Saint-Domingue (Santo Domingo, dann Haiti) 1791–1801 zeigt, vgl. *S. Buck-Morss*, Hegel und Haiti. Für eine neue Universalgeschichte (2009), übers. 2011, S. 129 ff. m. Anm. 22, sowie für das Schweigen Hegels S. 30 (33 ff.); zudem für Frauen, vgl. *S. Salzborn*, Kampf der Ideen. Die Geschichte der politischen Theorien im Kontext, 2015, S. 50 ff.; zur Rückkehr der Sklaverei durch Dekret vom 20.5.1802 preisgekrönt die amerikanische Biographie *T. Reiss*, Der schwarze General (2012), 2013, S. 428 ff.

[88] Dazu die „Proclamation, by the Queen in Council, to the Princes, Chiefs, and People of India“ (veröffentlicht vom Governor-General in Allahabad, 1.Nov. 1858), nachgewiesen in: *C. Breay/J. Harrison* (Anm. 6), S. 202.

[89] Vgl. *C. Breay/J. Harrison* (Anm. 6), S. 196 ff.; für einen Supreme Court for Bengal und „the Great Charter of British Liberties“ in Kalkutta 1773/1779, aaO., S. 198 f.

sches Recht nach Ostindien exportiert.[90] 1708 bekam St. Helena als Kleid der Herrschaft der Kompagnie eine Verfassung eines Governors und Kapitäns Roberts, die man als Magna Charta verstand und Verfahrensgarantien enthielt.[91]

Das führte indes nicht zu neuen Rechteerklärungen. Auffällig ist aber, dass schon mehr als 40 Jahre vor der englischen Wahlrechts-Reform von 1832 und lange vor dem Frauenwahlrecht, nämlich 1791, Marie Gouze, alias Olympe de Gouges, die Rechte der Frau und Bürgerin ausgerufen hatte. Und Mary Wollstonecraft veröffentlichte „A Vindication of the Rights of Woman" im Jahr 1792. Beide Ereignisse sieht die Ausstellung der British Library zum Jubiläum der Magna Charta im letzten Jahr ausweislich ihres Katalogs in ihrem Rahmen als präsentationswürdige Ereignisse.[92] Das ist auch berechtigt. Denn damit war auch der Anspruch formuliert, den schließlich Ende des 19. Jahrhunderts und bis nach dem Ersten Weltkrieg die Suffragetten in ihrem Kampf um das Frauenstimmrecht erhoben. Auch sie beriefen sich auf die Magna Charta,[93] und demgemäß ist heute ihr noch rechtsverbindlicher Text nach Gleichstellungsregeln auch zugunsten des weiblichen Geschlechts auszulegen.[94]

Es ist nicht erstaunlich, dass inzwischen zahlreiche Rechteerklärungen, Konventionen und Verträge auf solchen Rechtsgebieten anzutreffen sind, nicht nur die für Frauen, Flüchtlinge und Staatenlose, sondern etwa auch für Behinderte und Kinder, unter der Ägide verschiedener Regionen, Religionen, Völker und Kulturen.[95] Damit verdichtet sich das Geflecht des Schutzes für die betreffenden Gruppen ständig. Allerdings erweist sich an so alten ebenso wie an jungen Normen, dass ihre Verwirklichung, die Vollendung ihres jeweiligen ebenso wie ihres universalen Versprechens, eigent-

---

[90] Dazu ein Brief an das Parlament von 1690, vgl. aaO., S. 196.

[91] Vgl. aaO., S. 197 – Napoleon hätte sich wohl auf sie oder Nachfolgebestimmungen nicht berufen können, da er nicht britischer Untertan und wohl exekutivisch oder völkerrechtlich fundiert auf der Insel interniert war.

[92] Siehe *C. Breay/J. Harrison* (Anm. 6), S. 157, 140 f.

[93] Vgl. *H. Normanton*, Magna Charta and Women, in: The Englishwoman 77 (1915), S. 129 ff., Nachweis in der Ausstellung in London, in: *C. Breay/J. Harrison* (Anm. 6), S. 223.

[94] Nach englischem Recht gilt diese Auslegungsregel für älteres Recht insgesamt, vgl. *J. Rozenberg* (Anm. 18), S. 209 (210 f.), auch zu anderen aktuellen Fragen.

[95] Vgl. für die Konsequenzen und zur menschheitsrechtlichen Dimension der Entwicklung *M. Kotzur*, Das Völkerrecht von der Menschheit her denken. Einige Überlegungen zu den „global commons", in: *A. Blankenagel* (Hrsg.), Dem Verfassungsstaat nachdenken. Eine Geburtstagsgabe, 2014, S. 43 (51 ff.); und *A. Peters*, Jenseits der Menschenrechte. Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht, 2014, bes. zu Menschenrechten und anderen Rechten S. 387 ff.; exemplarisch auch *Ch. Meyer*, Menschenrechte in Afrika. Regionaler Menschenrechtsschutz als Herausforderung an menschenrechtliches Universalitätsdenken, 2013, bes. S. 45 ff.; *K. Odendahl*, Das arabisch-muslimische Menschenrechtssystem, in: *Ch. Calliess* (Hrsg.), Herausforderungen an Staat und Verfassung. Völkerrecht – Europarecht – Menschenrechte. Liber Amicorum für T. Stein zum 70. Geburtstag, 2015, S. 1007 ff.

lich nie erreicht werden kann, da immer neue Möglichkeiten abschließenden Verwirklichungen entgegentreten.[96]

XIII. Die weltweite Berufung – auch jenseits von Empire und Commonwealth

Vor diesem Hintergrund ist die des Weiteren zu beobachtende Etappe des Schicksals der Magna Charta nur eine Zwischenstation, nämlich diejenige ihrer Verbreitung im britischen Weltreich als Produkt britischer Kultur und als Symbol der Gleichstellung und Integration der Untertanen dieses Reichs. In diesem Sinne ist die Magna Charta auch von führenden Persönlichkeiten der Emanzipation aus den bisherigen Strukturen kolonialer Politik zu befreien versucht worden, sei es in der Verteidigungsrede im eigenen Verfahren wie im Falle von Nelson Mandela[97], sei es im Rahmen einer Politik der Gleichstellung unterschiedlicher Ethnien und Herkünfte, wie dies Mahatma Gandhi am Ende seiner Zeit in Südafrika angesichts der dortigen rassistischen Politik getan hat.[98]

Mit dem weltumspannenden Kreis der englischsprachigen Völker und der Staaten mit einem Hintergrund britischer Provenienz ging einher, dass das Rechtskonzept der Magna Charta weltweit im Bewusstsein blieb. Das gilt insbesondere auch für die Vereinigten Staaten von Amerika. Ihre Rechtsordnung mag in Vielem europäischen Erwartungen nicht genügen. Aber was die Grundkonzeption der Rechtsunterworfenheit der öffentlichen Gewalt und ihr gleichstehender Mächte und Gruppen, der Freiheit der Person, der Beteiligung an der Herrschaft und manches mehr angeht, teilen wir eine vergleichbare Tradition. Sie ist auf solche Verfassungsdokumente zurückzuführen, wie die Magna Charta eines ist. Weltweit hat die Magna Charta sozusagen als Quelle und Ausgangspunkt verfassungsrechtlicher Strukturen gedient. Daher finden sich moderne Fassungen einzelner Bestimmungen in vielen Verfassungen.[99]

---

[96] Zur theoretischen Grundlegung dieser These *Ch. Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2015, etwa S. 422 ff.; vgl. i.Ü. *H. Goerlich*, Versprechen des Rechts und der Rechtswissenschaft in Deutschland nach 1789, Vortrag vor der Sächs. Akademie der Wissenschaften zu Leipzig am 13.5.2016, demnächst in einem Sammelband, hrsgg. v. *H. Siegrist*.

[97] *N. Mandela*, I am Prepared to Die, nachgewiesen durch einen Auszug in: *C. Breay/J. Harrison* (Anm. 6), S. 207.

[98] Siehe *M. K. Gandhi*, A Farewell Letter, in: Indian Opinion v. 29.7.1914, in Reaktion auf den dortigen Indian Relief Act von 1914, der Gleichstellung bringen sollte; nachgewiesen in: *C. Breay/J. Harrison* (Anm. 6), S. 205.

[99] Vgl. etwa Art. 21 und 22 der Verfassung Indiens vom 26.1.1950; neben solch klassischen Bestimmungen wird auch in Indien der Bezug zwischen Magna Charta, Demokratie und freier Debatte gesehen, in Verbindung von Grenzen gerichtlichen Rechtsschutzes, gerechter Verteilung und Kontrolle durch Wahlen vgl. *J. Drèze/A. Sen*, Indien. Ein Land in seinen Widersprüchen (2013), 2015, S. 267 (267, 278 ff.).

XIV. Die Situation nach der Menschenrechtserklärung von 1948

Grundlegend verändert hat sich die Lage allerdings seit der Atlantik-Charta von 1941[100] und insbesondere seit der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948[101] dadurch, dass nun die gewährleisteten Rechte auf ein allgemeines Verständnis der menschlichen Würde und damit bezogen auf jedes Individuum unter Mitwirkung von Staaten und im Rahmen des Völkerrechts in weltweiter Perspektive, ohne Grenzen und ohne Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit gegründet werden. Damit ist der historische Bezug solcher Rechte auf die Binnenstruktur der Herrschaft in einem umrissenen und durch eine spezifische Tradition bestimmten Gemeinwesen gesprengt. Deshalb ist es auch nicht mehr möglich, die Bindungen kraft solcher Rechte auf innerstaatliche Verhaltensweisen sowie Handlungen gegenüber den eigenen Bürgern oder Untertanen zu beschränken.

Guantanamo ist mithin kein Ort, der ausgenommen ist von der Verbindlichkeit des Rechts. Es müssen die praktischen Probleme, die eine solche Standortwahl veranlassen, auf anderen Wegen bewältigt werden. Je mehr es gelingt, die Völker der Welt zu beschäftigen, sie zu beteiligen und in ihren Rechten leben zu lassen, desto weniger wird die Suche nach solchen Wegen veranlasst sein.

XV. Schlussbemerkung: Magna Charta – nur ein Mythos oder mehr?

Bleibt die Stellungnahme zum Ausgangspunkt. Die Magna Charta, das glaube ich gezeigt zu haben, bietet wesentlich mehr als Justizgrundrechte, lehensrechtliche Garantien und verstaubte Privilegien. Sie gewährleistet immer noch einen unverrückbaren Ausgangspunkt für einen weitgehenden Schutz des Individuums und – und darauf kam es mir hier an – seine Beteiligung an der Ausübung der Herrschaft in einem glaubwürdigen, heute demokratisch strukturierten Repräsentativsystem.

Insofern ist die Magna Charta nicht nur Mythos. Aber sie ist auch das. Denn sie enthält Vieles, was durch moderne Systeme des Schutzes der Menschenrechte erfasst wird – neben regionalen Konventionen im Rahmen des Europarates wie die EMRK und heute in Großbritannien den Human Rights Act und in der Europäischen Union die Europäische Grundrechte-Charta sowie schon länger die UN-Pakte von 1966, die in

---

[100] Gemeinsame Erklärung des Präsidenten der Vereinigten Staaten und des britischen Premierministers über die Friedensziele vom 14.8.1941, abgedruckt in: *R. Geiger*, Internationale Verträge und Organisationen, 1978, S. 286 f.

[101] V. 10.12.1948, in *R. Geiger* (Anm. 100), S. 97 ff.

der Regel der Magna Charta entstammende Garantien aufgreifen,[102] wenn auch der innerstaatliche Schutz solcher Systeme immer noch sehr viel effektiver sein kann als jeder Schutz darüber hinaus.[103] Zudem findet man in all diesen jüngeren Rechteerklärungen politische Rechte, die zwar nicht die Regierungsform in Einzelheiten vorprägen, aber auf freien Meinungsaustausch sowie freie Willensbildung und damit government by consent angelegt sind. Das mag dann auch Traditionen im Recht befördert haben, die faire Verfahren und die dadurch gewonnene Transparenz verstärken.[104]

Summary

With the 800th anniversary of Magna Carta, this paper takes the opportunity to reconsider the role of this constitutional document and the perspectives that have informed its reception in Germany, with a view to proposing that its value lies in more than mere myth. The interpretation of Magna Carta in Germany mirrors German constitutional history: as such, the Charter is widely seen as an instrument guaranteeing nothing more than judicial safeguards of proper procedure for life, liberty and property. This can be explained by the fact that the "rule of law" in the German sense is perceived through the prism of the Rechtsstaat (constitutional state), itself the result of 19th century compromises in constitutional doctrine. But Magna Carta has meaning beyond this perspective. This paper thus not only delves into the history of Magna Carta's reception over the last 800 years; it also establishes the wider function of Magna Carta as the basis for the idea that government is subordinate both to law and to the governed. This concept of the Anglo-Saxon tradition places all activities of public authority under the law. Consequently the state is not a category independent of the law. In this sense Magna Carta is more than a mere myth. It still has a function in constitutional law beyond its content and wording, in large part consisting of outdated clauses overruled by subsequent legislation. Indeed, the long history of claiming rights in the light of Magna Carta has become the prelude to a growing generalization of the rights claimed as human rights in general.

---

[102] Und immer wird, selbst wenn es um modernere Rechte geht, der Bezug auf die Magna Charta gewahrt, vgl. *E. Riedel*, Menschenrechte der dritten Dimension, EuGRZ 1989, S. 9 (11 ff.).

[103] Also insbes. Art. 9 ff. des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966 (BGBl. 1973 II 1553) und Art. 5 Abs. 4 und Art. 6 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (BGBl. 1952 II 686 – insoweit später nicht geändert), wobei Garantien eines effektiven und insbesondere schleunigen Rechtsschutzes seltener sind, aber auch unter Rechte auf faires Verfahren fallen. Dies liegt gewiss u.a. an der innerstaatlichen Struktur der Rechtsschutzsysteme, wobei völkerrechtliche und supranationale Regelungen auf die Organisationsstruktur dieser Systeme oft schwerlich einwirken können.

[104] Etwa auch im Verwaltungsrecht, vgl. *G. A. Flick*, Natural Justice. Principles and Practical Application, 1979.

Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen

Prof. Dr. iur. Robert Uerpmann-Wittzack,
maître en droit, Regensburg*

I. Einführung

Vor zehn Jahren beschloss die Generalversammlung der Vereinten Nationen am 13.12.2006 das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, kurz Behindertenrechtskonvention (BRK).[1] In den folgenden Jahren erfolgten im deutschen völkerrechtlichen Schrifttum erste Würdigungen,[2] auch in dieser Zeitschrift.[3] Eine erste Dissertation erschien 2010.[4] Mittlerweile wurden wesentliche Teile der BRK kommentiert.[5] Inhaltlich konzentrierte sich die deutsche Debatte zunächst auf die Vorgaben des Art. 24 BRK für die schulische Inklusion und deren innerstaatliche Wirkung.[6] Das Bundesverfassungsgericht hat aner-

---

* Den Teilnehmenden der Regensburger Veranstaltung: 10 Jahre UN-Behindertenrechtskonvention, im Sommersemester 2016 danke ich für anregende Diskussionen.

[1] United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, UNTS, Bd. 2515, S. 3, BGBl. 2008 II, S. 1419.

[2] *Jochen von Bernstorff*, Menschenrechte und Betroffenenrepräsentation: Entstehung und Inhalt eines UN-Antidiskriminierungsübereinkommens über die Rechte von behinderten Menschen, ZaöRV 67 (2007), S. 1041 ff.; *Theresia Degener*, Die UN-Behindertenrechtskonvention, Vereinte Nationen 2010, 57; *Valentin Aichele*, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, AnwBl. 2011, S. 727 ff.; zuvor schon *Theresia Degener*, Menschenrechtsschutz für behinderte Menschen, Vereinte Nationen 2006, S. 104 ff.

[3] *Stefanie Schmahl*, Menschen mit Behinderungen im Spiegel des internationalen Menschenrechtsschutzes, AVR 45 (2007), S. 517 ff.

[4] *Lauri Philipp Rothfritz*, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen, 2010.

[5] *Antje Welke* (Hrsg.), UN-Behindertenrechtskonvention, 2012.

[6] *Jochen v. Bernstorff*, Anmerkungen zur innerstaatlichen Anwendbarkeit ratifizierter Menschenrechtsverträge: Welche Rechtswirkungen erzeugt das Menschenrecht auf inklusive Schulbildung aus der UN-Behindertenrechtskonvention im deutschen Sozial- und Bildungsrecht?, RdJB 2011, S. 203 ff.; *Eibe Riedel*, Im Zweifel Inklusion: Zuweisung an eine

Archiv des Völkerrechts, Bd. 54, S. 181–212 DOI 10.1628/000389216X14767803976706
ISSN 0003-892X © Mohr Siebeck 2016

kannt, dass die BRK in ähnlicher Weise bei der Auslegung deutscher Grundrechte zu berücksichtigen ist, wie die Europäische Menschenrechtskonvention.[7] Tatsächlich steht eine konsequente Auslegung des Grundgesetzes im Lichte der BRK noch aus.[8] Bemerkenswert ist der programmatische Beitrag des Präsidenten des Bundessozialgerichts in der Festschrift für die ehemalige Richterin des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Renate Jäger: „Die UN-Behindertenrechtskonvention anwenden!"[9]

Weltweit verlief der Ratifikationsprozess außergewöhnlich erfolgreich. Schon nach 17 Monaten lagen zwölf Ratifikationen vor,[10] so dass die Konvention gemäß Art. 45 Abs. 1 BRK in Kraft treten konnte. Inzwischen kommt sie mit 165 Vertragsstaaten und der Europäischen Union als weiterer Vertragspartei der universellen Geltung nahe.

Mittlerweile hat auch der Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, der nach Art. 34 BRK errichtet wurde und 2009 seine Arbeit aufnahm,[11] eine beachtliche Tätigkeit entfaltet.[12] Zu 41 Staatenberichten hat er bis Ende 2015 Abschließende Bemerkungen (Concluding Observations) abgegeben,[13] und nach dem Fakultativprotokoll vom 13.12. 2006 (FP BRK)[14] hat er bis Mitte 2016 13 Individualbeschwerden beschieden.[15] Hinzu kommen zwei Allgemeine Bemerkungen (General Com-

---

Förderschule nach Inkrafttreten der BRK, NVwZ 2010, S. 1346 ff.; *Markus Krajewski*, Ein Menschenrecht auf integrativen Schulunterricht, JZ 2010, S. 120 ff.

[7] BVerfGE 128, 282 (306)=NJW 2011, 2113, Rn. 52; BVerfG (Kammer), NJW 2014, 3567, Rn. 6.

[8] Dazu *Robert Uerpmann-Wittzack*, Völker- und verfassungsrechtliche Vorgaben für die Gleichstellung und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen, in *Deutscher Sozialrechtsverband* (Hrsg.), 50 Jahre Deutscher Sozialrechtsverband. Inklusion behinderter Menschen als Querschnittsaufgabe, 2016, S. 29 (71 f.).

[9] *Peter Masuch*, Die UN-Behindertenrechtskonvention anwenden!, in Festschrift für Renate Jäger, 2011, S. 245 ff.; siehe auch *dens.*, Die Bedeutung der UN-Behindertenrechtskonvention für die Reform des Teilhaberechts behinderter Menschen, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 3/2014, S. 18 ff.

[10] Angaben zum Ratifikationsstand nach United Nations Treaty Collection, Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General, Chap. IV No. 15, abrufbar unter https://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx (alle Webseiten zuletzt aufgerufen am 29.7.2016).

[11] Siehe Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CeeRPD), Report of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities on its first session, 23–27.2.2009, CRPD/C/1/2.

[12] Siehe die Berichte über die Ausschusstätigkeit von *Theresia Degener*, VN 2012, S. 232 f.; 2013, S. 231 f.; 2014, S. 177 f.; 2015, S. 229 f.

[13] Abrufbar unter http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?TreatyID=4&DocTypeID=5.

[14] Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, A/RES/61/106 (Annex II), BGBl. 2008 II, S. 1453.

[15] Die ersten elf Entscheidungen sind abrufbar unter http://juris.ohchr.org/en/search/results?Bodies=4&sortOrder=Date.

ments)[16] sowie Leitlinien (Guidelines) zum Recht auf Freiheit und Sicherheit.[17]

Ähnlich wie der UN-Menschenrechtsausschuss und weitere Vertragsgremien ist der BRK-Ausschuss ein Expertengremium. Im Einklang mit Art. 34 Abs. 2, 3 BRK hat er mittlerweile 18 Mitglieder, die von den Staaten in enger Abstimmung mit Behindertenverbänden vorgeschlagen,[18] von den Vertragsstaaten gewählt werden[19] und dem Ausschuss in ihrer persönlichen Eigenschaft angehören.[20] Während die Unabhängigkeit durchaus derjenigen eines Gerichts ähnelt, fehlt eine Vorschrift wie Art. 21 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)[21], wonach die Mitglieder des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) „die für die Ausübung hoher richterlicher Ämter erforderlichen Voraussetzungen erfüllen oder Rechtsgelehrte von anerkanntem Ruf sein" müssen. Stattdessen betont Art. 34 Abs. 3 Satz 1 BRK die notwendige „Sachkenntnis und Erfahrung auf dem von diesem Übereinkommen erfassten Gebiet …" An die Stelle allgemeiner Rechtskenntnis und richterlicher Erfahrung, wie sie bei einem internationalen Menschenrechtsgerichtshof erwartet werden, tritt also eine besondere Expertise im Bereich Behinderung und Behindertenrechte.

In diesem Beitrag soll die Praxis des Ausschusses im Vordergrund stehen. Obwohl es sogar schon ein Verfahren gibt, in dem der Ausschuss eine Konventionsverletzung Deutschlands festgestellt hat, sind die Ausschusspraxis im Allgemeinen und die Spruchpraxis im Besonderen in Deutschland bislang nur minimal rezipiert worden.[22] Der zehnte Geburtstag der BRK ist daher ein guter Anlass, die bisherige Praxis des Ausschusses in den Blick zu nehmen. Über die Spruchpraxis des Ausschusses im Individualbeschwerdeverfahren hinaus werden auch die beiden General Comments sowie die Leitlinien zum Recht auf Freiheit und Sicherheit analysiert. In diesen Dokumenten finden sich immer wieder Ausführungen zum Konven-

---

[16] CeeRPD, General comment No. 1 (2014), Article 12: Equal recognition before the law, CRPD/C/GC/2 vom 19.5.2014; General comment No. 2 (2014), Article 9: Accessibility, CRPD/C/GC/2 v. 22.5.2014; deutsche Übersetzungen des Deutschen Instituts für Menschenrechte abrufbar unter http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/monitoring-stelle-un-brk/publikationen/.

[17] CeeRPD, Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The right to liberty and security of persons with disabilities, September 2015, abrufbar unter http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/GuidelinesArticle14.doc.

[18] Art. 34 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. Art. 4 Abs. 3 BRK.

[19] Art. 34 Abs. 4 BRK.

[20] Art. 34 Abs. 3 BRK.

[21] Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4.11. 1950, European Treaties Series No. 5, BGBl. 2010 II, S. 1199.

[22] Aus dem ausländischen Schrifttum *Oliver Lewis*, Nyusti and Takacs v Hungary: decision of the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities, European Human Rights Law Review 13 (2013), S. 419 ff.

tionsverständnis, das der Ausschuss seiner Arbeit zugrunde legt. In seinen Abschließenden Bemerkungen im Staatenberichtsverfahren beschränkt sich der Ausschuss dagegen regelmäßig darauf, die seiner Auffassung nach bestehenden Konventionsverstöße und gebotene Reformmaßnahmen aufzulisten.[23] Dogmatisch sind diese Dokumente kaum aussagekräftig.

Im Folgenden soll zunächst ein Überblick über die bisherige Spruchpraxis gegeben werden (II.). Anschließend werden im Spiegel der BRK-Praxis Grundzüge der Konventionsdogmatik analysiert (III.). Eine Gesamtbewertung schließt den Beitrag (IV.).

II. Überblick über die Spruchpraxis

1. Unzulässige Beschwerden

Drei Beschwerden hat der BRK-Ausschuss als unzulässig verworfen.

In der Sache Kenneth McAlpine/Vereinigtes Königreich hatten die nationalen Gerichte bereits vor dem Inkrafttreten der Konvention abschließend über die beanstandete Entlassung des Beschwerdeführers entschieden. Die Mitteilung war damit unzulässig ratione temporis.[24]

In der Sache A. M./Australien wandte sich der Beschwerdeführer gegen die Linie der zuständigen Justizorgane, gehörlose Personen, die auf eine Übersetzung in Gebärdensprache angewiesen sind, auch gegen deren Willen vom Geschworenenamt zu befreien. A. M. war insofern betroffen, als er selbst taub war. Allerdings beruhte die Vorauswahl der Geschworenen auf dem Zufallsprinzip, und schon hier war der Beschwerdeführer bislang nicht zum Zuge gekommen. Damit war er lediglich hypothetisch betroffen, und es fehlte ihm die nötige Opfereigenschaft im Sinne von Art. 1 Abs. 1 FP BRK.[25] Mittlerweile hat der Ausschuss zwei parallele Beschwerden von gehörlosen Personen, die in Australien vom Geschworenenamt ausgeschlossen wurden, in der Sache beschieden und eine Konventionsverletzung festgestellt.[26]

Die Mitteilung im Fall S. C./Schweden scheiterte am Gebot der Rechtsbehelfserschöpfung gemäß Art. 2 lit. d FP BRK.[27] Die Beschwerdeführe-

---

[23] Beispielhaft CeeRPD, Concluding Observations on the initial report of Germany, 13.5.2015, CRPD/C/DEU/CO/1 (zur deutschen Übersetzung oben Fn. 16).

[24] CeeRPD, Entsch. v. 28.9.2012, Kenneth McAlpine/Vereinigtes Königreich, CRPD/C/8/D/6/2011, Rn. 6.5.

[25] CeeRPD, Entsch. v. 27.3.2015, A. M./Australien, CRPD/C/13/D/12/2013, Rn. 8.5–8.7.

[26] CeeRPD, Auffassungen v. 1.4.2016, Beasley/Australien, CRPD/C/15/11/2013, Rn. 8.5–9; Auffassungen v. 1.4.2016, Lockrey/Australien, CRPD/C/15/D/13/2013, Rn. 8.5–9.

[27] CeeRPD, Entsch. v. 2.10.2014, S. C./Brasilien, CRPD/C/12/D/10/2013, Rn. 6.5; auszugsweise ins Deutsche übersetzt in diesem Heft.

rin hatte vergeblich Prozesskostenhilfe für die Revision zum Obersten Arbeitsgericht beantragt; die daraufhin ohne anwaltliche Vertretung erhobene Revision wurde als unzulässig verworfen.[28] Die Annahme fehlender Rechtsbehelfserschöpfung ist unbefriedigend, weil nicht klar wird, ob Prozesskostenhilfe mangels Bedürftigkeit oder mangels Erfolgsaussichten[29] versagt wurde. Letzterenfalls spräche viel dafür, dass die Beschwerdeführerin alle zumutbaren Rechtsbehelfe ausgeschöpft hat. Im Übrigen hatte Brasilien als Beschwerdegegner zwar mangelnde Rechtsbehelfserschöpfung gerügt, dabei aber, soweit aus der Entscheidung ersichtlich, nur auf das Fehlen einer Konventionsverletzungsrüge abgestellt und nicht auf die unzulässige Revisionserhebung.[30] Auch insofern ist die Entscheidung merkwürdig.[31] Schließlich ist die Entscheidung wichtig, weil der Ausschuss grundlegende Ausführungen zum Behinderungsbegriff macht,[32] obwohl sie im Falle mangelnder Rechtswegerschöpfung gar nicht notwendig gewesen wären.

2. Unbegründete Beschwerden

Zwei Beschwerden hat der Ausschuss bislang für unbegründet gehalten. Beide betrafen die Nichteinstellung von Menschen mit Behinderungen und damit Art. 27 BRK. In einem Fall sah der Ausschuss keinen Zusammenhang zwischen der Nichteinstellung und der Behinderung.[33] Im anderen Fall bewarb sich eine Sehbehinderte um eine Stelle bei der Sozialversicherung. Da die Bewerberin aufgrund ihrer Sehbehinderung das Computersystem der Sozialversicherung in der vorhandenen Form nicht nutzen konnte, ging es darum, ob der begehrte Arbeitsplatz mit Hilfe angemessener Vorkehrungen für sie geeignet gemacht werden konnte. Der Ausschuss betonte den Beurteilungsspielraum des Konventionsstaates und konnte in der ablehnenden arbeitsgerichtlichen Entscheidung keinen Konventionsverstoß erkennen.[34] Sechs von 16 mitwirkenden Ausschussmitgliedern dissentierten und rügten eine verengte Prüfungsperspektive.

---

[28] S. C./Brasilien (Fn. 27), Rn. 2.5.

[29] Darauf könnte die Formulierung: „for lack of merit", aaO., Rn. 6.5, hindeuten.

[30] S. C./Brasilien (Fn. 27), Rn. 4.3.

[31] Siehe dazu *Robert Uerpmann-Wittzack/Alina Prechtl*, Das Gebot der Rechtsbehelfserschöpfung vor dem UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderung: Die Entscheidung in der Sache S. C./Brasilien, in diesem Heft.

[32] S. C./Brasilien (Fn. 27), Rn. 6.3; dazu unten zu III 1.

[33] CeeRPD, Auffassungen v. 27.3.2015, A. F./Italien, CRPD/C/13/D/9/2012, Rn. 8.5.

[34] CeeRPD, Auffassungen v. 2.10.2014, Jungeling/Schweden, CRPD/C/12/D/5/2011, Rn. 10.5 f.

3. Begründete Beschwerden

Acht der bisher beschiedenen 13 Beschwerden hielt der Ausschuss für begründet. In der Sache Gröninger/Deutschland ging es wiederum um den Berufszugang. Der Ausschuss sah in der Ausgestaltung des Eingliederungszuschuss für die Beschäftigung von behinderten Menschen jedenfalls in der bis 2012 geltenden Fassung[35] einen Verstoß gegen Art. 27 BRK in Verbindung mit weiteren Konventionsbestimmungen.[36] In zwei anderen Beschwerden wurde die Barrierefreiheit nach Art. 9 BRK thematisiert, einmal bei ungarischen Geldautomaten[37] und im anderen Fall bei den Anzeigesystemen der Linzer Straßenbahnen.[38] In der Sache Bujdosó u.a./Ungarn ging es um die politische Teilhabe geistig behinderter Menschen gemäß Art. 29 BRK und konkret um den Ausschluss vom Wahlrecht.[39] Australien wurde zweimal gerügt, weil Blinde nicht als Geschworene zugelassen worden waren.[40] Argentinien hatte sich nach Art. 14 Abs. 2 BRK wegen unzureichender Vorkehrungen zugunsten eines Strafgefangenen mit Behinderungen nach Art. 14 Abs. 2 BRK zu verantworten.[41] Die schwedische Weigerung, einer physisch behinderten Frau in Abweichung vom Bebauungsplan den Bau eines Therapiepools zu gestatten, wertete der Ausschuss als unzulässige Diskriminierung im Form des Vorenthaltens angemessener Vorkehrungen sowie als Verstoß gegen die Vorschriften über Gesundheit und Rehabilitation in Art. 25 f. BRK.[42]

III. Konventionsrechtsdogmatik im Spiegel der Ausschusspraxis

Die BRK ist als hybrides Instrument bezeichnet worden.[43] Einerseits stellt die Konvention die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung in den Vordergrund, andererseits beschränkt sie sich nicht auf Diskriminierungsverbote, sondern sie will die Rechte von Menschen mit Behinderung um-

---

[35] Heute §§ 88 ff. SGB III.

[36] CeeRPD, Auffassungen v. 4.4.2014, Gröninger/Deutschland, CRPD/C/D/2/2010, Rn. 6.2 f.

[37] CeeRPD, Auffassungen v. 16.4.2013, Nyusti und Takács/Ungarn CRPD/C/9/D/1/2010; dazu *Lewis* (Fn. 22).

[38] CeeRPD, Auffassungen v. 21.8.2015, F/Österreich, CRPD/C/14/D/21/2014.

[39] CeeRPD, Auffassungen v. 9.9.2013, Bujdosó u.a./Ungarn, CRPD/C/10/D/4/2011; auszugsweise ins Deutsche übersetzt in DÖV 2016, 613; dazu *Robert Uerpmann-Wittzack*, Der Wahlrechtsausschluss für Menschen unter Betreuung auf dem Prüfstand des UN-Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, ebd., S. 608 f.

[40] Oben Fn. 26.

[41] CeeRPD, Auffassungen v. 11.4.2014, X/Argentinien, CRPD/C/11/D/8/2012.

[42] CeeRPD, Auffassungen v. 19.4.2012, H. M./Schweden, CRPD/C/7/D/3/2011.

[43] *Theresia Degener*, Die UN-Behindertenrechtskonvention, VN 2010 57 (58).

fassend garantieren. Als Antidiskriminierungskonvention ähnelt die BRK dem Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7.3.1966[44] sowie dem Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau vom 18.12.1979.[45] Nichtdiskriminierung und Chancengleichheit sind als Allgemeine Grundsätze in Art. 3 lit. b und e BRK verankert, am Anfang der einzelnen Garantien steht mit Art. 5 die Gleichberechtigung sowie Nichtdiskriminierung, und der Gleichheitsaspekt zieht sich durch die einzelnen Gewährleistungen der Konvention. Es geht um den „gleichberechtigten Genuss",[46] also „gleichberechtigt mit anderen"[47] bzw. „auf der Grundlage der Gleichberechtigung".[48] Die Konvention geht jedoch über eine reine Antidiskriminierungskonvention hinaus, indem sie aus der speziellen Perspektive von Menschen mit Behinderung umfassend alle Menschenrechte gewährleisten will. Diesen Ansatz teilt sie mit dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989.[49] Dabei überwindet die Konvention die klassische Zweiteilung zwischen bürgerlichen und politischen Rechten einerseits sowie wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten andererseits, wie sie den beiden UN-Menschenrechtspakten von 1966 zugrunde liegt. So steht das Recht auf Teilhabe am politischen und öffentlichen Leben, das jedenfalls im Kern ein klassisches bürgerliches und politisches Recht ist,[50] in Art. 29 BRK gleich nach dem Recht auf angemessenen Lebensstandard und sozialen Schutz (Art. 28 BRK) als typischem sozialen Recht. Diese Grenzüberwindung zeichnet die BRK als modernes Rechtsinstrument aus. Freilich lebt die Unterscheidung zwischen bürgerlichen und sozialen Rechten auch in der BRK fort. So erkennt Art. 4 Abs. 2 BRK in Übereinstimmung mit Art. 2 Abs. 1 IPwskR an, dass wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte unter Umständen nur allmählich verwirklicht werden können. Die Abgrenzung zwischen verschiedenen Typen von Rechten wird in der BRK also nicht obsolet.

Damit ergibt sich die Struktur der folgenden konventionsdogmatischen Erwägungen. Zunächst wird der Begriff der Behinderung betrachtet, der den Anwendungsbereich der Konvention eröffnet (1.). Der folgende Abschnitt ist den Gleichheitsrechten gewidmet (2.), bevor im 3. Abschnitt der

---

[44] International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UNTS, Bd. 660, S. 195.

[45] Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, UNTS, Bd. 1249, S. 13.

[46] Art. 10 BRK, Recht auf Leben.

[47] Siehe nur Art. 12 Abs. 2 BRK, Gleiche Anerkennung vor dem Recht; Art. 13 Abs. 1, Zugang zur Justiz; Art. 14 Abs. 1 lit. a, Freiheit und Sicherheit der Person.

[48] Art. 15 Abs. 2 BRK, Freiheit von Folter sowie grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung.

[49] Convention on the Rights of the Child, UNTS, Bd. 1577, S. 3.

[50] Siehe nur Art. 25 IPbpR.

Unterscheidung zwischen bürgerlichen und sozialen Rechten sowie, allgemeiner, zwischen verschiedenen Grundrechtsdimensionen nachgegangen wird. In einem weiteren Abschnitt geht es um die Schrankendogmatik (4.). Schließlich ist auf die Methoden der Konventionsauslegung (5.), die Bestimmung des Prüfungsmaßstabs (6.) und Konkurrenzen zwischen einzelnen Rechten (7.) einzugehen.

1. Der Begriff der Behinderung

Der Behindertenbegriff wird in Art. 1 Abs. 2 BRK teildefiniert.[51] Auf eine abschließende Definition verzichtet die Konvention, so dass der Begriff entwicklungsoffen ist. Art. 1 Abs. 2 BRK stellt auf Beeinträchtigungen ab, die sich im Zusammenspiel mit Barrieren als Hindernis für die volle, wirksame und gleichberechtigte gesellschaftliche Teilhabe auswirken. In den meisten Fällen lässt sich die Behinderung problemlos feststellen. In jeweils drei Fällen ging es um Gehörlosigkeit[52] und um Blindheit bzw. starke Einschränkungen der Sehfähigkeit.[53] In einem Fall ging es um eine genetisch bedingte Stoffwechselkrankheit,[54] in einem anderen um eine Bindegewebsstörung mit überbeweglichen Gelenken.[55] Auch in einem Fall, in dem es um eine fehlerhafte Bandscheibenprothese und die Folgen eines Schlaganfalls ging, war die Behinderung nicht zweifelhaft.[56]

Streitig wurde das Vorliegen einer Behinderung im Fall S. C./Brasilien.[57] Nach einem Motorradunfall war die Beschwerdeführerin wegen einer Knieverletzung über drei Monate arbeitsunfähig. Nach den Regeln der sie beschäftigenden Bank verlor sie nach drei Monaten den Anspruch auf Rückkehr an ihren alten Arbeitsplatz und wurde versetzt. Der Vertragsstaat machte geltend, dass die Knieverletzung keine Behinderung begründe, weil seinerzeit lediglich eine vorübergehende Arbeitsunfähigkeit festgestellt worden sei. Der Ausschuss betonte den nicht abschließenden Charakter der Begriffsumschreibung in Art. 1 Abs. 2 BRK. Die Knieverletzung sei eine körperliche Beeinträchtigung, die im Zusammenspiel mit Barrieren die vollwertige Teilhabe der Beschwerdeführerin einschränken könne. Zwischen Krankheit und Behinderung gebe es nur einen graduellen und keinen qualitativen Unterschied. Durch bloßen Zeitablauf könne aus einer Krankheit eine Behinderung werden. Unter Berufung auf die Prä-

---

[51] Siehe aber unten zu III 5 d zum abweichenden französischen Wortlaut.
[52] Oben Fn. 25, 26.
[53] Jungeling/Schweden (Fn. 34); Nyusti und Takács/Ungarn (Fn. 37); F/Österreich (Fn. 38).
[54] A. F./Italien (Fn. 33).
[55] Sog. Ehlers-Danlos-Syndrom; H. M./Schweden (Fn. 42), Rn. 2.1 f.
[56] X/Argentinien (Fn. 41).
[57] S. C./Brasilien (Fn. 27), Rn. 6.5.

ambelabsätze e und i betonte der Ausschuss den Aspekt der Vielfalt von Menschen mit Behinderungen[58] sowie das gemeinsame Merkmal der einstellungs- und umweltbedingten Barrieren, um zu einem weiten Behinderungsbegriff zu gelangen. Schließlich zog er die Interamerikanische Konvention über die Beseitigung aller Formen der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen heran, um auch vorübergehende Beeinträchtigungen in den Behinderungsbegriff einzubeziehen.[59] Die Entscheidung zeigt die Bereitschaft des Ausschusses, den Begriff der Behinderung weit auszulegen. Genaue Konturen erlangt der Begriff damit noch nicht. Angesichts der Rückgriffs auf die Interamerikanische Konvention bleibt offen, ob die erweiternde Auslegung nur für Brasilien als Vertragsstaat der Interamerikanischen Konvention[60] gelten soll oder generell.

Mit dem Merkmal der Beeinträchtigung scheint der Behindertenbegriff ein objektiv bestimmbares Element zu haben. Bei körperlichen und Sinnesbeeinträchtigungen ergeben sich in der Tat kaum Zweifel. So war das Vorliegen einer behinderungsbegründenden Beeinträchtigung in den meisten Fällen nicht zweifelhaft.[61] Anders verhält es sich mit seelischen und geistigen Behinderungen. In seinem General Comment Nr. 1 zur gleichen Anerkennung vor dem Recht hebt der Ausschuss hervor, dass das Konzept der geistigen Zurechnungsfähigkeit (mental capacity) hoch umstritten sei; es handle sich nicht um ein objektiv auftretendes Phänomen, sondern um ein Konstrukt, das dem gesellschaftlichen und politischen Wandel unterworfen sei.[62] Dementsprechend lässt der Ausschuss offen, ob im konkreten Fall tatsächlich eine relevante Beeinträchtigung vorliegt, indem er gleichermaßen auf vermeintliche oder tatsächliche Defizite abstellt.[63] Schließt der Staat also Personen von der Teilhabe aus, weil er ein geistiges Defizit annimmt, ist der Anwendungsbereich der BRK eröffnet, auch wenn das angenommene Defizit tatsächlich gar nicht vorliegt.

2. Gleichheitsdogmatik

a) Anknüpfung an eine Behinderung

Die BRK verbietet Diskriminierungen „aufgrund von Behinderung". Diese Formulierung findet sich im allgemeinen Diskriminierungsverbot

---

[58] Dazu *Schmahl* (Fn. 3), AVR 45 (2007), S. 517 (526 f.).
[59] Dazu noch unten zu III 5 b.
[60] Zum Ratifikationsstand siehe http://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-65.html.
[61] Siehe oben Fn. 52–56.
[62] General Comment No. 1 (Fn. 16), Rn. 14.
[63] General Comment No. 1 (Fn. 15), Rn. 13: „perceived or actual deficits"; siehe auch Bujdosó/Ungarn (Fn. 39): „perceived or actual psychosocial or intellectual disability" (Rn. 9.4); „perceived or actual intellectual disability" (Rn. 9.5).

des Art. 5 Abs. 2 BRK ebenso wie in der Begriffsdefinition des Art. 2 BRK. Es handelt sich danach um ein Anknüpfungsverbot.[64]

Die deutsche Bundesregierung setzt schon hier an, um die Geschäftsunfähigkeit bei „einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit" gemäß § 104 Nr. 2 BGB aus dem Anwendungsbereich der BRK auszuklammern.[65] Sie stellt darauf ab, dass die Geschäftsunfähigkeit nach dem Tatbestand der Norm nur dann ausgeschlossen sei, wenn der Zustand krankhafter Störung „seiner Natur nach ein vorübergehender" sei. Hingegen beginne die Behinderung erst bei einer „langfristigen" Beeinträchtigung im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BRK. Es wird also ein Bereich der nicht nur vorübergehenden, aber noch nicht langfristigen Störung postuliert, in dem keine Behinderung i.S.d. BRK vorliege mit der Folge, dass § 104 Nr. 2 BGB nicht nur Behinderte erfasse und damit nicht an das Vorliegen einer Behinderung anknüpfe, so dass keine Diskriminierung i.S.d. BRK vorliege. Dieser Ansatz erscheint unhaltbar.

Zunächst ist schon zweifelhaft, ob es überhaupt einen Zwischenbereich zwischen lediglich vorübergehenden und langfristigen Beeinträchtigungen gibt. Selbst wenn man einen solchen Zwischenbereich annimmt, übersieht die Bundesregierung, dass Art. 1 Abs. 2 BRK den Begriff der Behinderung nicht abschließend definiert. Folgt man der weiten Auffassung des BRK-Ausschusses in der Sache S. C./Brasilien,[66] wird das Merkmal der Langfristigkeit hinfällig oder zumindest relativiert. Damit erscheint schon die These, dass § 104 Nr. 2 BGB auch Menschen ohne Behinderung erfasst, gewagt.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass es eine kleine Gruppe von Menschen gibt, bei denen die Beeinträchtigung nicht nur vorübergehender aber auch nicht langfristiger Natur ist und die deshalb nicht behindert sind, drängt sich doch auf, dass § 104 Nr. 2 BGB typischer Weise und vor allem Menschen mit Behinderung erfasst. Damit müsste es sich mindestens um eine mittelbare Diskriminierung handeln.

Freilich erscheint zweifelhaft, wieweit das Konzept der mittelbaren Diskriminierung bei Behinderungen überhaupt sinnvoll ist. Eine mittelbare Diskriminierung liegt nach einer gängigen Definition vor, „wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren" solche Personen, die das betreffende Merkmal tragen, „in besonderer Weise benach-

---

[64] Zu Diskriminierungsverboten als Anknüpfungsverboten aus deutscher Sicht grundlegend *Michael Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, S. 428 ff.; *Robert Uerpmann-Wittzack*, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote, in *Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band V, 2013, § 128, Rn. 6.

[65] Bundesregierung, Antwort auf eine kleine Antwort der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drucks. 18/4397 vom 23.3.2015, S. 9.

[66] Oben zu III 1 bei Fn. 57.

teiligen können …"[67] Typisches Beispiel sind Regelungen für Teilzeitbeschäftigte, die formal geschlechtsneutral sind, faktisch aber aufgrund der gesellschaftlich-sozialen Gegebenheiten am Arbeitsmarkt vor allem Frauen betreffen. Dass § 104 Nr. 2 BGB dem Anschein nach behinderungsneutral wäre, kann aber nicht gesagt werden. Selbst wenn die Vorschrift nicht nur Menschen mit Behinderungen erfassen sollte, drängt sich auf, dass sie vor allem solche Menschen trifft. Sie knüpft nicht an ein neutrales Kriterium wie den Umfang der Beschäftigung an, sondern an genau die Merkmale, die die Behinderung begründen. Es handelt sich also um eine unmittelbare Diskriminierung.[68] Dementsprechend formuliert der BRK-Ausschuss in seinem General Comment Nr. 1 ganz allgemein, dass vermeintliche oder tatsächliche Mängel in der geistigen Fähigkeit nicht als Rechtfertigung für ein Vorenthalten der Geschäftsfähigkeit genutzt werden dürfen.[69] In der Sache S. C./Brasilien hat der Ausschuss zwar angedeutet, dass es eine mittelbare Diskriminierung geben könne.[70] Im konkreten Fall war die Diskriminierung allerdings ähnlich wie bei § 104 Nr. 2 BGB insofern unmittelbar, als sie an eine langfristige Krankschreibung anknüpfte, in der sich die Behinderung manifestierte.

b) Saldierung von Vor- und Nachteilen

Ein Ansatz geht dahin, eine behinderungsbedingte Ungleichbehandlung dann nicht als Diskriminierung anzusehen, wenn sie dem Ausgleich behinderungsbedingter Nachteile und damit dem Schutz des Betroffenen dient.[71] Ähnliche Erwägungen gibt es auf nationaler Ebene, wo Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht jede Ungleichbehandlung, sondern nur die Benachteiligung wegen einer Behinderung betrifft. Dazu hat das Bundesverfassungsgericht angenommen, dass ein behinderungsbedingter Ausschluss durch Fördermaßnahmen so weit kompensiert werden könne, dass er nicht benachteiligend wirke.[72] In der Definition des Diskriminierungsbegriffs in Art. 2

---

[67] Siehe die Definition in Art. 2 Abs. 2 lit. b Richtlinie 2000/43/EG, ABl. EG 2000, L 180, S. 22.

[68] Im Ergebnis ebenso BVerfGE 99, 341 (356 f.) zur Regelung der Testierfähigkeit von Schreib- und Sprechunfähigen; tendenziell anderes *Lewis* (Fn. 22), S. 423, der den Begriff der mittelbaren Diskriminierung weiter fasst, so dass jede unabsichtliche Diskriminierung mittelbarer Natur ist; zu einem Fall mittelbarer behinderungsbedingter Diskriminierung aus der Perspektive des EU-Rechts *Lisa Waddington*, Fine-tuning non-discrimination law: Exceptions and justifications allowing for differential treatment on the ground of disability, International Journal of Discrimination and the Law 15 (2015) S. 11 (25 f.).

[69] Oben Fn. 16, Rn. 13: „Under article 12 of the Convention, perceived or actual deficits in mental capacity must not be used as justification for denying legal capacity."

[70] S. C./Brasilien (Fn. 27), Rn. 6.4.

[71] So namentlich *Volker Lipp*, Erwachsenenschutz, gesetzliche Vertretung und Artikel 12 UN-BRK, in *Valentin Aichele* (Hrsg.), Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht, 2013, S. 329 (339 f.).

[72] BVerfGE 96, 288 (303).

BRK findet eine solche Saldierung von Vor- und Nachteilen keine Stütze. Sie ließe sich allerdings mit Art. 5 Abs. 4 BRK begründen, wonach „[b]esondere Maßnahmen, die zur Beschleunigung oder Herbeiführung der tatsächlichen Gleichberechtigung von Menschen mit Behinderung erforderlich sind," nicht als Diskriminierung im Sinne der BRK gelten. Freilich bleibt die Frage, ob eine Maßnahme wie das Aberkennen der Geschäftsfähigkeit jemals die tatsächliche Gleichberechtigung von Menschen mit Behinderung fördern kann. Lipp nimmt dies zumindest für den Fall an, dass das Betreuungsgericht die eigene Entscheidung des Betreuten gemäß § 1903 BGB von einer Einwilligung des Betreuers abhängig macht.[73] Allerdings bestimmt Art. 12 Abs. 4 Satz 2 BRK, dass beschränkende Maßnahmen den Willen und die Präferenzen des Betroffenen achten müssen, wobei es sich dabei nach Ansicht des BRK-Ausschusses um den faktischen Willen der Person handelt, der das Recht auf Selbstgefährdung und Fehler umfasse.[74] Stellt man aber den faktischen Willen des einzelnen Menschen in den Vordergrund, wie es der Ausschuss tut, kann eine Beschränkung dieses Willens nicht die Gleichberechtigung fördern. Tatsächlich geht Lipp von einer notwendigen Kompensation fehlender Eigenverantwortlichkeit aus, während der Ausschuss die rechtliche Relevanz eines Konzepts fehlender Eigenverantwortlichkeit an sich in Frage stellt.[75]

Selbst wenn man bestimmte Ungleichbehandlungen, die für die Betroffenen nicht rein vorteilhaft sind, als Maßnahmen zur Verwirklichung faktischer Gleichheit nach Art. 5 Abs. 4 BRK für zulässig hält, bleibt die dogmatische Einordnung dieser Ausnahme fraglich. Man könnte Art. 5 Abs. 4 BRK als Tatbestandsausnahme einordnen. Dann bestünde allerdings die Gefahr, dass ein Förderziel jeden mit der Förderung verbundenen Nachteil rechtfertigen könnte, ohne dass es zu einer Abwägung käme. Soweit geht auch das Bundesverfassungsgericht nicht, wenn es eine abwägende Saldierung von Vor- und Nachteilen verlangt.[76] Daher erscheint eine Rechtfertigungslösung vorzugswürdig, wie sie das Bundesverfassungsgericht namentlich bei der Gleichheit von Frauen und Männern anstellt. Danach kann zwar der Auftrag zur Schaffung tatsächlicher Gleichberechtigung nach Art. 3 Abs. 2 GG unter Umständen das Recht von Frauen auf Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG einschränken; Voraussetzung wäre jedoch eine Abwägung, in der der Gleichstellungsauftrag überwiegt.[77] Stimmiger erscheint es daher, Fördermaßnahmen auch beim

---

[73] *Lipp* (Fn. 71), S. 340.
[74] General Comment No. 1 (Fn. 15), Rn. 22.
[75] Oben Fn. 69.
[76] Oben Fn. 72.
[77] Grundlegend BVerfGE 85, S. 191 (207, 209 f.) – Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen.

Umgang mit Behinderungen nicht als Tatbestandsausnahme einzuordnen, sondern als mögliche Rechtfertigung.[78]

c) Weitere mögliche Rechtfertigungen

Vielfach wird eine Ungleichbehandlung nur dann als verbotene Diskriminierung angesehen, wenn sie nicht durch hinreichende sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Ein solches Diskriminierungsverständnis liegt beispielsweise Art. 14 EMRK und der diesbezüglichen Rechtsprechung des EGMR zugrunde.[79] Dem scheint die Begriffsdefinition des Art. 2 BRK zu widersprechen, wonach „jede Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung", also jede Ungleichbehandlung als Diskriminierung anzusehen ist. Eine Rechtfertigungsmöglichkeit scheint hier nicht vorgesehen.

Betrachtet man die Regelungstradition, fällt allerdings auf, dass die Definition des Art. 2 BRK an frühere Vorbilder anknüpft. Eine ganz ähnliche Definition findet sich zunächst in Art. 1 Abs. 1 des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung.[80] Hier liegt ein quasi-absoluter Charakter besonders nahe. Jedenfalls bei einem dort genannten Merkmal wie der Hautfarbe ist kaum vorstellbar, wie eine diesbezügliche Unterscheidung je gerechtfertigt sein sollte. Allenfalls ließe sich insoweit an positive Maßnahmen zum Schutz von strukturell benachteiligten Menschen einer bestimmten Hautfarbe denken. Derartige affirmative actions werden freilich durch Art. 1 Abs. 4 des Übereinkommens ausdrücklich gestattet. Eine entsprechende Definition findet sich erneut in Art. 1 des Übereinkommens zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau.[81] Auch Ungleichbehandlungen von Männern und Frauen werden sich nur in extrem engen Grenzen rechtfertigen lassen. Neben positiven Maßnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichberechtigung von Frauen und Männern ist hier vor allem an Regelungen des Mutterschutzes zu denken. Beide werden durch Art. 4 des Übereinkommens ausdrücklich gestattet. Damit erscheint es konsequent, dass die Definitionen der Rassen- und Frauendiskriminierung keine Rechtfertigungsgründe jenseits der ausdrücklich genannten erkennen lassen.

In seinem General Comment Nr. 18 (1989) zur Nichtdiskriminierung greift der UN-Menschenrechtsausschuss die Definitionen des Rassen- und des Frauendiskriminierungsabkommens auf und formuliert daraus

---

[78] So für das Grundgesetz *Uerpmann-Wittzack* (Fn. 64), Rn. 12, 66.

[79] Siehe nur EGMR, Urt. V. 15.3.2012, NJW 2013, 2171, Rn. 58 – Gas und Dubois/Frankreich sowie *Robert Uerpmann-Wittzack*, Höchstpersönliche Rechte und Diskriminierungsverbot, in *Dirk Ehlers* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 3, Rn. 70.

[80] Oben Fn. 44.

[81] Oben Fn. 45.

eine allgemeine Diskriminierungsdefinition, die wiederum weitgehend dem später in Art. 2 BRK Definierten entspricht.[82] Allerdings stellt der Ausschuss gleich im folgenden Absatz klar, dass mit dem gleichberechtigten Genuss von Rechten und Freiheiten keine ausnahmslose Gleichbehandlung gemeint sei. Vielmehr listet er zunächst Vorschriften des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR)[83] auf, die selbst zwischen verschiedenen Gruppen differenzieren,[84] bevor er am Ende seines General Comment klarstellt, dass Ungleichbehandlungen nicht als Diskriminierung anzusehen sind, wenn sie ein legitimes Ziel verfolgen und sich an vernünftigen sowie objektiven Kriterien orientieren.[85] Während also die Definitionen in den beiden Spezialabkommen zur Rassen- und zur Frauendiskriminierung darauf hindeuten, dass Ungleichbehandlungen grundsätzlich nicht gerechtfertigt werden können, versteht der UN-Menschenrechtsausschuss dieselben Formulierungen offenbar weiter und lässt eine Rechtfertigung durch sachliche Gründe zu.

Damit stellt sich die Frage, ob die Definition in Art. 2 BRK streng zu verstehen ist wie in den beiden Spezialabkommen oder offen für Rechtfertigungen wie im General Comment des UN-Menschenrechtsausschusses. Das Bundesverfassungsgericht betont die faktische Notwendigkeit behinderungsbedingter Differenzierungen: „Fehlen einer Person gerade aufgrund ihrer Behinderung bestimmte geistige oder körperliche Fähigkeiten, die unerlässliche Voraussetzung für die Wahrnehmung eines Rechts sind, liegt in der Verweigerung dieses Rechts kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot"; so lassen sich nachteilige Auswirkungen rechtfertigen, die „unerlässlich" sind, „um behinderungsbezogenen Besonderheiten Rechnung zu tragen …"[86] Danach müsste das Diskriminierungsverbot der BRK grundsätzlich rechtfertigungsoffen zu verstehen sein wie das des IPbpR. Der BRK-Ausschuss versteht die Definition aber offenbar anders. In seinem General Comment Nr. 1 zur gleichen Anerkennung vor dem Recht stellt er die Behinderung als unverfügbares persönliches Merkmal in eine Reihe mit Geschlecht und Rasse: „Denial of legal capacity must not be based on a personal trait such as gender, race, or disability, or have the purpose or effect of treating the person differently."[87] Das Merkmal der Behinderung wird also mit genau den Merkmalen gleichgestellt, bei denen eine Rechtfertigung weitgehend ausgeschlossen ist. Damit nimmt der Ausschuss eine Extremposition ein.

---

[82] UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol I), S. 195, Rn. 7.

[83] International Covenant on Civil and Political Rights, 19.12.1966, UNTS, Bd. 999, 171; zum Datum s. die Schlussformel des Paktes; zum IPbpR siehe auch den Beitrag von *Eibe Riedel*, in diesem Heft.

[84] Ebd., Rn. 8.

[85] Ebd., Rn. 13.

[86] BVerfGE 99, 341 (357); Zitate angepasst an neue Rechtschreibung.

[87] General Comment No. 1 (Fn. 15), Rn. 32.

Soll die BRK einen Sinn haben, kann die Ungleichbehandlung wegen einer Behinderung sicher nicht durch jeden sachlichen Grund gerechtfertigt werden. Die allgemeine Rechtfertigungsformel, die der Menschenrechtsausschuss am Ende seines General Comment Nr. 18 wiederholt,[88] ist also im Rahmen der BRK viel zu weit. Vielmehr können behinderungsbedingte Ungleichbehandlungen allenfalls unter strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen gerechtfertigt werden, wobei es durchaus sachgerecht erscheint, dem jeweiligen Staat die Darlegungs- und Beweislast für die Notwendigkeit einer behinderungsbedingten Differenzierung aufzuerlegen. Damit wird man viele traditionelle Regelungen, die Behinderte in ihren Rechten und Möglichkeiten einschränken, auf den Prüfstand stellen müssen. Dogmatisch lässt sich dies in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch die Annahme einer immanenten Konventionsrechtsschranke erreichen. Danach wären solche Regelungen zulässig, die zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach mit dem Fehlen bestimmter geistiger oder körperlicher Fähigkeiten verbunden sind, zwingend erforderlich sind.[89] Folgt man jedoch der kompromisslosen Linie des BRK-Ausschusses, scheint auch dieser Weg der Rechtfertigung versperrt.

d) Das Versagen angemessener Vorkehrungen als Diskriminierung

Die klassischen Diskriminierungsverbote sind rein negativer Natur. Sie untersagen dem Staat, Gleiches ungleich zu behandeln, verpflichten ihn aber nicht, positive Maßnahmen zu ergreifen, um tatsächliche Ungleichheiten zu überwinden. Bei Behinderungen stieße ein rein abwehrrechtliches Diskriminierungsverbot schnell an Grenzen, weil es regelmäßig um objektive Beeinträchtigungen geht, die eine volle Teilhabe ausschließen, solange keine Maßnahmen zur Überwindung der entsprechenden Barrieren ergriffen werden. Daher liegt nach der Definition des Art. 2 BRK eine Diskriminierung auch dann vor, wenn der Staat „angemessene Vorkehrungen" („reasonable accommodations") unterlässt. Unter angemessenen Vorkehrungen sind dabei Änderungen und Anpassungen zu verstehen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen. Man mag die Fälle der Diskriminierung durch Unterlassen als mittelbare Diskriminierung[90] bezeichnen.[91] Damit ist allerdings kein Erkenntnisgewinn verbunden, weil diese Form der Diskriminierung in Art. 2 BRK eigens geregelt ist.

Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen ist keine Innovation der BRK. Es findet sich bereits im General Comment Nr. 5 (1994), in dem sich der Ausschuss über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte mit den

---

[88] Oben Fn. 82, 85.
[89] Siehe BVerfGE 99, 341 (357) sowie *Robert Uerpmann-Wittzack* (Fn. 8), S. 34.
[90] Dazu schon oben zu III 2 a.
[91] Dahin gehend *Lewis* (Fn. 22), S. 423.

Rechten von Menschen mit Behinderungen nach dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR)[92] befasst.[93] Auch das Bundesverfassungsgericht hat dem verfassungsrechtlichen Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG bereits 1997 eine Leistungsdimension entnommen, die den Staat verpflichtet, vertretbare Fördermaßnahmen zu ergreifen, wenn sich damit ein behinderungsbedingter Ausschluss von allgemeinen Leistungen verhindern lässt.[94] Freilich bleibt das Bundesverfassungsgericht dabei sehr zurückhaltend.

Der BRK-Ausschuss hat sich in der Sache Jungeling/Schweden mit der Frage befasst, wieweit angemessene Vorkehrungen die Beschwerdeführerin, die sich für eine Stelle in der Sozialversicherung beworben hatte, in die Lage versetzen konnten, trotz ihrer Sehbehinderung mit dem Computersystem der Sozialversicherung umzugehen.[95] Freilich sah der Ausschuss die ablehnende arbeitsgerichtliche Entscheidung im Rahmen des staatlichen Beurteilungsspielraums.[96] Im Fall Nyusti und Takács/Ungarn, wo es um die Nutzung von Geldautomaten mit Sehbehinderung ging, hat der Ausschuss dagegen die Frage nach angemessenen Vorkehrungen im Einzelfall zugunsten der weitergehenden Forderung nach allgemeiner Barrierefreiheit zurückgestellt.[97]

In der Sache Çam/Türkei hat jüngst auch der EGMR das Konzept der angemessenen Vorkehrungen herangezogen, um zu begründen, warum die kategorische Weigerung einer Musikhochschule, blinde Bewerber aufzunehmen, gegen das konventionsrechtliche Diskriminierungsverbot aus Art. 14 EMRK i.V.m. dem Recht auf Bildung aus Art. 2 Satz 1 des ersten Zusatzprotokolls verstieß.[98] Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen übernimmt der EGMR ausdrücklich aus der BRK,[99] allerdings rezipiert er nicht die Praxis des BRK-Ausschusses.

---

[92] International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 19.12.1966, UNTS, Bd. 993, S. 3; zum Datum siehe die Schlussformel des Paktes; zum IPbpR siehe auch den Beitrag von *Eibe Riedel*, in diesem Heft.

[93] Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CeeESCR), General comment No. 5 (1994): Persons with disabilities, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), S. 17, Rn. 15; zu den Ursprüngen des Konzepts siehe auch *Grainne de Burca*, The European Union in the negotiation of the UN Disability Convention, European Law Review 2010, 174 (192 f.).

[94] BVerfGE 96, 288 (303, 307) – integrative Beschulung; dazu *Uerpmann-Wittzack* (Fn. 64), Rn. 31.

[95] Jungeling/Schweden, Rn. 10.4–10.6.

[96] Dazu noch unten III 6.

[97] Nyusti und Takács/Ungarn, Rn. 9.2.

[98] EGMR, Urt. v. 23.2.2016, Rn. 64–69 – Çam/Türkei.

[99] AaO., Rn. 64 i.V.m. Rn. 38.

3. Der Vorbehalt progressiver Verwirklichung wirtschaftlicher und sozialer Rechte

Auch wenn die BRK die klassische Zweiteilung zwischen bürgerlichen und politischen Rechten einerseits sowie wirtschaftlichen und sozialen Rechten andererseits überwindet, lebt die Klassifikation in Art. 4 Abs. 2 BRK fort, wonach wirtschaftliche und soziale Verpflichtungen zumindest zum Teil dahingehend relativiert werden, dass die Konvention einen möglichen Mangel an Ressourcen einkalkuliert und lediglich eine allmähliche Verwirklichung dieser Rechte fordert. Eine ähnliche Formulierung findet sich in Art. 2 Abs. 1 IPwskR, und sie hat dort bereits 1990 zu einem General Comment des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte geführt.[100] Auch der BRK-Ausschuss hat sich bereits mit dem Vorbehalt progressiver Verwirklichung beschäftigt, seine Anwendung aber bisher abgelehnt.

Ausdrücklich wird seine Anwendung im General Comment Nr. 1 zur gleichen Anerkennung vor dem Recht thematisiert. Art. 12 Abs. 3 BRK verpflichtet die Staaten, geeignete Maßnahmen zu treffen, um Menschen mit Behinderungen Zugang zu der Unterstützung zu verschaffen, die sie bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit gegebenenfalls benötigen.[101] Es handelt sich um eine positive Verpflichtung, die die effektive Wahrnehmung des Rechts auf gleichberechtigte Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit absichern soll. Als Leistungsrecht könnte man Art. 12 Abs. 3 BRK den wirtschaftlichen und sozialen Rechten im Sinne von Art. 4 Abs. 2 BRK zuordnen. Der Ausschuss ist anderer Ansicht.[102] Er betont, dass es sich bei der Gleichheit vor dem Recht um ein klassisches bürgerliches und politisches Recht handele. Die positive Verpflichtung aus Art. 12 Abs. 3 BRK diene der Verwirklichung des bürgerlichen und politischen Rechts auf gleiche Anerkennung vor dem Recht, so dass Art. 4 Abs. 2 BRK nicht anwendbar sei.

Dieser Schluss scheint verkürzt. Den klassischen bürgerlichen und politischen Rechten ist die Vorstellung fremd, dass der Staat die Voraussetzungen für ihre wirksame Inanspruchnahme schaffen müsse. Dementsprechend beschränkt sich die Garantie der Anerkennung vor dem Recht in Art. 16 IPbpR auf das, was Art. 12 Abs. 1 BRK bekräftigt. Wird das bür-

---

[100] CeeESCR, General comment No. 3 (1990): The nature of States parties' obligations (art. 2, para. 1, of the Covenant), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), S. 7.

[101] Zu möglichen Formen siehe *Nandini Devi*, Supported Decision-Making and Personal Autonomy for Persons with Intellectual Disabilities: Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Journal of Law, Medicine & Ethics 41 (2013), S. 792 (795 ff.); *Fiona Morrissey*, The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A New Approach to Decision-Making in Mental Health Law, European Journal of Health Law 19 (2012), S. 423 (431 ff.).

[102] CeeRPD, General Comment No. 1 (Fn. 15), Rn. 30.

gerliche und politische Recht nun in einem modernen Menschenrechtsverständnis, das die klassische Zweiteilung überwindet, mit positiven Verpflichtungen aufgeladen, um seine effektive Wahrnehmung abzusichern, handelt es sich der Sache nach um eine soziale Gewährleistung. Das sieht offenbar auch der Ausschuss so, wenn er betont, dass der Staat verpflichtet sei, sofort Schritte in Hinblick auf die Verwirklichung der in Art. 12 BRK genannten Rechte zu ergreifen. Damit postuliert er für Art. 12 Abs. 3 BRK im Wesentlichen das, was der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte in seinem General Comment Nr. 18 (1990) für den Art. 4 Abs. 2 BRK entsprechenden Art. 2 Abs. 1 IPwskR formuliert hat.[103]

Der Ausschuss begründet also unzureichend, warum Art. 4 Abs. 2 BRK nicht anwendbar sein soll, nur um die Vorschrift dann der Sache nach doch anzuwenden. Das erscheint nicht ausgereift. Nachdem die BRK die klassische Unterscheidung zwischen bürgerlichen Rechten einerseits und sozialen Rechten andererseits aufgegeben hat, scheint es sachgerecht, nicht zu einer vordergründigen Zuordnung einzelner Artikel zu einer der beiden überkommenen Kategorien zurückzukehren. Schon 1990 hat der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte erkannt, dass ein und derselbe Artikel verschiedene Schutzdimensionen umfassen kann, die teils sofort anwendbar sind, während andere der progressiven staatlichen Umsetzung bedürfen.[104] Diese Erkenntnis greift Art. 4 Abs. 2 BRK in seinem letzten Halbsatz auf, wonach diejenigen BRK-Verpflichtungen nicht vom Vorbehalt progressiver Verwirklichung erfasst werden, „die nach dem Völkerrecht sofort anwendbar sind." Damit ist nicht mehr zwischen bürgerlichen und sozialen Rechten zu unterscheiden, sondern mit einer modernen Menschenrechtsdogmatik zwischen negativen und positiven Verpflichtungen. Während negative Verpflichtungen sofort eingehalten werden müssen, bedürfen positive Verpflichtungen der staatlichen Umsetzung mit entsprechenden Umsetzungsspielräumen. Art. 12 Abs. 3 BRK enthält derartige positive Verpflichtungen.

Dass sich aus Freiheitsrechten keine unbedingte Verpflichtung ableiten lässt, die Voraussetzungen für seine effektive Verwirklichung zu schaffen, wird auch im Rantsev-Fall des EGMR deutlich. Dort ging es um Art. 4 EMRK, der Sklaverei, Leibeigenschaft sowie Zwangsarbeit verbietet und damit ein typisches bürgerliches Freiheitsrecht normiert. Im Fall Rantsev hat der EGMR diese Garantie zunächst in einer evolutiven Auslegung auf das Verbot des Menschenhandels erstreckt.[105] Sodann hat er aus Art. 4 EMRK eine ganze Reihe positiver Verpflichtungen abgeleitet, Menschenhandel zu unterbinden und ggf. zu verfolgen, um tatsächliche und poten-

---

[103] CeeESCR (Fn. 100), Rn. 2.
[104] CeeESCR (Fn. 100), Rn. 1.
[105] EGMR, NJW 2010, 3003, Rn. 272–282 – Rantsev/Zypern und Russland.

zielle Opfer von Menschenhandel praktisch und effektiv zu schützen.[106] Diese Verpflichtungen stellt er jedoch ausdrücklich unter einen Ressourcenvorbehalt: Angesichts der Schwierigkeiten, die die Gestaltung moderner Gesellschaften mit sich bringe, und angesichts der Auswahlentscheidungen, die in Hinblick auf Priorität und vorhandene Mittel getroffen werden müssten, müsse die Verpflichtung so verstanden werden, dass sie den nationalen Stellen keine unmögliche oder unverhältnismäßige Belastung auferlege.[107] Dies entspricht letztlich der allgemeinen Erkenntnis, dass positive Verpflichtungen nicht absolut gelten, sondern dass der Umfang des Gebotenen erst in einer Abwägung mit anderen, zum Teil gegenläufigen Zielen und Verpflichtungen bestimmt werden kann, wobei nicht zuletzt die Finanzierbarkeit eine Rolle spielt.[108]

Indem bürgerliche Rechte mit der Verpflichtung verknüpft werden, die tatsächlichen Voraussetzungen für eine effektive Wahrnehmung dieser Rechte zu schaffen, wird die Zweiteilung zwischen bürgerlichen und politischen Rechten einerseits sowie wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten andererseits überwunden.[109] Das kann aber, wie das Beispiel der positiven Verpflichtungen im Rahmen der EMRK zeigt, nicht dazu führen, dass Leistungspflichten und die damit verbundenen Rechte wegen ihres Zusammenhangs mit bürgerlichen und politischen Rechten zu unbedingten Rechten der ersten Generation mutieren. Vielmehr bleiben Leistungsrechte wirtschaftliche und soziale Rechte, die unter dem Ressourcenvorbehalt des Art. 4 Abs. 2 BRK stehen.

Freilich sieht der BRK-Ausschuss dies offenbar grundsätzlich anders, wie sich auch im Umgang mit der Barrierefreiheit gemäß Art. 9 BRK zeigt. Barrierefreiheit zielt gemäß Art. 9 Abs. 1 Satz 1 BRK darauf ab, Menschen eine unabhängige Lebensführung und die volle Teilhabe in allen Lebensbereichen zu ermöglichen. Unabhängige Lebensführung und Teilhabe lassen sich den Freiheitsrechten der ersten Generation zuordnen. Allerdings ist die Schaffung von Barrierefreiheit eine positive Verpflichtung und entspricht damit strukturell einem wirtschaftlichen und sozialen Recht i.S.v. Art. 4 Abs. 2 BRK. Dennoch postuliert der Ausschuss in seinem General Comment Nr. 2, ohne Art. 4 Abs. 2 BRK auch nur anzusprechen, dass es sich um eine „unbedingte" Pflicht in dem Sinne handele, dass der Staat Versäumnisse bei der Schaffung von Barrierefreiheit nicht mit den damit verbundenen Lasten rechtfertigen könne; Sparmaßnahmen dürften nicht als Entschuldigung gegen die schrittweise Verwirklichung von Barrierefrei-

---

[106] EGMR (Fn. 105), Rn. 284 ff.

[107] EGMR (Fn. 105), Rn. 287.

[108] Siehe auch *Stephanie Schmahl/Tobias Winkler*, Schutz vor Armut in der EMRK?, AVR 48 (2010), S. 405 (418).

[109] Ebenso *Schmahl/Winkler* (Fn. 108) aus der Perspektive der EMRK.

heit verwandt werden.[110] Immerhin fällt auf, dass der Ausschuss von einer „schrittweisen" Verwirklichung spricht („gradual"). Er geht also offenbar davon aus, dass Barrierefreiheit nur nach und nach verwirklicht werden kann. Dann fragt sich aber, in welchem Tempo ein Staat vorgehen muss. Dies führt doch wieder zurück zu Art. 4 Abs. 2 BRK und widerspricht dem gleichzeitig postulierten absoluten Charakter.

Gegen den absoluten Charakter sprechen auch die konkreten Formulierungen des Art. 9 BRK, wo es beispielsweise gleich in Abs. 1 Satz 1 heißt, die Vertragsstaaten hätten „geeignete Maßnahmen" zu treffen („shall take appropriate measures"). Anders als etwa in Art. 22 Abs. 2 und Art. 29 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen[111] werden nicht einmal alle geeigneten Maßnahmen verlangt, sondern lediglich geeignete Maßnahmen. Offenbar wird vor allem eine Tätigkeit geschuldet, nicht aber ein bestimmter Erfolg.[112]

4. Schrankendogmatik

Es erscheint unproblematisch, dass die Freiheitsrechte von Menschen mit Behinderungen dort eingeschränkt werden können, wo sie auch unabhängig von einer Behinderung eingeschränkt werden könnten.[113] Eine Behinderung bewirkt keinen stärkeren Freiheitsschutz. Problematisch werden behinderungsbedingte Freiheitsbeschränkungen. Hier verbinden sich Freiheits- sowie Gleichheitsaspekte, und es fragt sich, ob die Konvention absolute Gleichbehandlung verlangt mit der Folge, dass eine behinderungsbedingte Freiheitsbeschränkung unter keinen Umständen gerechtfertigt werden kann. Mangels allgemeiner Schrankenbestimmungen in der Konvention ist dies bislang vor allem in Hinblick auf einzelne Rechte diskutiert worden.

a) Einschränkungen der Geschäftsfähigkeit

Gemäß Art. 12 Abs. 2 BRK sollen Menschen mit Behinderung gleichberechtigt mit anderen rechtliche Handlungsfähigkeit genießen. Abgesehen von einem möglichen Versuch, behinderungsbedingte Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit im Rahmen der allgemeinen Gleichheitsdogmatik durch immanente Schranken zu rechtfertigen,[114] findet sich in Art. 12

---

[110] General Comment No. 2 (Fn. 15), Rn. 25; die Unbedingtheit bestätigend F/Österreich (Fn. 38), Rn. 8.4; Beasley/Australien (Fn. 26), Rn. 8.6.

[111] Vienna Convention on Diplomatic Relations, 18.4.1961, UNTS 500, S. 95: „all appropriate steps".

[112] Zur Verpflichtung, Schritte zu ergreifen, siehe auch CeeESCR (Fn. 100), Rn. 2 ff.

[113] *von Bernstorff* (Fn. 2), ZaöRV 67 (2007), S. 1041 (1046 f.).

[114] Dazu oben zu III 2 b, c.

Abs. 4 BRK eine Bestimmung, die als Schrankenregelung verstanden werden könnte. Danach hat der Staat sicherzustellen, dass Maßnahmen zur Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit mit geeigneten und wirksamen Sicherungen gegen Missbrauch versehen werden. Einen solchen Missbrauchsschutz bezweckt etwa § 14 HeimG, der es Heimträgern und -beschäftigten grundsätzlich untersagt, sich von Heimbewohnern zusätzliche Leistungen versprechen oder gewähren zu lassen. Diese Vorschrift soll die Heimbewohner vor Ausnutzung schützen und verhindern, dass sie durch offenen oder versteckten Druck zu Vermögensverfügungen gedrängt werden.[115] Allerdings betrifft der gesamte Art. 12 Abs. 4 BRK nur Maßnahmen des Missbrauchsschutzes.[116] Es muss also immer darum gehen, eine unangemessene Einwirkung Dritter abzuwehren.[117] Trifft der Betroffene selbst Entscheidungen, die als unvernünftig erscheinen mögen, ohne dazu von anderen bewegt zu werden, greift weder die Schranke des Art. 12 Abs. 4 Satz 1 BRK ein noch die Schranken der folgenden beiden Sätze. Der Betroffene darf danach also beispielsweise nicht gehindert werden, sein Vermögen aus eigenem Antrieb zu verschwenden. Vielmehr muss jeder Betreuer oder Unterstützer gemäß Art. 12 Abs. 4 Satz 2 BRK den Willen und die Präferenzen des Betroffenen beachten, was nach Ansicht des BRK-Ausschusses das Recht des Betroffenen einschließt, Risiken einzugehen und Fehler zu machen.[118] Der einzelne darf also nicht vor sich selbst geschützt werden.

Wer die rechtliche Betreuung auch als Schutz des zu Betreuenden vor sich selbst verstehen will, müsste somit entgegen dem Ausschuss eine immanente, ungeschriebene Schranke neben Art. 12 Abs. 4 BRK konstruieren,[119] Dann bliebe zu begründen, warum die eigens normierte Schranke des Art. 12 Abs. 4 Satz 1 BRK nicht abschließend sein soll.

b) Behinderungsbedingte Freiheitsentziehung

Art. 14 Abs. 1 enthält mit dem Schutz vor Freiheitsentziehungen zunächst ein Freiheitsrecht, das selbstverständlich eingeschränkt werden kann. Art. 14 Abs. 1 lit. b schützt insoweit vor rechtswidriger oder willkürlicher

---

[115] Siehe nur OLG Frankfurt a.M., NJW 2015, S. 2351, Rn. 13.

[116] Ungenau BVerfGE 128, 282 (307).

[117] Siehe auch CeeRPD, General Comment No. 1 (Fn. 15), Rn. 22.

[118] General Comment No. 1 (Fn. 15), Rn. 22; dazu auch *Devi* (Fn. 101), S. 800.

[119] Dahin gehend auch *Philip Fennell/Urfan Khaliq*, Conflicting or complementary obligations? The UN Disability Rights Convention, the European Convention on Human Rights and English law, European Human Rights Law Review 11 (2011), S. 662 (669 f.), die allerdings in problematischer Weise Schutzpflichten aus der EMRK heranziehen wollen und nicht solche aus der BRK; siehe auch *Valentin Aichele/Theresia Degener,* Frei und gleich im rechtlichen Handeln – Eine völkerrechtliche Einführung zu Artikel 12 UN-BRK, in *Aichele* (Fn. 71), S. 37 (55 ff.), die offenbar einen allgemeinen ungeschriebenen Schrankenvorbehalt annehmen, den sie allerdings restriktiv verstehen.

Freiheitsentziehung. Zusätzlich bestimmt die Norm freilich, dass das Vorliegen einer Behinderung keinesfalls eine Freiheitsentziehung rechtfertigen kann. Damit wird die Norm zu einem speziellen Freiheitsrecht für Menschen mit Behinderungen. Gleichzeitig wird die Behinderung zum unzulässigen Differenzierungsmerkmal, und der Gleichheitsaspekt tritt hervor.

Der BRK-Ausschuss betont den absoluten Charakter des Verbots der Freiheitsentziehung wegen einer Behinderung.[120] Für diese Ansicht spricht zunächst der Wortlaut, der nicht allein Gleichbehandlung verlangt, sondern ausdrücklich jede behinderungsbedingte Freiheitsentziehung verbietet. Der Ausschuss argumentiert zudem mit der Entstehungsgeschichte.[121] Aus den Materialien ergibt sich in der Tat, dass die Formulierung in Art. 14 Abs. 1 lit. b BRK gerade deshalb heiß umstritten war, weil man uneins war, ob eine Behinderung in Verbindung mit anderen Umständen wie einer Selbstgefährdung eine Freiheitsentziehung rechtfertigen könnte. Während der Ausschuss auch die kumulative Begründung einer Freiheitsentziehung mit einer Behinderung und zusätzlichen Umständen für eindeutig unzulässig hält, geht beispielsweise die deutsche Bundesregierung in ihrer Denkschrift zur BRK ebenso selbstverständlich davon aus, dass die kumulative Begründung möglich sei.[122] Schaut man auf die nach wie vor weit verbreitete Staatenpraxis, muss man in der Tat bezweifeln, ob die Vertragsstaaten ein absolutes Verbot der auch behinderungsbedingten Freiheitsentziehung normieren wollten.[123] Dies leitet über zur Frage der Konventionsauslegung.

5. Methoden der Konventionsauslegung

a) Bedeutung der Staatenpraxis

Die Vertragsstaaten sind nicht nur den Verpflichtungen der BRK unterworfen, sondern sie sind es auch, die diese Verpflichtungen mit ihrer Ratifikation geschaffen haben. Sie sind die Herren der Verträge. Damit kommt auch bei der Vertragsauslegung dem zwischenstaatlichen Konsens eine wesentliche Bedeutung zu. Zwar kann der einzelne Staat alleine nicht über den Umfang seiner Bindung entscheiden. Sind sich die Staaten jedoch in einem bestimmten Verständnis des Völkerrechts einig, ist dies ein gewichtiges Auslegungskriterium. Positiv-rechtlich kommt dies in Art. 31 Abs. 3 lit. a und b Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)[124] zum Ausdruck, wonach sowohl spätere Übereinkünfte über die Auslegung oder Anwen-

---

[120] Guidelines (Fn. 17), Rn. 7.
[121] Dazu noch unten zu III 5 c.
[122] BT-Drs. 16/10808 vom 8.11.2008, S. 45 (52).
[123] Siehe auch *Uerpmann-Wittzack* (Fn. 8), S. 56 f.
[124] Vienna Convention on the Law of Treaties, 23.5.1969, UNTS, Bd. 1155, S. 331.

dung eines Vertrags zur Auslegung heranzuziehen sind als auch eine spätere Vertragsübung, aus der sich ein entsprechender Konsens ermitteln lässt.

Schaffen die Vertragsstaaten ein internationales Überwachungsgremium wie den BRK-Ausschuss, wird die Staatenpraxis durch die Praxis des Ausschusses überlagert, der zumindest die Rolle eines ergänzenden Auslegungsmittels gemäß Art. 32 BRK zukommt.[125] Akzeptieren die Vertragsstaaten die Ausschusspraxis, ergibt sich ein auslegungsrelevanter Konsens.[126] Zeigen die Staaten aber durch eine konsequente gegenläufige Praxis, dass sie nicht bereit sind, den Standpunkt des Ausschusses zu teilen, verliert dessen Praxis an Gewicht. Eine solche gegenläufige Praxis hat der Ausschuss selbst diagnostiziert, und zwar besonders deutlich in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 1 zur gleichen Anerkennung vor dem Recht nach Art 12 BRK.[127] Dort wirft der Ausschuss den Vertragsstaaten ein „allgemeines Missverständnis hinsichtlich des genauen Umfangs der Pflichten der Vertragsstaaten gemäß Art. 12 BRK"[128] sowie einen „allgemeinen Mangel an Verständnis"[129] dafür, dass das menschenrechtsbasierte Behinderungsmodell einen Paradigmenwechsel von der substituierenden zur unterstützten Entscheidungsfindung mit sich bringe. Mit einem klassischen völkerrechtlichen Ansatz, der auf staatlichen Konsensen aufbaut, erscheinen diese Aussagen des Ausschusses kaum vereinbar. Sieht man den Geltungsgrund der BRK in der staatlichen Zustimmung, kann es kaum sein, dass sich die Staaten generell über den Umfang der von ihnen gewollten Verpflichtungen irren.

Sicher ist es auch bei einem mehr oder weniger klassischen Methodenverständnis möglich, im Rahmen einer teleologischen Argumentation mit den Grundprinzipien der Konvention zu argumentieren. Zudem steht die BRK zweifellos für einen Paradigmenwechsel von der staatlichen Fürsorge für Menschen mit Behinderungen hin zu einem menschenrechtsbasierten Ansatz, der von den einzelnen Menschen mit Behinderung als Trägern individueller Rechte ausgeht. Es erscheint auch unproblematisch, aus Art. 12 BRK in diesem Rahmen eine starke Präferenz der unterstützten Entscheidungsfindung abzuleiten. Das klärt aber weder die Frage, ob eine Entscheidungssubstitution stets unzulässig ist, wie der Ausschuss meint, noch wo ggf. die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Entscheidungssub-

---

[125] *Oliver Dörr*, in *ders./Kirsten Schmalenbach* (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary, 2012, Art. 32, Rn. 25.

[126] *Robert Uerpmann-Wittzack*, The Law-Making Function of the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities, in Wroclaw Review of Law, Administration & Economics, special issue in memoriam Karol Wolfke, zu V (erscheint demnächst).

[127] General Comment No. 1 (Fn. 15), Rn. 15.

[128] Ebd., Rn. 1: „a general misunderstanding of the exact scope of the obligations of States parties under article 12 of the Convention."

[129] Ebd.: „general failure to understand".

stitution verläuft. Das lässt sich nur mit Hilfe weiterer Auslegungskriterien klären, zu denen nach klassischem Verständnis auch die Praxis der Vertragsstaaten gehört. Der Ansatz des Ausschusses greift also zu kurz.

b) Bedeutung anderer völkerrechtlicher Verträge

Eine besondere Form der Staatenpraxis bilden andere völkerrechtliche Verträge. Es ist anerkannt, dass zum völkerrechtlichen Auslegungszusammenhang über das konkrete Vertragswerk hinaus alle zwischen den Vertragsstaaten anwendbaren einschlägigen Völkerrechtssätze gehören, wie es Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK normiert. Damit kommen insbesondere die Kernabkommen des universellen Menschenrechtsschutzes in den Blick, an die die BRK mit ihrem Präambelabsatz d ausdrücklich anknüpft. Durch diese Regelungstradition sind die weiteren Abkommen für das Verständnis der BRK grundsätzlich auch dann relevant, wenn sie nicht von allen Vertragsstaaten der BRK ratifiziert sind.

Problematisch erscheint allerdings die Argumentation des Ausschusses in der Sache S. C./Brasilien.[130] Dort ging es um die Frage, ob auch eine vorübergehende Beeinträchtigung eine Behinderung i.S.d. BRK darstellen kann. Der Ausschuss weist zunächst auf die offene Teildefinition in Art. 1 Abs. 2 BRK hin, die eine solche Auslegung nicht ausschließt.[131] Dann wird allerdings die Interamerikanische Konvention zur Beseitigung aller Formen der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen vom 8.6.1999[132] herangezogen, die ausdrücklich auch vorübergehende Beeinträchtigungen in den Begriff der Behinderung einschließt, und der Ausschuss folgert daraus auf die Anwendbarkeit der BRK. Richtig ist, dass Art. 4 Abs. 4 BRK weitergehende Schutzvorschriften und damit auch die Interamerikanische Konvention in ihrer Geltung unberührt lässt. Solch eine Günstigkeitsklausel ist menschenrechtlicher Standard. Sie findet sich in ähnlicher Form beispielsweise in Art. 5 Abs. 2 IPbpR sowie Art. 53 EMRK. Damit werden allerdings nicht konventionsfremde Standards in die Konvention inkorporiert.[133] Vielmehr bleibt es dabei, dass der BRK-Ausschuss Beschwerden gemäß Art. 1 Abs. 1 FP BRK allein am Maßstab der BRK prüfen kann und nicht am Maßstab der Interamerikanischen Konvention. Anderenfalls würde es dazu kommen, dass der Ausschuss bei lateinamerikanischen Staaten, die die Interamerikanische Kon-

---

[130] S. C./Brasilien (Fn. 27), Rn. 6.3.

[131] Zur abweichenden französischen BRK-Fassung s. noch unten zu III 5 d.

[132] Inter-American Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination of Persons with Disabilities, abrufbar unter http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-65.html.

[133] Entsprechend zum IPbpR *Manfred Nowak,* U.N. Covenant on Civil and Political Rights, 2. Aufl. 2005, Art. 5 Rn. 14 a. E.

vention ratifiziert haben, einen strengeren Maßstab anlegen könnte als beispielsweise bei europäischen Staaten.

Wie problematisch der Ansatz des Ausschusses ist, zeigt ein Vergleich mit dem Afrikanischen Gerichtshof für Menschen- und Völkerrechte. Art. 7 seines Gründungsprotokolls[134] ermächtigt ihn ausdrücklich dazu, nicht nur die Banjul-Charta der Menschen- und Völkerrechte anzuwenden, sondern auch jedes andere einschlägige Menschenrechstinstrument, das die betreffenden Staaten ratifiziert haben. Damit ist dem Afrikanischen Gerichtshof der Rückgriff auf andere Menschenrechtsinstrumente gestattet. Dies ist jedoch eine seltene Ausnahme. Der BRK fehlt eine entsprechende Klausel.

Unabhängig von einer solchen Öffnungsklausel ließe sich der andere Vertrag zwar im Rahmen von Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK bei der Auslegung der BRK heranziehen. Dafür müsste es sich aber um einen Vertrag handeln, der zwischen allen Vertragsparteien des auszulegenden Vertrages,[135] hier der BRK, gilt, was bei der Interamerikanischen Konvention schon wegen ihres regionalen Charakters ausscheidet. Zwar löst sich der EGMR von der Frage des formalen Geltungsbereichs eines Vertrages, wenn es darum geht, einen internationalen Konsens festzustellen, der die Auslegung der EMRK beeinflusst. Diese Methode ist aber nicht nur umstritten,[136] sondern sie setzt auch voraus, dass sich der im Entstehen begriffene Konsens tatsächlich auf den Geltungsbereich der jeweiligen Konvention bezieht. Nach Ansicht des EGMR ist darauf abzustellen, ob „die einschlägigen internationalen Instrumente eine kontinuierliche Entwicklung der anwendbaren Vorschriften und Grundsätze des Völkerrechts oder des staatlichen Rechts der Mehrheit der Mitgliedstaaten des Europarats zeigen und beweisen, dass bei einer bestimmten Frage eine übereinstimmende Auffassung der modernen Gesellschaften besteht …“[137] Damit kann ein regionales Instrument wie die EMRK im Lichte einer universellen Rechtsentwicklung ausgelegt werden. Es erscheint aber ausgeschlossen, ein universelles Dokument wie die BRK im Lichte eines einzelnen regionalen Systems zu interpretieren.

Die Art und Weise, in der der Ausschuss die Interamerikanische Konvention heranzieht, kann damit nicht überzeugen.

---

[134] Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of the African Court on Human and Peoples' Rights, 10.6.1998, abrufbar unter http://www.achpr.org/instruments/court-establishment/.

[135] Siehe *Dörr* (Fn. 125), Art. 31 Rn. 110.

[136] Siehe nur *Antje von Ungern-Sternberg*, Die Konsensmethode des EGMR, AVR 51 (2013), S. 312 ff.

[137] EGMR, Urt. v. 12.11.2008, NZA 2010, 1425, Rn. 86 – Demir und Baykara/Türkei.

c) Historische Auslegung

Die historische Auslegung ist nach allgemeinen völkerrechtlichen Regeln nachrangig. Art. 32 WVK gestattet den Rückgriff nur, um eine anderweit ermittelte Auslegung zu bekräftigen oder wenn die Auslegungskriterien des Art. 31 WVK versagen. Besonders deutlich wird der Nachrang bei der EMRK. Ihre travaux préparatoires sind zwar in den Jahren 1975–1985 veröffentlicht worden.[138] Sie spielen für die Konventionsauslegung aber praktisch keine Rolle. Die BRK wurde in einem Ad-hoc-Ausschuss ausgehandelt,[139] dessen Materialien und Sitzungsprotokolle frei online verfügbar sind.[140] In seinen Leitlinien zum Recht auf Freiheit und Sicherheit gemäß Art. 14 BRK stützt der BRK-Ausschuss seine ausnahmslose Ablehnung einer behinderungsbedingten Freiheitsentziehung nicht nur auf den Wortlaut von Art. 14 Abs. 1 lit. b BRK, sondern auch auf eine Analyse der Beratungen im Ad-hoc-Ausschuss.[141] Welche Rolle der BRK-Ausschuss diesen Beratungen zuschreibt, zeigt sich im apodiktischen Schlusssatz, dass das Problem des absoluten Charakters beim siebenten Treffen des Ad-hoc-Ausschuss gelöst worden sei.[142] Der dezidierte Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte mag sich daraus erklären, dass zwei der derzeitigen Ausschussmitglieder als Vertreter ihrer Staaten an der Aushandlung der BRK beteiligt waren[143] und den Verhandlungsverlauf damit aus eigener Anschauung kennen.

d) Bedeutung der unterschiedlichen authentischen Sprachen

Als moderner, universeller Vertrag ist die BRK gemäß ihrem Art. 50 BRK in den sechs Arbeitssprachen der UNO Arabisch, Chinesisch, Englisch, Französisch, Russisch und Spanisch gleichermaßen verbindlich. Betrachtet man allein die drei westeuropäischen Staaten, fällt auf, dass sich die englische und die spanische Fassung terminologisch auf der Höhe des modernen Behindertenrechtsschutzes bewegen, während die französische Fassung mehrfach hinter diesem Standard zurückbleibt. Das gilt bereits für

---

[138] Council of Europe, Collected edition of the „Travaux préparatoires" of the European Convention on Human Rights, 8 Bd., 1975–1985.

[139] Dazu *Rothfritz* (Fn. 4), S. 107 ff.

[140] Abrufbar unter https://www.un.org/development/desa/disabilities/resources/ad-hoc-committee-on-a-comprehensive-and-integral-international-convention-on-the-protection-and-promotion-of-the-rights-and-dignity-of-persons-with-disabilities.html.

[141] Guidelines (Fn. 17), Rn. 7; dazu schon oben zu III 4 b.

[142] AaO.: „The issue was settled in the seventh meeting of the Ad Hoc Committee."

[143] Theresia Degner für Deutschland sowie Damian Tatic für Serbien und Montenegro; siehe die Liste der derzeitigen Ausschussmitglieder, abrufbar unter http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Membership.aspx; Zusammensetzung bis zum 31.12.2016) einerseits und die Teilnahmeliste der 7. Sitzung des Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, A/AC.265/2006/INF/1 vom 20.1.2006 andererseits.

den offiziellen Titel, bei dem es die englische und die spanische Fassung vermeiden, eine Gruppe der Behinderten zu konstituieren, indem nicht gruppenbezogen formuliert wird, sondern individualbezogen auf Menschen mit Behinderungen abgestellt wird, wie es auch die offizielle deutsche Übersetzung tut. Demgegenüber spricht die französische Fassung von behinderten Menschen (personnes handicapées). Die Unterschiede setzen sich beim Konzept der Inklusion fort. Während die englische und die spanische Fassung konsequent den Begriff der Inklusion verwenden, ist die französische Fassung inkonsistent. In Art. 3 lit. c BRK, wo die englische Fassung „inclusion" als Grundprinzip der Konvention benennt, heißt es im Französischen „intégration". Demgegenüber spricht Art. 19 BRK in der Überschrift auch im Französischen von „inclusion", während sich im Text, abweichend von der englischen und spanischen Fassung, wiederum „intégration" findet. In Art. 24 BRK wird das englische „inclusive" dann mit „insersition"[144] wiedergegeben, bevor in Abs. 2 lit. b der Begriff „inclusif" folgt und in lit. e dann „intégration"[145], so dass sich im Französischen drei verschiedene Begriffe für das finden, was im Englischen und Spanischen ein in sich geschlossenes Konzept ist.

Die Abweichungen im französischen Text sind umso erstaunlicher, als das Spanische und das Französische eng verwandt sind, so dass die Unterschiede bei einem Vergleich ins Auge springen. Offenbar haben die an der Ausarbeitung der BRK beteiligten Protagonisten eines modernen Behindertenrechts Englisch und Spanisch gesprochen, aber nicht Französisch.

Der Ausschuss hätte Anlass gehabt, sich in der Unzulässigkeitsentscheidung in der Sache S. C./Brasilien mit den unterschiedlichen Sprachfassungen auseinanderzusetzen, wo es um den Begriff der Behinderung geht. Dieser Begriff wird in Art. 1 Abs. 2 BRK angesprochen, in der englischen und spanischen Fassung aber nicht abschließend definiert. Vielmehr handelt es sich nach der englischen und der spanischen Fassung, die in der deutschen Übersetzung korrekt wiedergegeben werden, um eine bloße Teildefinition: „Zu den Menschen mit Behinderungen zählen Menschen", die die dort genannten Kriterien erfüllen, doch bleibt eine Ausdehnung des Begriffes möglich. Damit wird namentlich offengehalten, ob eine Behinderung zwingend „langfristiger" Natur sein muss. In der Sache S. C. betont der Ausschuss diesen nichtabschließenden Charakter und gelangt im Ergebnis zu einem weiter gefassten Begriff der Behinderung.[146] Dem widerspricht die französische Fassung, die in wörtlicher Übersetzung lautet: „Unter Menschen mit Behinderung versteht man Menschen, die …",[147]

---

[144] Entsprechend schon Art. 19 lit. b: „insérer".

[145] Der Begriff findet sich nochmals in Art. 26 Abs. 1 BRK.

[146] S. C./Brasilien (Fn. 27), Rn. 6.3; dazu oben zu III 1.

[147] AaO.: „Par personnes handicapées on entend des personnes qui …"; eigene Übersetzung.

was den abschließenden Charakter deutlich macht. Nach dem allgemeinen Auslegungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 4 WVK wäre in diesem Fall eines klaren Wortlautwiderspruchs eine vermittelnde Auslegung zu versuchen. Der Ausschuss spricht die abweichende französische Fassung in der englischen Originalentscheidung freilich nicht einmal an. In der offiziellen französischen Übersetzung wird dies durch eine stillschweigende Ergänzung des französischen Konventionstexts überspielt. Dort heißt es dann, dass der Ausschuss der Ansicht sei, „dass nach Art. 1 der Konvention unter behinderten Menschen insbesondere, aber nicht nur, Menschen zu verstehen sind, die …".[148] Das mag im Ergebnis ein sinnvoller Umgang mit der abweichenden französischen Fassung sein. Es wäre aber angemessen gewesen, die Divergenz offenzulegen. Freilich scheint die französische Sprache in der Ausschusspraxis ebenso in den Hintergrund zu treten wie bei der Ausarbeitung der Konvention. Von den 18 Ausschussmitgliedern gehören derzeit vier einem spanischsprachigen Land an,[149] aber niemand einem Staat mit Französisch als Amtssprache.

6. Prüfungsmaßstab

Sind auf der Rechtfertigungsebene widerstreitende Belange zu gewichten und gegeneinander abzuwägen, liegt es nahe, den Vertragsstaaten je nach Fallgestaltung einen Beurteilungsspielraum einzuräumen. Soweit aber der BRK-Ausschuss die Konventionsrechte absolut versteht und jede Rechtfertigungsmöglichkeit ausschließt, bleibt kein Raum für einen nationalen Beurteilungsspielraum. Beurteilungsspielräume liegen auch dort nahe, wo der Staat eine positive Verpflichtung zu erfüllen hat. Das gilt namentlich für die Frage, welche Maßnahmen zur Verwirklichung von wirtschaftlichen und sozialen Rechten gemäß Art. 4 Abs. 2 BRK zu ergreifen sind. Allerdings neigt der BRK-Ausschuss dazu, den Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 2 BRK eng zu fassen,[150] und grenzt damit den Bereich etwaiger Beurteilungsspielräume ein. So thematisiert er in keinem seiner beiden General Comments mögliche Beurteilungsspielräume. Ein Einfallstor für Beurteilungsspielräume findet sich allerdings beim Begriff der angemessenen Vorkehrungen i.S.v. Art. 2 BRK. So hat der Ausschuss Schweden einen Beurteilungsspielraum zugestanden, als es darum ging, ob angemessene Vorkehrungen in Betracht kamen, die das Computersystem der Sozialver-

---

[148] AaO.: „Le Comité considère qu'en vertu de l'article premier de la Convention, par personnes handicapées, on entend notamment, mais pas seulement, des personnes qui …".

[149] Chile, Guatemala, Kolumbien, Spanien; siehe die Zusammensetzung bis zum 31.12.2016, oben Fn. 143.

[150] Oben zu III 3.

sicherung für die sehbehinderte Beschwerdeführerin benutzbar gemacht hätten.[151]

7. Konkurrenzen

Beachtung verdient schließlich das Vorgehen in Fällen, in denen prima facie mehrere verschiedene Konventionsrechte als verletzt in Betracht kommen. Die deutsche Grundrechtsdogmatik ist in solchen Fällen um eine klare Abgrenzung bemüht, sei es, dass Schutzbereiche so konstruiert werden, dass sie sich nicht überlappen[152] oder dass die allgemeinere Grundrechtsnorm durch die speziellere verdrängt wird[153] bzw. als subsidiär zurücktritt.[154] Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte geht pragmatischer vor. Hat er die Verletzung eines oder mehrerer Konventionsrechte festgestellt, begnügt er sich vielfach mit dem Hinweis, dass es angesichts der festgestellten Verletzung keinen Anlass gebe, weitere Konventionsrechte zu prüfen.[155] Das gilt sogar im Verhältnis von Gleichheits- und Freiheitsrechten.[156] Das pragmatische Vorgehen des EGMR dient ebenso wie der formalistischere Ansatz der deutschen Grundrechtsdogmatik der Prozessökonomie: Ziel ist es, die wesentlichen rechtlichen Aspekte eines Falles anhand einer oder weniger zentraler Garantien zu erfassen und redundante Prüfungen zu vermeiden.

Der BRK-Ausschuss neigt hingegen dazu, alle in Betracht kommenden Konventionsrechte zu prüfen, auch wenn sich ihr Schutzgehalt überlappt. So behandelt der Ausschuss in den Fällen Beasley und, weitgehend übereinstimmend, Lockrey[157] die australische Praxis, Gehörlose generell als ungeeignet vom Geschworenenamt auszuschließen, zunächst als Diskriminierung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 und 3 BRK.[158] Er stellt einen Verstoß fest, weil Australien es versäumt habe, angemessene Vorkehrungen wie eine Übersetzung in Zeichensprache zu treffen, die Gehörlosen die Mitwirkung als Geschworene ermöglichen würden. Anschließend behandelt er dasselbe Problem als Verstoß gegen das Gebot der Barrierefreiheit gemäß

---

[151] Jungeling/Schweden, Rn. 10.5.

[152] Siehe etwa BVerfGE 86, 122 (128) zur Abgrenzung von Presse- und Meinungsfreiheit.

[153] So BVerfGE 100, 313 (358) zum Verhältnis des Fernmeldegeheimnisses zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

[154] Siehe BVerfGE 23, 50 (55 f.;); 54, 237 (251); *Philip Kunig*, in *Ingo v. Münch/Philip Kunig* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 88, 90 zu Art. 2 Abs. 1 GG.

[155] Siehe nur EGMR (Große Kammer), Urt. v. 17.1.2012, Rn. 252 – Stanev/Bulgarien; Urt. v. 22.1.2013, Rn. 167 – Mihailovs/Lettland.

[156] Siehe nur EGMR, Urt. v. 23.2.2016, Rn. 70 – Çam/Türkei.

[157] Lockrey/Australien (Fn. 26), Rn. 8.1–8.9; im Folgenden werden nur die Beasley-Auffassungen zitiert.

[158] Beasley/Australien (Fn. 26), Rn. 8.2–8.5.

Art. 9 BRK, wobei er diesen Artikel sowohl für sich genommen als auch in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 und 3 BRK für verletzt hält.[159] Sodann stellt der Ausschuss aus demselben Grund eine Verletzung des Rechts auf Kommunikationsfreiheit aus Art. 21 BRK fest, der den Staat in lit. b verpflichtet, „im Umgang mit Behörden die Verwendung von Gebärdensprache, … ergänzenden und alternativen Kommunikationsformen …" zu akzeptieren und erleichtern.[160] Es erscheint durchaus zweifelhaft, ob diese Vorschrift tatsächlich anwendbar ist, wenn man bedenkt, dass ein Geschworener im Prozess selbst zum Teil der Staatsgewalt wird. Die weite Auslegung ist auch nicht im Interesse eines umfassenden Rechtsschutzes geboten, weil der Sachverhalt ohnehin von anderen Konventionsbestimmungen erfasst wird. Anschließend wird der Ausschluss vom Geschworenenamt als Verwehrung des Zugangs zur Justiz gemäß Art. 13 Abs. 1 BRK gewürdigt. Art. 13 Abs. 1 BRK schützt zwar nicht nur diejenigen, die gerichtlichen Rechtsschutz suchen, sondern ausdrücklich auch Zeugen. Es erscheint aber wiederum zweifelhaft, ob die Norm auch denjenigen schützt, der als Geschworener Teil der rechtsprechenden Gewalt wird. Der Zugang zum Geschworenenamt wird eher durch das Recht auf Teilhabe am politischen und öffentlichen Leben gemäß Art. 29 BRK geschützt, das der Ausschuss in Verbindung mit Art. 13 BRK prüft.[161] Der Ausschuss versucht also nicht, die unterschiedlichen Schutzbereiche von Art. 13 und 29 BRK voneinander abzugrenzen, sondern versteht sie als überlappende Schutzbereiche, die sich wechselseitig verstärken. Diese parallele Würdigung desselben Sachverhalts anhand verschiedener Konventionsrechte findet sich auch in anderen Ausschussentscheidungen.[162] Sie entspricht einem holistischen Ansatz, der alle Rechte miteinander verbunden sieht.

Allerdings ist das Vorgehen des Ausschusses nicht einheitlich. In der Sache Nyusti und Takász/Ungarn verzichtet er auf eine Prüfung aller in Betracht kommenden Rechte und stellt statt dessen die Prüfung des Diskriminierungsverbots aus Art. 5 Abs. 2 und 3 BRK in der Variante des Unterlassens angemessener Vorkehrungen[163] in Hinblick auf die tendenziell weiter gehende Verpflichtung zur Schaffung von Barrierefreiheit gemäß Art. 9 BRK zurück,[164] was der Praxis des EGMR ähnelt.

---

[159] Beasley/Australien (Fn. 26), Rn. 8.6.

[160] Beasley/Australien (Fn. 26), Rn. 8.7–8.8.

[161] Beasley/Australien (Fn. 26), Rn. 8.9.

[162] Siehe namentlich Bujdosó/Ungarn (Fn. 39), wo Art. 29 allein und in Verbindung mit Art. 12 BRK geprüft wird, obwohl sich Art. 29 als lex specialis zu Art. 12 BRK verstehen lässt; siehe auch den General Comment No. 1 (Fn. 15), Rn. 31–49, zum Verhältnis des Rechts auf gleiche Anerkennung vor dem Recht zu anderen Konventionsrechten.

[163] Dazu oben zu III 2 d.

[164] Nyusti und Takács/Ungarn (Fn. 37), Rn. 9.2.

IV. Gesamtbewertung

In den ersten sieben Jahren seines Bestehens hat der Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen eine bemerkenswerte Praxis entfaltet. Außerhalb des Staatenberichtsverfahrens, das hier nur am Rande interessiert, hat er 13 Individualbeschwerden beschieden[165] und in zwei General Comments zu einzelnen Konventionsrechten Stellung genommen.[166]

Als hybrides und holistisches Instrument, das über einen gleichheitsrechtlichen Schwerpunkt hinaus bürgerliche und politische Rechte sowie wirtschaftliche und soziale Rechte integriert, ist die BRK ein modernes, innovatives Menschenrechtsinstrument. Wenngleich Art. 21 BRK die Bereitstellung von Informationen in leichter Sprache favorisiert, ist die BRK selbst nicht in leichter Sprache verfasst. Als anspruchsvolles Rechtsinstrument ist sie in hohem Maße auslegungsbedürftig und auslegungsfähig.

Der Ausschuss neigt dazu, die spezifischen Rechte von Menschen mit Behinderungen absolut zu verstehen. Gleichheits- und Freiheitsrechte versteht er tendenziell so, dass jede behinderungsbedingte Beeinträchtigung unzulässig erscheint.[167] Selbst positive Verpflichtungen legt der Ausschuss im Zweifel so aus, dass ein Erfolg geschuldet ist.[168] Die Frage verfügbarer Mittel und etwa kollidierender anderer Belange tritt in den Hintergrund. Dementsprechend wird der Bereich wirtschaftlicher und sozialer Rechte, der gemäß Art. 4 Abs. 2 BRK unter dem Vorbehalt progressiver Verwirklichung im Rahmen verfügbarer Mittel steht, eng gefasst. Dabei schöpft der Ausschuss die dogmatischen Argumentationsmöglichkeiten nicht aus, und seine Auslegungsmethoden weichen zum Teil von dem ab, was im allgemeinen Völkerrecht und Menschenrechtsschutz anerkannt ist, ohne dass der Ausschuss dies reflektieren würde.[169] So ist das vom Ausschuss selbst festgestellte Unverständnis der Vertragsstaaten kaum verwunderlich.[170]

Dieser Befund verstärkt den bereits an anderer Stelle geäußerten Eindruck, dass der Ausschuss nicht etwa ein quasi-gerichtliches Organ ist, dem das letzte Wort bei der Auslegung der BRK zukommen könnte, sondern eher ein hochqualifizierter Anwalt von Behindertenrechten, dem eine Art Lobbyfunktion zukommt.[171] Diese Aufgabe kann der Ausschuss nach seiner Zusammensetzung erfüllen, und sie spiegelt sich in seiner Praxis wieder. In diesem Sinne ist es durchaus richtig, wenn der Ausschuss für die Staaten lästig wirkt, weil er sie immer wieder auf Verbesserungsmög-

---

[165] Oben zu II.
[166] Oben Fn. 16; s. auch die Guidelines (Fn. 17).
[167] Oben zu III 2, 4.
[168] Oben zu III 3.
[169] Oben zu III 5.
[170] Oben Fn. 128 f.
[171] *Schmahl* (Fn. 3), S. 538: „eher advokatorischer denn richterlicher Natur"; *Uerpmann-Wittzack* (Fn. 8), S. 54 f.; *ders.* (Fn. 126), zu III 2.

lichkeiten hinweist. Gefährlich wird es jedoch, wenn sich der Ausschuss einerseits und die Vertragsstaaten andererseits in jeweils eigenen Argumentationsräumen bewegen, zwischen denen es keine Vermittlung gibt. Verstehen die Vertragsstaaten nicht, was der Ausschuss aus der Konvention herleitet,[172] droht seine Praxis ignoriert zu werden. Hier ist es Aufgabe der Wissenschaft, die Praxis des Ausschusses sowie widersprechende staatliche Rechtsbehauptungen aufzuarbeiten und auf dieser Grundlage eine Konventionsdogmatik zu erarbeiten, die auf allgemein Anerkanntem aufbaut und zugleich die Besonderheiten der BRK erfasst. Dazu will dieser Aufsatz beitragen.

Summary

In the space of seven years, the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CeeRPD) established under Article 34 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) of 13 December 2006 has decided on 13 individual complaints and issued two general comments dealing with equality before the law and accessibility. This paper builds upon this practice in order to analyse general CRPD principles with regard to the notion of disability, equality rights, the progressive realisation of economic and social rights, possible justification of interferences, methods of interpretation, a margin of appreciation accorded to State parties, and the relationship between different rights.

The CRPD is a hybrid convention with a holistic ambition, which emphasises equality rights while combining civil and political rights with economic and social rights. The CeeRPD tends to hold CRPD guarantees as being absolute, excluding any negative effects on grounds of disability. Even positive obligations are likely to be construed as obligations of result regardless of limited resources or competing interests. This engaged reading of the CRPD challenges current State practice. It corresponds to the advocatory role of the Committee as a highly qualified expert body for the rights of persons with disabilities.

[172] Dahin gehend die Vorwürfe des Ausschusses in seinem General Comment No. 1, oben Fn. 128 f.

Beitrag

Das Gebot der Rechtsbehelfserschöpfung vor dem UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderung: Die Entscheidung in der Sache S. C./Brasilien

I. Einleitung

Das Gebot der Rechtsbehelfserschöpfung gehört zu den etablierten Grundsätzen des internationalen Menschenrechtsschutzes. Es stammt aus dem Recht des diplomatischen Schutzes[1] und wurde in den völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz übernommen.[2] Historisch sichert die sog. local remedies rule die staatliche Souveränität, indem sich ein Staat erst dann auf der völkerrechtlichen Ebene für sein Tun verantworten muss, wenn er einen Fehler nicht mit den Mitteln seines eigenen Rechtssystems korrigiert.[3] Bei Spruchkörpern wie dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) tritt zunehmend das Interesse hinzu, die Verfahrensflut einzudämmen und eine Überlastung des internationalen Organs zu vermeiden, indem das Gros der Fälle bereits auf der nationalen Ebene erledigt wird. Die local remedies rule begründet so die formelle Subsidiarität des internationalen Menschenrechtsschutzes.[4]

Auch Mitteilungen zum UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen sind gemäß Artikel 2 lit. d des Fakultativprotokolls zum Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (FP BRK)[5] erst nach Erschöpfung aller zur Verfügung stehenden in-

---

[1] Siehe Art. 15 f. der Artikel der International Law Commission (ILC) zum diplomatischen Schutz, A/RES/62/67 v. 6.12.2007, Annex, sowie den zugehörigen Kommentar, Report of the International Law Commission, 58. Sitzung,2006, A/61/10, Rn. 50, S. 70 ff.

[2] Siehe nur Art. 5 II lit. b des Fakultativprotokolls zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, Art. 35 I der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), Art. 46 I lit. a, II der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (AMRK).

[3] Siehe auch *J. R. Crawford/T. D. Grant*, Local Remedies Rule, in *R. Wolfrum* (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Rn. 7 (online; Stand der Bearbeitung: 2007).

[4] Dazu *G. Lübbe-Wolff*, How Can the European Court of Human Rights Reinforce the Role of National Courts in the Convention System, HRLJ 32 (2012), 11 (12).

[5] Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, A/RES/61/106 (Annex II), BGBl. 2008 II S. 1453.

Archiv des Völkerrechts, Bd. 54, S. 213–221 DOI 10.1628/000389216X14767803976742
ISSN 0003-892X © Mohr Siebeck 2016

nerstaatlichen Rechtsbehelfe zulässig, es sei denn, dass das Verfahren bei der Anwendung solcher Rechtsbehelfe unangemessen lange dauert oder keine wirksame Abhilfe erwarten lässt. In der Sache S. C./Brasilien hat der Ausschuss erstmals eine Beschwerde an dieser Voraussetzung scheitern lassen.[6] Brasilien hatte eine fehlende Rechtsbehelfserschöpfung unter dem Gesichtspunkt gerügt, dass sich die Urheberin der Mitteilung im arbeitsgerichtlichen Prozess vor den nationalen Gerichten nicht auf den Behinderungsaspekt berufen habe.[7] Demgegenüber stellte der Ausschuss darauf ab, dass die Beschwerde zum Obersten Arbeitsgericht mangels anwaltlicher Vertretung als unzulässig verworfen worden war.[8] Die Urheberin hatte zwar vergeblich Prozesskostenhilfe beantragt.[9] Sie habe aber nicht dargelegt, dass sie keine andere Möglichkeit zur anwaltlichen Vertretung gehabt habe.[10]

Diese Entscheidung ist in mehrfacher Hinsicht problematisch. Erörterungsbedürftig erscheint zunächst, dass der Ausschuss die unzulässige Beschwerdeerhebung zum Obersten Arbeitsgericht aufgreift, obwohl der Vertragsstaat diesen Punkt, soweit aus dem Sachbericht des Ausschusses ersichtlich, gar nicht gerügt hatte (II.). Da unklar ist, ob die Urheberin in der Lage gewesen wäre, auch ohne Prozesskostenhilfe eine anwaltliche Vertretung zu erlangen, stellen sich sodann Fragen der materiellen Beweislast (III.). Schließlich ist darauf einzugehen, ob eine Beschwerde am Gebot der Rechtsbehelfserschöpfung scheitert, wenn eine bedürftige Klägerin keine Prozesskostenhilfe erhält und deshalb auf ein Rechtsmittel verzichten muss (IV.). Auf dieser Grundlage ist die Entscheidung abschließend zu bewerten (V.).

II. Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzung der Rechtsbehelfserschöpfung von Amts wegen

Nach dem allgemeinen Völkerrecht ist der innerstaatliche Rechtsweg erschöpft, wenn die im Einzelfall effektiv zur Verfügung stehenden innerstaatlichen Rechtsbehelfe eingelegt und dabei der auf völkerrechtlicher Ebene vorgetragene Beschwerdegegenstand jeweils der Sache nach geltend gemacht wurde, aber die Rechtsbehelfe erfolglos blieben, ohne dass dies auf missachtete nationale Verfahrens- oder Formvorschriften zurückzuführen

---

[6] Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CeeRPD), Entsch. v. 02.10.2014, S. C./Brasilien, CRPD/C/12/D/10/2013, in diesem Heft.

[7] S. C./Brasilien (Fn. 6), Rn. 4.3.

[8] S. C./Brasilien (Fn. 6), Rn. 6.5.

[9] S. C./Brasilien (Fn. 6), Rn. 2.5.

[10] S. C./Brasilien (Fn. 6), Rn. 6.5.

ist.[11] Die Rechtsbehelfserschöpfung als Zulässigkeitsvoraussetzung einer Individualbeschwerde wird dabei mit einer gewissen Flexibilität und ohne übermäßigen Formalismus geprüft.[12]

Vor der Zustellung einer Beschwerde an den jeweiligen Vertragsstaat wird grundsätzlich von Amts wegen die offensichtliche Unzulässigkeit einschließlich einer offenkundig fehlenden Rechtsbehelfserschöpfung geprüft.[13] Nach Zustellung erklärt der EMGR Individualbeschwerden in ständiger Praxis wegen Nichterschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe nur für unzulässig, wenn der Vertragsstaat insoweit eine Einrede in seiner Stellungnahme zur Zulässigkeit der Beschwerde erhoben hat.[14] Der UN-Menschenrechtsausschuss hingegen ließ jedenfalls im Fall J. H. W./Niederlande einen ausdrücklichen Verzicht des Vertragsstaates, die mangelnde Rechtsbehelfserschöpfung geltend zu machen, nicht zu, sondern bekräftigte seine Prüfpflicht anhand der ihm vorliegenden Informationen.[15] Voraussetzung ist freilich auch hier, dass Umstände vorgetragen wurden, aus denen sich ergibt, dass nicht alle Rechtsbehelfe ausgeschöpft wurden.

Im Fall S. C./Brasilien bestreitet der Vertragsstaat in seiner Stellungnahme die Zulässigkeit der Mitteilung ausführlich und unter verschiedenen Gesichtspunkten.[16] Dabei beruft er sich zwar auch auf mangelnde Rechtswegerschöpfung, jedoch gestützt auf einen anderen Sachverhalt als den, den der Ausschuss letztlich aufgreift. So trägt der Vertragsstaat vor, dass vor den nationalen Gerichten kein Zusammenhang zwischen der arbeitsrechtlichen Zurückstufung und dem Vorliegen einer Behinderung geltend gemacht worden sei.[17] Es geht ihm also darum, dass die Urheberin die vor dem Ausschuss geltend gemachten Menschenrechtsverletzungen der Sache nach nicht auch vor den innerstaatlichen Gerichten geltend gemacht und damit den Rechtsweg in horizontaler Hinsicht nicht erschöpft

---

[11] EGMR (GK), Urt. v. 01.06.2010, Gäfgen/Deutschland, Nr. 22978/05, Rn. 142; *P. Schäfer*, in *U. Karpenstein/F. Mayer* (Hrsg.), 2. Auf. 2015, Art. 35 Rn. 10; *W. Peukert*, in *J. A. Frowein/W. Peukert* (Hrsg.) Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2009, Art. 35 Rn. 20.

[12] *M. Nowak*, UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR commentary, 2. Aufl. 2005, Art. 2 First OP Rn. 1; EGMR (GK), Urt. v. 01.06.2010, Gäfgen/Deutschland, Nr. 22978/05, Rn. 142; EMGR, Urt. v. 19.03.1991, Cardot/Frankreich, Nr. 11069/84, Rn. 34; *M. A. A. Cançado Trindade*, Die Entwicklung des Interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte, ZaöRV 70 (2010), S. 629 (638, 640).

[13] *B. Schäfer*, Die Individualbeschwerde nach dem Fakultativprotokoll zum Zivilpakt, 2. Aufl. 2007, S. 45; *P. Schäfer,* in *Karpenstein/Mayer* (Fn. 11), Art. 35 Rn. 12.

[14] EGMR, Urt. v. 11.10.2005, Savitchi/Moldawien, Nr. 11039/02, Rn. 27; EGMR, Urt. v. 28.11.2000, Rehbock/Slowenien, Nr. 29462/95, Rn. 4, 61; EKMR, Entsch. v. 20.05.1998, Rehbock/Slowenien, Nr. 29462/95; *J. Meyer-Ladewig*, EMRK Handkommentar, 3. Aufl. 2011, § 35 EMRK Rn. 5.

[15] UN-Menschenrechtsausschuss (MRA), Auffassungen v. 16.07.1993, J.H.W./Niederlande, A/48/40 II (1993), S. 237, Rn. 5.2; anders für den diplomatischen Schutz nun ILC-Art. 15 lit. e (Fn. 1).

[16] S. C./Brasilien (Fn. 6), Rn. 4.1 – 4.3.

[17] S. C./Brasilien (Fn. 6), Rn. 4.3.

habe. Der Ausschuss hingegen gibt in seiner Entscheidung zwar zunächst die vom Vertragsstaat geltend gemachten Unzulässigkeitsgründe wieder. In seiner folgenden Argumentation und Entscheidung stellt er aber ausschließlich darauf ab, dass die Urheberin mangels Prozessvertretung nicht formgerecht Beschwerde vor dem Obersten Arbeitsgericht erhoben und dem Ausschuss gegenüber nicht hinreichend dargelegt habe, dass ihr keine andere Möglichkeit der rechtlichen Vertretung offenstand.[18] Der Ausschuss lehnt die Rechtsbehelfserschöpfung mithin wegen Missachtung des innerstaatlichen Prozessrechts ab. Im Hinblick auf die formfehlerhafte Beschwerde der Urheberin vor dem Obersten Arbeitsgericht hat der Vertragsstaat jedoch trotz Gelegenheit offenbar keine Einrede erhoben, was nach der Rechtsprechung des EGMR wie ein entsprechend Art. 15 lit. e der ILC-Entwurfsartikel zum diplomatischen Schutz[19] zulässiger Verzicht des Vertragsstaates auf Geltendmachung dieser Zulässigkeitsvoraussetzung wirken würde. Damit wäre die Beschwerde schon wegen der Einschränkung des Offizialprinzips zulässig.

Sicher lässt sich vertreten, dass die mangelnde Rechtsbehelfserschöpfung auch hier von Amts wegen zu prüfen ist. Unbefriedigend bleibt jedoch, dass der Ausschuss das Problem gar nicht thematisiert.

III. Beweislastverteilung zwischen Beschwerdeführer und Vertragsstaat

Indem der Ausschuss die unzureichende Beschwerde zum Obersten Arbeitsgericht von Amts wegen als Unzulässigkeitsgrund aufgreift, tastet er zudem das rechtliche Gehör[20] der Urheberin an, da sie keinen Anlass hatte, in ihrer Erwiderung zur Zulässigkeit[21] auf einen Punkt einzugehen, der bis dahin weder vom Ausschuss noch vom Vertragsstaat in Frage gestellt worden war.

In Individualbeschwerdeverfahren müssen die Informationen, die der Entscheidung über das Vorliegen der Rechtsbehelfserschöpfung zugrunde gelegt werden, dem entscheidenden Organ grundsätzlich vom Beschwerdeführer und dem Vertragsstaat beigebracht werden. Vor dem EGMR[22] und

---

[18] S. C./Brasilien (Fn. 6), Rn. 6.5.

[19] Oben Fn. 1.

[20] Zur Bedeutung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs auch in Verfahren vor UN-Vertragsorganen siehe MRA, Auffassungen v. 21.07.1983, María del Carmen Almeida de Quinteros und Andere/Uruguay, Nr. 107/1981, CCPR/C/OP/2 (1990), S. 138, Rn. 11; MRA, Report of the Human Rights Committee, 1981, A/36/40, Rn. 397.6 Fn. 18.

[21] S. C./Brasilien (Fn. 6), Rn. 5.3.

[22] EGMR (GK), Urt. v. 01.03.2006, Sejdovic/Italien, Nr. 56581/00, Rn. 46;EGMR (GK), Urt. v. 16.09.1996, Akdivar und Andere/Türkei, Nr. 21898/93, Rn. 67, 68.

dem Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte (IAGMR)[23] ist hierfür ein Verfahren etabliert, das die Beweislast hinsichtlich der Effektivität des Rechtsbehelfs auf beide Prozessparteien verteilt. Danach obliegt es zunächst dem Vertragsstaat, der die Nichterschöpfung des Rechtswegs geltend macht, zu beweisen, dass die in Frage stehenden Rechtsbehelfe generell effektiv sind. Hat er den Beweis erbracht, kann der Beschwerdeführer darlegen, warum sie für ihn im konkreten Fall dennoch nicht effektiv waren. Durch diese Beweislastverteilung ist sichergestellt, dass Waffengleichheit zwischen beiden Parteien herrscht und ihnen gleichermaßen rechtliches Gehör gegeben wird. Hätte der Vertragsstaat in seiner Stellungnahme zur Rechtsbehelfserschöpfung darauf Bezug genommen, dass die Urheberin nach erfolglosem Antrag auf Prozesskostenhilfe und nachdem ein Anwalt ihre gerichtliche Vertretung abgelehnt hatte, ohne Prozessvertretung Beschwerde zum Obersten Arbeitsgericht erhoben hat, welche eben deshalb abgelehnt wurde, hätte sie in ihrer Erwiderung Gelegenheit und Anlass gehabt, dazu Stellung zu nehmen. Ohne dass die Regierung sich aber jemals darauf berufen hat, hat der Ausschuss diesen Umstand von Amts wegen aufgegriffen und begründet dann die Unzulässigkeit der Beschwerde damit, dass die Urheberin keinen schlüssigen Beweis dafür geliefert habe, dass ihr keine anderen Möglichkeiten der rechtlichen Vertretung offen standen, obwohl der Ausschuss der Urheberin keine Möglichkeit und keinen Anlass geboten hat, diesbezüglich einen Gegenbeweis zu führen, wie sie es bei den von der Regierung vorgebrachten Unzulässigkeitsgründen tun konnte.

Soweit der Vertragsstaat in seiner Einrede einen Mangel horizontaler Rechtswegerschöpfung geltend machte,[24] hat die Urheberin hingegen genau diese Möglichkeit der Erwiderung genutzt und einen Gegenbeweis geführt, indem sie Auszüge aus ihrer Beschwerdeschrift vor dem Landesarbeitsgericht zitierte, in denen sie den Zusammenhang zwischen ihrer monatelangen gesundheitlichen Beeinträchtigung und ihrer Versetzung dargelegt hatte.[25] Folgerichtig gibt der Ausschuss dieser Unzulässigkeitseinrede nicht statt. Umso unverständlicher ist es, dass der Ausschuss der Urheberin eine Erwiderung auf den Einwand einer fehlenden Beschwerde zum Obersten Arbeitsgericht abschneidet.

---

[23] IAGMR, Advisory Opinion v. 10.08.1990, OC-11/90, Rn. 41.
[24] S. C./Brasilien (Fn. 6), Rn. 4.3.
[25] S. C./Brasilien (Fn. 6), Rn. 5.3 mit Fn. 17.

IV. Effektivität eines Rechtsbehelfs bei versagter Prozesskostenhilfe und Anwaltszwang

Schließlich ist in der Sache zu klären, ob ein Rechtsweg nach allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen als erschöpft gelten kann, wenn erfolglos ein Antrag auf Prozesskostenhilfe gestellt wurde, ein Anwalt das Mandat als Wahlprozessvertreter ablehnte und deshalb trotz Anwaltszwang ohne Prozessvertreter eine unzulässige Beschwerde eingelegt wurde.

Grundsätzlich ist der Rechtsweg nicht erschöpft, wenn der Betroffene Verfahrens- oder Formvorschriften missachtet mit der Folge, dass die nationalen Instanzen nicht in der Sache entscheiden. Allerdings müssen nur effektive Rechtsbehelfe eingelegt werden, d.h. nur solche die für den konkreten Beschwerdeführer praktisch zugänglich und wirksam sind.[26] Diese Voraussetzung ist auch im Wortlaut von Art. 2 lit. d FP BRK angelegt.

Nach der Praxis des UN-Menschenrechtsausschusses ist ein Rechtsbehelf praktisch nicht zugänglich, wenn es dem Beschwerdeführer faktisch unmöglich ist, einen Rechtsbehelf einzulegen, weil ihm die finanziellen Mittel fehlen, sich anwaltlich vertreten zu lassen, dies aber Prozessvoraussetzung ist und der Vertragsstaat keine Prozesskostenhilfe bereitstellt.[27] Aus der Sicht des EGMR kann ein Rechtsbehelf im Einzelfall als nicht zugänglich gewertet werden, wenn der Vertragsstaat keine anwaltliche Hilfe bereitstellt, obwohl im jeweiligen Verfahren Anwaltszwang herrscht oder das Verfahren oder der Fall so komplex ist, dass anwaltliche Unterstützung notwendig ist.[28] Ähnlich sieht es auch der IAGMR, indem für ihn der innerstaatliche Rechtsweg als erschöpft gilt, wenn ein Vertragsstaat einem Bedürftigen keine Prozesskostenhilfe gewährt hat.[29] Als sehr wohl zugänglich gilt ein Rechtsbehelf jedoch, wenn der Beschwerdeführer angibt, aus finanziellen Gründen den Rechtsweg nicht erschöpft zu haben, gleichzeitig aber keinen Antrag auf Prozesskostenhilfe gestellt hat[30] oder objektiv überhaupt nicht bedürftig ist.[31] Im Fall S. C./Brasilien liegen zur

---

[26] ILC-Artikel 15 (Fn. 1); MRA, Report of the Human Rights Committee, 2002, A/57/40 (Vol. I), Rn. 125; *B. Schäfer* (Fn. 13) S. 95 f.; *P. Schäfer*, in *Karpenstein/Mayer* (Fn. 11). Art. 35 Rn. 15; *Peukert,* in *Frowein/Peukert* (Fn. 11), Art. 35 Rn. 11, 25; Artikel 46 II IAMRK.

[27] MRA, Auffassungen v. 29.03.1994, Currie/Jamaica, Nr. 377/1989, CCPR/C/50/D/377/1989, Rn. 6, 10; Auffassungen v. 20.07.1990, Reid/Jamaica, Nr. 250/1987, CCPR/C/OP/3, S. 242 ff. Rn. 10.3,10.4; Auffassungen v. 01.11.1991, Henry/Jamaica, Nr. 230/1987, CCPR/C/43/D/230/1987, Rn. 5.1, 7.3.

[28] EGMR (GK), Urt. v. 9.10.1979, Airey/Irland, Nr. 6289/73, Rn. 26.

[29] IAGMR, Advisory Opinion v. 10.08.1990, OC-11/90, Rn. 26; *D. Shelton*, The Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, in: American University Journal of International Law and Policy 1994, S. 333 (346 f.); zweifelnd *Crawford/Grant* (Fn. 3), Rn. 24, die aber auch davon ausgehen, dass Staaten grundsätzlich ein System der Prozesskostenhilfe zur Verfügung stellen müssen.

[30] EGMR, Urt. v. 06.11.1980, Van Oosterwijck/Belgium, Nr. 7654/76, Rn. 38.

[31] MRA, Auffassungen v. 21.07.1992, R. W./Jamaica, Nr. 340/1988, CCPR/C/45/D/340/1988, Rn. 6.2.

finanziellen Situation der Beschwerdeführerin keine Informationen vor. Auch gibt die Entscheidung nicht klar zu erkennen, weshalb die Prozesskostenhilfe versagt wurde. Lediglich die Zeile: „after the author's request for free legal aid was denied by the Public Defender's Office for lack of merit",[32] gibt einen gewissen Hinweis. Die Formulierung „for lack of merit", wörtlich übersetzt mit „wegen mangelnder Begründetheit", könnte darauf hinweisen, dass der Antrag mangels Erfolgsaussichten in der Hauptsache abgelehnt wurde, obwohl die Urheberin bedürftig war; dann wäre der Rechtsweg erschöpft, weil sie alle ihr zumutbaren Rechtsbehelfe versucht hätte. Man könnte die Formulierung allerdings auch so verstehen, dass der Prozesskostenhilfeantrag selbst unbegründet war, wobei dann offen bliebe, ob er mangels Bedürftigkeit oder mangels Erfolgsaussichten in der Hauptsache abgelehnt wurde. Es ist unbefriedigend, dass der Ausschuss den Sachverhalt nicht genauer wiedergibt. Möglicherweise ist er auch für den Ausschuss unklar geblieben, was zur Frage nach der Beweislast und einer möglichen weiteren Aufklärung durch die Urheberin zurückführt (oben zu III).

V. Bewertung

Die Entscheidung des Ausschusses hinterlässt Unbehagen. War die Urheberin nicht bedürftig, lässt sich die Unzulässigkeitsentscheidung im Ergebnis gut vertreten. Allerdings hätte der Ausschuss dann die fehlende Bedürftigkeit deutlich machen sollen. War die Frage für den Ausschuss unklar, hätte er der Urheberin Gelegenheit zur Stellungnahme geben müssen. Mag die Entscheidung auch im Ergebnis richtig sein, ist sie doch unzureichend begründet. Selbst die zentrale Rn. 6.5 beschränkt sich weitgehend auf einen Sachbericht. Erst im vorletzten Satz wird die Frage der Beweis- bzw. Darlegungslast angedeutet, bevor im letzten Satz eine rechtliche Folgerung gezogen wird. Die prozessrechtlichen Probleme, die die Entscheidung aufwirft, werden bis auf die Darlegungslast nicht einmal angedeutet.

Der Ausschuss ist tendenziell überlastet. Nach einer von ihm veröffentlichten Liste sind derzeit 21 Mitteilungen bei ihm anhängig.[33] Pro Sitzung erledigt er derzeit zwei Mitteilungen. So hat der Ausschuss in der Herbstsitzung 2014 neben der Sache S. C. eine einzige weitere Mitteilung beschieden.[34] Bei zwei Sitzungen pro Jahr würde er also über fünf Jahre benöti-

---

[32] S. C./Brasilien (Fn. 6), Rn. 6.5.

[33] Abrufbar unter http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Tablependingcases.aspx (zuletzt aufgerufen am 29.7.2016).

[34] CeeRPD, Auffassungen vom 2.10.2014, Jungeling/Schweden, CRPD/C/12/D/5/2011.

gen, um die jetzt anhängigen Mitteilungen abzuarbeiten. Da pro Jahr mit mehr als vier neuen Mitteilungen zu rechnen ist, wird der Überhang weiter wachsen. Die vorliegende Prozessentscheidung könnte eine Signalwirkung haben, wenn sie potenzielle Beschwerdeführer dazu anhalten würde, zunächst alle Möglichkeiten des innerstaatlichen Rechtsschutzes auszuschöpfen. Allerdings ist der konkrete Fall viel zu speziell, um daraus Allgemeines abzuleiten. Damit hat der Ausschuss viel Aufwand betrieben, ohne die Ziele der Konvention zu fördern. Zu einer positiveren Bewertung kann man nur gelangen, wenn man die Ausführungen zum Behindertenbegriff[35] als den eigentlichen Kern der Entscheidung ansieht. Diese Ausführungen waren zwar eigentlich überflüssig, wenn die Beschwerde ohnehin aus einem anderen Grund unzulässig war. Dass es dem Ausschuss vor allem auf diese Ausführungen ankam, die über den entschiedenen Einzelfall hinausweisen, zeigt sich jedoch daran, dass sie nicht nur deutlich länger ausfallen als die knappen Sätze zur Rechtsbehelfserschöpfung, sondern dass der Ausschuss hier in eine methodisch ernst zu nehmende, wenngleich nicht unproblematische, rechtliche Argumentation einsteigt.[36]

Möglicherweise ist der Ausschuss mit den hier zu klärenden prozessrechtlichen Fragen auch schlicht überfordert. Während von den Richterinnen und Richtern internationaler Gerichte regelmäßig allgemeine Rechtskenntnisse bzw. richterliche Erfahrung erwartet werden, setzt Art. 34 Abs. 3 Satz 1 BRK auf besondere Sachkenntnis auf dem Gebiet der Konvention, also im Bereich von Behinderung und Behindertenrecht.[37] Das ist sinnvoll oder sogar zwingend, wenn es darum geht, Missstände im Umgang mit Behinderungen anzugehen, es befähigt den Ausschuss aber nicht dazu, komplexe prozessrechtliche Fragen ohne spezifischen Behinderungsbezug zu klären. Unter Umständen ließe sich das Problem durch entsprechend qualifizierte Mitarbeiter beheben, doch besitzt das Amt des UN-Menschenrechtshochkommissariats, das für den Ausschuss als Sekretariat fungiert, keine personellen Ressourcen, die etwa mit der Kanzlei des EGMR vergleichbar wären. Insgesamt erscheint es als strukturelles Problem, dass der Ausschuss, der mit guten Gründen als Expertengremium für den Umgang mit Behinderungen geschaffen wurde, im Individualermitteilungsverfahren mit schwierigen prozessrechtlichen Fragen konfrontiert ist. Möglicherweise wäre es besser, das Mitteilungsverfahren zu entrechtlichen und die Auswahl der zu behandelnden Mitteilungen in das Ermessen des Ausschusses stellen. Dann könnte sich der Ausschuss auf seine

---

[35] S. C./Brasilien (Fn. 6), Rn. 6.3.

[36] Dazu *R. Uerpmann-Wittzack*, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, in diesem Heft, zu III 1 sowie III 5 a.

[37] Dazu *Uerpmann-Wittzack* (Fn. 36), zu I.

eigentliche Aufgabe konzentrieren, Probleme des staatlichen und gesellschaftlichen Umgangs mit Behinderungen anzugehen.

Prof. Dr. *Robert Uerpmann-Wittzack*
und *Alina Prechtl*, Regensburg

Summary

In S. C./Brazil, the Committee on the Rights of Persons with disabilities dismissed an individual complaint for non-exhaustion of local remedies in a case where the author had not been able to obtain legal aid for a domestic remedy. The case raises difficult questions of ex officio scrutiny, the right to be heard, burden of proof, and effectiveness of local remedies, which the Committee fails to address. Apparently, the Committee, which is an expert body for issues concerning disabilities and the rights of persons with disabilities, is not qualified to address complex issues of procedural law.

Dokument

Entscheidung des UN-Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 02.10.2014 in der Sache S.C. ./. Brasilien, CRPD/C/12/D/10/2013

Sachverhalt

1.1 – 2.4 (zusammengefasst)
Die Urheberin der Mitteilung, S.C., wurde nach ihrem dritten Motorradunfall im Januar 2006 von ihrem Arbeitgeber, der Banco do Brasil, darüber informiert, dass sie innerhalb von drei Monaten aus dem Krankenstand zurückkehren müsse, um ihre Position als Bankkassiererin nicht zu verlieren. Aus mehrfach ärztlich attestierten, medizinischen Gründen konnte sie nicht innerhalb der Frist an ihren Arbeitsplatz zurückkehren und wurde in Folge dessen auf eine rangniedrigere Position ohne definiertes Arbeitsprofil innerhalb der Bank versetzt. Aufgrund ihrer gesundheitlichen Probleme beantragte die Urheberin im November 2009 eine Versetzung in eine andere Bankfiliale, die näher an ihrem Wohnort lag. Dieser Antrag blieb erfolglos, obwohl ihr Arbeitsplatz nicht an ihre gesundheitlichen Bedürfnisse angepasst war. Ein Jahr später wurde ihr eine chronische Muskelkrankheit attestiert und empfohlen in der Nähe ihres Wohnortes zu arbeiten. Aufgrund dieser Vorfälle klagte die Urheberin im Februar 2011 ohne Erfolg in der Sache vor dem örtlichen Arbeitsgericht gegen die in ihren Augen unverhältnismäßige und diskriminierende Zurückstufungspolitik der Bank gegenüber Angestellten mit mehr als dreimonatiger krankheitsbedingter Abwesenheit.

2.5
Am 6. Juli 2011 legte die Urheberin gegen die Entscheidung Beschwerde ein. Die Beschwerde wurde am 31. August 2011 abgewiesen.[1] Weil Einzel-

[1] [im Original Fn. 6] Die Urheberin legt eine informelle französische Übersetzung der Beschwerdeentscheidung vor, die die Klage aus den Gründen zurückweist, dass die interne Geschäftspolitik der Bank, die einen niedrigeren Posten ab dem 91. Krankheitstag vorsah, nicht diskriminierend sei, weil das ganze Personal ohne Unterscheidung der gleichen Regelung unterlag; dass die Urheberin sich vor dem Gericht nicht auf die fragliche Geschäftspo-

Archiv des Völkerrechts, Bd. 54, S. 222–227 DOI 10.1628/000389216X14767803976788
ISSN 0003-892X © Mohr Siebeck 2016

personen, die Beschwerden zum Obersten Arbeitsgericht einlegen wollen, anwaltlich vertreten werden müssen, stellte die Urheberin einen Antrag auf Prozesskostenhilfe. Der Antrag wurde vor der Defensoria Pública am 14. Oktober 2011 abgelehnt.[2] Die Urheberin bat dann um die Unterstützung eines privaten Anwalts, der es jedoch ablehnte sie zu vertreten. Die Urheberin entschied sich deshalb ohne Prozessvertretung Beschwerde zu erheben; und die Beschwerde wurde ohne Sachentscheidung am 7. Dezember 2011 abgelehnt. Die Urheberin erhob wieder Beschwerde, einschließlich einer Kopie ihrer Beschwerde, wie sie sie vor der Brasilianischen Anwaltskammer eingereicht hat. Die Beschwerde wurde am 17. Januar 2012 abgelehnt.[3]

3.1 – 3.5 (…)

Anmerkungen des Vertragsstaates zur Zulässigkeit

4.1 – 4.2 (zusammengefasst)
Der Vertragsstaat bestreitet die Zulässigkeit ratione materiae, da die Urheberin keine Behinderung im Sinne des Übereinkommens habe. Auch hält er die Mitteilung aus dem Grund für unzulässig, dass die in ihr enthaltenen Ansprüche bereits von innerstaatlichen Gerichten geprüft wurden und Internationale Organisationen unter diesen Umständen nur bei eklatanten Verletzungen des internationalen Menschenrechtstandards durch die Gerichte zuständig seien.

4.3
Der Vertragsstaat hält ferner die Mitteilung für unzulässig aufgrund des Versäumnisses der Urheberin, den innerstaatlichen Rechtsweg zu erschöpfen.[4] Obwohl sie die Lohnsenkung, die aus ihrer Versetzung an eine andere

---

litik berufen habe, wie sie es hätte tun müssen; dass die Geschäftspolitik nicht verfassungswidrig war, da sie die Gleichbehandlung von Menschen in ähnlichen rechtlichen Situationen sicherte; dass die Tatsache, dass eine Kollegin der Urheberin nicht der gleichen Regelung nach ihrem 90. Tag in Mutterschutz unterlag, nicht die Behauptung der Urheberin belege, da sich die betreffenden Regelung nicht auf den Mutterschutz, sondern auf den Krankenstand beziehe; und dass die Entscheidung über die Versetzung der Urheberin an einen neuen Ort nicht garantierte, dass sie dauerhaft in ihrer Position als Bankkassiererin bleiben durfte.

[2] [im Original Fn. 7] Die Urheberin legt eine informelle französische Übersetzung der ablehnenden Entscheidung der Defensoria Pública vor.

[3] [im Original Fn. 8] Die Urheberin legt eine informelle französische Übersetzung der ablehnenden Entscheidung über ihre Beschwerde vor. Die Übersetzung zeigt offenbar, dass die Rechtsprechung Prozessparteien daran hindert, Fälle jus postulandi vor Gericht zu bringen (d.h. ohne rechtsanwaltliche Vertretung) außer unter gewissen Umständen, die im vorliegenden Fall unzutreffend sind.

[4] [im Original Fn. 16] Der Vertragsstaat zitiert unter anderem IGH Fall betreffend Elet-

Position bei der Banco do Brasil resultierte, geltend gemacht habe, habe sie nicht geltend gemacht, dass ihre Zurückstufung im Zusammenhang mit einer Behinderung stand. Folglich habe sich die Urheberin vor den innerstaatlichen Gerichten nicht auf ihre Rechte aus dem Übereinkommen berufen.

Erwiderung der Urheberin auf die Ausführungen des Vertragsstaates

5.1 – 5.2 (zusammengefasst)
Nach Auffassung der Urheberin ist der Ausschuss für ihre Mitteilung sachlich zuständig, da nach ärztlichem Attest ihr linkes Knie dauerhaft beeinträchtigt und sie dauerhaft nicht in der Lage ist, bestimmte Aufgaben zu erfüllen und dies einer Beeinträchtigung im Sinne von Artikel 1 des Übereinkommens entspricht. Der zweite vom Vertragsstaat vorgetragene Unzulässigkeitsgrund sei haltlos, weil sie durch das Gericht eklatant in Rechten aus dem Übereinkommen verletzt worden sei.

5.3
Die Urheberin trägt ferner vor, dass ihre Beschwerde vor dem Ausschuss ihren Ursprung in der Diskriminierung von Arbeitnehmern finde, die ihr Recht verlieren, auf einem bestimmten Posten zu bleiben, wenn sie für mehr als drei Monate oder mehr als sechs Monate krankgeschrieben sind.[5]

---

tronica Sicula S.p.A. (ESI), Urteil vom 20. Juli 1989, S. 15; und IAGMR, Consultative Opinion OC-10/90, vom 10. August 1990, Rn. 41.

[5] [im Original Fn. 17] Die Urheberin legt eine informelle französische Übersetzung eines Auszugs aus ihrer Beschwerde vor dem Landesarbeitsgericht vor, in der sie erklärt, dass sie beantragt hat in die Geschäftsstelle in Campinas versetzt zu werden, um einen einfacheren Arbeitsweg und Zeit für körperliche Übungen zu haben. Ihr Antrag auf Versetzung wurde im Oktober 2009 abgelehnt, weil es einen Personalüberschuss in der Geschäftsstelle und noch offene Fragen mit der Stadtverwaltung von São Pedro de Alcântara zu lösen gab. Mitte des Jahres 2010 hatte die Urheberin akute Probleme mit ihrem rechten Knie und bei ihr wurde Muskelantrophie diagnostiziert. Im September und Oktober ging sie in den Krankenstand, um Muskeltherapiebehandlungen zu erhalten. Weil sie keine Zeit für ihre körperlichen Übungen hatte, hatte sie auch im Jahr 2010 schwere Vorfälle der Fibromyalgie. Auf der Grundlage der ärztlichen Bescheinigung bat sie erneut um eine Versetzung in eine Geschäftsstelle in der Nähe ihrer Wohnung, aber dieser Antrag wurde abgelehnt, da alle Geschäftsstellen geltend machten, zu viele Mitarbeiter zu haben. Die Urheberin wurde deshalb von ihrer Position als Bankkassiererin in Übereinstimmung mit der Geschäftspolitik der Bank zurückgestuft, weil sie sich im Jahr 2009 mehr als drei Monate lang in medizinischer Behandlung befand. Aufgrund ihrer gesundheitlichen Probleme hätte die Urheberin zur Geschäftsstelle in Campinas in die Position zurückkehren müssen, auf welche sie aufgrund einer Leistungseinstellungsprüfung einen Anspruch erworben hatte.

Prüfung der Zulässigkeit durch den Ausschuss

6.1 – 6.2 (…)
6.3
Der Ausschuss nimmt zur Kenntnis, dass die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Artikel 3 lit. b und e; 4 lit. a, b, d und e; 5 Absatz 1 und 2; und 27 lit. a und b des Übereinkommens geltend macht und dabei behauptet, dass die Geschäftspolitik der Banco do Brasil, die die Zurückstufung von Angestellten nach dreimonatigem Krankenstand vorsieht, diskriminierend aufgrund von Behinderung sei und zu ihrer Zurückstufung im Jahr 2009 führte, als sie wegen einer Verletzung, die dauerhaft ihr Knie beeinträchtigte über drei Monate lang im Krankenstand verblieb. Der Ausschuss nimmt auch die Behauptung der Urheberin zur Kenntnis, dass Verletzungen auch im Jahr 2010 geschehen seien, als die Banco do Brasil ihren behinderungsbedingten Antrag in eine andere Geschäftsstelle näher an ihrem Heimatort versetzt zu werden, ablehnt hatte. Der Ausschuss nimmt die Behauptung des Vertragsstaates zur Kenntnis, dass die Knieverletzung der Urheberin keine Behinderung im Sinne des Artikel 1 des Übereinkommens sei, weil ihr seinerzeit eine vorrübergehende Arbeitsunfähigkeit diagnostiziert wurde und sie keine qualifizierenden Beweise für eine langfristige Beeinträchtigung vorlegt hat, und dass ihre Mitteilung deshalb nicht in die Zuständigkeit ratione materiae des Ausschusses falle. Der Ausschuss geht davon aus, dass nach Artikel 1 des Übereinkommens „Menschen mit Behinderungen" diejenigen einschließt, aber nicht auf diejenigen beschränkt ist, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilnahme an der Gesellschaft hindern können. Im vorliegenden Fall hindern die Informationen, die von den Parteien vorgelegt wurden, den Ausschuss nicht daran zu erwägen, dass die körperliche Beeinträchtigung der Urheberin sie in Wechselwirkung mit Barrieren in der Tat an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilnahme an der Gesellschaft hindert. Der Ausschuss vertritt die Ansicht, dass der Unterschied zwischen Krankheit und Behinderung ein gradueller und kein qualitativer Unterschied ist. Eine gesundheitliche Beeinträchtigung, die anfänglich als Krankheit begriffen wurde, kann sich aufgrund ihrer Dauer oder ihres chronischen Charakters zu einer Beeinträchtigung im Rahmen einer Behinderung entwickeln. Ein menschenrechtsbasierter Ansatz von Behinderung muss die Vielfalt von Menschen mit Behinderungen (Präambel, lit. i) ebenso berücksichtigen wie die Wechselwirkung zwischen Menschen mit Beeinträchtigungen und einstellungs- sowie umweltbedingten Barrieren (Präambel, lit. e). Der Ausschuss merkt ferner an, dass nach Artikel 4 Absatz 4 des Übereinkommens die Verpflichtungen des Vertragsstaates, wie sie in anderen Übereinkünften

auf dem Gebiet der Menschenrechte vorgesehen sind, bei denen er Partei ist, wie der Interamerikanischen Konvention zur Verhinderung aller Formen der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen, nicht berührt werden. Der Ausschuss merkt an, dass die besagte Konvention den Begriff „Behinderung" als eine dauerhafte oder vorübergehende körperliche, geistige oder Sinnesbeeinträchtigung definiert, die die Möglichkeit eine oder mehrere wesentliche Aktivitäten des täglichen Lebens auszuführen einschränkt und welche durch die wirtschaftliche und soziale Umwelt verursacht oder verschärft werden kann. Der Ausschuss ist deshalb der Ansicht, dass die Prüfung der Mitteilung nicht nach Artikel 1 des Fakultativprotokolls ausgeschlossen ist.

6.4
Der Ausschuss nimmt das Vorbringen des Vertragsstaates zur Kenntnis, dass der Versetzungsantrag der Urheberin aufgrund eines Überschusses von Angestellten in der in Frage stehenden Geschäftsstelle und nicht aufgrund von irgendeiner Behinderung abgelehnt worden und ihre Mitteilung deshalb nicht begründet sei. Der Ausschuss merkt an, dass sich die Zurückstufungspolitik der Bank auf alle Angestellten bezog, die mehr als drei Monate im Krankenstand waren, unabhängig von ihrem Grund. Er nimmt ferner das Vorbringen des Vertragsstaates zur Kenntnis, dass die Versetzungsverweigerung und die Zurückstufungspolitik der Bank angewandt wurden, um ein Gleichgewicht bei der Anzahl des Personals zwischen den Geschäftsstellen aufrecht zu halten. Der Ausschuss vertritt die Ansicht, dass sich Diskriminierung aus der diskriminierenden Wirkung einer Vorschrift oder Maßnahme ergeben kann, die ihrem Anschein nach neutral oder ohne die Absicht zu diskriminieren ist, die sich aber unverhältnismäßig stark auf Menschen mit Behinderung auswirkt. Der Ausschuss vertritt folglich die Ansicht, dass die entscheidende Frage lautet, ob die Geschäftspolitik der Bank durch das Vorschreiben der Zurückstufung von Personen mit mehr als 90 Krankheitstagen unverhältnismäßig negative Auswirkungen auf die Urheberin hatte und entscheidet, dass er nicht gemäß Artikel 2 lit. e des Fakultativprotokolls daran gehindert ist, die Mitteilung zu prüfen.

6.5
Der Ausschuss nimmt den Einwand des Vertragsstaates zu Kenntnis, dass die Urheberin den innerstaatlichen Rechtsweg nicht erschöpft habe, weil sie vor den nationalen Gerichten nicht geltend gemacht habe, dass ihre Zurückstufung im Zusammenhang mit einer Behinderung stand. Der Ausschuss nimmt zur Kenntnis, dass die Urheberin Beschwerde vor dem Obersten Arbeitsgericht eingelegt hat, in der sie Ansprüche aus dem Übereinkommen geltend machte, und dass die Beschwerde ohne Prüfung der

Begründetheit abgelehnt wurde, weil die Beschwerdeführerin nicht, wie gesetzlich vorgeschrieben, durch einen Anwalt vertreten wurde. Der Ausschuss stellt ferner fest, dass nachdem der Antrag der Urheberin auf Prozesskostenhilfe durch die Defensoria Pública wegen mangelnder Begründetheit abgelehnt worden war, die Urheberin einen Anwalt eingeschaltet hat, der es ablehnte sie zu vertreten. Allerdings hat die Urheberin nicht schlüssig begründet, dass ihr keine anderen Möglichkeiten der rechtlichen Vertretung offen standen. Unter diesen Umständen stellt der Ausschuss fest, dass er gemäß Artikel 2 lit. d des Fakultativprotokolls daran gehindert ist, die Mitteilung zu prüfen.

7.
Der Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen entscheidet deshalb:

(a) Dass die Mitteilung nach Artikel 2 lit. d des Zusatzprotokolls unzulässig ist;
(b) Dass diese Entscheidung dem Vertragsstaat und der Urheberin mitgeteilt wird.

Bearbeitung und Übersetzung:
Alina Prechtl, Regensburg

Besprechungen

William A. Schabas: *The European Convention on Human Rights. A Commentary,* Oxford University Press, Oxford, 2015, 1308 S.

Kommentare gelten nicht ganz zu Unrecht als eine typisch deutsche juristische Literaturgattung. Dessen ungeachtet hat Oxford University Press, einer der renommiertesten englischsprachigen Verlage, dieses Format für sich entdeckt. Dabei dürfte es kein Zufall sein, dass viele Produkte jener „grauen Reihe" deutsche Herausgeber haben, man denke nur an die Kommentare zur UN-Charta oder zum IGH-Statut. Mit dem von William *Schabas* verantworteten Kommentar zur EMRK liegt nun ein Werk vor, das ausschließlich von einem Autoren des angloamerikanischen Rechtskreises verantwortet wird – wie noch zu zeigen sein wird, durchaus mit Auswirkungen in der Sache. *Schabas* selbst ist von seiner Nationalität her Kanadier, lehrt aber an der Middlesex University London und ist bislang vor allem in den Bereichen Völkerstrafrecht und Todesstrafe prominent in Erscheinung getreten. Dass er sich als Alleinautor eine Kommentierung der EMRK zugemutet hat, nötigt schon für sich genommen Respekt ab, ist doch die Rechtsprechung des EGMR mittlerweile derart umfangreich und zugleich ausdifferenziert, dass es einer wahrhaft herkulischen Aufgabe gleichkommt, den Stand der Rechtsprechung zu dokumentieren. Die Verzögerungen in der Fertigstellung des Kommentars, von denen *Schabas* im Vorwort schreibt, können daher nicht verwundern.

Der Kommentar hat einen Umfang von über 1200 Seiten, hinzu kommen noch die im angloamerikanischen Raum üblichen Tables of Cases und Legislation, die weitere 100 Seiten umfassen. Die Kommentierung berücksichtigt neben dem derzeitigen Rechtszustand auch die noch nicht in Kraft getretenen Protokolle Nr. 15 und 16. Im Fall des Protokolls Nr. 15, bei dem es sich um ein Änderungsprotokoll handelt, führt das dazu, dass die zu ändernden Teile der EMRK durch graue Unterlegung kenntlich gemacht werden (z.B. der neue Absatz in der Präambel zur EMRK).

Das Werk beginnt mit einer lesenswerten Einleitung, die den historischen Entstehungsprozess der EMRK ebenso kenntnisreich wiedergibt wie die Verabschiedung der späteren (Zusatz-)Protokolle. Der Abschnitt über „unfinished business", also über Reformvorschläge, die nicht verwirklicht wurden, hält manch neue Information selbst für den bereit, der sich schon seit längerem mit der EMRK befasst. Die Darstellung der verfahrensrechtlichen Änderungsprotokolle erfolgt kompakt, aber prägnant.

Für den Umgang mit der EMRK zentral sind die Ausführungen zur Auslegung („Interpretation of the Convention"). Auch dieser Teil liest sich interessant, allerdings sind hier nach Auffassung des Rezensenten schon eher einige Fragezeichen angebracht. *Schabas* beginnt zunächst – völlig berechtigt – mit den Bestimmungen der Wiener Vertragsrechtskonvention (Art. 31–33 WVK). Der EGMR selbst nimmt bekanntlich immer wieder hierauf Bezug, auch wenn die EMRK vor der WVK entstanden ist, doch gibt die WVK insofern lediglich präexistentes Völkergewohnheitsrecht wieder. Problematisch ist aus Sicht des Rezensenten, wenn *Schabas* Verweise des EGMR auf „general international law" und auf ius cogens so dar-

Archiv des Völkerrechts, Bd. 54, S. 228–232 DOI 10.1628/000389216X14767803976823
ISSN 0003-892X © Mohr Siebeck 2016

stellt, als handele es sich dabei um eigenständige Kategorien von Völkerrechtsquellen. Das erscheint als ein allzu striktes Abstellen auf den Wortlaut der Judikate, die hier doch wohl nichts anderes kennzeichnen wollen als Völkergewohnheitsrecht.

Nicht vollständig zu überzeugen vermag aus Sicht des Rezensenten auch der Abschnitt über die dynamische Auslegung. Nicht thematisiert wird der „European consensus", durch den der Gerichtshof heutzutage die dynamische Auslegung zu legitimieren sucht. Man mag einwenden, dass dieses Schlagwort (erst) im Zusammenhang mit der margin of appreciation Bedeutung gewinnt. Das trifft durchaus zu, doch sucht man es auch in diesem Abschnitt (fast) vergebens. Jedenfalls fehlen vertiefte Ausführungen zu einem Phänomen, das die heutige Rechtsprechung des EGMR dominiert und auch in der Literatur (nicht nur der deutschsprachigen!) einen starken Widerhall gefunden hat. Hinzu kommt, dass die Margin of appreciation-Doktrin nicht in dem Einführungsteil, sondern bei der Präambel kommentiert wird. Das ist vor dem Hintergrund des Protokolls Nr. 15 verständlich, reißt aber an sich Zusammengehörendes auseinander.

Die Kommentierung der materiell-rechtlichen Vorschriften ist nach einem einheitlichen Schema aufgebaut. Nach den „Introductory Comments" folgt ein Abschnitt zum „Drafting of the provision", hieran schließt sich die eigentliche Kommentierung („Analysis and interpretation") an. Die eingehende Darstellung der Entstehungsgeschichte – zumal an so prominenter Stelle zu Beginn der jeweiligen Kommentierung – ist unter Auslegungsgesichtspunkten eher überraschend, zählen doch die travaux préparatoires im Völkerrecht zu den subsidiären Auslegungsmitteln (Art. 32 WVK). Zudem sieht sich der EGMR gerade nicht der historischen Perspektive verpflichtet, sondern legt die EMRK im Lichte der „present day conditions" dynamisch aus. Wenngleich also dieser Aufbau gewissen Bedenken begegnet, so liefert doch der gesonderte Abschnitt zur Entstehungsgeschichte der einzelnen Vorschrift durchaus interessante und wertvolle Informationen.

Nach der eigentlichen Kommentierung folgen wiederum standardmäßig zwei weitere Abschnitte: einer zur „Discrimination" und ein weiterer zu „Reservations". Der Abschnitt zur Diskriminierung erklärt sich aus der akzessorischen Natur des Art. 14 EMRK, der stets nur in Verbindung mit einem anderen einschlägigen Konventionsrecht geltend gemacht werden kann. Die Entscheidung, die Art. 14–Kommentierung an das jeweilige Sachrecht anzugliedern und nicht gesondert bei Art. 14 EMRK selbst nachzuliefern, erscheint einerseits durchaus sinnvoll. Die Beschwerdeführer in Straßburg rügen häufig neben dem eigentlichen Sachrecht zugleich eine unzulässige Diskriminierung. Auch liegt ein enger inhaltlicher Bezug zum jeweils einschlägigen Sachrecht vor. Andererseits birgt die systematische Erfassung des Diskriminierungsaspekts die Gefahr einer gewissen Fehlgewichtung. So umfasst beispielsweise die Kommentierung zu Art. 13 EMRK zwei Druckseiten, während die Kommentierung zu Art. 14 i.V.m. Art. 13 EMRK nahezu denselben Umfang aufweist. Die Diskriminierung erscheint hier im Verhältnis zur eigentlichen Kommentierung überbewertet. Die systematische Erfassung der zu einzelnen Artikeln erklärten Vorbehalte erscheint interessant, auch wenn den Vorbehalten in der Praxis des EGMR eine relativ geringe Bedeutung zukommt.

Betrachtet man die eigentlichen sachrechtlichen Kommentierungen, so fällt zweierlei auf: *Schabas* arbeitet sehr viel mit wörtlichen Zitaten. Damit korrespondiert, dass der Fußnotenapparat nahezu ausschließlich aus Rechtsprechungsnachweisen besteht. Diese Vorgehensweise schlägt sich auch im Duktus der Kommentierung nieder: *Schabas* versteht sich offenbar eher als ein „Dokumentator" denn als ein Kommentator der EGMR-Rechtsprechung. Streitstände werden nicht als solche dargestellt, sind darüber hinaus – und das erscheint problematisch – auch

über den Fußnotenapparat nicht oder jedenfalls kaum erschlossen. Hierzu folgende Beispiele:

Unter dem Aspekt der Anwendbarkeit der Konvention ratione loci (Art. 1 EMRK) stellt *Schabas* – selbstverständlich – auf die Banković-Rechtsprechung des EGMR ab. Der EGMR ist für diese Rechtsprechung stark kritisiert worden, unter anderem wegen des Arguments vom europäischen „espace juridique" (S. 104). In der Kommentierung wird dies ohne jede Wertung wiedergegeben. Nicht herausgearbeitet wird, dass der EGMR in der Folgerechtsprechung zu Banković die Grundregel von der rein territorialen Anwendbarkeit der EMRK mit so vielen Ausnahmen versehen hat, dass die Regel mittlerweile durchlöchert ist wie ein Schweizer Käse. *Schabas* hingegen versucht die Ausnahmen durch Fallgruppenbildung in den Griff zu bekommen („State agent authority and control", „effective controle over an area" usw.). Das entspricht zwar dem angloamerikanischen Ansatz des distinguishing und entspricht gewiss am ehesten der offiziellen Sichtweise des EGMR. *Schabas* vermeidet es aber konsequent, Widersprüche oder Friktionen in der Rechtsprechung als solche zu benennen. Die Verweise auf Sekundärliteratur sind in den Fußnoten, wie angedeutet, äußerst spärlich, lediglich am Ende der Kommentierung gibt es Hinweise auf weiterführende Literatur, in der man Beiträge (auch) zum Problem der territorialen Anwendbarkeit der Konvention findet. Der Leser ist hierdurch aber letztlich gezwungen, sich den Streitstand selbst zu erarbeiten.

Ein anderes Beispiel, ebenfalls zu Art. 1 EMRK: In Fällen, in denen es um die Umsetzung von Europäischem Unionsrecht durch die Konventionsstaaten geht, steht der EGMR auf dem Standpunkt, dass sich diese nicht durch die Übertragung von Hoheitsrechten ihren Verpflichtungen aus der EMRK entziehen könnten (Fälle Matthews und Bosphorus). Mit Blick auf die UN-mandatierten Einsätze im Kosovo hingegen rechnete der EGMR das beschwerdegegenständliche Verhalten ausschließlich den Vereinten Nationen (und nicht den Konventionsstaaten) zu und gelangte so zur Unzulässigkeit der Beschwerde ratione personae (Fall Behrami und Saramati). Auch hier werden die unterschiedlichen Rechtsprechungslinien wertungsfrei nebeneinandergestellt (S. 106). Im Fall Behrami und Saramati erfolgen immerhin einmal etwas umfangreichere Literaturnachweise (Fn. 172). Letztlich belässt es *Schabas* aber wiederum mit der Fallgruppenbildung, ohne in der Sache Stellung zu beziehen.

Aus dem institutionellen Teil interessieren vor allem die Kommentierungen der Art. 41 und 46 EMRK. Diese bilden (zusammen mit Art. 35 EMRK) das Rückgrat des Konventionsmechanismus und sollen hier deshalb ebenfalls näher betrachtet werden. Eine Kommentierung des Art. 41 EMRK stellt den jeweiligen Bearbeiter stets vor besondere Herausforderungen, denn der EGMR gewährt Entschädigung bekanntlich nach Billigkeitsgesichtspunkten, was die systematische Erfassung erschwert. Andererseits ist aber auch bekannt, dass innerhalb des EGMR Listen existieren, an denen sich der Gerichtshof orientiert. Die Erwartung, dass *Schabas* dem Leser das case-law zur gerechten Entschädigung systematisch erschlösse, wird indes im Wesentlichen enttäuscht. Die Kommentierung ist mit zehn Seiten (allein vier davon zur Entstehungsgeschichte) äußerst knapp. Literarische Versuche, die unübersichtliche EGMR-Rechtsprechung systematisch zu erfassen, existieren durchaus, beispielsweise in Gestalt des 2012 bei De Gruyter erschienenen 900seitigen Werks „Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights". Hieran hätte sich die Kommentierung orientieren können – das genannte Werk erscheint indes nicht einmal in den weiterführenden Literaturhinweisen. So fällt der Ertrag eher ernüchternd aus.

Ähnlich enttäuscht wird der Leser bei der Lektüre der Kommentierung zu Art. 46 EMRK. Die Darstellung ist relativ unübersichtlich, *Schabas* beginnt mit dem Staatenbeschwerdeverfahren Zypern gegen die Türkei, welches in vielerlei Hinsicht eine Besonderheit darstellt. Die Anordnung konkreter Einzelmaßnahmen (Assanidze-Rechtsprechung) wird zwar erwähnt, hätte aber aus Sicht des Rezensenten einen eigenständigen Abschnitt verdient. Gleiches gilt für die Piloturteilstechnik, die in zwei Absätzen unter bloßer Wiedergabe des Art. 61 VerfO-EGMR erläutert wird. Das ist angesichts der Vielgestaltigkeit, die Piloturteile in der Rechtsprechungspraxis des EGMR mittlerweile erfahren haben (Urteile der Großen Kammer oder einer einfachen Kammer; Anordnung der Abhilfemaßnahmen im Urteilstenor oder als bloße Empfehlung in den Urteilsgründen; Anordnung von Fristen für Abhilfemaßnahmen; differenzierter Umgang mit den Parallelfällen) deutlich zu wenig. Die Darstellung von Philip Leach in dem 2013 bei Cambridge University Press erschienenen Buch „Constituting Europe" ist insoweit wesentlich erhellender. Zudem hätte es aus Sicht des Rezensenten nahe gelegen, an dieser Stelle auf die aktuelle Diskussion um die demokratische Legitimation des EGMR einzugehen, da Piloturteile typischerweise Änderungsaufträge an die Adresse des Gesetzgebers enthalten. Im Falle des Vereinigten Königreichs hat sich diese Debatte u.a. an dem Fall Greens und M.T. entzündet, in dem der pauschale Wahlrechtsausschluss von Strafgefangenen vom Gerichtshof für konventionswidrig befunden wurde. Dass dieser Fall in der gesamten Kommentierung nicht auftaucht, muss dann doch einigermaßen verwundern – zumal bei einem im Vereinigten Königreich erschienenen Kommentar. Der Fairness halber sei hinzugefügt, dass die Vorgängerentscheidung Hirst No. 2 in der Kommentierung zu Art. 3 des 1. ZP-EMRK Erwähnung findet, auch hier wird allerdings nicht der Zusammenhang mit der Legitimationsdebatte hergestellt.

Eines der politisch brisanten Themen war und ist der Beitritt der EU zur EMRK. Aus Konventionssicht sind seit dem Inkrafttreten des Protokolls Nr. 14 die Weichen hierfür gestellt, denn der neu eingefügte Art. 59 Abs. 2 EMRK ermöglicht es der Union, der EMRK beizutreten, ohne zugleich dem Europarat angehören zu müssen. Die diesbezügliche Kommentierung nimmt eineinhalb Seiten ein, Teile davon sind dem Ist-Zustand (d.h. der Bosphorus-Rechtsprechung) gewidmet. Die mit dem EU-Beitritt verbundenen Probleme werden benannt (eigenständiger Unions-Richter, Mitwirkung der Union bei der Urteilsüberwachung im Ministerkomitee, Ausschluss der Staatenbeschwerde wegen Art. 344 AEUV usw.), allerdings ohne auf die im ausgehandelten Beitrittsabkommen gefundenen Lösungen einzugehen. Überhaupt verweist *Schabas* (lediglich) auf den Abkommensentwurf von 2011, dieser wurde dann allerdings noch einmal neu verhandelt, bis im Jahr 2013 der letztgültige Entwurf des CDDH vorlag. Dass der EuGH im Dezember 2014 diesen Abkommensentwurf aus unionsrechtlicher Sicht verworfen hat, erfährt der Leser nicht, obgleich laut Vorwort die Rechtsprechung bis Ende Dezember 2014 berücksichtigt ist. Gewiss, bei dem EuGH-Gutachten handelt es sich um ein Judikat zum Unionsrecht, doch ist dieses derart eng mit Art. 59 Abs. 2 EMRK verbunden, dass die Nichterwähnung aus Sicht des Rezensenten nur schwer nachzuvollziehen ist.

Was bleibt als Fazit? Der Kommentar ist hilfreich für denjenigen, der sich über die Rechtsprechung des EGMR informieren möchte. Den Überblick über die jeweilige Rechtsprechung zu verschaffen, ist zweifellos eine wichtige Aufgabe von Kommentaren. Jedenfalls aus der Sicht eines deutschen Rechtsanwenders sollten sich Großkommentare – und hierzu sind die bei OUP erschienenen Kommentare doch wohl zweifellos zu rechnen – jedoch darin nicht erschöpfen. Ein deutscher Leser erwartet zugleich eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der referierten

Rechtsprechung sowie eine Erschließung der Sekundärliteratur. Diese zweite Aufgabe erfüllt der Kommentar von *Schabas* in weiten Teilen nicht. Das mag mit unterschiedlichen kulturellen Prägungen zusammenhängen – für den im common law praktizierenden Rechtsanwender ist die Arbeit mit Nuancierungen in der Urteilsformulierung und die Bildung von Fallgruppen zum Zweck des distinguishing vermutlich wichtiger als für den Juristen kontinentaleuropäischer Prägung. Ob dieser Umstand allein ausreicht, um die Herangehensweise von *Schabas* zu erklären, muss aus Sicht des Rezensenten letztlich offen bleiben.

Prof. Dr. *Marten Breuer*, Universität Konstanz

Başak Çali, *The Authority of International Law: Obedience, Respect, and Rebuttal*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 203 S.

Başak Çalı greift in ihrem Buch mit der Geltungskraft völkerrechtlicher Normen im innerstaatlichen Bereich („authority of international law over domestic state officials", S. 12) eine seit langem diskutierte und grundlegende Frage auf. Neue Aktualität gewinnt sie in den Augen der *Autorin* insbesondere durch den Fall Hirst und die politischen Reaktionen auf das Urteil des EGMR (Große Kammer, Urt. v. 6.10.2005, Hirst ./. Vereinigtes Königreich [Nr. 2], Beschw. Nr. 74025/01, RJD 2005-IX; dazu S. 1 ff.).

Als Hauptthese entwickelt *Çalı* ein Verständnis von der Geltungskraft des Völkerrechts, das sich aus zwei Elementen zusammensetzt. Zum einen soll eine vorläufige Pflicht staatlicher Funktionsträger zur minimalen Beachtung des Völkerrechts („prima facie duty of minimal deference to international law", S. 10 et passim) bestehen, zum anderen soll die Geltungskraft völkerrechtlicher Normen nach der Normstruktur differenziert sein („authority structures", S. 11). Die *Verfasserin* nimmt für sich in Anspruch, damit eine neue Erklärung der Geltungskraft des Völkerrechts im innerstaatlichen Bereich erarbeitet zu haben, das nicht an den formalen Staatenkonsens, die Staatenpraxis oder das innerstaatliche Verfassungsrecht geknüpft ist. Damit will sie die Geltungskraft des Völkerrechts gegenüber Argumenten verteidigen, die sich begrifflich aus der Souveränität der Staaten ableiten lassen oder sich auf das relative Legitimitätsdefizit des Völkerrechts gegenüber der innerstaatlichen Demokratie stützen. Die Geltungskraft einer bestimmten völkerrechtlichen Norm definiert *Çalı* dabei als die Fähigkeit dieser Norm, staatlichen Funktionsträgern Pflichten aufzuerlegen oder Kompetenzen einzuräumen (S. 11).

Im Einzelnen geht *Çalı* in fünf Schritten vor, denen jeweils ein Kapitel gewidmet ist. Das erste Kapitel (S. 21 ff.) versichert sich des Stands der Forschung zu Geltungskraft und Legitimität des Völkerrechts. Dabei geht es *Çalı* nicht darum, die vorgefundenen Positionen zu widerlegen, sondern ihre Implikationen für die Frage nach der Geltungskraft des Völkerrechts auszuloten. Aus traditioneller Sicht ist Çalı zufolge der Konsens der Staaten Grundlage der Bindungswirkung des Völkerrechts. Eine völkerrechtliche Norm sei danach entweder bindend oder nicht, die Geltungskraft also ein absoluter, kein relativer Begriff und zugleich unabhängig vom innerstaatlichen Verfassungsrecht. Einen Vorzug der traditionellen Sicht sieht *Çalı* darin, dass sie neutral sei, das Völkerecht also nicht an ein vorgegebenes Wertesystem knüpfe, sondern allein formal an die Verpflichtungswirkung des Konsenses. Dieser Sichtweise stellt *Çalı* konstitutionelle und pluralistische Perspektiven gegenüber (S. 33 ff.). Die konstitutionelle Sichtweise betrachte das Völkerrecht als eine Rechtsordnung, in der bestimmte Normen Geltungskraft un-

Archiv des Völkerrechts, Bd. 54, S. 232–235 DOI 10.1628/000389216X14767803976869
ISSN 0003-892X © Mohr Siebeck 2016

Rechtsprechung sowie eine Erschließung der Sekundärliteratur. Diese zweite Aufgabe erfüllt der Kommentar von *Schabas* in weiten Teilen nicht. Das mag mit unterschiedlichen kulturellen Prägungen zusammenhängen – für den im common law praktizierenden Rechtsanwender ist die Arbeit mit Nuancierungen in der Urteilsformulierung und die Bildung von Fallgruppen zum Zweck des distinguishing vermutlich wichtiger als für den Juristen kontinentaleuropäischer Prägung. Ob dieser Umstand allein ausreicht, um die Herangehensweise von *Schabas* zu erklären, muss aus Sicht des Rezensenten letztlich offen bleiben.

Prof. Dr. *Marten Breuer*, Universität Konstanz

Başak Çali, *The Authority of International Law: Obedience, Respect, and Rebuttal*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 203 S.

Başak Çalı greift in ihrem Buch mit der Geltungskraft völkerrechtlicher Normen im innerstaatlichen Bereich („authority of international law over domestic state officials", S. 12) eine seit langem diskutierte und grundlegende Frage auf. Neue Aktualität gewinnt sie in den Augen der *Autorin* insbesondere durch den Fall Hirst und die politischen Reaktionen auf das Urteil des EGMR (Große Kammer, Urt. v. 6.10.2005, Hirst ./. Vereinigtes Königreich [Nr. 2], Beschw. Nr. 74025/01, RJD 2005-IX; dazu S. 1 ff.).

Als Hauptthese entwickelt *Çalı* ein Verständnis von der Geltungskraft des Völkerrechts, das sich aus zwei Elementen zusammensetzt. Zum einen soll eine vorläufige Pflicht staatlicher Funktionsträger zur minimalen Beachtung des Völkerrechts („prima facie duty of minimal deference to international law", S. 10 et passim) bestehen, zum anderen soll die Geltungskraft völkerrechtlicher Normen nach der Normstruktur differenziert sein („authority structures", S. 11). Die *Verfasserin* nimmt für sich in Anspruch, damit eine neue Erklärung der Geltungskraft des Völkerrechts im innerstaatlichen Bereich erarbeitet zu haben, das nicht an den formalen Staatenkonsens, die Staatenpraxis oder das innerstaatliche Verfassungsrecht geknüpft ist. Damit will sie die Geltungskraft des Völkerrechts gegenüber Argumenten verteidigen, die sich begrifflich aus der Souveränität der Staaten ableiten lassen oder sich auf das relative Legitimitätsdefizit des Völkerrechts gegenüber der innerstaatlichen Demokratie stützen. Die Geltungskraft einer bestimmten völkerrechtlichen Norm definiert *Çalı* dabei als die Fähigkeit dieser Norm, staatlichen Funktionsträgern Pflichten aufzuerlegen oder Kompetenzen einzuräumen (S. 11).

Im Einzelnen geht *Çalı* in fünf Schritten vor, denen jeweils ein Kapitel gewidmet ist. Das erste Kapitel (S. 21 ff.) versichert sich des Stands der Forschung zu Geltungskraft und Legitimität des Völkerrechts. Dabei geht es *Çalı* nicht darum, die vorgefundenen Positionen zu widerlegen, sondern ihre Implikationen für die Frage nach der Geltungskraft des Völkerrechts auszuloten. Aus traditioneller Sicht ist Çalı zufolge der Konsens der Staaten Grundlage der Bindungswirkung des Völkerrechts. Eine völkerrechtliche Norm sei danach entweder bindend oder nicht, die Geltungskraft also ein absoluter, kein relativer Begriff und zugleich unabhängig vom innerstaatlichen Verfassungsrecht. Einen Vorzug der traditionellen Sicht sieht *Çalı* darin, dass sie neutral sei, das Völkerecht also nicht an ein vorgegebenes Wertesystem knüpfe, sondern allein formal an die Verpflichtungswirkung des Konsenses. Dieser Sichtweise stellt *Çalı* konstitutionelle und pluralistische Perspektiven gegenüber (S. 33 ff.). Die konstitutionelle Sichtweise betrachte das Völkerrecht als eine Rechtsordnung, in der bestimmte Normen Geltungskraft un-

Archiv des Völkerrechts, Bd. 54, S. 232–235 DOI 10.1628/000389216X14767803976869
ISSN 0003-892X © Mohr Siebeck 2016

abhängig vom Konsens der Staaten beanspruchen könnten. Der als Gegenstück zum Konstitutionalismus präsentierte Pluralismus relativiere ebenfalls das Konsenserfordernis und auch die Geltungskraft. Eine grundlegendere Völkerrechtskritik formulierten Goldsmith und Posner. Ihrem Buch „The Limits of International Law", in dem das Völkerrecht als bloßes Epiphänomen des Staateninteresses vorgestellt wird und keine eigenständige Geltungskraft beanspruchen kann, ist ein eigener Abschnitt gewidmet (S. 42 ff.). Schließlich fasst *Çalı* Einwände zusammen, die vor allem in der politischen Theorie gegen die Geltungskraft des Völkerrechts formuliert worden sind und maßgeblich die mangelnde demokratische Legitimation des Völkerrechts betreffen (S. 44 ff.). Gemeinsames Merkmal der herkömmlichen Sichtweise und ihrer Kritiker sei, dass sie die Geltungskraft des Völkerrechts generell und nicht differenziert beurteilten.

Das 2. Kapitel (S. 49 ff.) entfaltet die Hauptthese des Buchs. Dazu legt *Çalı* zunächst dar, warum es das Verständnis der Geltungskraft völkerrechtlicher Normen aus ihrer Sicht unnötig erschwert, wenn man bei den Diskussionen um die Geltungskraft innerstaatlichen Rechts in politischer Theorie und Rechtstheorie ansetzt. Die *Autorin* geht auf Austins „command theory", Harts an ein System von primären und sekundären Regeln geknüpftes Verständnis und Raz' „pre-emption thesis" sowie auf den Zusammenhang zwischen Geltungskraft des Rechts und Freiheit des Individuums ein. Alle diese Theorien stellten für die Geltungskraft des Rechts Voraussetzungen auf, die das Völkerrecht nicht erfüllen könne. *Çalı* zielt daher auf einen davon unabhängigen Ansatz, eine „thin, conceptual theory" (S. 50), die mit verschiedenen normativen Theorien des Völkerrechts zu vereinbaren sein soll. Zur Entfaltung ihres Ansatzes analysiert *Çalı* zunächst die Bedeutung des Staatenkonsenses (S. 61 ff.). Konsens sei keine notwendige Bedingung der Geltungskraft, wie insbesondere eine Analyse des Völkergewohnheitsrechts zeigen soll. Wichtiger für die weitere Argumentation ist die Aussage, dass der Konsens auch keine hinreichende Bedingung für die Geltungskraft bilde, weil die Geltungskraft weiter zu differenzieren sei. Die Struktur der Geltungskraft sei inhärent „relational" (S. 66): Beachtungspflichten für staatliche Funktionsträger könnten in verschiedener Stärken und Formen bestehen. Konkret unterscheidet *Çalı* die Verpflichtung zu Befolgung, Beachtung oder Widerlegung, von denen bereits der Untertitel des Buchs kündet (obedience, respect, or rebuttal).

Die *Verfasserin* setzt hier neu an und entwickelt den relationalen Begriff der Geltungskraft anhand der sozialen Ursprungssituation des Völkerrechts unter Bezugnahme auf Durkheim und Raz (S. 66 ff.). Diese Ursprungssituation sieht sie darin, dass das Völkerrecht Ausdruck der Zusammenarbeit zur Bewältigung gemeinsamer Risiken sei. Damit soll eine grundsätzliche Bereitschaft staatlicher Funktionsträger einhergehen, an völkerrechtlicher Rechtsetzung teilzunehmen und anschließend das Völkerrecht bei ihrem Handeln in Erwägung zu ziehen. Diese Haltung gegenüber dem Völkerrecht insgesamt weist *Çalı* nicht empirisch nach. Vielmehr wird sie „logisch" aus der Notwendigkeit der Staatenkooperation zur Verfolgung individueller Interessen und der Festsetzung gemeinsamer Standards abgeleitet. Zudem wird sie „historisch" damit belegt, dass jedenfalls keine klare Absicht vorherrsche, das Völkerrecht nicht zu beachten. Im nächsten Schritt führt die *Verfasserin* die graduell differenzierte Geltungskraft aus und unterscheidet drei Kategorien von Pflichten (S. 74 ff.). Starke Pflichten ließen den staatlichen Stellen keinen Spielraum. Dazu zähle etwa Art. 6 Abs. 5 IPbpR mit dem strikten Verbot der Verhängung der Todesstrafe für strafbare Handlungen, die von Jugendlichen unter 18 Jahren begangen worden sind, und dem Verbot der Vollstreckung der Todesstrafe an schwangeren Frauen. Schwache Pflichten wie etwa Art. 2 Abs. 3 der UNO-Charta über die friedliche Streitbeilegung enthielten mehr

eine Art Handlungsanleitung denn eine eigentliche Verpflichtung und seien durch Qualifikationen eingeschränkt. Widerlegliche Pflichten schließlich müssten sich gegenüber konkurrierenden und gleichermaßen wichtigen Werten im konkreten Fall durchsetzen. Das Gewaltverbot der UNO-Charta etwa kenne mit dem Selbstverteidigungsrecht eine explizit formulierte Gegenausnahme. Auch Art. XX GATT qualifiziere die Verpflichtungen aus dem GATT explizit als widerleglich. Die Widerlegbarkeit einer Pflicht könne sich aber auch implizit ergeben, so etwa beim Recht auf Selbstbestimmung, das durch Interessen des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit beschränkt werden könne. Widerlegliche Pflichten begründeten eine Rechtfertigungspflicht und erlaubten es, die Spannung zwischen demokratischer Selbstregierung und internationaler Governance auszutragen.

Das 3. Kapitel (S. 87 ff.) behandelt das Verhältnis innerstaatlicher politischer Organe zum Völkerrecht, diskutiert die Grundlage für eine „minimal duty of deference to international law" und verteidigt sie gegenüber der Kritik an der statischen und dynamischen Geltungskraft des Völkerrechts. Einwände ergäben sich zunächst aus einem traditionellen, absoluten Souveränitätsverständnis (S. 91 ff.), das aber Phänomene nicht erklären könne, in denen sich die gegenseitige Abhängigkeit der Staaten zeige. Qualifizierte Einwände leiteten sich aus einer restriktiven souveränitätsfreundlichen Interpretation des Völkerrechts und aus dem Argument der demokratischen Selbstbestimmung ab. Die Geltungskraft des Völkerrechts gegenüber den politischen Organen eines Staats sei zunächst dort infrage gestellt, wo das Völkerrecht Ausdruck struktureller Ungerechtigkeit und kolonialer Prägung ist oder demokratische Regierungen an die von diktatorischen Vorgängerregierungen eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen gebunden sein sollen. Einen Ausweg (S. 101 ff.) sieht *Çalı* darin, dass die differenzierte Geltungskraft den Staaten Spielräume lasse. Außerdem rekonstruiert sie die Konsensfindung als öffentliches Verfahren mit Beteiligungschancen („Treaty Negotiation as a Public and Participatory Process", S. 105). Den Einwand mangelnder demokratischer Legitimation des Völkerrechts versucht sie mit dem Hinweis auf das Ratifikationserfordernis, die Möglichkeit der Vertragsbeendigung und der Anbringung von Vertragsvorbehalten oder der Formulierung interpretativer Erklärungen zu relativieren. Selbst das Völkergewohnheitsrecht komme in einem langen, schwierigen und öffentlichen Prozess zustande und biete einzelnen Staaten die Chance, durch Akte politischen Ungehorsams auf seine Änderung hinzuwirken und dabei in einen öffentlichen Begründungsdiskurs zu treten. Eine weitere Herausforderung für die Geltungsbegründung bestehe dort, wo das Völkerrecht von internationalen Rechtsprechungsorganen dynamisch weiterentwickelt werde (S. 115 ff.). Hier seien Argumente zu unterscheiden, die sich aus souveränitätsfreundlicher Auslegung und demokratischer Selbstbestimmung ergäben. Die *Autorin* verweist darauf, dass die Staaten das Risiko der Weiterentwicklung bewusst einkalkulierten, wenn sie internationalen Rechtsprechungsorganen Hoheitsgewalt übertrügen. Zudem dokumentierten sie in der nachfolgenden Staatenpraxis fortbestehenden Konsens. Genauso aber könnten sie mit den ihnen zur Verfügung stehenden Reaktionsmöglichkeiten, die bis zum Austritt aus dem jeweiligen Vertragsregime reichten, Widerstand signalisieren.

Betraf das 3. Kapitel die innerstaatlichen politischen Organe, so widmet sich das 4. Kapitel (S. 129 ff.) der Geltungskraft des Völkerrechts vor innerstaatlichen Gerichten anhand einer Diskussion der klassischen Theorien des Monismus und des Dualismus. Diese Theorien seien in den existierenden Varianten, die im Einzelnen vorgestellt werden (S. 134 ff.), unbefriedigend, weil sie die verschiedenen Arten von „authority relationships" mit der Differenzierung von starken, schwachen und widerleglichen Pflichten nicht erfassen könnten. Gefordert sei vielmehr

ein reflexives Verständnis der Geltungskraft des Völkerrechts, das die verschiedenen Arten von starken, schwachen und widerlegbaren Pflichten berücksichtige (S. 146 ff.). Das 5. und letzte Kapitel (S. 159 ff.) bewertet schließlich die normativen und rechtspolitischen Auswirkungen des in dem Buch entwickelten Ansatzes. Im Selbstverständnis der *Autorin* schafft ihr Ansatz einerseits keine unrealistischen Erwartungen und lässt andererseits Raum für demokratische Selbstbestimmung.

Çalıs sehr gut lesbares Buch ist von grundsätzlicher Bedeutung, weil es einen Beitrag zu einer rechtstheoretisch informierten allgemeinen Völkerrechtslehre liefert. Die *Autorin* verlegt sich weder auf allzu kleinteiliges Spezialistentum in einem Teilgebiet des Völkerrechts noch auf allzu abstrakte Theorie. Völkerrechtler/-innen verschafft es eine gewisse Genugtuung, dass sie allzu pauschaler Kritik an dem Völkerrecht die differenzierten Antworten des positiven Rechts und der Völkerrechtslehre entgegenhält und selbst einen differenzierten Ansatz zur Geltungskraft des Völkerrechts entwickelt. Die eigentliche Innovation liegt denn auch nicht in der Ableitung der Geltungskraft des Völkerrechts aus der sozialen Ursprungssituation und damit aus der Notwendigkeit der Kooperation, sondern vielmehr in der Ausdifferenzierung der Geltungskraft als Verpflichtung zur Befolgung, Beachtung oder Widerlegung anhand der unterschiedlichen Normstruktur von starken, schwachen und widerleglichen Normen. Der geneigte Leser mag sich fragen, warum die *Autorin* nicht bereits im 1. Kapitel die grundlegenden Herausforderungen für die Geltungskraft des Völkerrechts durch die Critical Legal Studies in ihren verschiedenen Varianten und die Postcolonial Studies anspricht. Anders als die konstitutionelle und pluralistische Sichtweise und Goldsmith/Posner wird die Völkerrechtskritik aus der Warte der postkolonialen Theorien nur an relativ untergeordneter Stelle im 3. Kapitel behandelt. Die Implikationen von *Çalıs* Ansatz für völkerrechtliches soft law werden leider nicht erörtert, auch auf das Verhältnis ihres völkerrechtlichen Ansatzes zu einem alternativen transnationalen Rechtsverständnis geht die *Autorin* nicht ein. Innerhalb von *Çalıs* Ansatz wäre es gewiß gewinnbringend, widerlegliche Pflichten normstrukturell weiter zu differenzieren, etwa danach ob die Widerlegbarkeit an eine Verhältnismäßigkeitsprüfung (balancing) geknüpft ist wie bei Art. XX GATT oder nicht. Nach der Lektüre bleibt eine grundsätzliche Skepsis gegenüber *Çalıs* doch sehr affirmativer Behandlung der Öffentlichkeit und der Beteiligungsmöglichkeiten in den Verfahren der völkerrechtlichen Normerzeugung. Auch ihre These, dass widerlegliche Pflichten Raum für demokratische Selbstbestimmung böten, bedürfte der weiteren Vertiefung, ist doch entscheidend, wer – internationale Rechtsprechungsinstanzen oder innerstaatliche Organe – über die Voraussetzungen der Widerlegung entscheidet. Schließlich wird deutlich, wie vielschichtig der Begriff der authority of international law ist, betrifft er doch in *Çalıs* Darstellung zugleich den Geltungsgrund des Völkerrechts wie die Frage der innerstaatlichen Wirkung. Wer sich für diese Fragen interessiert, dem sei *Çalıs* Buch nachdrücklich empfohlen.

PD Dr. *Thomas Kleinlein*, Frankfurt am Main

Eirik Bjorge, *Domestic Application of the ECHR. Courts as Faithful Trustees*, Oxford University Press, Oxford, 2015, viii + 264 pp.

Das Buch von *Eirik Bjorge* benennt die ihm zugrunde liegende Fragestellung bereits im allerersten Satz: „what is the proper role of the domestic courts in the application of the European Convention on Human Rights (ECHR)?“ (S. 1). Die

Archiv des Völkerrechts, Bd. 54, S. 235–238 DOI 10.1628/000389216X14767803976904
ISSN 0003-892X © Mohr Siebeck 2016

ein reflexives Verständnis der Geltungskraft des Völkerrechts, das die verschiedenen Arten von starken, schwachen und widerlegbaren Pflichten berücksichtige (S. 146 ff.). Das 5. und letzte Kapitel (S. 159 ff.) bewertet schließlich die normativen und rechtspolitischen Auswirkungen des in dem Buch entwickelten Ansatzes. Im Selbstverständnis der *Autorin* schafft ihr Ansatz einerseits keine unrealistischen Erwartungen und lässt andererseits Raum für demokratische Selbstbestimmung.

Çalıs sehr gut lesbares Buch ist von grundsätzlicher Bedeutung, weil es einen Beitrag zu einer rechtstheoretisch informierten allgemeinen Völkerrechtslehre liefert. Die *Autorin* verlegt sich weder auf allzu kleinteiliges Spezialistentum in einem Teilgebiet des Völkerrechts noch auf allzu abstrakte Theorie. Völkerrechtler/-innen verschafft es eine gewisse Genugtuung, dass sie allzu pauschaler Kritik an dem Völkerrecht die differenzierten Antworten des positiven Rechts und der Völkerrechtslehre entgegenhält und selbst einen differenzierten Ansatz zur Geltungskraft des Völkerrechts entwickelt. Die eigentliche Innovation liegt denn auch nicht in der Ableitung der Geltungskraft des Völkerrechts aus der sozialen Ursprungssituation und damit aus der Notwendigkeit der Kooperation, sondern vielmehr in der Ausdifferenzierung der Geltungskraft als Verpflichtung zur Befolgung, Beachtung oder Widerlegung anhand der unterschiedlichen Normstruktur von starken, schwachen und widerleglichen Normen. Der geneigte Leser mag sich fragen, warum die *Autorin* nicht bereits im 1. Kapitel die grundlegenden Herausforderungen für die Geltungskraft des Völkerrechts durch die Critical Legal Studies in ihren verschiedenen Varianten und die Postcolonial Studies anspricht. Anders als die konstitutionelle und pluralistische Sichtweise und Goldsmith/Posner wird die Völkerrechtskritik aus der Warte der postkolonialen Theorien nur an relativ untergeordneter Stelle im 3. Kapitel behandelt. Die Implikationen von *Çalıs* Ansatz für völkerrechtliches soft law werden leider nicht erörtert, auch auf das Verhältnis ihres völkerrechtlichen Ansatzes zu einem alternativen transnationalen Rechtsverständnis geht die *Autorin* nicht ein. Innerhalb von *Çalıs* Ansatz wäre es gewiß gewinnbringend, widerlegliche Pflichten normstrukturell weiter zu differenzieren, etwa danach ob die Widerlegbarkeit an eine Verhältnismäßigkeitsprüfung (balancing) geknüpft ist wie bei Art. XX GATT oder nicht. Nach der Lektüre bleibt eine grundsätzliche Skepsis gegenüber *Çalıs* doch sehr affirmativer Behandlung der Öffentlichkeit und der Beteiligungsmöglichkeiten in den Verfahren der völkerrechtlichen Normerzeugung. Auch ihre These, dass widerlegliche Pflichten Raum für demokratische Selbstbestimmung böten, bedürfte der weiteren Vertiefung, ist doch entscheidend, wer – internationale Rechtsprechungsinstanzen oder innerstaatliche Organe – über die Voraussetzungen der Widerlegung entscheidet. Schließlich wird deutlich, wie vielschichtig der Begriff der authority of international law ist, betrifft er doch in *Çalıs* Darstellung zugleich den Geltungsgrund des Völkerrechts wie die Frage der innerstaatlichen Wirkung. Wer sich für diese Fragen interessiert, dem sei *Çalıs* Buch nachdrücklich empfohlen.

PD Dr. *Thomas Kleinlein*, Frankfurt am Main

Eirik Bjorge, *Domestic Application of the ECHR. Courts as Faithful Trustees*, Oxford University Press, Oxford, 2015, viii + 264 pp.

Das Buch von *Eirik Bjorge* benennt die ihm zugrunde liegende Fragestellung bereits im allerersten Satz: „what is the proper role of the domestic courts in the application of the European Convention on Human Rights (ECHR)?“ (S. 1). Die

Archiv des Völkerrechts, Bd. 54, S. 235–238 DOI 10.1628/000389216X14767803976904
ISSN 0003-892X © Mohr Siebeck 2016

Antwort darauf greift ein Diktum Hersch Lauterpachts (The Proposed European Court of Human Rights, Transactions of the Grotius Society 35 [1949], 25 [33]) auf, demzufolge die nationalen Gerichte der Europaratsstaaten als „faithful trustees" der Grundrechte fungierten (S. 1, 245); ihm verdankt sich auch der Untertitel des Buches.

Diese Charakterisierung erlaubt zwar eine erste Orientierung über die Rolle der nationalen Gerichte in Hinblick auf die EMRK, sagt aber noch wenig über deren genaueres Selbstverständnis und Aufgabenprofil aus. Um diese zu erschließen, identifiziert *Bjorge* gleich eingangs (S. 4) vier Ziele („aims"), denen er die nationalen Gerichte in der Anwendung der EMRK verpflichtet sieht und die er im Folgenden ausfaltet (S. 41 ff.). Dies ist zunächst der pacta sunt servanda-Grundsatz, wonach völkerrechtliche Verträge nach Treu und Glauben zu erfüllen sind (vgl. Art. 26 WVK), und sodann die Überzeugung der nationalen Gerichte, bei den Grundrechten handele es sich um ein überragendes Gut, das von der Rechtsordnung zu schützen sei. Dazu kommt drittens das, was der *Autor* „positive rights diversity" nennt. Damit ist die Vorstellung gemeint, die von der Konvention einerseits und vom nationalen Recht andererseits garantierten Grundrechte müssten sich nicht in jedem Fall decken. Die EMRK gestattet insofern eine Diversität im Grundrechtsschutz, freilich nicht im Sinne eines Zurückfallens des nationalen Schutzniveaus hinter das europäische, sondern im Sinne des Verständnisses der Konventionsgarantien als Mindeststandard, über den die nationalen Rechtsordnungen und Gerichte hinausgehen können (vgl. auch Art. 53 EMRK). Schließlich fühlten sich die nationalen Gerichte auch der Gewaltenteilung verpflichtet, wie sie in ihrer Verfassungsordnung jeweils ausgestaltet sei, und nähmen sich in der Ausübung ihrer richtlichen Funktion dementsprechend in gewissen Fallkonstellationen gegenüber den verfassungsmäßigen Aufgaben der Legislative und Exekutive zurück.

Dem von *Bjorge* vorgeschlagenen Quartett an Zielen kommt durchaus ein gewisser Erklärungswert zu, wie sich an den im Rahmen des Buches zahlreich vorgenommenen Fallanalysen immer wieder erweist, und hat vor allem das Verdienst, vor einer eindimensionalen oder unterkomplexen Betrachtung der Rolle der nationalen Gerichte in Bezug auf die EMRK zu warnen. Zu Recht weist der *Autor* darauf hin, dass hier sowohl eine extensive Auslegung der EMRK-Garantien im nationalen Recht begünstigende wie auch bremsende Faktoren am Werk sind. Allerdings wird weder die Vierzahl der Ziele erklärt noch ihr genauerer Status klargestellt. Von „aims" (S. 4, 66, 245) ist diesbezüglich ebenso die Rede wie von „normative assumptions" und „normative values" (S. 41).

Zugegebenermaßen folgt die Schwierigkeit, die Leitvorstellungen der nationalen Gerichte bei der Auslegung und Anwendung der EMRK im nationalen Recht angemessen zu konzeptualisieren, zu einem erheblichen Teil aus der unterschiedlichen Rolle, die die jeweilige Verfassungsordnung diesen Gerichten zuweist. Dies klingt namentlich beim letztgenannten Punkt der Gewaltenteilung an, und *Bjorge* ist sich der Bedeutung des „constitutional context in which the domestic courts operate" (S. 1) für die Beantwortung der von ihm gestellten Frage wohl bewusst.

Angesichts der Unmöglichkeit, den 47 Europaratsrechtsordnungen im Rahmen einer Monographie gebührend Rechnung zu tragen, entscheidet sich der *Autor* für drei Musterrechtsordnungen, an Hand derer er die Rolle der nationalen Gerichte in ihrem Verhältnis zur EMRK exemplarisch prüfen will: jene Deutschlands, Frankreichs und des Vereinigten Königreichs. Denn sie stellten nicht nur zentrale Mitglieder des Europarats dar, sondern repräsentierten auch die drei wichtigsten (Verwaltungs)Rechtskreise („traditional ‚groups' of European administrative law

traditions"; S. 7). Vorbereitet durch einen – etwas umfangreich ausgefallenen – Überblick (S. 68–130) über den Status der EMRK und der Rechtsprechung des Straßburger Gerichtshofes in den genannten drei Musterrechtsordnungen, zieht sich die Analyse der einschlägigen Judikatur der nationalen Höchstgerichte, und zwar nicht nur, wie vielleicht zu vermuten, der Verwaltungs- und Verfassungsgerichte, sondern begrüßenswerterweise auch der (Höchst)Gerichte in Zivil- und Strafsachen (z.B. BGH, Cour de cassation, High Court of Justice of England and Wales, Court of Appeal of England and Wales), durch das ganze Buch. Sie ist gründlich recherchiert und zeugt von hoher sprachlicher Sensibilität. Der Rechtsvergleich ist nicht nur sporadisch und ephemer, sondern alle drei Rechtsordnungen werden bei den diskutierten Sachthemen konsequent und weitgehend gleichgewichtig – in Hinblick auf die hauptsächliche Verankerung des *Autors* in Großbritannien nicht überraschend mit einem leichten Überhang zu Gunsten des englischen Rechts – herangezogen. Insofern profitiert die Leserin, der Leser auch von einer überaus nützlichen, neue und neueste Judikatur verarbeitende und anderswo in dieser Dichte nicht leicht auffindbaren (von Redundanzen indes nicht freien) Zusammenschau der EMRK-relevanten höchstgerichtlichen Judikatur in diesen drei Staaten.

Damit ist der eigentliche Kern des Buches angesprochen: Mit Hilfe des dargestellten Rüstzeugs widmet sich *Bjorge* vier zentralen Konzepten aus der Rechtsprechung des EGMR sowie dem Phänomen des Dialogs zwischen Straßburg einerseits und Karlsruhe, Paris und London andererseits (S. 13–40; 131–245). Gegenstand der Untersuchung ist zunächst der Umgang der nationalen Gerichte mit dem bereits im -Urteil vom 25.4.1979 (Beschwerde No. 5856/72, Tyrer/Vereinigtes Königreich, Rz. 31) entwickelten und seither in st. Rsp. judizierten „living instrument approach" des EGMR (S. 131 ff.), wobei die Analyse auf dem 2014 ebenfalls bei Oxford University Press verlegten Buch *Bjorges* zur „Evolutionary Interpretation of Treaties" aufbaut. Dem folgt die Betrachtung der Reaktionen der deutschen, englischen und französischen Gerichte auf die Straßburger Rechtsprechung zum Verhältnismäßigkeitsprinzip („proportionality"; S. 155 ff.), zum nationalen Beurteilungsspielraum („margin of appreciation"; S. 178 ff.) sowie zur autonomen Begriffsbildung in der Konvention (S. 202 ff.).

Besonders interessant ist der letzte Teil der Analyse, der sich mit dem Dialog der nationalen (Höchst)Gerichte und dem EGMR beschäftigt (S. 223–244). Der *Autor* zeichnet hier – zu Recht – das Bild eines im Großen und Ganzen harmonisierenden Zugangs der nationalen Gerichte zu den richterlichen Vorgaben aus Straßburg (vgl. S. 66: „the domestic courts […] go far in avoiding friction with the European Court"; S. 245), das freilich immer wieder von justiziellen Scharmützeln getrübt wird, die jedoch nach einer gewissen Zeit in aller Regel einer einvernehmlichen Lösung zugeführt werden (z.B. in Deutschland die Diskussion um die Sicherheitsverwahrung sowie den Abgleich von Meinungsfreiheit und Schutz der Privatsphäre in den Von Hannover-Fällen sowie in Großbritannien um das Wahlrecht von Strafgefangenen). Angesichts der im Rahmen der drei diskutierten Rechtsordnungen, aber auch darüber hinaus vielfach angestellten grundsätzlichen theoretischen Überlegungen zum Verhältnis und zur Aufgabenverteilung zwischen dem EGMR und den nationalen Gerichten hätten die Überlegungen an dieser Stelle noch weiter vertieft werden können. Im Rahmen der Standortbestimmung der nationalen Höchstgerichte zum EGMR, namentlich im Dialogkontext und angesichts der lebhaften Debatte um die Subsidiarität der EMRK, wäre auch die nach dem – freilich noch nicht in Kraft getretenen – 16. Zusatzprotokoll zur EMRK nunmehr vorgesehene Möglichkeit der Einholung von Gutachten des

EGMR durch die nationalen (Höchst)Gerichte in die Betrachtung fruchtbar einzubeziehen gewesen.

Positiv hervorzuheben ist, dass *Bjorge* dem eingangs erwähnten Lauterpacht-Zitat insofern umfassend Rechnung trägt, als dieser nicht nur von den nationalen Gerichten, sondern auch den nationalen Gesetzgebern als „faithful trustees" spricht. Die Frage des rechten Verhältnisses zwischen dem EGMR und den nationalen (Höchst)Gerichten, also im vertikalen Zusammenhang, ist von jener des angemessenen horizontalen Verhältnisses zwischen Legislative und Judikative nicht ablösbar (S. 245). Diesbezüglich kommt den nationalen Gerichten eine entscheidende Mittlerfunktion zu, und zwar nicht nur weil sie über das Individualbeschwerdeverfahren des Art. 34 EMRK unmittelbar mit dem Straßburger Gerichtshof verbunden – und mittlerweile vertraut – sind. Mit dem EGMR teilen sie darüber hinaus, handelt es sich doch allesamt um Gerichte, eine ähnliche Denk-, Begründungs- und Sprechweise. Auf der anderen Seite haben sie, wie der EGMR selbst in st. Rsp. anerkennt, ihm gegenüber einen entscheidenden Vorteil: „By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions" (Urt. v. 25.9.1996, Beschwerde No. 20.348/92, Buckley/Vereinigtes Königreich, Rz. 75).

Den nationalen Gerichten kommt, und hier kann man der Perspektivenwahl von *Bjorges* Buch nur zustimmen, im Verständnis der Wirkweise der EMRK als „constitutional instrument of European public order (ordre public)" entscheidende Bedeutung zu (EGMR, Urt. v. 23.3.1995, Beschwerde No. 15.318/89, Loizidou/Türkei (preliminary objections), Rz. 75). Die im Schrifttum oftmalig festzustellende Fokussierung der Analyse auf den Straßburger Gerichtshof verdeckt diese Bedeutung bisweilen. Insofern ist es das Verdienst des vorliegenden Buches, dieses zentrale Element ins Rampenlicht gerückt und für drei wichtige Rechtsordnungen durchbuchstabiert zu haben.

Ass.-Prof. Dr. *Andreas Th. Müller,* LL.M. (Yale), Innsbruck