



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

MENSCHENRECHTE – FÜR WEN?

STUDIUM GENERALE

HEIDELBERG
UNIVERSITY PUBLISHING

STUDIUM GENERALE
der Ruprecht-Karls-Universität
Heidelberg

Mitglieder der Rektorkommission Studium Generale

Prof. Dr. Òscar Loureda Lamas

Prorektor für Qualitätsentwicklung

Institut für Übersetzen und Dolmetschen (IÜD)

Prof. Dr. Cord Arendes

Historisches Seminar

Tobias Just

Marsilius-Kolleg

Prof. Dr. Andreas Kruse

Institut für Gerontologie

Prof. Dr. Annemarie Pucci

Kirchhoff-Institut für Physik

Prof. Dr. Gertrud Maria Rösch

Institut für Deutsch als Fremdsprachenphilologie

Prof. Dr. Sabine Strahl

Centre for Organismal Studies

Sammelband der Vorträge
des STUDIUM GENERALE
der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
Sommersemester 2017

Herausgegeben von der
Rektorkommission Studium Generale

Menschenrechte – für wen?

Herausgegeben von der
Rektoratskommission Studium Generale

Mit Beiträgen von
Martin Borowski,
Kerstin von Lingen,
Michael Windfuhr und
Matthias Koenig

HEIDELBERG
UNIVERSITY PUBLISHING

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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



Dieses Werk ist unter der Creative Commons-Lizenz 4.0 (CC BY-SA 4.0) veröffentlicht. Die Umschlaggestaltung unterliegt der Creative Commons-Lizenz CC BY-ND 4.0.

Die Online-Version dieser Publikation ist auf den Verlagswebseiten von HEIDELBERG UNIVERSITY PUBLISHING <http://heiup.uni-heidelberg.de> unter der Rubrik Campus Media dauerhaft frei verfügbar (open access).
doi: <https://doi.org/10.17885/heiup.studg.2019.1>

Umschlagabbildung: iStock/Meinzahn

Text © 2019. Das Copyright der Texte liegt beim jeweiligen Beitragsautor.

ISSN 2510-0254

eISSN 2511-4921

ISBN 978-3-947732-39-5 (Softcover)

ISBN 978-3-947732-38-8 (PDF)

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
<i>Martin Borowski</i> Menschenrechte und Grundrechte	11
<i>Kerstin von Lingen</i> Menschenrechte strafrechtlich schützen – eine historische Genese des Konzepts von <i>Crimes against Humanity</i>	41
<i>Michael Windfuhr</i> Bedeutungswandel der Menschenrechte: Anmerkungen und Beobachtungen zur Menschenrechtsarbeit angesichts aktueller Herausforderungen	69
<i>Matthias Koenig</i> Menschenrechte und religiöse Diversität	103

Vorwort

Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren. Sie sind mit Vernunft und Gewissen begabt und sollen einander im Geiste der Brüderlichkeit begegnen.

Artikel 1, Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen

Menschen haben Rechte – Menschenrechte. Sie wurden das erste Mal in der Geschichte der Menschheit in der **Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte** von der Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen formuliert und am 10.12.1948 von den Mitgliedsstaaten der Vereinten Nationen angenommen.

Die Entwicklung von Werten, ihre Umsetzung in Formulierungen und ihre Kodifizierung in Institutionen ist im Grunde ein erstaunlicher Prozess. Dass beispielsweise der Internationale Strafgerichtshof in Den Haag entstehen konnte, ist einem langen Entwicklungsprozess zu verdanken. Die Zahl der Mittel und Instrumente zum Schutz der Menschenrechte ist gewachsen, doch gleichzeitig zeigt ein genauerer Blick auch die Fragilität dieser Instrumente. Zivilgesellschaftliche Organisationen wie Amnesty International, mit deren Unterstützung auch die aktuelle Vortragsreihe entstanden ist, werden so schnell nicht überflüssig. Der tiefe Graben zwischen der Forderung der damals verabschiedeten Menschenrechtserklärung und der realen Situation in vielen Ländern bleibt bestehen und zeigt nicht nur Fortschritte, sondern oft auch Rückschritte. Die Durchsetzbarkeit der Menschenrechte hängt weiterhin vom politischen Willen und den realen Machtverhältnissen ab, und ihr Schutz ist nicht überall auf der Welt selbstverständlich.

Aus diesem Grund und angesichts einer sich zuspitzenden politischen Lage weltweit hat sich das Studium Generale in seiner Vortragsreihe des Sommersemesters 2017 dem Thema Menschenrechte verschrieben. Mit der Fragestellung **Menschenrechte – für wen?** wurden Vertreterinnen und Vertreter unterschiedlicher Disziplinen wie der Geschichte, der Rechtswissenschaften, der Politikwissenschaft oder der Soziologie eingeladen, um aus der Perspektive ihres Forschungsschwerpunktes das Thema auszuleuchten. All unseren Referenten möchten wir an dieser Stelle herzlich dafür danken, dass sie mit ihrem Beitrag die Vortragsreihe ermöglicht haben. Wir wollen Ihnen, liebe Leserinnen und Leser, auch mit diesem Sammelband wieder die Möglichkeit bieten, einige der Vorträge in der Zusammenschau noch einmal nachverfolgen und nachlesen zu können.

Als Auftakt und Einführung in die Fragestellung legt der Heidelberger Rechtswissenschaftler Martin Borowski dar, welche rechtlichen Instrumente und Institutionen zur Wahrung und Sicherung menschenrechtlicher Schutzgüter seit Mitte des 20. Jahrhunderts geschaffen wurden. Dabei nimmt er das nationale und das internationale Recht sowie das Recht der Europäischen Union in den Blick. Mit seinen Überlegungen zu den Eigenheiten von Menschenrechten und Grundrechten sowie dem Verhältnis beider zueinander berührt er die Frage, wie Recht überhaupt entsteht.

Die am Exzellenzcluster „Asia and Europe in a Global Context“ der Universität Heidelberg forschende Historikerin Kerstin von Lingen, die eine Nachwuchsgruppe zum Thema Kriegsverbrecherprozesse in Asien leitet, zeigt in ihrem Beitrag auf, wie eng verwoben die Debatte um Menschenrechte mit der Genese des sogenannten humanitären Kriegsvölkerrechts ist. Die technische Entwicklung, die nicht nur auf dem Schlachtfeld zu großen Verheerungen führte, ließ die Debatte um eine zivilisierte Kriegsführung entstehen und führt über diesen Weg zur Entstehung von Organisationen wie dem Roten Kreuz sowie zu Konventionen in Bezug auf die Menschenrechte.

Michael Windfuhr vom Deutschen Institut für Menschenrechte e.V. macht deutlich, wie bedeutsam die Menschenrechte auch gerade dann sind, wenn sie – wie derzeit in vielen Ländern zu beobachten – von autoritären Regimen missachtet werden und die Spielräume für zivilgesellschaftliche Akteure in vielen Ländern eine massive Eingrenzung erfahren. In seinem Beitrag zeigt er, dass gerade die aktuellen Herausforderungen immer wieder deutlich machen, wie

wichtig es ist, Menschenrechte stets aufs Neue durchzusetzen und zu erkämpfen, da sie ein Schutzinstrument für die Würde aller Menschen gegenüber dem übermächtigen Staat und anderer machtvoller Akteure sind.

Zum Abschluss dieses Bandes lenkt der Göttinger Soziologe Matthias König das Augenmerk auf die religiösen Aspekte des Themas. Er diskutiert in seinem Beitrag die Bedeutung internationaler Menschenrechtsregime für die Regulierung religiöser Diversität aus einer rechtssoziologischen Perspektive. Am Beispiel des europäischen Menschenrechtsregimes beleuchtet er Prozesse der rechtlichen Mobilisierung religiöser Minderheiten, Dynamiken der (Re-)Interpretation des Rechts auf Religionsfreiheit durch internationale Gerichte und die Grenzen der menschenrechtlichen Standardisierung religionspolitischer Arrangements. Damit spricht er sehr aktuelle und auch konfliktgeladene Prozesse in unserer Gesellschaft an, die aus der Existenz der Menschenrechte erwachsen und denen wir uns zu stellen haben.

Liebe Leserinnen und Leser,

oft kann es helfen, den Blick auf aktuelle Ereignisse und auch die eigene Haltung zu schärfen, indem man sich einen Überblick verschafft. Und auch die Wertschätzung gegenüber erworbenen Rechten steigt, wenn man sich gewahr wird, wie darum gerungen wurde und wie viel noch zu unternehmen ist, um sie weiter zu entwickeln. Wir hoffen, dass die Lektüre des vorliegenden Bandes Sie als Leserinnen und Leser ebenso anregt, wie dies der Vortragsreihe bei ihrem Auditorium gelungen ist.

Die Rektoratskommission Studium Generale

Menschenrechte und Grundrechte

Martin Borowski

Einleitung

Spätestens seit der Mitte des 20. Jahrhunderts besitzt die Berufung auf „Menschenrechte“ eine besondere Kraft in der politischen und moralischen Diskussion. In den Worten von John Tasioulas haben sie mittlerweile den Status einer „ethischen *lingua franca*“ inne.¹ Gegenstücke der Menschenrechte in der Sphäre des Rechts sind die Grundrechte, welche in den letzten sieben Jahrzehnten eine herausragende Rolle in der Anwendung des Rechts auf allen Ebenen des Rechtssystems gewonnen haben. Trotz der zahlreichen und breiten Verwendung der Begriffe „Menschenrechte“, „Grundrechte“, „Grund- und Menschenrechte“ und ähnlicher fehlen aber meist klare Definitionen oder Charakterisierungen. Dies führt nicht selten zu Verwirrung und Missverständnissen. Das Ziel dieses Beitrages besteht darin, dem Verhältnis zwischen den Menschenrechten als moralischen Rechten und den Grundrechten als Teil des Rechts nachzugehen.

Die historische Entwicklung der Grund- und Menschenrechte ist ein Thema an und für sich. Ihre Grundlagen wurden zunächst durch die Schriften der Aufklärung gelegt, bis diese Rechte schließlich Ende des 18. Jahrhunderts in der nordamerikanischen Unabhängigkeitserklärung und in der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte bekräftigt wurden.² Wir finden heutzutage in praktisch jeder Verfassung eines Staates „Grundrechte“. Im deutschen Grundgesetz von 1949 findet sich neben dem Katalog der Grundrechte und

¹ Tasioulas (2007), 75.

² Zur historischen Entwicklung der Grund- und Menschenrechte siehe nur Oestreich (1978); Alexy (2002); Stern (2004).

grundrechtsgleichen Rechte in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, die in letzter Instanz vom Bundesverfassungsgericht durchgesetzt werden, auch in Art. 1 Abs. 2 GG ein Verweis auf die „Menschenrechte“.³ Seit Mitte des 20. Jahrhunderts werden „Menschenrechte“ im Sinne internationaler Grundrechte von einer großen Zahl von allgemeinen und speziellen Instrumenten des inter- und supranationalen Rechts geschützt. Beispielfhaft seien nur die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948, die Europäische Menschenrechtskonvention von 1950, der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966, die Antifolterkonvention der Vereinten Nationen von 1984, die Charta der Grundrechte der Europäischen Union aus dem Jahre 2000 sowie das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen aus dem Jahre 2006 hervorgehoben.

I. Der Begriff des Menschenrechts

Im Folgenden sollen zunächst die verschiedenen Charakteristika von Menschenrechten herausgearbeitet werden. Ihre Definition lautet: Menschenrechte sind moralische, universelle, abstrakte und fundamentale individuelle Rechte, die gegenüber dem positiven Recht Priorität besitzen.⁴

1. „Menschenrechte“ als moralische Rechte

Die soeben genannte Bedeutung des Begriffs des Menschenrechts unterscheidet sich von einer verbreitet verwendeten Bedeutung, nach der unter „Menschenrechten“ die in völkerrechtlichen Pakten und Konventionen positivierten Rechtspositionen zum Schutze fundamentaler Interessen des Einzelnen verstanden werden. Besonders deutlich wird dies bei der „Europäischen Menschenrechtskonvention“. Derartige Menschenrechtsverträge sind völkerrechtliche Verträge

³ Zur Deutung des Begriffs „Menschenrechte“ in Art. 1 Abs. 2 GG primär im Sinne moralischer Rechte und nur sekundär internationaler Grundrechte siehe Borowski (2006), 108 f.

⁴ Zu diesem Begriff des Menschenrechts vgl. auch Alexy (1998), 244 ff.; ders. (2004), 16; ders. (2013), 10; Borowski (2006), 85; ders. (2018), 37 ff.

und damit eine Rechtsquelle,⁵ womit die durch Bestimmungen in diesen Pakten und Konventionen gewährten „Rechte“ definitionsgemäß Teil des Rechts sind. Derartige rechtliche Rechte als „Menschenrechte“ zu bezeichnen, ist durchaus nachvollziehbar, denn es handelt sich um rechtliche Instrumente zum Schutz der Menschenrechte als moralische Rechte. Diese verbreitete Terminologie beschwört aber auch regelmäßig Missverständnisse herauf, weil die moralischen Rechte selbst und die rechtlichen Instrumente zu ihrem Schutz gleichermaßen undifferenziert als „Menschenrechte“ bezeichnet werden. Dies ist wenig glücklich, weil sich moralische und rechtliche Rechte beispielsweise in ihrer autoritativen Dimension notwendig unterscheiden und regelmäßig auch in ihrem zeitlichen und örtlichen Anwendungsbereich. Angesichts dieser und weiterer Unterschiede liegt es nahe, die grundlegende Unterscheidung zwischen moralischen und rechtlichen Rechten auch begrifflich abzubilden, indem der Begriff „Menschenrechte“ für moralische Rechte reserviert bleibt und die entsprechenden rechtlichen Positionen zum Schutz dieser moralischen Rechte als „Grundrechte“ bezeichnet werden – im Falle völkerrechtlicher Instrumente als „internationale Grundrechte“, im Falle von Instrumenten im Recht der Europäischen Union als „supranationale Grundrechte“ und von Instrumenten im nationalen Recht als „nationale Grundrechte“.

2. Der funktionelle und der evaluative Ansatz zu Menschenrechten

In vielen Diskussionen im Völkerrecht und in der internationalen Politik der letzten zwei bis drei Jahrzehnte stand und steht zunehmend der Gedanke im Vordergrund, dass Menschenrechte der staatlichen Souveränität – die im „westfälischen System“ nach dem Westfälischen Frieden von 1648 als der Idee nach unbeschränkt und unbegrenzt verstanden wurde⁶ – Grenzen setzen. Verletzt ein Staat auf schwerste Weise die Menschenrechte seiner Bevölkerung oder von Teilen seiner Bevölkerung (unabhängig davon, welche Grundrechte innerhalb dieses Staates gelten), können Interventionen der Staatengemeinschaft oder anderer Staaten – sei es mit oder ohne Mandat des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen – ebenso legitim wie völkerrechtlich legal sein, wobei allerdings selbst innerhalb dieser herrschenden Ansicht

⁵ Vgl. Art. 38 lit a IGH-Statut.

⁶ Vgl. nur Herdegen (2016), 20 f.

viele Einzelheiten lebhaft umstritten sind.⁷ Diese Wirkung von Menschenrechten – die Begrenzung der Souveränität von Staaten – hat zu der Idee geführt, sie als deren Charakteristikum derart ins Zentrum zu stellen, dass Menschenrechte in erster Linie mit Blick hierauf definiert werden. Nach dem vor allem von Charles Beitz und Joseph Raz vertretenen funktionellen Ansatz sind entsprechend diejenigen Rechte Menschenrechte, welche eine Einschränkung der staatlichen Souveränität bewirken.⁸ Hieran ist richtig, dass die Beschränkung der Souveränität von Staaten durch die Menschenrechte eine wichtige Wirkung von Menschenrechten im Völkerrecht darstellt. Dies ist aber sicher nicht die einzige und auch nicht die wichtigste Wirkung. Sie bildet nicht den archimedischen Punkt in der Diskussion um die Existenz und den Inhalt von Menschenrechten schon auf der Ebene des Völkerrechts und erst recht nicht auf der Ebene nationalen Rechts. Grundrechte werden nicht in nationale Verfassungen aufgenommen, um eine Intervention durch die Vereinten Nationen oder durch andere Staaten zu verhindern, sondern weil verfassungsgebende Versammlungen in aller Regel der Überzeugung sind, dass dem oder der Einzelnen bestimmte moralische Rechte allein aufgrund seines oder ihres Menschseins zukommen und dass diese Rechte effektiven rechtlichen Schutzes bedürfen. Entsprechendes gilt für völkerrechtliche Konventionen und Pakte. Für diesen Ansatz, der den größten Teil der Tradition der Menschenrechte abbildet, hat James Griffin in der angelsächsischen Diskussion kürzlich die Bezeichnung „evaluativer Ansatz“ geprägt.⁹ In diesem Sinne sind Menschenrechte moralische Rechte.

Ein moralisches Recht wird durch eine Norm gewährt, die moralisch gilt – eine moralische Norm. Im Gegensatz zu rechtlicher Geltung wird moralische Geltung allein definiert durch inhaltliche Richtigkeit oder Rechtfertigungsfähigkeit.¹⁰ Als bloß moralische Rechte sind Menschenrechte als solche grundsätzlich nicht Teil des Rechts – vorbehaltlich eines nichtpositivistischen oder naturrechtlichen Rechtsbegriffs, der von einer notwendigen Verbindung von Recht und

⁷ Vgl. nur Herdegen (2016), 272 ff.

⁸ Beitz (2009), 109 et passim; Raz (2010), 328.

⁹ Griffin (2012), 12 f.

¹⁰ Alexy (1998), 249; ders. (2011), 141.

Moral ausgeht.¹¹ Damit gilt: Die Normen, die Menschenrechte als moralische Rechte gewähren, sind nicht ohne Weiteres Rechtsnormen. Denn Rechtsnormen sind durch rechtliche Geltung charakterisiert. Es existieren mindestens zwei Kriterien der rechtlichen Geltung. Das erste Kriterium ist das der ordnungsgemäßen Gesetztheit. Es liegt vor, wenn eine Norm von einem dafür zuständigen Organ in der dafür vorgesehenen Weise erlassen worden ist und nicht gegen höherrangiges Recht verstößt.¹² Am Beispiel einer nationalen Verfassung: Die Verfassung eines Staates wird durch einen Verfassungsgeber, legitimiert durch das Volk, im Verfahren der Verfassungsgebung niedergelegt. Das zweite Kriterium ist das der sozialen Wirksamkeit. Eine Norm gilt sozial, wenn sie entweder befolgt oder ihre Nichtbefolgung sanktioniert wird.¹³ Die soziale Geltung einer Verfassung besteht darin, dass die in ihr rechtlich vorgesehenen Organe in der Wirklichkeit konstituiert und mit Leben erfüllt werden und die in der Verfassung vorgesehenen Verfahren dem politischen Leben der Gesellschaft eine rechtliche Ordnung geben. Vertritt man einen positivistischen Rechtsbegriff, ist damit das Spektrum der Kriterien erschöpft – auch wenn diese beide Kriterien jeweils sehr unterschiedlich gefasst und kombiniert werden können.¹⁴ Moralische Rechte als solche hingegen können auch dann gelten, wenn sie nicht in einem Verfahren von einer Autorität gesetzt wurden und/oder keinerlei soziale Wirksamkeit aufweisen. Maßgebend ist allein, ob die Norm, die das fragliche Recht gewährt, moralisch gerechtfertigt oder begründet werden kann.¹⁵

3. Die Begründung der Menschenrechte als moralische Rechte

Auch wenn die Idee der Menschenrechte als moralische Rechte von vielen geteilt wird, findet sich nach wie vor auch radikale Skepsis. Berühmt ist die Formulierung des schottisch-amerikanischen Philosophen Alasdair MacIntyre, der mit Blick auf Menschenrechte ausführte: „[T]here are no such rights, and belief in them is one with belief in

¹¹ Zur naturrechtlichen Verbindungsthese siehe statt vieler Koller (1997), 31 ff.; Alexy (2011), 17.

¹² Vgl. Koller (1997), 25; Alexy (2011), 34 ff.

¹³ Vgl. Koller (1997), 25 f.; Alexy (2011), 31 ff.

¹⁴ Vgl. Koller (1997), 27; Alexy (2011), 31.

¹⁵ Alexy (1998), 249; ders. (2011), 141.

witches and unicorns“.¹⁶ Derartige Skepsis kann man nicht einfach mit dem Hinweis abtun, die Skeptiker seien in der Minderheit. Radikale Skepsis kann man nur endgültig zurückweisen, indem man eine objektive und allgemeingültige Begründung von Menschenrechten vorlegt. Zur Begründung der Existenz von Menschenrechten und zur Bestimmung ihres Inhalts werden in der politischen Philosophie verschiedene Kriterien und Verfahren vorgeschlagen. Hier können nur einige ganz grundlegende Linien skizziert werden. Der folgende Überblick beschränkt sich auf acht grundlegende Ansätze.¹⁷

Der erste und wahrscheinlich auch älteste Ansatz der Begründung der Menschenrechte besteht in der *religiösen Begründung*. Die göttliche Schöpfung verleiht dem Menschen einen moralischen Wert, der ihn gegenüber Sachen und Tieren besonders auszeichnet und aufgrund dessen seine Interessen besonders zu schützen sind. Für den Gläubigen mag hierin eine ausgesprochen kraftvolle Begründung liegen, aber für den Nicht- oder Andersgläubigen muss sie ohne verpflichtende Kraft bleiben.¹⁸ In einer modernen, religiös-weltanschaulich neutralen Gesellschaft können allgemeingültige Forderungen der Moral nicht auf religiös oder weltanschaulich begründete Prämissen gestützt werden.

Die *biologische Begründung* der Menschenrechte in ihrer modernen Form zielt darauf, dass bestimmte Formen altruistischen Verhaltens, welche mit Blick auf die Menschenrechte rekonstruiert werden können, den eigenen Genen eine größere Chance bieten, sich in die Zukunft fortzusetzen.¹⁹ Die Probleme beginnen schon damit, dass das Überleben der eigenen Gene, in zumindest einigen Situationen, gefördert werden kann, indem man das Überleben der Gene anderer Menschen be- oder verhindert. Zudem leidet die biologische Begründung von Menschenrechten grundsätzlich am naturalistischen Fehlschluss – denn nach dem Humeschen Gesetz²⁰ kann allein aus einem Sein (und biologische Prämissen sind letztlich naturwissenschaftliche Prämissen) kein moralisches Sollen folgen.

Die *intuitionistische Begründung* der Menschenrechte besteht in einem Hinweis auf die „Intuition“ dahingehend, dass es Menschenrechte

¹⁶ McIntyre (1985), 69.

¹⁷ Vgl. zu dieser Unterscheidung von acht Grundansätzen Alexy (2004), 15 ff.

¹⁸ Alexy (2004), 17.

¹⁹ Vgl. Alexy (2004), 17 f.

²⁰ Hume (2007), 302.

gebe oder, mit anderen Worten, dass die Existenz von Menschenrechten „evident“ sein soll.²¹ Dieser Hinweis kann aber andere, die diese Intuition nicht teilen oder die Evidenz nicht erleben, nicht überzeugen. Eine bloße und nicht weiter begründete Intuition kann daher eine objektive und allgemeingültige Begründung weder bieten noch ersetzen.

Die *konsensuelle Begründung* der Menschenrechte stützt ihre Existenz auf einen Konsens aller darüber, dass diese Rechte existieren.²² Ein solch vollständiger Konsens existiert nicht, wenn und solange radikal skeptische Auffassungen zur Existenz der Menschenrechte vertreten werden.²³ Wie das oben angeführte Zitat von McIntyre andeutet, wird radikale Skepsis zumindest von einigen vertreten. Will man derartige Skepsis für irrelevant erklären, muss man hierfür Argumente anführen. Dies aber überschreitet die konsensuelle Begründung, die allein auf das Faktum des Konsenses abstellt.

Nach der *kulturellen Begründung* sind Menschenrechte ein wichtiges Ergebnis der Tradition der menschlichen Kultur. Hinter solch eine kulturelle Errungenschaft, so lautet die Grundidee dieser Begründung, könnten wir nicht mehr zurückfallen.²⁴ Der Hinweis auf die Menschenrechte als integraler Teil der kulturellen Entwicklung mag mit Blick auf die letzten ca. 300 Jahre in Europa und Nordamerika einiges für sich haben, erscheint für die anderen Teile der Welt aber weniger selbstverständlich. Dies führte zu einer erheblichen Relativierung der Geltung von Menschenrechten, die damit nicht bloß ein Stück weit kulturrelativ ausfielen, sondern in Existenz und Inhalt vollständig von der parochialen Kultur abhingen. Dies ist mit der Idee der Universalität der Menschenrechte nicht zu vereinbaren.

Ein weiterer Versuch der Begründung der Menschenrechte könnte auf die Idee der Nutzenmaximierung gestützt werden, was zur *instrumentellen Begründung* führt. Nach dem Utilitarismus sind die Regeln und Institutionen gerecht, die zum größten gesellschaftlichen Gesamtnutzen führen. Die Verteilung des Nutzens unter den Individuen ist in der Grundversion des Utilitarismus gleichgültig, was der Idee individueller Rechte zunächst eher entgegensteht als sie abbildet. Individuelle

²¹ Alexy (2004), 18.

²² Alexy (2004), 18.

²³ Selbst wenn man einen zwar nicht vollständigen, so doch aber weitgehenden Konsens hinsichtlich der Existenz von Menschenrechten behauptet, sollte man hinzufügen, dass dieser weitgehende Konsens sich ein gutes Stück weit verflüchtigt, wenn es um die Frage des Inhalts der Menschenrechte geht.

²⁴ Alexy (2004), 19.

Nutzenmaximierung hingegen führt entweder zu Ergebnissen, die wir nach verbreiteten moralischen Kriterien nicht akzeptieren würden (wie etwa der Möglichkeit eines Sklavereivertrages), oder es müssen Kriterien gefunden und gerechtfertigt werden, die solch inakzeptable Ergebnisse ausschließen, aber auf andere Prinzipien als die Nutzenmaximierung zurückgeführt werden müssen.²⁵

Die *explikative Begründung* der Menschenrechte versucht zu zeigen, dass grundlegende Prämissen, die auch zur Anerkennung von Menschenrechten führen, bereits in der fundamentalen Praxis der menschlichen Kommunikation vorausgesetzt werden – sie können nicht bestritten werden, ohne dass der Skeptiker mit dem Akt des Bestreitens selbst eine besondere Art von Widerspruch begeht. Diese Art der Begründung wird auf die Transzendentalphilosophie Kants gestützt und vor allem von Apel, Habermas und Alexy in verschiedenen Versionen vertreten.²⁶ Aus der Voraussetzung von Freiheit und Gleichheit im Diskurs folgt aber noch nicht automatisch die Anerkennung von menschenrechtlicher Freiheit und Gleichheit im allgemeinen Handeln. Dies muss anhand weiterer Gründe gerechtfertigt werden.²⁷

Nach der *existenziellen Begründung* der Menschenrechte schließlich treffen wir eine existenzielle Entscheidung darüber, wer wir – als Individuum und/oder als Gemeinschaft – sein wollen: die Maximierer von individuellen Interessen oder Personen mit Interesse an moralischer Richtigkeit.²⁸ Letzteres impliziert die Anerkennung menschlicher Würde und der Menschenrechte. Diese existenzielle Entscheidung kann zunächst aber nur jeder Einzelne für sich treffen. Es ist nicht ohne Weiteres klar, wie ein Mitglied einer Gemeinschaft an eine kollektive existenzielle Entscheidung gebunden werden kann, welche die Mehrheit der Gemeinschaft oder deren – wie auch immer legitimierte – Führung ohne oder gegen den Willen des Betroffenen getroffen hat.

Diese acht grundlegenden Ansätze können jeweils in verschiedenen Versionen vertreten werden. Man wird aber kaum umhinkommen, verschiedene Ansätze auf komplexe Art und Weise miteinander zu kombinieren. Es ist absehbar, dass ein einzelner Ansatz nicht in der

²⁵ Vgl. Alexy (2004), 18 f.

²⁶ Apel (1973); ders. (1988); ders. (1992); Habermas (1983); ders., (1984); ders. (1991); ders. (1992); Alexy (1995); ders. (2015).

²⁷ Alexy (1995), 141 ff.; ders. (2004), 20; Borowski (2001), 62 ff.

²⁸ Alexy (2004), 21.

Lage sein wird, die Grundlinien der menschenrechtlichen Praxis vollständig kritisch zu rekonstruieren.

Die Begründung der Menschenrechte wird seit langer Zeit in der politischen Philosophie intensiv diskutiert und kann hier nicht weiter verfolgt werden.²⁹ Im Folgenden soll im Sinne einer Arbeitshypothese angenommen werden, dass sich die Menschenrechte im Großen und Ganzen mit dem Inhalt, der in der Diskussion der letzten Jahrzehnte herausgearbeitet wurde, begründen lassen.

4. Die Charakteristika von Menschenrechten als moralischen Rechten

Auf der Grundlage dieses Verständnisses der Menschenrechte als moralische Rechte weisen sie die folgenden Charakteristika auf:

a) Die Menschenrechte als „Rechte“

Als „Rechte“ sind Menschenrechte „Positionen“ in der Sphäre der Moral, entsprechend den „Rechtspositionen“ in der Sphäre des Rechts. Als grundlegende Positionen umfassen sie neben Freiheiten und Kompetenzen in erster Linie „Rechte auf etwas“.³⁰ „Rechte auf etwas“ sind normative Relationen zwischen dem Träger des Rechts (a), dem Adressaten des Rechts (b) und dem Gegenstand des Rechts (G). Notiert man für den Rechte-Operator dieser dreistelligen Relation „R“, ergibt sich „RabG“. Immer dann, wenn ein Recht existiert, gilt eine Norm, die dieses Recht gewährt.³¹

b) Die Menschenrechte als universelle Rechte

Menschenrechte sind in zweierlei Hinsicht „universelle“ Rechte. Mit Blick auf ihre Träger sind sie Rechte, die allen Menschen zustehen, ohne dass sie durch eine besondere Verleihung, einen Vertrag oder einen sonstigen Erwerbsvorgang erworben werden müssten – jeder

²⁹ Vgl. nur die zahlreichen Beiträge in Cruft/Liao/Renzo (2015).

³⁰ Zur Unterscheidung von „Rechten auf etwas“, „Freiheiten“ und „Kompetenzen“ als fundamentale Rechtspositionen siehe Borowski (2006), 182 ff.

³¹ Alexy (1996), 163 f.; ders. (1998), 246.

Mensch hat kraft seiner Qualität als Mensch diese Rechte.³² Zweitens sind sie mit Blick auf die Adressaten universell, sie sind Rechte gegen alle. Deswegen werden sie auch oft als Rechte *erga omnes* bezeichnet.³³ Nimmt man beide Seiten der Universalität zusammen, sind die Menschenrechte Rechte aller gegen alle. Damit setzen sie als bloß moralische Rechte den Staat als juristische Konstruktion nicht voraus. Sie gelten in jeder Gesellschaft oder menschlichen Gemeinschaft und in jeder menschlichen Beziehung überhaupt, also auch vor- und außerstaatlich.

c) Die Menschenrechte als abstrakte Rechte

Menschenrechte sind weiterhin abstrakte Rechte.³⁴ Sie werden in kurzen, formelhaften Sätzen ausgedrückt, wie etwa: Die Glaubensfreiheit ist das Recht auf das Bilden und Innehaben von Glaubensüberzeugungen sowie das Recht, sein gesamtes Leben an diesen Glaubensüberzeugungen auszurichten. Dies erfasst eine große Zahl konkreter Fälle, wie etwa das Tragen eines Kopftuches aus religiösen Gründen, das Beten, die Missionierung neuer Gläubiger oder den Besuch eines Gottesdienstes. Sie sind auch abstrakt hinsichtlich der Tatsache, dass jedes einzelne Menschenrecht in ein umfassendes Schema gleicher Freiheiten für alle eingefügt werden muss, womit sich im konkreten Fall erweisen kann, dass ein Menschenrecht einer Person durch ein anderes Menschenrecht einer anderen Person wirksam beschränkt wird. Zudem sind auch legitime Schrankengründe jenseits von Menschenrechten in Form kollektiver Güter denkbar.

d) Die Menschenrechte als fundamentale Rechte

Kennzeichnend für Menschenrechte ist weiter die Fundamentalität ihres Gegenstandes. Sie schützen die Erfüllung fundamentaler Bedürfnisse und Interessen.³⁵ Ein Bedürfnis oder Interesse ist fundamental, wenn die Nichterfüllung den Tod eines Menschen oder ein schweres

³² Vgl. nur Alexy (1998), 247 f.; Koller (1998), 100.

³³ Beispielsweise Koller (1998), 101 f.; Borowski (2009), 124 f.

³⁴ Borowski (2006), 88; ders. (2018), 41 f.

³⁵ Borowski (2006), 89; ders. (2018), 42.

Leiden für ihn nach sich zieht oder wenn der Kernbereich der menschlichen Autonomie betroffen wird.³⁶ Klassische Beispiele sind Folter, sonstige schwere körperliche und seelische Misshandlung oder gar Tötung, Inhaftierung und die Diskriminierung aus rassistischen oder religiösen Gründen. Nicht jede Ungerechtigkeit bildet einen Verstoß gegen Menschenrechte. Welche Interessen und Bedürfnisse derart fundamental sind, dass sie Menschenrechte und damit den Kern der Gerechtigkeit begründen, hängt maßgeblich von der Begründung der Menschenrechte ab.

e) Die Menschenrechte als individuelle Rechte

Menschenrechte sind schließlich individuelle Rechte. Im Zentrum der Konzeption der Menschenrechte steht der Einzelne, das menschliche Individuum, nicht ein Kollektiv oder eine „juristische Person“ an sich.³⁷ Soweit die Gewährung von originär nur Kollektiven oder „juristischen Personen“ zustehenden Rechten die menschenrechtliche Position des Individuums verbessert, lassen sich Rechte von Kollektiven jedenfalls aber als Mittel der Realisierung von Menschenrechten deuten.³⁸

f) Die Menschenrechte als Maßstab der Legitimität des Rechts

Die Menschenrechte sind dem Recht in allen seinen Formen vorgeordnet, indem sie den Maßstab für die Legitimität des Rechts bilden.³⁹ Ein Widerspruch zwischen den moralischen Menschenrechten und dem Recht lässt das Recht illegitim werden. Mit dieser Illegitimität verliert das Recht jedoch nicht automatisch seine rechtliche Geltung. Nach einem positivistischen Rechtsbegriff verliert ungerechtes oder illegitimes Recht nicht notwendig seine rechtliche Geltung. Nach dem exklusiven Rechtspositivismus, der jede Art von moralischem Geltungskriterium

³⁶ Alexy (1998), 251.

³⁷ Borowski (2006), 90; ders. (2018), 42 f.

³⁸ Alexy (1998), 247 f.; Borowski (2006), 101.

³⁹ Borowski (2006), 89; ders. (2018), 43.

ausschließt, wird dies sogar unmöglich.⁴⁰ Auch bei einem nichtpositivistischen Rechtsbegriff kommt dies nur in Fällen extremer Ungerechtigkeit ernsthaft in Betracht.

Die dadurch scheinbar entstehende weitgehende Selbstständigkeit des Rechts gegenüber der Moral kann man als Schwäche der Menschenrechte als moralische Rechte sehen. In metaphorischer Hinsicht kann man die Tatsache, dass die Geltung der Menschenrechte einzig und allein von ihrer inhaltlichen Richtigkeit oder philosophischen Begründbarkeit abhängt, aber auch als eine Stärke sehen: Niemand auf der Welt kann sich menschenrechtlicher Kritik unter Hinweis darauf entziehen, dass im jeweiligen Rechtssystem entsprechende Grundrechte nicht positiviert oder sonst institutionalisiert sind.⁴¹

II. Der Begriff des Grundrechts

Anders als Menschenrechte sind Grundrechte⁴² per se Rechtspositionen, die durch Rechtsnormen gewährt werden. Diese Rechtsnormen müssen den Geltungsbedingungen der jeweiligen Rechtsordnung genügen. Dies bedeutet, dass die internationalen Grundrechte im Völkerrecht auf die Rechtsquellen des Völkerrechts gestützt werden müssen, die supranationalen Grundrechte des Rechts der Europäischen Union und die nationalen Grundrechte auf die Geltungskriterien der jeweiligen Teilrechtsordnung.

1. Die Grundrechte als transformierte Menschenrechte

Die Charakteristika von Grundrechten erklären sich weitgehend daraus, dass sie objektiv beanspruchen, die Menschenrechte als moralische Rechte in das Recht zu transformieren.⁴³ Zwischen Grundrechten

⁴⁰ Exklusiver Rechtspositivismus wird vor allem vertreten von Raz (2009), 47, und Marmor (2002). Nach der Gegenposition des inklusiven Rechtspositivismus können moralische Geltungskriterien für das Recht eingeführt werden, was aber kontingent sei; nach einer nichtpositivistischen geltungsbezogenen Konzeption hingegen sind moralische Geltungskriterien notwendig. Inklusiver Rechtspositivismus wird vor allem von H.L.A. Hart in seinem „Postscript“ zu „The Concept of Law“ (Hart [2012], 250 ff.) und von Jules Coleman (2001), 103 ff., vertreten.

⁴¹ Borowski (2009), 123.

⁴² Zum nachfolgend entfalteten Begriff des Grundrechts vgl. Borowski (2018), 44 ff.

⁴³ Borowski (2006), 91 ff.; ders. (2018), 44 ff.

und Menschenrechten besteht ein fundamentaler Zusammenhang. Dies wird deutlich, wenn verbreitet Grundrechte – wörtlich oder in der Sache – als transformierte Menschenrechte bezeichnet werden.⁴⁴ Damit gilt es zunächst den Zusammenhang von Grundrechten und Menschenrechten näher in den Blick zu nehmen. Am schwächsten ist dieser Zusammenhang auf der Grundlage eines formellen Grundrechtsbegriffs, während er auf der Grundlage eines materiellen Grundrechtsbegriffs stärker oder schwächer ausfallen kann, je nach der Art des vorausgesetzten Zusammenhanges.

Weiter findet man in der Literatur den „prozeduralen Grundrechtsbegriff“, nach dem Grundrechte diejenigen Rechte darstellen, „die so wichtig sind, daß ihre Gewährung oder Nichtgewährung nicht der einfachen parlamentarischen Mehrheit überlassen werden kann“.⁴⁵ Dieser prozedurale Grundrechtsbegriff hebt eine zentrale Eigenschaft von Grundrechten hervor, die darin besteht, den demokratischen Prozess zu begrenzen. Ein Parlamentsgesetz, das Grundrechte verletzt, erweist sich als verfassungswidrig und nichtig, auch wenn es in einem demokratischen Verfahren beschlossen wurde. In diesem Sinne wird jedes grundrechtswidrige Ergebnis dem demokratischen Prozess entzogen, weil der Prozess nicht zum Erlass eines wirksamen Gesetzes führen kann. Dies hebt zwar einen wichtigen Gesichtspunkt, aber eben nur *einen* Gesichtspunkt hervor und bietet keine vollständige Definition oder Beschreibung von Grundrechten.

a) Der formelle Grundrechtsbegriff

Nach dem formellen Grundrechtsbegriff werden Grundrechte anhand von formellen Kriterien identifiziert.⁴⁶ Nationale Grundrechte sind nach diesem formellen Begriff die in einer Verfassung positivierten individuellen Rechte. Je nachdem, ob einschränkende Kriterien hinzugefügt werden und wenn ja, welche, entstehen verschiedene Varianten des formellen Grundrechtsbegriffs. Nach dem systematisch einfachsten formellen Grundrechtsbegriff sind alle individuellen Rechte einer Verfassung dann Grundrechte. Man kann auch im Sinne der zweiten Variante als einschränkendes Kriterium verlangen, dass die

⁴⁴ Vgl. nur Wellmer (1998), 266.

⁴⁵ Alexy (1996), 406.

⁴⁶ Borowski (2006), 91 f.; ders. (2018), 45 f.

Grundrechte einer Verfassung nur diejenigen individuellen Rechte sind, die diese Verfassung selbst als „Grundrechte“ bezeichnet. Nach der dritten Variante ist maßgebend, ob der Einzelne ermächtigt ist, die ihm oder ihr zustehenden Rechte letztlich mit einer Verfassungsbeschwerde durchzusetzen. Im Fall des Grundgesetzes sind dies die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG aufgezählten Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte. Formelle Grundrechtsbegriffe erlauben es, einfache und klare Grenzen zu ziehen, können einen materiellen Grundrechtsbegriff aber letztlich nicht ersetzen.⁴⁷

b) Der materielle Grundrechtsbegriff

Für den materiellen Grundrechtsbegriff sind materielle oder inhaltliche Kriterien maßgebend. Diese Kriterien beziehen sich auf den Zusammenhang der Grundrechte mit den Menschenrechten. Je nachdem, ob man diesen Zusammenhang objektiv oder subjektiv versteht, können auch beim materiellen Grundrechtsbegriff verschiedene Varianten unterschieden werden.⁴⁸

aa) Die Grundrechte als objektives Ergebnis der Transformation von Menschenrechten

Nach der objektiven Variante, die einen starken Zusammenhang zwischen Menschenrechten und Grundrechten voraussetzt, sind Grundrechte das objektive Ergebnis der Transformation von Menschenrechten in das Recht.⁴⁹ Dahinter steht die fundamentale Idee, dass die Klasse der individuellen Rechte einer Verfassung auf der Ebene des Rechts die Menschenrechte als moralische Rechte abbilden soll. Nach dem starken objektiven Zusammenhang sind die individuellen verfassungskräftigen Rechte dann Grundrechte, wenn sie objektiv das Ergebnis der Transformation von Menschenrechten in das Recht bilden.

Diese Transformation kann vollständig gelingen – dann wurden alle Menschenrechte in Grundrechte transformiert und jedes Grundrecht wird durch ein entsprechendes Menschenrecht moralisch

⁴⁷ Borowski (2006), 92; Alexy (2010), 949.

⁴⁸ Vgl. Borowski (2006), 92 ff.; ders., (2018), 46 ff.

⁴⁹ Borowski (2006), 92 f.; ders. (2018), 48 f.

fundiert. Jenseits dieses idealen Falles kann eine Divergenz in zwei Richtungen auftreten. Erstens kann die Verfassung gegenüber der Transformation von Menschenrechten ein „Mehr“ an individuellen Rechten enthalten. Dann ist dieses „Mehr“ kein Transformationsergebnis und wird folglich nicht als Grundrecht im materiellen Sinne qualifiziert – auch wenn die entsprechenden Rechte nach dem formellen Grundrechtsbegriff als „Grundrechte“ einzustufen wären. Zweitens kann die Verfassung gegenüber der Transformation von Menschenrechten ein „Weniger“ an individuellen Rechten enthalten. Damit entsteht aus der menschenrechtlichen Perspektive eine Lücke in der Verfassung, in der eigentlich „Grundrechte“ als transformierte Menschenrechte gelten müssten, aber nicht gelten.

Mit dem starken objektiven Zusammenhang wird der Begriff der Grundrechte automatisch an die Existenz und Reichweite der Menschenrechte geknüpft. Diese automatische Kopplung von Grundrechten an die Menschenrechte stellt ein ernstes Problem dar, weil schon umstritten ist, ob Menschenrechte überhaupt gelten – wenn nicht, gäbe es nichts zu transformieren und damit notwendig auch keine „Grundrechte“. Und unter den Befürwortern der Geltung von Menschenrechten besteht wenig Einigkeit darüber, mit welchem genauen Inhalt Menschenrechte gelten. Mit der automatischen Kopplung von Grundrechten an Menschenrechte würde unweigerlich eine erhebliche Unbestimmtheit in den Begriff der Grundrechte einziehen.⁵⁰

bb) Der subjektive Zusammenhang von Menschenrechten und Grundrechten

Nach dem subjektiven Zusammenhang von Menschenrechten und Grundrechten sind Grundrechte diejenigen individuellen Rechte, die in der Absicht positiviert wurden, die Menschenrechte in das Recht zu transformieren.⁵¹ Maßgebend ist der subjektive Wille zur Transformation, nicht, ob diese Transformation objektiv gelingt. Dann nimmt ein „Fehlschlag“ aus objektiver Perspektive den mit dem Willen zur Transformation positivierten Rechten nicht die Eigenschaft als Grundrechte. Diese Abschwächung der begrifflichen Verbindung von Menschenrechten und Grundrechten geht in die richtige Richtung,

⁵⁰ Borowski (2006), 93; ders. (2009), 123; ders., (2018), 48; Alexy (2010), 950.

⁵¹ Ein Stück weit in diese Richtung Alexy (2010), 950.

wirft aber ein anderes Problem auf. Wenn die verfassungsgebende Versammlung „Menschenrechte“ zu transformieren versucht, die aus objektiver Perspektive gar keine Menschenrechte sind, wird das Ergebnis der Positivierung allein wegen des „richtigen Willens“ als Grundrecht eingestuft. Auf der anderen Seite kann eine verfassungsgebende Versammlung aus Mitgliedern bestehen, welche die Existenz von Menschenrechten als moralischen Rechten vollständig leugnen, aus politischen oder ökonomischen Gründen oder aus sonstigen Gründen der Zweckmäßigkeit aber einen Katalog individueller Rechte in die Verfassung aufnehmen, die aus objektiver Perspektive das Ergebnis der gebotenen Transformation von moralisch geltenden Menschenrechten in das Recht darstellen. Soll aus der bloßen Tatsache, dass der Verfassungsgeber mit „falschem Willen“ gehandelt hat, notwendig folgen, dass die positivierten Rechte begrifflich nicht „Grundrechte“ sind? Dies wäre eigentümlich, weil diese individuellen Rechte in der Sphäre des Rechts objektiv einen effektiven Schutz der Menschenrechte als moralische Rechte bewirken, was ein entscheidendes Charakteristikum von Grundrechten darstellt.⁵² Es geht um objektive Ergebnisse, nicht um „guten Willen“.

cc) Der schwache objektive Zusammenhang zwischen
Menschenrechten und Grundrechten

Gleichsam ein Mittelweg besteht darin, den starken objektiven Zusammenhang abzuschwächen, ohne sofort zum subjektiven Zusammenhang überzugehen. Die Grundidee eines schwachen objektiven Zusammenhanges besteht darin, dass Grundrechte objektiv den Anspruch erheben, die Menschenrechte als moralische Rechte in das Recht zu transformieren.⁵³ Mit der „Zurücknahme“ des objektiven Zusammenhanges auf den Anspruch führt nicht jede Nichterfüllung gleich dazu, dass die betreffenden Rechte keine Grundrechte mehr darstellen. Diese Deutung im Sinne eines objektiven Anspruchs erweist sich als Anwendungsfall des Rechtsbegriffs, nach dem das positive Recht und seine Anwendung stets einen Anspruch auf moralische Richtigkeit erheben.⁵⁴

⁵² Borowski (2006), 94.

⁵³ Borowski (2006), 94; Alexy (2010), 950; ders. (2014), 19 f.

⁵⁴ Vgl. zu diesem Richtigkeitsargument grundlegend Alexy (2011), 64 ff.

c) Die Transformation von Menschenrechten in Grundrechte

Mit der Transformation eines Menschenrechts zu einem Grundrecht wird dem moralischen Geltungsgrund des Menschenrechts ein rechtlicher Geltungsgrund hinzugefügt. Aus der bloß moralischen Norm wird damit zusätzlich auch eine Rechtsnorm. Die Grundrechtsnorm bleibt weiterhin moralisch begründet. Sie wird zu einer „Grund- und Menschenrechtsnorm“ und das gewährte Recht in einem wirklichen Sinne zu einem „Grund- und Menschenrecht“.⁵⁵

Bei aller Parallelität von Menschenrechten und Grundrechten bewirkt die Transformation aber doch eine strukturelle Änderung. Aus den Menschenrechten als Rechten *erga omnes* werden Grundrechte gegenüber dem Staat. Mit dem Übergang in die Sphäre des Rechts wird der Staat als juristische Konstruktion der primäre Zurechnungspunkt für grundrechtliche Verpflichtungen und tritt an die Stelle aller anderen Individuen als moralische Zurechnungspunkte.⁵⁶ Die ursprünglich „unmittelbare Drittwirkung“ der Menschenrechte setzt sich nach der Transformation in der „mittelbaren Drittwirkung“ der Grundrechte fort, vermittelt durch die juristische Konstruktion des Staates als Zurechnungspunkt grundrechtlicher Rechte und Pflichten.⁵⁷

d) Das Gebot der Transformation von Menschenrechten
in Grundrechte

Die bereits skizzierte Transformation von Menschenrechten in Grundrechte ist moralisch geboten.⁵⁸ Menschenrechte sind nicht moralische Normen und Positionen im Sinne eines Selbstzwecks, sondern sie bieten den effektiven Schutz ihrer Gegenstände.

Selbst wenn jemand seine menschenrechtlichen Pflichten erkannt hat, folgt daraus nicht notwendig, dass er sie auch erfüllt. Kant hat mit seiner Unterscheidung zwischen dem *principium diiudicationis* und dem *principium executionis* zu Recht darauf hingewiesen, dass Menschen gegen ihre eigenen moralischen Einsichten handeln können.⁵⁹

⁵⁵ Borowski (2006), 95; ders., (2018), 49.

⁵⁶ Borowski (2006), 95; ders., (2018), 49 f.

⁵⁷ Vgl. zum Ganzen insbesondere Borowski (2009), 124 ff.

⁵⁸ Vgl. nur Tugendhat (1993), 349; Alexy (1998), 255; Borowski (2006), 96 ff.; ders. (2018), 50 f.

⁵⁹ Vgl. Patzig (1994), 255 ff.

Damit wird die Frage der effektiven Durchsetzung aufgeworfen. Menschenrechte als moralische Rechte sind, wenn überhaupt, nur in geringem Maße durchsetzbar. Einen Apparat der organisierten Durchsetzung moralischer Rechte, der letztlich Zwangsmaßnahmen vorsieht, gibt es nicht. Dass Menschenrechte den effektiven Schutz ihrer Gegenstände gebieten, impliziert letztlich die Schaffung und Aufrechterhaltung staatlicher Strukturen als Instrument der wirksamen Durchsetzung. Zwei Aspekte stützen diese moralische Erwägung. Der erste besteht darin, dass Vorteile, die aus unmoralischem Verhalten resultieren, unfair sind. Wer sich auf den moralischen Standpunkt stellt und von diesem aus handelt, muss aus Gründen der Fairness vor denjenigen geschützt werden, die unmoralisch handeln. Der zweite liegt in dem Argument der Nutzenmaximierung aller, die durch den staatlichen Schutz im bürgerlichen Zustand entsteht. Die fundamentale Alternative besteht im Naturzustand, in dem jeder auf Selbstverteidigung gegen alle anderen angewiesen ist. Die Aufwendungen hierfür wären enorm.⁶⁰

Ein weiteres Problem besteht in der Unsicherheit der Erkenntnis des menschenrechtlich Gesollten. Aufgrund der unterschiedlichen Auffassungen zum Inhalt der Menschenrechte sind Urteile über das im Einzelfall menschenrechtlich Gebotene oft unsicher. Mit der Transformation in das Recht wird die Kompetenz zur Anwendung der transformierten Menschenrechte, der Grundrechte, einem Gericht überantwortet. Dies erhöht die Rechtssicherheit, ohne dass der Anspruch auf moralische Richtigkeit des Rechts und seiner Anwendung grundsätzlich aufgegeben werden müsste.⁶¹

Insbesondere bei positiven Rechten oder Leistungsrechten kommt eine dritte Erwägung hinzu. Die Erfüllung dieser Art von Rechten verlangt nach einer rechtlich geregelten Organisation. Das menschenrechtliche Recht auf das Existenzminimum im Sinne von „Sozialhilfe“ stellt, wie alle menschenrechtlichen Rechte, ein Recht *erga omnes* dar. Doch was bedeutet es genau, dass die Adressaten dieses Rechts universell sind? Kann jeder Hilfsbedürftige von jedem Leistungsfähigen einen entsprechenden Bruchteil seines Existenzminimums verlangen? Dann müsste jeder Bedürftige seinen Anspruch gegen alle Leistungsfähigen in Bruchteilen durchsetzen. Zudem liegt es nahe, dass unterschiedlich Leistungsfähige unterschiedlich viel leisten müssten.

⁶⁰ Vgl. Alexy (1998), 254 f.

⁶¹ *Ibid.*, 256.

Nimmt man im Sinne einer Gesamtschuld an, dass jeder Leistungsfähige verpflichtet ist, einem Bedürftigen auf Verlangen das gesamte Existenzminimum zu verschaffen, würde dies zu komplexen Rückgriffsansprüchen zwischen den Leistungsfähigen führen. All dies ist vollkommen unpraktikabel. Damit bedarf es zur Organisation der Erfüllung von Leistungsrechten eines Staates als rechtsförmiger Organisation, der nach vorhersehbaren, widerspruchsfreien und kohärenten Maßstäben Steuern erhebt und Sozialleistungen gewährt.⁶²

e) Die rechtliche Ebene der Transformation

Das moralische Gebot der Transformation ist auf den effektiven Schutz der Gegenstände der Menschenrechte gerichtet. Entsprechend entscheidet die Effektivität des resultierenden Schutzes für diese Gegenstände darüber, auf welcher Ebene des Rechts – nationales, supranationales oder internationales Recht – eine Transformation zu erfolgen hat. Moralisch geboten ist diejenige Form (oder Kombination von Formen) der Transformation, mit deren Hilfe die Gegenstände der Menschenrechte so weitgehend und umfassend wie möglich geschützt werden können.

Die klassische Form besteht in der Transformation in Grundrechte im nationalen demokratischen Verfassungsstaat. Denn im nationalen Recht kann eine wirklich effektive Durchsetzung gewährleistet werden. Im internationalen Recht wurde in den vergangenen Jahrzehnten eine Vielzahl verschiedener Instrumente entwickelt, welche die Staaten völkerrechtlich dazu anhalten, einen effektiven Schutz zu gewährleisten. Aber die Durchsetzung völkerrechtlicher Rechte bleibt in aller Regel auf – teils erheblich – weniger effektive Mittel verwiesen und kann den Schutz auf nationaler Ebene nicht ersetzen, sondern nur ergänzen. Zudem wirft völkerrechtlicher Rechtsschutz besondere Probleme aus der Perspektive der Demokratie auf. Denn eine nationale Verfassung kann man mit qualifizierten Mehrheiten ändern, multilaterale Menschenrechtsverträge dagegen sind nach ihrem Abschluss de facto kaum änderbar. Sollte ein Mitgliedstaat mit einer Bestimmung in einem Menschenrechtsvertrag oder der auf sie gestützten Rechtsprechung des betreffenden internationalen Gerichts grundlegend

⁶² Ibid., 256 ff.

unzufrieden sein, kommt letztlich nur eine Kündigung des Menschenrechtsvertrages in Betracht, vor der Staaten aus nachvollziehbaren Gründen zurückschrecken werden.

Die beste Lösung besteht daher in effektivem Schutz der Grund- und Menschenrechte auf nationaler Ebene, ergänzt um eine weitere Ebene des internationalen Menschenrechtsschutzes, mit der ein Mindeststandard gesichert wird.⁶³ Wo nationale Grundrechte wegen des Anwendungsvorrangs des supranationalen Europarechts keinen effektiven Schutz bewirken können, müssen supranationale Grundrechtsgewährleistungen die drohende Lücke schließen.⁶⁴

2. Die Grundrechte als positivrechtliche Rechte

Grundrechte werden durch positives Recht gewährt. Die Norm, welche Grundrechte gewährt, muss die Geltungsbedingungen des betreffenden Rechtssystems erfüllen.⁶⁵ Ihre Interpretation ist – im Fall der nationalen Grundrechte – Verfassungsinterpretation als Unterfall der rechtlichen Interpretation. Diese erfolgt mit den Methoden der rechtlichen Interpretation, in der man zunächst die spezifischen Formen der juristischen Argumentation erschöpfen muss, bevor die Formen der allgemein praktischen Argumentation Bedeutung erlangen können.⁶⁶ Insbesondere dürfen in eine grundrechtliche Abwägung nur Prinzipien eingestellt werden, die aus der Perspektive des Rechts abzuwägen sind. Moralische Prinzipien als solche finden nur Eingang in eine rechtliche Abwägung, wenn und soweit das Recht dies fordert oder zulässt.⁶⁷

3. Die Grundrechte als Rechte gegen den Staat

Es wurde bereits dargelegt, dass die Menschenrechte als Rechte *erga omnes* mit der Transformation in das Recht zu Grundrechten gegen

⁶³ Borowski (2018), 52.

⁶⁴ Borowski (2001), 45; ders. (2018), 52.

⁶⁵ Borowski (2006), 98; ders., (2018), 53.

⁶⁶ Vgl. insbesondere Alexy (2015), 346 ff.

⁶⁷ Vgl. Alexy (2011), 64 ff.

den Staat werden.⁶⁸ Dies bedeutet nicht, dass Grundrechte im Verhältnis der Bürger untereinander ohne Wirkung bleiben. Während das Menschenrecht auf Leben die Unterlassung von Tötungshandlungen durch alle anderen Menschen verlangt, gebietet das Grundrecht auf Leben gem. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 1. Fall GG als Abwehrrecht zunächst nur die Unterlassung von Tötungshandlungen durch den Staat. Dies wird aber ergänzt durch ein grundrechtliches Schutzrecht des Individuums gegen den Staat. Dieses grundrechtliche Schutzrecht fordert, dass der Staat angemessene Schutzinstrumente schafft und auch anwendet. Das grundrechtliche Schutzrecht für das Leben des Einzelnen aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 1. Fall GG beispielsweise erfüllt der Staat nicht zuletzt damit, dass er die klassischen strafrechtlichen Normen, insbesondere des „Mordes“ (§ 211 StGB), des „Totschlags“ (§ 212 StGB) und der „fahrlässigen Tötung“ (§ 222 StGB), in Geltung hält und diese effektiv durchsetzt.⁶⁹

4. Die Grundrechte als abstrakte Rechte

Grundrechte werden typischerweise in Bestimmungen ausgedrückt, die einen kurzen und eher formelhaften Wortlaut aufweisen.⁷⁰ Das Grundgesetz mit seinem betont kurzen Grundrechtsabschnitt und einigen wenigen knappen grundrechtsgleichen Rechten ist dabei noch deutlich sparsamer als etwa die Paulskirchenverfassung von 1849 oder gar die Weimarer Reichsverfassung von 1919. Doch selbst längere Grundrechtskataloge in früheren deutschen oder gegenwärtigen ausländischen Verfassungen sind im Vergleich mit typischen Parlamentsgesetzen ausgesprochen kurz und formelhaft.

5. Die Grundrechte als fundamentale Rechte

Ebenso wie für Menschenrechte gilt für Grundrechte, dass sie fundamentale Interessen schützen.⁷¹ Grundrechtlichen Schutz verdient vor

⁶⁸ Siehe oben Abschnitt II. 1 c).

⁶⁹ Borowski (2006), 99; ders., (2018), 53.

⁷⁰ Alexy (1997), 30 f.; Borowski (2006), 99; ders. (2018), 53 f.

⁷¹ Zu Menschenrechten vgl. Abschnitt I. 4. d).

allem, was für den Einzelnen besonders wichtig ist.⁷² Besonders klar ist dies im Fall der speziellen Freiheitsrechte wie etwa des Rechts auf Leben, der Freiheit der Person, der Meinungsfreiheit, der Versammlungsfreiheit, der Glaubensfreiheit, der Berufsfreiheit und der Eigentumsfreiheit etc., die Reaktionen auf bestimmte typische Gefährdungen darstellen, die sich im Laufe der Geschichte herauskristallisiert haben und in denen fundamentale Interessen des Einzelnen auf dem Spiel stehen. Ähnliches gilt für die speziellen Gleichheitsrechte, die Reaktionen auf besonders bedeutsame Diskriminierungen aus Gründen der Religion, der Rasse, des Geschlechts etc. darstellen.

6. Die Grundrechte als Rechte mit Priorität im Rechtssystem

Nach der Transformation von Menschenrechten in das Recht wird ihre vormalige Priorität gegenüber dem Recht durch die Priorität der Grundrechte innerhalb des Rechtssystems abgebildet. Diese Priorität hat drei verschiedene Aspekte: die Höchststrangigkeit der Grundrechte im Stufenbau des Rechts, die umfassende Bindung der Staatsgewalt und den Schutz durch gerichtliche und letztlich verfassungsgerichtliche Kontrolle.⁷³

a) Die Höchststrangigkeit der Grundrechte im Stufenbau des Rechts

Grundrechte sind auf der Ebene der Verfassung positiviert, der höchsten Stufe im innerstaatlichen Stufenbau der Rechtsordnung nach dem Derogationszusammenhang.⁷⁴ Ihre Priorität im Rechtssystem setzt diese Höchststrangigkeit voraus, denn nach dem Grundsatz „*lex superior derogat legi inferiori*“ könnten Grundrechte nicht gegenüber anderen Normen Priorität besitzen, wenn diese anderen Normen einen höheren Rang hätten. Auch der bereits erwähnte, prozedurale Grundrechtsbegriff impliziert die Höchststrangigkeit der Grundrechte, denn nur so erweisen sich grundrechtswidrige Parlamentsgesetze als verfassungswidrig und damit als nichtig – nicht umgekehrt.

⁷² Vgl. nur Merten (2006), 566 f.; vgl. weiter Borowski (2006), 99 f.; ders. (2007), 42; ders. (2018), 54.

⁷³ Borowski (2006), 100 f.; ders., (2018), 54 f.

⁷⁴ Borowski (2006), 100; ders. (2018), 55.

b) Die umfassende Bindung der Staatsgewalt durch die Grundrechte

Der zweite Aspekt der Höchststrangigkeit der Grundrechte besteht in der umfassenden Bindung der Staatsgewalt.⁷⁵ Diese liegt darin, dass staatliche Gerichte ermächtigt sind, eine Verletzung der Grundrechte gerichtlich festzustellen – dann sind sie nicht bloß „Richtungsnormen“ ohne rechtliche Bindungswirkung für einzelne oder alle Staatsgewalten oder bloße „Programmsätze“ im Sinne der Diskussion unter der Weimarer Reichsverfassung.⁷⁶ Der Parlamentarische Rat hat im Grundgesetz mit Art. 1 Abs. 3 GG klar angeordnet, dass die Grundrechte sowohl Gesetzgebung, vollziehende Gewalt als auch die Rechtsprechung binden. Die gesamte Staatsgewalt hat bei ihren Entscheidungen die Grundrechte zu beachten.

c) Die effektive gerichtliche Durchsetzbarkeit der Grundrechte

Der dritte Aspekt der Priorität der Grundrechte liegt in der effektiven gerichtlichen Kontrolle von möglichen Grundrechtsverletzungen.⁷⁷ Unter dem Grundgesetz wird die Kontrolle von Grundrechtsverletzungen zunächst von den Fachgerichten – also den ordentlichen Gerichten, den Verwaltungsgerichten, Arbeitsgerichten, Sozialgerichten oder Finanzgerichten – wahrgenommen. Hat der Beschwerdeführer den möglichen und zumutbaren Rechtsschutz ausgeschöpft, ist grundsätzlich die Verfassungsbeschwerde eröffnet. Internationale Grundrechte sind typischerweise deutlich weniger effektiv gerichtlich durchsetzbar. Aber auch einige internationale Schutzinstrumente sehen eine Individualbeschwerde zu einem Gericht vor, wie beispielsweise die Europäische Menschenrechtskonvention mit Art. 34, 35 EMRK.

7. Die Grundrechte als individuelle Rechte

Die Eigenschaft der Menschenrechte als individuelle Rechte⁷⁸ setzt sich auch nach der Transformation in Grundrechte fort, womit der

⁷⁵ Vgl. Borowski (2006), 100 f.; ders. (2018), 55.

⁷⁶ Borowski (2006), 100 f.

⁷⁷ Merten (2006), 570; Borowski (2006), 101; ders. (2018), 55.

⁷⁸ Siehe Abschnitt I. 4. e).

Einzelne, nicht ein Kollektiv, den Dreh- und Angelpunkt der Grundrechte bildet.⁷⁹ Im Grundgesetz finden wir mit Blick auf natürliche Personen „Jedermanngrundrechte“ und „Deutschengrundrechte“, wobei die Bürger von Mitgliedstaaten der Europäischen Union aufgrund der unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote in weiten Bereichen mit Deutschen gleichbehandelt werden müssen. Doch auch juristische Personen selbst können nach Art. 19 Abs. 3 GG Träger von Grundrechten sein. Als individuelle Rechte bezwecken die Grundrechte nicht die Förderung der Interessen eines gedachten Gebildes an sich, sondern, wenn auch höchst mittelbar, der Interessen der hinter diesem Gebilde stehenden natürlichen Personen. Die einer juristischen Person zuerkannte Trägerschaft von Grundrechten erfährt ihre Rechtfertigung also in einer dienenden Funktion mit Blick auf die Individuen, die Mitglied einer juristischen Person sind oder Anteile an ihr halten. Dieser Konstruktion entspricht die Formulierung des Bundesverfassungsgerichts, für die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen sei entscheidend, ob sie „den Bürgern zur Verwirklichung ihrer Grundrechte dienen“.⁸⁰

8. Die Definition der Grundrechte

Das Ausgeführte kann schließlich zu einer Grundrechtsdefinition zusammengefasst werden, womit der Bogen von der Definition der Menschenrechte zu den Grundrechten geschlossen wird: Grundrechte sind positivrechtliche, abstrakte, fundamentale und individuelle Rechte gegen den Staat, die Priorität im Rechtssystem genießen und objektiv den Anspruch erheben, die Menschenrechte als moralische Rechte in das Recht zu transformieren.⁸¹

⁷⁹ Borowski (2006), 101; ders., (2018), 55 f.

⁸⁰ BVerfGE 45, 63 (79).

⁸¹ Man kann die Frage stellen, welche der genannten Kriterien notwendige Bedingungen für die Einstufung als „Grundrecht“ bilden. Einige dieser Kriterien könnten ganz oder zum Teil auch nur typische Merkmale bilden, deren Fehlen der Annahme, bei dem fraglichen Phänomen handele es sich um ein „Grundrecht“, letztlich nicht entgegensteht. Vgl. zu dieser Frage Borowski (2006), 102 ff.; ders. (2007), 37 ff.; ders. (2018), 56 ff.

III. Schlussfolgerungen

Insgesamt dürfte deutlich geworden sein, dass die Grundrechte ihre auch moralische Natur weder verleugnen können noch müssen. Diese auch moralische Natur hat eine Reihe von Implikationen. Im Folgenden können zum Abschluss nur zwei dieser Implikationen skizziert werden.

Erstens folgt aus der Tatsache, dass Grundrechte gegenüber den hinter ihnen stehenden Menschenrechten einen „dienenden Charakter“ aufweisen, dass moralische Erwägungen bei der Anwendung der Grundrechte, insbesondere innerhalb der Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit, eine legitime Rolle spielen. Bei der Rechtsanwendung im Alltag stehen sonst das autoritative rechtliche Material (Gesetze, Verordnungen etc.) und spezifisch rechtliche Formen der Argumentation (die Bindung an Wortlaut der Gesetze, an den Willen des Gesetzgebers, an die Systematik des Gesetzes etc.) im Vordergrund. Die Anwendung der Grundrechte wirkt aber unweigerlich eben auch moralische Fragen auf.⁸² In der Diskussion um verfassungsrechtliche Abwägungen werden vor diesem Hintergrund zwei gegensätzliche Einwände erhoben – der Einwand der Übermoralisierung und der Einwand der Untermoralisierung. Der Einwand der Übermoralisierung macht geltend, die Berücksichtigung von vermeintlich letztlich beliebigen moralischen Erwägungen unterwandere die normative Steuerungskraft der Verfassung.⁸³ Nach dem Vorwurf der Untermoralisierung soll dagegen in der Abwägung der Grundrechte regelmäßig und grundsätzlich deren auch moralische Natur verkannt werden.⁸⁴ Wenn mit dem hier Dargelegten die auch moralische Natur von Grundrechten anerkannt und in der grundrechtlichen Abwägung auch berücksichtigt wird, geht der Vorwurf der Untermoralisierung (der ohnehin die Praxis der Begründung verfassungsgerichtlicher Abwägungen kaum treffend wiedergeben dürfte) ins Leere. Die Gefahr, dass ein Richter unter Berufung auf stark von den gesellschaftlichen Auffassungen abweichende moralische Überzeugungen Urteile fällen könnte, führt zur zweiten Implikation.

⁸² Bei genauerem Hinsehen werden allerdings in der alltäglichen Anwendung des einfachen Rechts durchaus moralische Fragen bedeutsam, so dass der Unterschied in der Anwendung des einfachen Rechts und der Verfassung eine Sache des Grades darstellt, keinen kategorialen oder grundsätzlichen Unterschied.

⁸³ Reese (2013), 115 et passim.

⁸⁴ Möller (2007), 460; Tsakyrakis (2009), 474.

Diese zweite Implikation bezieht sich auf das Verhältnis von positiver und kritischer Moral. Was soll ein Richter⁸⁵ tun, der im Zuge der Anwendung der Grundrechte moralische Fragen zu entscheiden hat und der mit seinem eigenen moralischen Urteil in relevanter Hinsicht zu anderen Ergebnissen kommt, als sie die moralischen Auffassungen der Mehrheit der Gesellschaft nahelegen? Dies verweist auf die Unterscheidung von positiver und kritischer Moral. Die positive Moral besteht aus den in einer bestimmten Gruppe zu einer bestimmten Zeit tatsächlich herrschenden Moralvorstellungen, während die kritische Moral allein durch ihre Begründbarkeit charakterisiert wird und sich jederzeit gegen die in jeder Gruppe tatsächlich herrschenden Moralvorstellungen wenden kann.⁸⁶ Der notwendige Zusammenhang von Recht und Moral, der darin liegt, dass die Grundrechte objektiv die Transformation von Menschenrechten in das Recht beanspruchen,⁸⁷ bezieht sich auf die kritische Moral. Allerdings beansprucht die gesellschaftliche Mehrheit mit ihren Moralvorstellungen ja auch, die inhaltlich richtigen, moralisch am besten zu begründenden Vorstellungen zu vertreten – zur „bloß positiven Moral“ wird sie aus der Perspektive eines Einzelnen, der eine abweichende moralische Position für besser begründet hält. Wenn allerdings der Richter vom Staat zur Entscheidung einer Rechtsanwendung in einem Einzelfall ermächtigt wird und diese Entscheidung auch die Entscheidung über die relevanten moralischen Prämissen impliziert, dann ist ein Richter grundsätzlich durchaus dazu ermächtigt, sich im Sinne der kritischen Moral gegen die tatsächlich herrschenden Moralvorstellungen der Gesellschaft zu stellen. Aber er darf nicht leichtfertig und ohne Weiteres seinen höchstpersönlichen moralischen Auffassungen den Vorrang geben. Er entscheidet nicht als autonomes moralisches Subjekt für sich selbst, sondern in Ausübung eines ihm vom Staat anvertrauten Amtes über die Ausübung öffentlicher Gewalt. Dies impliziert, dass ein Richter in seinen rechtlichen Entscheidungen nur von der positiven Moral abweichen

⁸⁵ Das Problem einer richterlichen kritischen Moral, die deutlich von der positiven Moral einer Gesellschaft abweicht, wird schon ein ganzes Stück weit entschärft, indem die Spruchkörper von Höchstgerichten und Verfassungsgerichten meist mit einer Vielzahl von Richtern besetzt sind – typischerweise mit sieben Richtern oder mehr. Damit wird das hier angedeutete Problem aber nicht vollständig behoben, denn es kann auch eine Mehrheit der Richter eines derartigen Spruchkörpers moralische Vorstellungen haben, die deutlich von der positiven Moral einer Gesellschaft abweichen.

⁸⁶ Vgl. Hart (1963), 17 ff.

⁸⁷ Siehe Abschnitt II. 1. b) cc).

darf, wenn sich sein eigenes moralisches Urteil der moralischen Auffassung der Mehrheit tatsächlich als in einem qualifizierten Sinne moralisch überlegen erweist. Es liegt nahe, dies entsprechend der Zurücknahme gerichtlicher Kontrolle im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle⁸⁸ mit Hilfe von Spielräumen zu rekonstruieren. Der Richter, der seine eigene kritische Moral gegen die positive Moral stellt, könnte demnach daraufhin begrenzt sein, die positive Moral auf ihre „Vertretbarkeit“ oder, noch schwächer, daraufhin zu überprüfen, ob sie sich als „nicht willkürlich“ erweist. Auf diese Weise entsteht eine gewisse Bindung an die positive Moral, die es Richtern jedoch erlaubt, in besonderen Fällen der kritischen Moral den Vorrang gegenüber der positiven Moral einzuräumen. Eine Übermoralisierung des Rechts liegt hierin nicht.

⁸⁸ Vgl. hierzu insbesondere Borowski (2013), 151 ff.; ders. (2018); jeweils mit weiteren Nachweisen.

Literatur

- Alexy, Robert: Diskurstheorie und Menschenrechte, in: ders., *Recht – Vernunft – Diskurs*, Frankfurt am Main 1995, S. 127–164
- : *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl., München 1996
 - : Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: *Justice, Morality and Society – A Tribute to Aleksander Peczenik on the Occasion of his 60th Birthday 16 November 1997*, A. Aarnio/R. Alexy/G. Bergholtz (Hg.), Lund 1997, S. 27–42
 - : Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: *Philosophie der Menschenrechte*, S. Gosepath/G. Lohmann [Hg.], Frankfurt am Main 1998, S. 244–264
 - : Zur Entwicklung der Grund- und Menschenrechte in Deutschland, in: *Christiana Albertina* 54 (2002), S. 6–18
 - : Menschenrechte ohne Metaphysik?, in: *DZPhil* 52 (2004), S. 15–24
 - : Grundrechte, in: *Enzyklopädie Philosophie*, Bd. 1, H. J. Sandkühler (Hg.), 2. Aufl., Hamburg 2010, S. 949–954
 - : *Begriff und Geltung des Rechts*, 5. Aufl., Freiburg/München 2011
 - : The Existence of Human Rights, in: *Law, Science, Technology*, K. Günther/U. Neumann/L. Schulz (Hg.), Stuttgart 2013, S. 9–18
 - : Ein nichtpositivistischer Begriff der Grundrechte, in: *Methodik – Ordnung – Umwelt. Festschrift für Hans-Joachim Koch aus Anlass seines siebzigsten Geburtstags*, W. Ewer/U. Ramsauer/M. Reese/R. Rubel [Hg.], Berlin 2014, S. 15–27
 - : *Theorie der juristischen Argumentation*, 8. Aufl., Frankfurt am Main 2015
- Apel, Karl-Otto: Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik, in: ders., *Transformation der Philosophie*, Bd. 2, Frankfurt am Main 1973, S. 358–435
- : *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt am Main 1988
 - : Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik: Können die Rationalitätsdifferenzen zwischen Moralität, Recht und Politik selbst noch durch die Diskursethik gerechtfertigt werden? in: ders./M. Kettner (Hg.), Frankfurt am Main 1992, S. 29–61
- Beitz, Charles: *The Idea of Human Rights*, Oxford 2009
- Borowski, Martin: Discourse Theory in International Law – Human Rights through Discourse, in: *German Yearbook of International Law* 44 (2001), S. 38–71
- : *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, Tübingen 2006

- : Classifying and Qualifying Properties of Fundamental Rights, in: Human Rights and Ethics, A. Ollero (Hg.), Stuttgart 2007, S. 37–45
- : Die Drittwirkung vor dem Hintergrund der Transformation moralischer Menschenrechte in das Recht, in: Menschenrechte in die Zukunft denken – 60 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, H. J. Sandkühler (Hg.), Baden-Baden, 2009, S. 109–126
- : Formelle Prinzipien und Gewichtsformel, in: Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, M. Klatt (Hg.), Tübingen 2013, S. 151–199
- : Grundrechte als Prinzipien, 3. Aufl., Baden-Baden 2018
- Coleman, Jules: The Practice of Principle, Oxford 2001
- Cruft, Rowan/S. Matthew Liao/Massimo Renzo (Hg.), Philosophical Foundations of Human Rights, Oxford 2015
- Griffin, James: Human Rights – Questions of Aim and Approach, in: The Philosophy of Human Rights – Contemporary Controversies, G. v. Ernst/J.-C. Heilinger (Hg.), Berlin/Boston 2012, S. 3–16
- Habermas, Jürgen: Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm, in: ders., Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, Frankfurt am Main 1983, S. 53–125
- : Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, Frankfurt am Main 1984
- : Erläuterungen zur Diskursethik, Frankfurt am Main 1991
- : Faktizität und Geltung, Frankfurt am Main 1992
- Hart, H. L. A.: Law, Liberty, and Morality, Oxford 1963
- : Postscript, hg. von P. A. Bulloch und J. Raz, in: H. L. A. Hart, The Concept of Law, 3. Aufl., Oxford 2012, S. 238–276
- Herdegen, Matthias: Völkerrecht, 15. Aufl., München 2016
- Hume, David: A Treatise of Human Nature, D. F. Norton/M. J. Norton (Hg.), Bd. 1, Oxford 2007
- Koller, Peter: Theorie des Rechts, 2. Aufl., Wien/Köln/Weimar 1997
- : Der Geltungsbereich der Menschenrechte, in: Philosophie der Menschenrechte, S. Gosepath/G. Lohmann (Hg.), Frankfurt am Main 1998, S. 96–122
- Marmor, Andrei: Exclusive Legal Positivism, in: The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, J. Coleman/S. Shapiro (Hg.), Oxford 2002, S. 104–124
- McIntyre, Alasdair: After Virtue, 2. Aufl., Notre Dame 1985
- Merten, Detlef: Begriff und Abgrenzung der Grundrechte, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, D. Merten/H.-J. Papier (Hg.), Bd. II, Heidelberg 2006, S. 475–572

- Möller, Kai: Balancing and the Structure of Constitutional Rights, in: *International Journal of Constitutional Law* 5 (2007), S. 453–468
- Oestreich, Gerhard: *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß*, 2. Aufl., Berlin 1978
- Patzig, Günther: „Principium diiudicationis“ und „Principium executionis“ – Über transzendentalpragmatische Begründungsansätze für Verhaltensnormen, in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. 1, Göttingen 1994, S. 255–274
- Raz, Joseph: *The Authority of Law*, 2. Aufl., Oxford 2009
- : Human Rights without Foundations, in: *The Philosophy of International Law*, S. Besson/J. Tasioulas (Hg.), Oxford 2010, S. 321–338
- Reese, Birgit: *Die Verfassung des Grundgesetzes*, Berlin 2013
- Stern, Klaus: Die Idee der Menschen- und Grundrechte, in: *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, D. Merten/H.-J. Papier (Hg.), Bd. I, Heidelberg 2004, S. 3–48
- Tasioulas, John: The Moral Reality of Human Rights, in: *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor?*, T. Pogge (Hg.), Oxford 2007, S. 75–101
- Tsakyrakis, Stavros: Proportionality – An Assault on Human Rights?, in: *International Journal of Constitutional Law* 7 (2009), S. 468–493
- Tugendhat, Ernst: *Vorlesungen über Ethik*, Frankfurt am Main 1993
- Wellmer, Albrecht: *Menschenrechte und Demokratie*, in: *Philosophie der Menschenrechte*, S. Gosepath/G. Lohmann (Hg.), Frankfurt am Main 1998, S. 265–291

Menschenrechte strafrechtlich schützen – eine historische Genese des Konzepts von *Crimes against Humanity*

Kerstin von Lingen

Die Debatte um Menschenrechte fußt auf dem Gedanken, dass alle Menschen Anspruch auf rechtlichen Schutz vor Gewalt haben. Zwei Stränge dieser Debatte sind dabei aus historischer Perspektive besonders interessant: zum einen der Gedanke der „Humanität“, der hier durchscheint und mit dem Konzept von „Zivilisation“ verbunden ist, zum anderen die Frage, wann und auf wen „Humanität“ Anwendung finden sollte – und auf wen nicht. Doch woher kam die Idee, „Humanität“ zu kodifizieren, und welche Akteure waren an der Debatte beteiligt?

Im Folgenden werde ich aus ideengeschichtlicher Perspektive anhand einiger Debatten und Akteure des modernen Kriegsvölkerrechts exemplarisch aufzeigen, welchen Schwierigkeiten das Projekt, Regeln für den Kriegsfall aufzustellen und die Ahndung bei Verstößen zu regeln, seit den 1860er Jahren globalgeschichtlich gesehen unterworfen war. Denn die sogenannten „Prinzipien von Nürnberg“ sind nicht erst 1945 ausgehandelt worden, sondern das Ergebnis eines langen Prozesses der Internationalisierung und der Verrechtlichung – der amerikanische Rechtsphilosoph Michael Walzer hat es einmal das „legalistische Paradigma des Krieges“ genannt.¹ In einem zweiten Schritt werde ich darlegen, warum es fast 100 Jahre dauerte, bis wir mit dem Konzept

¹Walzer, Michael: *Just and Unjust Wars. A moral argument with historical illustrations*, New York 4th ed. 2006, S. 58–63. Die Definition geht zurück auf Shklar, Judith N.: *Legalism. Law, morals, and political trials*, Cambridge, Mass. Neuauflage, 1986 (1964).

von *Crimes against Humanity* so etwas wie einen ersten Meilenstein erreicht hatten, um Verbrechen gegen die Zivilbevölkerung zu ahnden, und warum selbst dieser noch einen Kompromiss darstellte. Zuletzt werde ich thematisieren, warum dieser Blick auf die Schnittstelle zwischen Rechtswissenschaften und Geschichte für Historiker heute ein interessanter Ansatz sein kann, um Fragen nach Ordnungskonfigurationen, Staat und Nation zu stellen.

I. Historische Wurzeln: die Diskussion im 19. Jahrhundert

Das Mitte des 19. Jahrhunderts entstehende „humanitäre Völkerrecht“ spiegelte bereits im Begriff, und mehr noch in seiner Genese, die Widersprüchlichkeit wider, den Krieg zwar als legitimes Mittel zwischenstaatlicher Konflikte anzusehen, zugleich jedoch die Bürger aller Staaten vor den Auswirkungen dieser Gewalt so weit wie möglich schützen zu wollen.² „Civilized warfare“ ist daher von jeher ein Paradoxon. Regeln sollten gefunden werden, und zwischenstaatliche Abkommen, aber auch die Interventionen transnationaler Akteursgruppen – etwa von Juristen oder Medizinern –, legten seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts nun die Grundlagen dafür.

Allein schon die Überzeugung, dass Recht der Gewalt unter dem Banner der „Humanität“ Grenzen setzen könne, hatte Konsequenzen für die Art und Weise, in welchem rechtlichen Feld Kriege später geführt werden.³ Dabei war der völkerrechtliche Rahmen zur Regulierung von Kriegsgewalt zunächst eng gesteckt: einerseits durch Einschränkung der Möglichkeiten, überhaupt Krieg zu führen, und andererseits durch Regeln, wie der Krieg möglichst ‚zivilisiert‘ geführt werden solle.⁴ Es geht um das *ius ad bellum*, also die Rechtmäßigkeit

² Lingen, Kerstin von: *Crimes against Humanity. Eine umstrittene Universalie im Völkerrecht des 20. Jahrhunderts*, in: *Zeithistorische Forschungen/Studies in Contemporary History* 8 (2011), S. 373–393, hier S. 373.

³ Jochnick, Chris af/Normand, Roger: *The Legitimation of Violence: A critical History of the Laws of War*, in: *Harvard International Law Journal* Vol. 35/1 (1994), S. 49–95, hier S. 56.

⁴ Robertson, Geoffrey: *Crimes against Humanity. The struggle for global justice*, London 4th ed. 2012, S. 246. Hierzu ausführlich Crowe, David: *War Crimes, Genocide and Justice. A Global History*, New York 2014.

zum Führen eines Konflikts und *ius in bello*.⁵ Das *ius in bello* wird zu- meist als Kriegsvölkerrecht oder als humanitäres Völkerrecht bezeichnet und legt, verkürzt gesprochen, Regeln für den Krieg fest; es unter- teilt sich dabei in Genfer Recht („Geneva Laws“), das den humanitären Aspekt abdeckt und etwa dem Schutz von Kriegsopfern verpflichtet ist, und auf der anderen Seite in Haager Recht („The Hague Laws“), das die Kriegführung regelt.⁶

Das Jahrhundert der Verrechtlichung, das Mitte des 19. Jahrhun- derts begann, ist gleichbedeutend mit dem Niedergang des Zivilisati- onskonzepts als „Ordnungsprinzip der internationalen Politik“⁷, und dies wirkte sich auch auf die Bestrebungen aus, den Krieg selbst zu „zivilisieren“. Man kann drei Phasen der Verrechtlichung unterschei- den, die um 1864, 1919 und 1945 begannen. Mit der Gründung des Roten Kreuzes Mitte des 19. Jahrhunderts begann ein zivilgesellschaft- liches Engagement in Fragen von überstaatlichem Interesse, das dip- lomatische Kontakte als einziges Mittel internationaler Politik zuneh- mend ergänzte.⁸ Daraus entspann sich auch eine Debatte um die Rolle von Kriegen als zwischenstaatlichem Mittel der Politik.

International kam es zu parallelen Entwicklungen. Die Kriege der 1860er Jahre in Europa, wie auch der Amerikanische Bürgerkrieg, hat- ten deutlich gemacht, dass eine Mechanisierung der Kriegführung so- wie der allgemeinen Wehrpflicht zu einer „Demokratisierung des Tö- tens“ geführt hatten⁹, in der zum einen eine größere Zahl von Bürgern mit dem Soldatentod konfrontiert war, zum anderen aber durch die neuen Medien der Berichterstattung auch die Teilhabe der Öffentlich- keit zu einem moralischen Faktor in der Beurteilung der Kriegspartei- en wurde.

⁵ Thürer, Daniel: International humanitarian law. Theory, practice, context (Pocketbooks of the Hague Academy of International Law), [The Hague] 2011. S. 40.

⁶ Thürer, International humanitarian law, S. 40. Jochnick/Normand, Legitimation of Violence, S. 52.

⁷ Mazower, Mark: Ende der Zivilisation und Aufstieg der Menschenrechte, in: Stefan- Ludwig Hoffmann (Hg.), Moralpolitik. Geschichte der Menschenrechte im 20. Jahrhundert, Göttingen 2010, S. 41–62, hier S. 42.

⁸ Hierzu ausführlich: Herren, Madeleine: Internationale Organisationen seit 1865. Eine Globalgeschichte der internationalen Ordnung, Darmstadt 2009, S. 1–14. Vgl. auch Behr, Hartmut: Entterritoriale Politik. Von den internationalen Beziehungen zur Netzwerkanalyse, Wiesbaden 2004.

⁹ Hoffmann, Stefan-Ludwig: Einführung. Zur Genealogie der Menschenrechte, in: Moralpolitik. Geschichte der Menschenrechte im 20. Jahrhundert (Geschichte der Gegenwart 1), hrsg. v. Stefan-Ludwig Hoffmann, Göttingen 2010, S. 7–40, hier S. 20.

Im sogenannten „Lieber-Code“, einem für den amerikanischen Bürgerkrieg von Francis Lieber kodifizierten Kriegsregelwerk, wurden 1863 grundlegende Regeln der Kriegsführung erstmals in 157 Artikeln niedergelegt.¹⁰ Liebers bekanntester Beitrag zum modernen Völkerrecht war das Konzept der „militärischen Notwendigkeit“, das er als generelles Prinzip zur Einhegung von Kriegsgewalt einführte, sollten keine expliziten Regeln existieren. Allerdings führte das Prinzip der „military necessity“ in der Folge zu schweren Konflikten, da Lieber keine Hinweise gab, ob im Ernstfall die Priorität bei humanitären Grundsätzen oder bei militärischen Notwendigkeiten zu setzen wäre.¹¹

Zumindest Mitte des 19. Jahrhunderts war die Beantwortung dieser Frage klar gegen die neuen humanitären Standards gerichtet: Feldmarschall von Moltke hatte sogar explizit davor gewarnt, sich durch Regeln zu beschränken, denn Krieg sei „ein Element der göttlichen Weltordnung“ und im Kriege könnten sich die besten Tugenden des Mannes entfalten: „Mut“, „Selbstlosigkeit“, „Treue“, „Opferbereitschaft“; ohne den Krieg, so Moltke, werde die Welt stagnieren und „sich in Materialismus verlieren“.¹²

Der Lieber-Code galt in den USA bis 1914.¹³ Er wurde zum Anknüpfungspunkt späterer Kodifikationen: Er findet sich paraphrasiert in der Deklaration von Brüssel 1874, in den Haager Friedenskonferenzen von 1899 und 1907, in den Genfer Konventionen von 1929, 1949 und 1977, sowie in der Charta für Nürnberg auf der Londoner Konferenz von 1945. Aus Liebers Konzept von der militärischen Notwendigkeit wurde die Doktrin der *Kriegsraison*, die es beispielsweise Preußen gestattete, mit Hinweis auf die militärische Notwendigkeit Kriegsregeln zu verletzen.¹⁴ Im Ersten wie Zweiten Weltkrieg steigerte sich

¹⁰ Carnahan, Burrus M.: Lincoln, Lieber and the Laws of War. The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity, in: American Journal of International Law Vol. 92/2 (1998), S. 213–231. Lieber-Code online unter: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/110?OpenDocument>.

¹¹ Krakau, Knud: Francis Liebers Beitrag zur Entwicklung des Landkriegsrechts, in: Franz Lieber und die deutsch-amerikanischen Beziehungen im 19. Jahrhundert, hrsg. v. Peter Schäfer/Karl Schmitt, Weimar, Köln, Wien 1993, S. 45–72, hier S. 60.

¹² Brief Moltke an Bluntschli, 1878. Abgedruckt in Bluntschli, Johann Caspar: Denkwürdiges aus meinem Leben, Nördlingen 1884, Vol. 2, S. 471–472.

¹³ Krakau, Knud: Francis Liebers Beitrag zur Entwicklung des Landkriegsrechts, in: Franz Lieber und die deutsch-amerikanischen Beziehungen im 19. Jahrhundert, hrsg. v. Peter Schäfer/Karl Schmitt, Weimar, Köln, Wien 1993, S. 45–72, hier S. 64.

¹⁴ Carnahan, Burrus M.: Lincoln, Lieber and the Laws of War. The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity, in: American Journal of International Law Vol. 92/2 (1998), S. 213–231, hier S. 218.

diese Entwicklung bis zum Exzess, und so war es eines der Grundlagen der Gerichtshöfe nach dem Zweiten Weltkrieg, diese extreme Auslegung des Konzepts der militärischen Notwendigkeit juristisch eindeutig und für alle Zukunft zurückzuweisen.¹⁵

Gleichzeitig machte man sich nun auch in Europa erstmals konkrete Gedanken. Den ersten Impuls zu einer Kodifizierung des Kriegsrechts hatten jedoch nicht die Juristen, sondern eine damalige Medienebatte gegeben. 1859 hatte der Schweizer Geschäftsmann Henri Dunant die Realität des Krieges nach der Schlacht von Solferino erlebt; beim Zusammentreffen österreichischer und italienischer Truppen waren 6.000 Soldaten getötet worden, 40.000 wurden verletzt.¹⁶ Dunant war damit betraut, ein Behelfslazarett einzurichten, und er erkannte schnell die Hauptprobleme, die einer Linderung der Leiden im Wege standen: Die Verwundeten und Sterbenden blieben tagelang auf dem Schlachtfeld liegen, da es keine Möglichkeit gab, sie zu transportieren; es gab zudem zu wenig Ärzte. In Briefen an Freunde, zuhause in Genf, bat er um Sachspenden und Unterstützung, ein Appell, der ungeahnte Resonanz fand.¹⁷

In seinem Buch „Eine Erinnerung an Solferino“, das zwei Jahre später erschien, propagierte Dunant eine neutrale Organisation, durch eine internationale Konvention anerkannt, die sich um die Verwundeten zukünftig kümmern sollte. Es fand weite Verbreitung. Es war nicht Dunants Intention, den Krieg an sich abzuschaffen, denn dies schien keine realistische Forderung, sondern sein Grundgedanke war, das Leiden der Kombattanten zu lindern und die kriegführenden Parteien davon zu überzeugen, dass es in ihrem Interesse sei, freiwilliges Sanitätspersonal als Nicht-Kombattanten zu behandeln und unter Schutz zu stellen.¹⁸ Um diese Idee durchzusetzen, formierte sich Dunant 1863 zusammen mit dem Juristen Gustave Moynier sowie Schweizer Ärzten calvinistischer Prägung zu einem „Genfer Komitee“, das sich den Opfern des Krieges verpflichtet fühlte und später in „Internationales

¹⁵ Carnahan, Burrus M.: Lincoln, Lieber and the Laws of War. The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity, in: American Journal of International Law Vol. 92/2 (1998), S. 213–231, hier S. 219.

¹⁶ Heudtlass, Willy: J. Henry Dunant, Gründer des Roten Kreuzes, Urheber der Genfer Konvention. Eine Biographie in Dokumenten und Bildern, Stuttgart 3. Aufl. 1980, S. 70; Lewis, Mark: The birth of the new Justice. The internalization of Crime and Punishment, 1919–1950 (Oxford studies in modern European history), New York 2014, hier S. 15.

¹⁷ Heudtlass, J. Henry Dunant, Gründer des Roten Kreuzes, Urheber der Genfer Konvention, S. 46.

¹⁸ Lewis, The birth of the new Justice, S. 15.

Komitee vom Roten Kreuz“ (IKRK) umbenannt wurde.¹⁹ Der Name ist insofern irreführend, als sich das Komitee bis 1923 ausschließlich aus Genfer Bürgern rekrutierte, meist Mitglieder des protestantischen, liberalkonservativen Bürgertums; das „international“ verweist jedoch auf die internationale Ausrichtung.

1864 wurde in Genf der „Umgang mit Verwundeten“ geregelt, und die Konvention von 12 Staaten unterzeichnet. Doch Verstöße zogen noch keine Sanktionen nach sich, und die Völkerrechtsverletzungen, etwa im deutsch-französischen Krieg von 1870/71, ließen den Gedanken einer internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zur Kontrolle der Kriegsparteien aufkommen. Dafür fanden sich 1873 engagierte Juristen aus ganz Europa im belgischen Gent im „*Institut de droit international*“ zusammen.

Ich möchte an dieser Stelle kurz die Akteure betrachten, die in dieser ersten Phase bis zum Ersten Weltkrieg die Kodifizierungen vorangetrieben hatten. Der Völkerrechtler Martti Koskenniemi hat in seinem Buch zur Entstehung des Völkerrechts, das er übrigens „*The gentle Civilizer of Nations*“ betitelt hat, als Schlagwort den Begriff von den „Männern von 1873“ geprägt und damit die Rückbindung der juristischen Normsetzungs- und Modernisierungsbestrebungen nach den Kriegen des 20. Jahrhunderts an die Ideenwelt des 19. Jahrhunderts betont. Gemeint ist damit eine korrespondierende Akademie der wichtigsten Völkerrechtler der Zeit, ein Kreis von Männern wie Johann Caspar Bluntschli, damals Professor in Heidelberg, Tobias Asser aus Amsterdam, Carlos Calvo aus Argentinien, Gustave Rolin-Jaequemyns aus Belgien, John Westlake aus London, Pasquale Mancini aus Italien und Gustave Moynier aus Genf, die 1873 zu den Gründungsvätern gehörten.²⁰ Bluntschli war zudem zwischen 1865 und 1872 ein enger Korrespondenzpartner Francis Liebers, mit dem er rechtliche und philosophische Fragen von Krieg, Staat und Nation diskutierte. Bluntschli veröffentlichte 1866 sein Werk „*Das moderne Kriegsrecht der civilisirten Staaten*“, das sich auf Lieber bezog.²¹

¹⁹ Forsythe, David P.: *The humanitarians. The International Committee of the Red Cross*, Cambridge, UK, New York 2005.

²⁰ Koskenniemi, Martti: *Nationalism, Universalism, Empire: International Law in 1871 and 1919*, draft conference paper for *the Conference "Whose international Community? Universalism and the Legacies of Empire"*, Columbia University, April 29–30, 2005 (<http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Koskenniemi/Columbia%200405.pdf>), hier S. 1 und S. 6.

²¹ Bluntschli, Johann Caspar: *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten*, als Rechtsbuch dargestellt, Nördlingen 1868.

Die Männer verband das Bewusstsein, dass angesichts der Umwälzungen nach dem Wiener Kongress das neue Europa auch eine neue Rechtsordnung finden müsse, in der der sozialen und politischen Transformation des Kontinents Rechnung getragen werde.²² Sie vertraten jedoch auch das viktorianische Weltbild ihrer Zeit, das die Welt gemäß ihrem imaginierten Zivilisationsstandard unterteilte und dabei von einer zivilisatorischen Mission und einem eurozentrischen Weltbild ausging, in der die außereuropäischen Völker zwar als unzivilisiert, jedoch als potentiell zivilisierbar galten.²³ Das Zivilisationsprinzip ist eng mit dem Zeitalter des Imperialismus verknüpft. „Zivilisation“ zeichnete sich in diesem Verständnis als Idee von Humanität aus, die vor allem durch die Garantie von Rechten innerhalb eines Staatssystems gekennzeichnet war.²⁴ Demgegenüber stand die unzivilisierte Welt, meist ein Sammelbegriff für die nicht-christlichen Völker außerhalb Europas, deren rechtlicher Status schwach blieb.

Es ging also in diesem Weltbild um ein System aus Inklusion und Exklusion, das außereuropäische Völker aufgrund des kulturellen Arguments aus der Rechtsgemeinschaft ausschloss, sie aber gleichzeitig der Fürsorgegemeinschaft der europäischen Völker anheim befahl, indem sie sie zu Untertanen der europäischen souveränen Staaten machte.²⁵ In diesem Weltbild bezogen sich auch Versuche zur Humanisierung der Kriegführung nur auf sogenannte zivilisierte Staaten, meist also europäische Mächte, nicht aber auf Kriege außerhalb Europas, insbesondere nicht auf die Niederschlagung blutiger Aufstände in den Kolonien.²⁶ Diese Kriegführung war schon im 19. Jahrhundert eine asymmetrische.

1880 brachte das Institut mit dem „Oxford Manual“ das erste Regelwerk zur Kriegführung heraus, das jedoch vor allem als Vorschlag an die Regierenden gedacht war, die Regeln in nationales Recht zu überführen. Dieser Vorschlag fand jedoch kein Gehör. Auch eine von Zar Alexander 1874 einberufene Konferenz in Brüssel scheiterte, die eigentlich mit einer Konvention zu „Gesetzen und Gebräuchen des

²² Koskenniemi, Nationalism, Universalism, Empire, p. 10–11; Mazower, Ende der Zivilisation, S. 42.

²³ Mazower, Ende der Zivilisation, S. 45.

²⁴ Mazower, Ende der Zivilisation, S. 43.

²⁵ Hoffmann, Einführung, S. 19; Koskenniemi, Nationalism, Universalism, Empire, S. 23–24.

²⁶ Hofmann, Einführung, S. 19–20.

Krieges“ hätte enden sollen: Die beteiligten 15 Staaten konnten sich nicht einigen und ratifizierten diese Vorschläge nicht.

Der Erste Weltkrieg sollte das Vertrauen in diese euro-zentrische Idee der Zivilisation beschädigen; der Zweite Weltkrieg diskreditierte sie endgültig.²⁷ Eine der späten Früchte des Verständnisses vom zivilisierten Krieg ist die Entstehung des Konzepts *Crimes against Humanity* in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, zu Deutsch „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ oder besser übersetzt, „Verbrechen gegen die Menschheit“, wie Hannah Arendt vorschlägt, denn der Begriff „Menschlichkeit“ suggeriere, dass es die Nationalsozialisten lediglich an jener hätten fehlen lassen; vielmehr handle es sich jedoch um Verbrechen gegen die Menschheit an sich.²⁸ Diese Debatte wurde von Boris Barth²⁹ und Uwe Makino³⁰ weitergetragen, was dazu geführt hat, dass beide Begriffe inzwischen parallel verwendet werden, meist zusammen mit einer begrifflichen Verengung auf Holocaust-Verbrechen.³¹ Im Deutschen hat sich in den Medien der Begriff „Menscheitsverbrechen“ eingebürgert, etwa zu beobachten in den Kommentaren zur Verurteilung des Serbenführers Radovan Karadžić durch das Jugoslawientribunal in Den Haag am 24. März 2016.³² Der Begriff „Verbrechen gegen die Menschheit“ wird dem universellen Anspruch und humanitären Inhalt des Konzepts sowie seinem juristischen Straftatbestand (Segesser hat dies überzeugend dargelegt³³) nicht wirklich gerecht. Im Folgenden werde ich daher den englischen Ausdruck *Crimes against Humanity* weiterverwenden, der die Unschärfe der deutschen Übersetzung vermeidet.

²⁷ Mazower, Ende der Zivilisation, S. 41.

²⁸ Arendt, Hannah: Eichmann in Jerusalem. Ein Bericht von der Banalität des Bösen (Serie Piper 308), München 8. Aufl. 1992, S. 305.

²⁹ Barth, Boris: Genozid. Völkermord im 20. Jahrhundert: Geschichte, Theorien, Kontroversen, München 2006.

³⁰ Makino, Uwe: Final solutions, crimes against mankind. On the genesis and criticism of the concept of genocide, in: Journal of Genocide Research 3/1 (2010), S. 49–73.

³¹ Huhle, Rainer: Vom schwierigen Umgang mit „Verbrechen gegen die Menschheit“ in Nürnberg und danach. online: http://www.stiftung-evz.de/fileadmin/user_upload/EVZ_Uploads/Handlungsfelder/Handeln_fuer_Menschenrecht_e/Menschen_Rechte_Bilden/huhle-verbrechen_gegen_die_menschheit.pdf [28.09.2015].

³² Z. B. Radiokommentar bei SWR 3, „Haftstrafe für ein Menscheitsverbrechen“, Anno Wilhelm, 24.03.2016. (<http://www.swr3.de/aktuell/nachrichten/-/id=47428/did=3792872/vimnh4/index.html>, letzter Zugriff 25.03.2016).

³³ Segesser, Daniel Marc: Der Tatbestand Verbrechen gegen die Menschlichkeit (NMT), in: NMT. Die Nürnberger Militärtribunale zwischen Geschichte, Gerechtigkeit und Rechtschöpfung, hrsg. v. Kim Christian Priemel/Alexa Stiller, Hamburg 2013, S. 586–604, hier S. 586.

II. Kodifizierung des Kriegsvölkerrechts: die Friedenskonferenzen von Den Haag

Vorangetrieben wurden die Versuche zur Kodifizierung des Kriegsvölkerrechts nicht im Zuge von Konflikten, sondern auf zwei sogenannten Friedenskonferenzen, die 1899 und 1907 in Den Haag zusammengerufen worden waren. Auf Einladung des russischen Zaren wurde hier versucht, Regeln für einen „zivilisierten Krieg“ zu entwickeln und für den nächsten Konflikt bereit zu halten. Russland war Initiator der Friedenskonferenzen – und gleichzeitig einer der Staaten, die sich von der diplomatischen und juristischen Initiative auf offener Weltbühne politische Vorteile erhofften. Mit Friedrich Martens, dem deutsch-baltischen Chefunterhändler der russischen Delegation, war einer der bekanntesten Völkerrechtler seiner Zeit (und Mitglied des *Institut de Droit International*) an der Vorbereitung der Konferenz beteiligt; Martens umreißt die Ideenwelt der beteiligten Juristen in der Präambel der später so benannten Haager Landkriegsordnung (HLKO), die den Begriff von zivilisierter Kriegführung als universelle Gesetzmäßigkeit umschrieb, folgendermaßen:

Die Bevölkerung und die Kriegsführenden (stehen) unter dem Schutze und der Herrschaft der Grundsätze des Völkerrechts [...], wie sie sich ergeben aus den unter gesitteten Völkern feststehenden Gebräuchen, aus den Gesetzen der Menschlichkeit und aus den Forderungen des öffentlichen Gewissens.³⁴

Auf Englisch lautet der entscheidende letzte Satz:

[...] as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity and the requirements of the public conscience.

Es geht hier also um die Gesetze der Menschlichkeit, die *laws of humanity*, die erstmals während der französischen Revolution gefordert worden waren und nun endlich kodifiziert werden sollten.

³⁴ Zitiert nach: Rensmann, Thilo: Die Humanisierung des Völkerrechts durch das *ius in bello* – Von der Martens'schen Klausel zur „responsibility to protect“, in: ZaöRV 68 (2008), S. 111–128, hier S. 113.

Martens war bereits im Zarenreich als Modernisierer in Erscheinung getreten, hatte wichtige völkerrechtliche Standardwerke verfasst, war von den hier propagierten Ideen zur Zivilisierung von Kriegsgewalt überzeugt und bereits mehrfach als Vermittler in internationalen Schiedsgerichtsverfahren aufgetreten.³⁵ Man sollte die völkerrechtlichen Impulse aus dem Zarenreich daher nicht vernachlässigen.³⁶

Protagonisten dieser Epoche waren neben Friedrich Martens vor allem Juristen der Universität Cambridge. Der Jurist Lassa Oppenheim, 1895 von Basel nach England emigriert, veröffentlichte 1905 sein Hauptwerk „International Law“ zum Völkerrecht, das auf einigen Gedanken Bluntschlis aufbaute, bei dem Oppenheim in Heidelberg studiert hatte. Oppenheim wurde 1908 Inhaber des Whewell Lehrstuhls für Völkerrecht in Cambridge, auf dem ihm 1938 als bekanntester seiner Schüler Hersch Lauterpacht nachfolgte. Die Impulse Oppenheims und Martens wurden nun in Den Haag diskutiert. Artikel 22 der Haager Landkriegsordnung, in der Fassung von 1899, bildet mit seiner Formulierung „Die Kriegsführenden haben kein unbeschränktes Recht in der Wahl ihrer Mittel zur Schädigung des Feindes“ bis heute die Grundlage des Kriegsvölkerrechts.³⁷

Unter den Haager Konventionen werden heute drei große Konventionen verstanden, die 1907 verabschiedet wurden: die (Haager) Landkriegsordnung (*Convention with Respect to the Laws and Customs of War on Land*), die Pazifikkonvention sowie die Adaption der Haager Landkriegsordnung für die Seekriegführung, meist kurz Marinekonvention genannt.³⁸ Es ist auffällig, dass es zwar um Regeln ging, die Ahndung von Verstößen aber nicht diskutiert wurde.³⁹ Es ging also nicht, wie der Name suggerierte, um eine *Friedenskonferenz*, denn die

³⁵ Mälksoo, Lauri: Friedrich Frommhold von Martens. (Fyodor Fyodorovich Martens) (1845–1909), in: The Oxford handbook of the history of international law, hrsg. v. Bardo Fassbender/Anne Peters/Simone Peter, Oxford 2012, S. 1147–1151. Aust, Martin: Völkerrechtstransfer im Zarenreich. Internationalismus und Imperium bei Fedor F. Martens, in: Osteuropa 60/(9) (2010), S. 113–125.

³⁶ Aust, Martin: Das Zarenreich in der Völkerrechtsgeschichte 1870–1914, in: Globalisierung imperial und sozialistisch. Russland und die Sowjetunion global 1851–1991, hrsg. v. Martin Aust, Frankfurt/Main 2013, S. 166–181.

³⁷ Dülffer, Jost: Regeln im Krieg? Kriegsverbrechen und die Haager Friedenskonferenzen, in: Wette/Überschär: Kriegsverbrechen (Anm. 3), S. 35–49, hier und zum Folgenden S. 35–41.

³⁸ Scott, The Hague Peace Conferences 1899 and 1907. Die Konventionen sind auch abgedruckt unter Roberts, Adam/Guelff, Richard: Documents on the laws of war, Oxford, New York 3rd rev. ed. 2000, S. 70.

³⁹ Jochnick/Normand, Legitimation of Violence, S. 68.

Bilanz friedenssichernder Maßnahmen muss als negativ gewertet werden. Es ging vor allem um Mitwirkung auf dem internationalen Parkett und das Bemühen, globale Probleme gemeinsam zu diskutieren und wenn möglich zu lösen. Im Ergebnis konnten sich die Delegierten der in Den Haag versammelten Nationen nicht einigen, den Gebrauch auch nur einer einzigen Waffe oder einer Taktik von militärischem Wert zu beschränken. Die einzige strafrechtlich bindende Vereinbarung, die getroffen wurde, besagte, dass im Falle von Verstößen „Kompensationen“ gezahlt werden müssten. Aus diesem Grund entwickelten sich Reparationen nach dem Krieg zu einer symptomatischen Folge.

Selbst gegen die Kompromissformeln der Haager Landkriegsordnung hagelte es Kritik, insbesondere von militärischer Seite. Gern zitiert wird in diesem Zusammenhang der Kommentar des britischen Delegationsführers, Sir John Fisher of Kilmuir, Oberkommandierender der britischen Seestreitkräfte im Ersten Weltkrieg und später bekannt geworden in der Schlacht von Gallipoli, der kommentierte:

The humanising of war! [...] You might as well talk of humanising hell. When a silly ass at The Hague got up and talked about the amenities of civilised warfare and putting your prisoner's feet in hot water and giving them gruel, my reply, I regret to say, was considered totally unfit for publication. As if war could be civilized! If I'm in command when war breaks out I shall issue my orders: 'The essence of war is violence.', 'Moderation in war is imbecility.' 'Hit first, hit hard, and hit anywhere'.⁴⁰

Heute fast vergessen ist, dass sich zumindest die Völkerrechtler der Versäumnisse, insbesondere der fehlenden strafrechtlichen Ahndung für Kriegsverbrechen, durchaus bewusst waren. In diesem Sinne wurde nach Beendigung der zweiten Konferenz 1907 eine dritte Haager Friedenskonferenz geplant, die für 1915 angesetzt war, jedoch wegen des Ersten Weltkriegs abgesagt werden musste.⁴¹ An dieser Stelle

⁴⁰ Zitiert nach Segesser, Daniel Marc: Recht statt Rache oder Rache durch Recht? Die Ahndung von Kriegsverbrechen in der internationalen fachwissenschaftlichen Debatte 1872–1945 (Krieg in der Geschichte 38), Paderborn 2010, S. 28. Segesser verweist hier auf den Biographen Reginald H. Bacon, *The life of Lord Fisher of Kilverstone*, 2 Vol., London 1929, Vol. 1, S. 121.

⁴¹ Eyffinger, Arthur: A highly critical Moment. Role and Record of the 1907 Hague Peace Conference, in: *Netherlands International Law Review* 54/(2) (2007), S. 197–228, hier S. 234–235.

teilen sich die Debatten in zwei Richtungen: Den einen ging es um Normierung, den anderen um Gewaltverbot selbst.

Ein erster Testfall für „Humanity“ bedeuteten die Balkankriege von 1912/13, also noch vor Ausbruch des Ersten Weltkriegs. Weitgehend unbeachtet verübten das osmanische Reich sowie Bulgarien hier Verbrechen, insbesondere an Zivilisten auf dem Balkan. Vergeblich bemühten sich Gruppierungen, die man heute als Menschenrechtsorganisationen bezeichnen würde, die Weltöffentlichkeit wachzurütteln. Friedensorganisationen wie das *Carnegie Endowment for International Peace*, gegründet 1910, nahmen eine wichtige Brückenfunktion zur Politik ein.⁴² Insbesondere richteten sie den Blick auf Kriegsgewalt und Verbrechen an Zivilisten. Damit ist ihr Engagement mit einer der Voraussetzungen für die Herausbildung von humanitären Konzepten.

Der Stifter, der einflussreiche US-Industrielle Andrew Carnegie, wünschte mit der Organisation sein Credo zu unterstreichen, der Krieg sei unter zivilisierten Staaten eigentlich nicht mehr zeitgemäß.⁴³ Mit seiner Stiftung, aber auch durch die Schaffung von Orten des Austausches (so ließ er in Den Haag den „Peace Palace“ erbauen), beförderte er seine Kampagne für mehr Internationalismus und die Weiterentwicklung des Völkerrechts. Durch den Aufstieg von zivilgesellschaftlichen Organisationen wie dem *Carnegie Endowment* wurde der Aufbau einer kritischen Öffentlichkeit zu einem Faktor, der in Zukunft politische Entscheidungen beeinflussen könnte. Die Organisation wirkte damit nicht nur als Transmitter von Ideen, sondern vor allem als Verstärker von Debatten zur Zivilisierung von Kriegsgewalt.

Ein zentrales Anliegen des *Carnegie Endowment* sollte die Analyse der Auswirkungen von Kriegsgewalt auf Zivilisten werden.⁴⁴ Aufgerüttelt durch Berichte über Kriegsverbrechen während des Balkankrieges von Oktober 1912 bis August 1913 (genau genommen waren

⁴² Rietzler, Katharina: Experts for Peace. Structures and Motivations of Philanthropic Internationalism in the Interwar Years, in: *Internationalism reconfigured. Transnational ideas and movements between the World Wars* (International library of twentieth century history v. 34), hrsg. v. Daniel Laqua, London, New York 2011, S. 45–66, hier S. 46.

⁴³ Cooper, Sandi E.: *Patriotic pacifism. Waging war on war in Europe, 1815–1914*, New York 1991, S. 82.

⁴⁴ Akhund, Nadine: The two Carnegie Reports. From the Balkan Expedition of 1913 to the Albanian Trip of 1921, in: *Balkanologie* 14/(1–2) (2012), S. 1–15. S. 2. Vgl. auch Segesser, Daniel Marc: The International Debate on the Punishment of War Crimes During the Balkan Wars and the First World War, in: *Peace & Change* 31/4 (2006), S. 533–554.

es zwei Kriege), hatte das *Carnegie Endowment* eine Untersuchungskommission eingesetzt. Die Kommission wurde geleitet vom Franzosen Baron d'Estournelles de Constant und bestand aus bekannten Völkerrechtlern und Journalisten.⁴⁵ Erstmals trat hier eine Nicht-Regierungsorganisation auf den Plan und positionierte sich durch Entsendung einer Delegation ins Kriegsgebiet in der Arena der internationalen Politik.⁴⁶ Neu war daran die Intervention einer Organisation, die von keiner der Großmächte ein Mandat hatte, sondern als eigenständiger Akteur in das Geschehen eingriff; hierin kündigten sich politische Muster der Völkerbund-Ära nach 1919 bereits an. Ebenfalls neu war, dass der Generalsekretär von New York aus die Presse während der ganzen Reise der Delegation mit Details über die Verbrechen auf dem Balkan versorgte und dadurch das Interesse der Öffentlichkeit auf einem konstant hohen Level halten konnte.⁴⁷ Im Kommissionsbericht vom Mai 1914, der in sieben Kapiteln die Kriegsgewalt gegenüber Zivilisten beschrieb, wurde das ganze spätere Vokabular zur Beschreibung von Kriegsgewalt bereits vorweg genommen: *war of extermination, deportation, campaign of murders, torture of war prisoners, violence against women and children, refugee camp*. Baron d'Estournelles stellte in seiner 25-seitigen Einleitung klar, dass das Leid der Zivilisten auf dem Balkan aus Sicht des Carnegie Endowment vermeidbar gewesen wäre: „The real culprits are those who, by interest or inclination, declare that war is inevitable, and by making so, assert that they are powerless to prevent it.“⁴⁸

Hierin bündelt sich das gesamte Credo des *Carnegie Endowment*: es war eine Kriegserklärung an das Establishment, insbesondere das Militär, und wandte sich gegen Lieber und Moltke. Mit dem Kommissionsbericht ergab sich nun die Chance, zwar nicht das Völkerrecht oder konkret die Verrechtlichung voranzutreiben, aber die Weltöffentlichkeit für Kriegsgewalt an Zivilisten zu sensibilisieren –

⁴⁵ Simic, Predrag: Balkans and Balkanisation. Western perceptions of the Balkans in the Carnegie Commission's Reports on the Balkan Wars from 1914 to 1996, in: *Perceptions* 18/(2) (2013), S. 113–134, hier S. 119.

⁴⁶ Akhund, The two Carnegie Reports, S. 3.

⁴⁷ Akhund, The two Carnegie Reports, S. 10.

⁴⁸ Zitiert nach Simic, Predrag: Balkans and Balkanisation. Western perceptions of the Balkans in the Carnegie Commission's Reports on the Balkan Wars from 1914 to 1996, in: *Perceptions* 18/(2) (2013), S. 113–134, hier S. 120.

ein erster Schritt in Richtung humanitäre Intervention als Mittel politischer Einflussnahme.⁴⁹

Der Erste Weltkrieg machte schnell deutlich, dass die Haager Landkriegsordnung zwar Regeln aufgestellt hatte, diese nun aber nicht eingehalten wurden. Obwohl die meisten europäischen Staaten und die USA die HLKO bis 1911 bereits in nationales Recht überführt hatten, leisteten die alten Eliten Widerstand, die neuen Regeln auch im Militärstrafrecht zu verankern.⁵⁰ Bis zum Beginn des Ersten Weltkriegs 1914 war die Ratifizierung daher noch nicht abgeschlossen. Die Doktrin der „Kriegsraison“ war zwar mit den Haager Friedenskonferenzen zurückgedrängt worden, setzte sich aber paradoxerweise im Ersten Weltkrieg trotzdem als Handlungsmaxime auf beiden Seiten der Front durch, wenn man in Betracht zieht, dass die meisten Kampftechniken mit ihrer Effizienz begründet wurden.

Die deutsche Verletzung der Neutralität Belgiens und Berichte über deutsche Grausamkeiten an belgischen Zivilisten erhöhten den Handlungsdruck für die Politiker beträchtlich, sich mit der Frage der Strafverfolgung für Kriegsverbrechen ernsthaft auseinander zu setzen.⁵¹

Noch deutlicher wurde das Scheitern des Haager Regelwerks mit dem Völkermord an den Armeniern im Frühjahr 1915, den eine diplomatische Note Frankreichs, Englands und Russlands vom 28. Mai 1915 zunächst als *Crimes against Christianity* bezeichneten; auf Wunsch Russlands war mit Rücksicht auf das multi-ethnische und multi-religiöse Zarenreich die Formulierung in *Crimes against Humanity* abgewandelt worden.⁵² In diesem Telegramm drohten die Führer

⁴⁹ Vgl. hierzu Klose, Fabian (Hrsg.): *The emergence of humanitarian intervention. Ideas and practice from the nineteenth century to the present* (Human rights in history), Cambridge, UK 2016; Simms, Brendan/Trim, D. J. B.: *Humanitarian intervention. A history*, Cambridge 2013.

⁵⁰ Vgl. hierzu Toppe, Andreas: *Militär und Kriegsvölkerrecht. Rechtsnorm, Fachdiskurs und Kriegspraxis in Deutschland 1899–1940*, München 2008.

⁵¹ Segesser, Daniel Marc: *On the Road to Total Retribution? The International Debate on the Punishment of War Crimes, 1872–1945*, in: *A World at Total War. Global Conflict and the Politics of Destruction, 1937–1945*, hrsg. v. Roger Chickering/Stig Förster/Bernd Greiner, Cambridge 2005, S. 355–374, hier S. 358.

⁵² Telegramm von William G Sharp, Botschafter der USA in Frankreich an Außenminister Bryan vom 28. Mai 1915, abgedruckt in: *Foreign Relations of the United States, 1915, Supplement*, New York 1969, S. 981. Zitiert nach Tusan, Michelle: „Crimes against Humanity“. *Human Rights, the British Empire, and the Origins of the Response to the Armenian Genocide*, in: *American Historical Review*, February (2014), S. 47–77, hier S. 62. Segesser, Daniel Marc: *Die historischen Wurzeln des Begriffs „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“*, in: *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte* 8 (2006/2007), S. 75–101, hier S. 87.

der Entente dem Osmanischen Reich mit einer strafrechtlichen Ahndung.⁵³ Das Armeniertelegramm gilt heute unter Völkerrechtlern gemeinhin als Geburtsstunde des Konzepts von *Crimes against Humanity*.⁵⁴ Hier steht eine Verbindung zum Begriff der Humanität im Vordergrund, also eine Interpretation im Geist der Martens-Klausel. In dieser Sichtweise ist mit *Crimes against Humanity* gemeint, dass sich das Osmanische Reich außerhalb der zivilisierten Rechtsordnung gestellt habe, indem es gegen dessen ungeschriebene Gesetze (niedergelegt in der Martensklausel) verstoßen habe.

Zu dieser Zeit begannen auch junge Absolventen der Universität Lemberg, Gedanken zum Minderheitenschutz zu veröffentlichen.⁵⁵ Raphael Lemkin, der Schöpfer der späteren Genozid-Konvention, schrieb rückblickend, das Scheitern der Armenien-Strafverfolgung nach 1919 habe in ihm die Initialzündung ausgelöst, ein rechtliches Prinzip zu finden, mit dem man derartige *Crimes against Humanity* ahnden könne. Zudem machten er, wie auch sein polnisch-jüdischer Landsmann Hersch Lauterpacht, selbst leidvolle Erfahrung mit antisemitischen Ausschreitungen an dieser Universität, die sie schließlich in die Emigration zwangen.

III. Neue Wege: Friedenskonferenz von Versailles und Völkerbund

Im Januar 1919 wurde die Pariser Friedenskonferenz eröffnet. In der alliierten Arbeitsgruppe, der „Kommission zur Verantwortlichkeit der Urheber des Krieges und zur Durchsetzung der Strafen“, in der Diplomaten und Juristen zusammenarbeiteten, kam es zu Auseinandersetzungen um einen möglichen Kriegsverbrecherprozess gegen das Deutsche Reich.⁵⁶ Die Kommission wollte keine strafrechtliche Verfolgung

⁵³ Zitiert nach Segesser, Daniel Marc: On the Road to Total Retribution? The International Debate on the Punishment of War Crimes, 1872–1945, in: A World at Total War. Global Conflict and the Politics of Destruction, 1937–1945, hrsg. v. Roger Chickering/Stig Förster/Bernd Greiner, Cambridge 2005, S. 355–374, hier S. 359.

⁵⁴ Bassiouni, M. Cherif: Crimes against Humanity. Historical evolution and contemporary application, Cambridge, New York 2011, S. 62.

⁵⁵ Segesser, Daniel Marc/Gessler, Myriam: Raphael Lemkin and the international debate on the punishment of war crimes (1919–1948), in: Journal of Genocide Research 7/(4) (2005), S. 453–468.

⁵⁶ Reginbogin, Herbert: Confronting „Crimes against Humanity“ from Leipzig to the Nuremberg Trials, in: ders./Christoph Safferling (Hg.), *The Nuremberg Trials. International Criminal Law since 1945*, München 2006, S. 115–121, hier S. 118 ff.

der Urheber des Kriegs, wohl aber eine Stigmatisierung des in ihren Augen Hauptverantwortlichen – des deutschen Kaisers. Schon bald kam es wegen der fehlenden Einigung auf eine anzuwendende Rechtsgrundlage zu Kontroversen. Der US-Delegierte und Außenminister Robert Lansing argumentierte, dass eine Strafverfolgung einzig für diejenigen Handlungen möglich sei, die schon vor dem Krieg als strafbar gegolten hätten.⁵⁷ So kam es 1919 zur Kompromissformel, niedergelegt in Artikel 227 des Friedensvertrags, dass ein besonderes Verfahren gegen den deutschen Kaiser eingeleitet werden sollte, „wegen schwerster Verletzung des internationalen Sittengesetzes und der Heiligkeit der Verträge“. Das juristische Argument wurde hier umgangen, indem ein Vertragsbruch des Völkerrechts konstatiert wurde – das jedoch wiederum keine Sanktion für einen solchen Bruch vorsah.⁵⁸ Das Primat der nationalen Souveränität ließ noch „keinen Raum für eine internationale Institution, die zentrale Elemente von Staatlichkeit, nämlich das Strafrecht, an sich ziehen sollte“.⁵⁹ Lansing und sein Berater James Brown Scott, beide übrigens auch bereits auf den Friedenskonferenzen in Den Haag Delegierte, unterstrichen auch ihre Auffassung, dass das Konzept *Crimes against Humanity* keine wirkliche Rechtsgrundlage für Kriegsverbrechen bilden könne, da es zu unbestimmt sei und überdies kein „allgemein anerkannter Standard von Menschlichkeit“ existiere.⁶⁰ Dies ist umso bedeutsamer, als der Begriff *Crimes against Humanity* in der Mantelnote des Ultimatums an das Deutsche Reich vom 16. Juni 1919 wieder explizit auftauchte und hier offenbar die moralische Dimension meinte.⁶¹ Der Begriff verschwand jedoch in der Endfassung wieder.

Die Pariser Verhandlungen markieren einen Wendepunkt internationaler Beziehungen, denn erstmals meldeten sich auch kleinere Staaten zu Wort, um eine Modernisierung des Völkerrechts zu fordern und Mechanismen zu schaffen, die den schwachen Nationen wirklich Schutz bieten würden. Aus Lateinamerika kam die Forderung, ein modernes Völkerrecht müsse universalistisch sein und nicht nur für die

⁵⁷ Segesser, Die historischen Wurzeln des Begriffs „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“, S. 91.

⁵⁸ Ebd., S. 77; dort auch zum Folgenden.

⁵⁹ So das Fazit bei Deitelhoff, Angst vor Bindung? (Anm. 2), S. 4.

⁶⁰ Segesser, Die historischen Wurzeln des Begriffs „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“, S. 92.

⁶¹ FRUS, United States Department of State, Papers relating to the foreign relations of the United States, The Paris Peace Conference, 1919, Volume XIII, U.S. Government Printing Office, 1919, S. 44.

Besiegten gelten. Der Vertreter der Delegation von Honduras, Policarpo Bonilla, forderte auch die Alliierten müssten sich dann dem Urteil stellen:

If it were sought to establish a precedent, with a view to protecting the rights of humanity and render a tribute to absolute justice, a reciprocity clause should have been inserted.⁶²

Amerikaner auf der einen Seite, Franzosen und Briten auf der anderen einigten sich in Paris schließlich auf den im Friedensvertrag (Artikel 228–230) verankerten Kompromiss, Deutschland solle die militärischen Angeklagten ausliefern, damit sie wegen ihrer mutmaßlichen Verbrechen im Krieg vor alliierte Militärgerichte gestellt werden könnten. Dieses Verfahren sollte einen internationalen Gerichtshof überflüssig machen; doch die Auslieferung erwies sich als nicht durchsetzbar, daher entschieden die Alliierten im Februar 1920, die Prozesse an das Leipziger Reichsgericht zu übertragen.⁶³

Obwohl sich die deutsche Reichsregierung formal gewillt erklärte, diese Prozesse zu führen, entwickelten sich die Verfahren in Leipzig zu einer Farce. Die meisten Richter und Ankläger zeigten unmissverständlich, dass sie die Vorstellung nicht teilten, Kriegshandlungen unterlägen völkerrechtlichen Grenzen und seien strafrechtlich zu ahnden. Stattdessen folgten die deutschen Juristen nationalem Kriegsrecht, wonach ein „Handeln auf Befehl“ Untergebene vor Strafe schützte. Doch immerhin gab es erste Indizien, dass die Gültigkeit solcher althergebrachter Rechtsgrundsätze brüchig wurde. So kam das Leipziger Gericht in einigen Verfahren zu dem Schluss, Kriegshandlungen könnten in manchen Fällen auch Verbrechen darstellen – und zwar dann, wenn sie deutlich jeglicher Menschlichkeit zuwiderliefen. Beispiele hierfür sind das sogenannte „Llandovery“-Urteil, wo es um Beschießung von Rettungsbooten ging, ein zweites Beispiel ist das Urteil wegen Tötung französischer Kriegsgefangener auf Befehl eines

⁶² FRUS, United States Department of State, *Papers relating to the foreign relations of the United States, The Paris Peace Conference, 1919*, Volume III, U.S. Government Printing Office, 1919, Preliminary Peace Conference, Protocol No. 6, Plenary Session of May 6, 1919, “Note of explanation in regard to the wish expressed by the Honduran Delegation and read at the Plenary Session of May 6th, 1919”, S. 390.

⁶³ Als Überblick: Hankel, Gerd: Die Leipziger Prozesse. Deutsche Kriegsverbrecherprozesse und ihre strafrechtliche Verfolgung nach dem Ersten Weltkrieg, Hamburg 2003; Wiggenhorn, Harald: Verliererjustiz. Die Leipziger Kriegsverbrecherprozesse nach dem Ersten Weltkrieg, Baden-Baden 2005; Kai Müller, Oktroyierte Verliererjustiz nach dem Ersten Weltkrieg, in: Archiv des Völkerrechts 39 (2001), S. 202–222.

deutschen Kommandeurs, der vor Gericht die Tötung dadurch gerechtfertigt hatte, dass man die Gefangenen während des Gefechts nicht habe bewachen können. Insgesamt blieb die Bilanz des Leipziger Gerichts jedoch hinter den Erwartungen zurück, die manche aufgrund der fortschreitenden politischen und juristischen Debatten der Kriegsjahre gehegt hatten, und in keinem einzigen Fall wurde die Strafe bis zum Ende verbüßt.⁶⁴

Die Gründung des Völkerbunds 1920 war sichtbarster Ausdruck dafür, dass neue Wege gesucht wurden, um den Frieden der Staatengemeinschaft zu sichern und die Gründung des Ständigen Internationalen Gerichtshofs 1922 mit Sitz in Den Haag ein weiterer Schritt in diese Richtung, „Humanity“ fest zu verankern. Man kann daher sagen, dass sich nach 1919 die Hinwendung zu internationalen Organisationen als „Heilsbringer“ der neuen Ära zeigt.⁶⁵ Jedoch verstrich nach dem Ersten Weltkrieg eine goldene Gelegenheit zur Kodifizierung des Kriegsvölkerrechts ungenutzt. So scheiterte 1928 die Initiative des Briand-Kellogg-Pakts, den Angriffskrieg als Mittel der Politik zu ächten und die Frage nach einer gemeinsamen Ahndung von Kriegsverbrechen gleichsam elegant durch die Abschaffung des Kriegs selbst zu lösen. Obwohl die USA, Frankreich, Großbritannien, Deutschland, Italien und Japan zu den Unterzeichnerstaaten gehörten, wurde der Vertrag im Anschluss nur schleppend ratifiziert und besaß offenbar wenig moralische Bindekraft.⁶⁶ Bereits 1931 wurde er mit dem japanischen Einmarsch in die Mandschurei gebrochen, ebenso wie 1935 mit dem italienischen Überfall auf Äthiopien. Das Hauptproblem des Pakts war seine fehlende Durchsetzbarkeit.⁶⁷ Man kann daher zusammenfassend formulieren, dass die Völkerrechtsverletzungen von Mandschurei 1931 und der Überfall auf Abessinien 1936 zu Wegmarken wurden, die die Bedeutung der Stärkung des Völkerrechts und die Schaffung von Sanktionsmöglichkeiten umso dringlicher machten.⁶⁸ Bis zum Ausbruch des Zweiten Weltkriegs in Europa 1939 waren noch keine verbindlichen Regeln im Umgang mit Kriegsgewalt gefunden worden.

⁶⁴ Werle, Gerhard: Die Entwicklung des Völkerstrafrechts aus deutscher Perspektive, in: Gerd Hankel (Hg.), *Die Macht und das Recht. Beiträge zum Völkerrecht und Völkerstrafrecht am Beginn des 21. Jahrhunderts*, Hamburg 2008, S. 97–126, hier S. 97.

⁶⁵ Koskeniemi, Nationalism, Universalism, Empire, S. 40.

⁶⁶ Benoit Lemay/Paul Létourneau, Die Herausforderung der Männer des Friedens oder der Briand-Kellogg-Pakt, in: Wette/Überschär, *Kriegsverbrechen*, S. 99–110, hier S. 99.

⁶⁷ Mazower, Ende der Zivilisation, hier und zum Folgenden S. 55.

⁶⁸ Koskeniemi, Nationalism, Universalism, Empire, S. 45.

Insbesondere die Frage der Gewalt gegenüber Zivilisten blieb undefiniert.

IV. Neue Regeln: Antworten auf die Verbrechen des Nationalsozialismus

Die Erfahrung mit dem nationalsozialistischen Krieg in Europa machte deutlich, dass neue Regeln im Umgang mit Kriegsgewalt gefunden werden mussten: schwere Verstöße gegen die Haager Landkriegsordnung ereigneten sich zum einen ohne Kriegserklärung, etwa in vom Deutschen Reich in Europa oder von Japan in Asien annektierten Gebieten sowie auch an Zivilisten innerhalb des deutschen Staatsgebiets, die kurzerhand zu rechtlosen Subjekten erklärt worden waren. Mit dem Zweiten Weltkrieg begann daher die dritte Phase der Normierungsbestrebungen. Die *United Nations War Crimes Commission* (UNWCC) ist in dieser Hinsicht von großer Bedeutung, stellte sie doch das erste internationale Gremium dar, das sich bereits während des Zweiten Weltkriegs mit der Kodifizierung des Kriegsvölkerrechts beschäftigte.

Die Beratungen zu einer international bindenden Rechtsgrundlage für Kriegsverbrecherprozesse hatten jedoch schon vor 1943 in inoffiziellen Zirkeln – heute würde man sagen: in *think tanks* – begonnen. Es ist auffällig, wie viele Impulse zur Kodifizierung des Kriegsvölkerrechts von transnationalen Akteuren aus Europa ausgingen und welche Rolle der Lehrstuhl von Hersch Lauterpacht in Cambridge dabei spielte. Debatten leiteten sich zwar aus der Erfahrung der nationalsozialistischen Besatzung in Mitteleuropa ab, zielten aber auf globale Gültigkeit. Die Vertreter kleinerer Exil-Regierungen, besonders engagiert hier die Völkerrechtler Maurice de Baer aus Belgien und Bohuslav Ecer aus Prag, waren dabei besonders aktiv, denn am Beispiel ihrer nun besetzten Länder zeigten sich die Schwierigkeiten mit den bisherigen Rechtsvorstellungen. Cambridge war somit in den 1940er Jahren eine der bedeutendsten Denkfabriken in Bezug auf die Kodifizierung des Kriegsvölkerrechts.

Parallel zur Lobbyarbeit der Exilregierung begannen juristische Expertenzirkel, sich zu formieren. Zwei Organisationen gelten als

Vorläufer der *United Nations War Crimes Commission*.⁶⁹ Sie hatten zum Ziel, neue völkerrechtliche Standards auszuarbeiten. Zum einen die *International Commission for Penal Reconstruction and Development*, die auf einer Konferenz an der juristischen Fakultät der Universität Cambridge ins Leben gerufen worden war (kurz: die *Cambridge Commission*) sowie die *London International Assembly* (abgekürzt LIA).⁷⁰ Die Vorläuferorganisationen waren inhaltlich unabdingbar für die Arbeit der späteren UNWCC, aber in politischer Hinsicht machtlos, ihr Anliegen durchzusetzen.⁷¹ Ihre Vorarbeiten führten jedoch dazu, dass wichtige völkerrechtliche Konzepte entwickelt werden konnten.⁷² Die Arbeit der beiden Kommissionen schlug sich in langen Denkschriften und Beratungsvorlagen nieder, und so gab es für die UNWCC später bereits brauchbare Vorlagen, um die Arbeit aufzunehmen und einzelne Maßnahmen umzusetzen. Zudem wurden fast ausnahmslos alle bisherigen Mitglieder in die UNWCC übernommen, so dass die personelle Kontinuität gewahrt blieb

Die *London International Assembly* (LIA) war kein akademischer Zusammenschluss, sondern bereits ein semi-offizielles Gremium. Sie wurde unter der Schirmherrschaft der *League of Nations Union* (LNU), einer britischen Friedensorganisation⁷³ unter Lord Robert Cecil of

⁶⁹ Auch im Folgenden *The United Nations War Crimes Commission, History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War* S. 94–104.

⁷⁰ Vgl. die Broschüre *London International Assembly: The Punishment of War Criminals. Recommendations of the LIA*, London

⁷¹ Lingen, Kerstin von: *Setting the Path for the UNWCC: The Representation of European Exile Governments on the London International Assembly and the Commission for Penal Reconstruction and Development, 1941–1944*, in: *Criminal Law Forum* (2014), S. 45–76. S. 46. Kochavi, *Prelude to Nuremberg*, S. 23.

⁷² Segesser, *On the Road to Total Retribution?* S. 371.

⁷³ Die Akten der LNU befinden sich in der London School of Economics (LSE), die Akten zur Gründung der LIA liegen unter LNU/6/5. Schriftwechsel zwischen der LNU und dem britischen Foreign Office befinden sich auch in TNA, FO 371/51011. Der LSE Katalog vermerkt: „The League of Nations Union (LNU) was formed by the merger of the League of Free Nations Association and the League of Nations Society, two groups working for the establishment of a new world order based upon the ideals of the League of Nations. It became the largest and most influential organisation in the British peace movement, played an important role in inter-war politics, and launched education programmes that had a lasting impact on British schools. The LNU’s popularity dwindled during World War Two, and when the United Nations Association (UNA) was founded in 1945 to promote the work of the United Nations, the LNU arranged for the wholesale transference of its organisational structure and its membership to the UNA.“

Chelwood am 20. Oktober 1941 gegründet.⁷⁴ Es ist bemerkenswert, dass sich hier eine der zivilgesellschaftlichen Organisationen der Zwischenkriegszeit direkt in die Debatten der völkerrechtlichen *think tanks* einschaltete. Die LNU war in den Genfer Völkerbund zu einem transnational vernetzten Akteur aufgestiegen.⁷⁵ Mit der LIA setzte die LNU dieses Engagement zur Ächtung der Kriegsgewalt nun im Zweiten Weltkrieg fort. Der LIA gehörten Vertreter der alliierten (Exil-)Regierungen an, die momentan in London versammelt waren, aber auch Vertreter Großbritanniens, der USA, Indiens, Brasiliens, Ägyptens und Chinas sowie ein „Beobachter“ aus der Sowjetunion.⁷⁶ Hierin zeigte sich erstmals der globale Charakter. Denn insbesondere China zeigte großes Interesse an den tschechischen Bestrebungen, eine Rechtsgrundlage für die NS-Verbrechen vor Kriegsausbruch 1939 zu finden, denn das Land befand sich in einer ähnlichen Situation. Mit der Besetzung der Mandschurei hatte Japan 1931, ebenfalls weit vor dem offiziellen Kriegsausbruch, Fakten geschaffen und Verbrechen begangen, die China nun geahndet sehen wollte.⁷⁷ Nach bisherigem Kriegsvölkerrecht war dies jedoch nicht möglich.

Es ging darum, ein Design der zukünftigen Strafverfolgung zu entwerfen. Die politischen Forderungen der Exilregierungen verlagerten sich dadurch auf die juristische Expertenebene und wurden zur Grundlage einer *epistemic community* in London. Die Exilregierungen hatten auf der St. James Konferenz unter dem Banner der *Inter-Allied Commission for the Punishment of War Crimes* einen Fragebogen erarbeitet. Dadurch gaben die Diplomaten in St. James den Exiljuristen eine Agenda bei, die die Hauptfragen bündelte. Schnell stellte sich jedoch heraus, dass viele dieser Fragen politische Stellungnahmen der wichtigsten Kriegsbündelungen, insbesondere der USA und Großbritannien erforderten, die aber auf politischer Ebene offiziell

⁷⁴ Zur Geschichte der Einsetzung der LIA vgl. Die Broschüre London International Assembly, The Punishment of War Criminals. Recommendations of the LIA. Zu den Hintergründen im Foreign Office, vgl. TNA, FO 371/51011, League of Nations Union: Proposals for a Public Unofficial International Conference in London, o. Dat.

⁷⁵ McCarthy, Helen: The Lifeblood of the League? Voluntary Associations and League of Nations Activism in Britain, in: Internationalism reconfigured. Transnational ideas and movements between the World Wars (International library of twentieth century history v. 34), hrsg. v. Daniel Laqua, London, New York 2011, S. 187–208.

⁷⁶ Broschüre: London International Assembly, The Punishment of War Criminals. Recommendations of the LIA. Teilnehmerliste im Anhang der Broschüre.

⁷⁷ Mitter, Rana: China's war with Japan, 1937–1945. The struggle for survival, London 2014. Ebenso Kushner, Barak: Men to devils, devils to men. Japanese war crimes and Chinese justice, Cambridge, MA 2015.

dort nicht beteiligt waren. Es musste also eine andere Ebene gefunden werden, um völkerrechtliche Fragen zu diskutieren, und die *Cambridge Commission* und die LIA boten eine erste Plattform.

Die UNWCC verstand sich wiederum als Dachorganisation, die mit ihren Richtlinien half, die Internationalen Gerichtshöfe in Nürnberg und Tokio sowie die nationalen Verfahren in Europa wie in Asien vorzubereiten. Noch vor Gründung der United Nations als Organisation in San Francisco fand sich also in der UNWCC ein Gremium zusammen, das sich als „vereinigte Nationen“ verstand.⁷⁸ Der Name ist daher älter als die Organisation selbst, und ihr erstes Betätigungsfeld war die Kriegsverbrecherpolitik, da dies ein gemeinsames Interesse aller alliierten Nationen darstellte. Juristische Empfehlungen der UNWCC wurden hierbei oft als Blaupause für die nationalen Gesetzesgrundlagen verwendet, die von den betroffenen Ländern im Hinblick auf die geplanten Verfahren noch während des Krieges erlassen wurden.

Die Debatten, die sich in den UNWCC-Protokollen erhalten haben, enthüllen umkämpftes Terrain. Der tschechische Völkerrechtler Bohuslav Ecer übernahm in der UNWCC den Vorsitz im Legal Committee, in welchem um juristisch tragfähige Definitionen und globale Standards gerungen wurde. Eines der wesentlichen Verdienste dieser transnationalen Debatten ist die Formulierung des neuen Straftatbestands *Crimes against Humanity*, der in der Nürnberger Charta im Sommer 1945 kodifiziert wurde und in den internationalen Tribunalen von Nürnberg und Tokio eine entscheidende Rolle spielte. Das Konzept formulierte das Prinzip, wonach Übergriffe gegen Individuen dann zu Völkerrechtsverbrechen würden und von der internationalen Gemeinschaft geahndet werden könnten, wenn sie systematisch und gegen eine bestimmte Gruppe der Zivilbevölkerung gerichtet seien und dies auch außerhalb von Kriegshandlungen.⁷⁹

Um diesen Begriff war lange gerungen worden. Ecer reagierte im April 1944 als erster auf Berichte der polnischen Exilregierung zum Judenmord und schlug vor, mit dem Konzept von *Crimes against Humanity* könne man die Verbrechen der Nazis verfolgen, die erkennbar keiner militärischen Notwendigkeit folgten, aber systematischen Charakter besäßen. Doch er wurde von älteren Kommissionsmitgliedern zurückgewiesen unter Verweis auf den Grundsatz *nulla poena sine lege*

⁷⁸ Vgl. Zur alliierten Politik und zur Gründung der UNWCC allgemein Plesch, *America, Hitler and the UN* sowie Plesch/Weiss, *Wartime origins and the future United Nations*.

⁷⁹ Werle, *Entwicklung des Völkerstrafrechts*, S. 98 f.

(„keine Strafe ohne Gesetz“) – gemeint ist das Rückwirkungsverbot, wonach Handlungen nicht strafbar sein können, wenn das Gesetz zum Tatzeitpunkt noch nicht in Kraft war. Ečer erkannte den neuen Dualismus, von einerseits herkömmlichen Kriegsverbrechen sowie andererseits Verbrechen vor einem offiziellen Kriegsbeginn oder innerhalb der Grenzen des Aggressorstaates und betonte: „[...] wenn es Lücken im Recht gibt, dann ist es unsere Pflicht, sie zu füllen.“⁸⁰ Ečer formulierte: „Die Frage ist doch, sollen wir [...] einen Rückschritt machen, wenn der soziale Wandel eigentlich Fortschritt verlangt?“⁸¹

Damit befand sich Ečer in Übereinstimmung mit der Mission der Völkerbundmitarbeiter, die in den 1920er Jahren eine „new justice“ im Völkerbund gefordert hatten. Ečer beschreibt in seinen Memoiren seine Mission in dieser UNWCC-Debatte:

The atmosphere was tense, as in my opinion we discussed the whole rationale of the war in light of international law, that must necessarily lead to the victory of justice over the dark orcs of evil and bring its perpetrators to the justice they deserve.⁸²

Doch auch die überarbeitete Version wies die UNWCC in der Sitzung vom 10. Oktober 1944 erneut zurück; es zeigte sich, dass die britischen Vertreter fundamental gegen das neue Konzept waren.⁸³ In einer Debatte im britischen Unterhaus vom 4. Oktober 1944, in der es um die Tötung politischer Häftlinge im Konzentrationslager Buchenwald ging, antwortete Außenminister Anthony Eden kühl, man könne leider nichts tun: „Crimes committed by Germans against Germans, however reprehensible, are in a different category from war crimes and cannot be dealt with under the same procedure.“⁸⁴

Er wiederholte diese Auffassung erneut in einer Debatte vom 31. Januar 1945.⁸⁵ Noch war das Konzept nicht ausdiskutiert, aber

⁸⁰ TNA, FO 371/39005, UNWCC, minutes of 36th meeting, 17.10.1944; see also Sellars, Crimes against Peace (supra note 57), p. 63, on the connex with Russian legal scholar Aron Trainin.

⁸¹ Ečer, Additional Note, 12.05.1944, UNWCC III/4, 7 Seiten, hier S. 7, PURL: <https://www.legal-tools.org/doc/6335bd/>.

⁸² Biographisches Portrait von Ečer unter http://www.valka.cz/clanek_12304.html (letzter Zugriff am 16.08.2014; ich danke Katarina Morozova für die Übersetzung).

⁸³ Douglas, The memory of judgment, S. 41.

⁸⁴ Zitiert nach Schwelb report, Definition of Crimes against Humanity, 22.03.1946, S. 5, Siehe PURL: <https://www.legal-tools.org/doc/c52df5/>.

⁸⁵ Ibidem.

seine Zeit kam. Wichtig in dieser Hinsicht war insbesondere ein Umschwung der US-Politik, die sich ab Januar 1945 dafür einsetzte, juristisch tragfähige Konzepte zur Umsetzung in einem noch zu schaffenden Strafgerichtshof zu entwickeln. Murray C. Bernays stellte schließlich ein Konzept zur strafrechtlichen Verfolgung von Verbrechen vor, welches den Tatbestand der Verschwörung ins Zentrum rückte.⁸⁶

Auf der Konferenz von Jalta im Februar 1945 diskutierten Roosevelt, Churchill und Stalin in ihren Gesprächen zur Nachkriegsplanung für Deutschland auch Möglichkeiten der Strafverfolgung. Nun schlossen sich auch die Franzosen der Idee eines internationalen Strafgerichtshofs an, und nachdem sich die drei Hauptangeklagten Hitler, Himmler und Goebbels im Mai 1945 durch Selbstmord bereits einem Gericht entzogen hatten, stimmten schließlich auch die Briten dem Plan zu, einen Gerichtshof zu errichten, da nun nicht mehr zu befürchten war, die Nazis würden den Prozess als ideologische Bühne missbrauchen.⁸⁷

Vom 26. Juni bis zum 8. August 1945 wurde auf der Konferenz von London die Charta für das Nürnberger Tribunal verhandelt, und hier wurde die neue völkerrechtliche Richtung festgelegt. Nur die vier Hauptalliierten USA, GB, Frankreich und UdSSR durften hier über eine mögliche Strafverfolgung der Kriegsgegner beraten, die UN-WCC-Delegierten wurden nicht beteiligt. Art 6 c bildete das Kernstück der Charta. Hierin heißt es als Definition des neuen Tatbestands *Crimes against Humanity*:

Mord, Ausrottung, Versklavung, Deportation oder andere unmenschliche Handlungen, begangen an irgendeiner Zivilbevölkerung vor oder während des Krieges, Verfolgung aus politischen, rassistischen oder religiösen Gründen, begangen in Ausführung eines Verbrechens oder in Verbindung mit einem Verbrechen, für das der Gerichtshof zuständig ist, und zwar unabhängig davon, ob die Handlung gegen das Recht des Landes verstieß, in dem sie begangen wurde, oder nicht.

Der Begriff *Crimes against Humanity* scheint sich im Wesentlichen an den Konzepten zu orientieren, die innerhalb der UNWCC, aber auch in seinen Vorgängerorganisationen diskutiert worden waren.

⁸⁶ Borgwardt, Elizabeth: Re-examining Nuremberg as a New Deal Institution. Politics, Culture and the Limits of Law in Generating Human Rights Norms, in: Berkeley Journal of International Law 23 (2005), S. 401–462, hier S. 433.

⁸⁷ Robertson, Crimes against Humanity, S. 308.

US-Ankläger Robert Jackson antwortete auf die Frage, woher der Begriff käme, dieser sei ihm von einem bedeutenden Völkerrechtler übermittelt worden.⁸⁸ Wahrscheinlich diente Hersch Lauterpacht als Bindeglied zwischen der UNWCC und der politischen Ebene⁸⁹, denn Lauterpacht traf sich mit Jackson vor der Londoner Konferenz und warb für die Verwendung dieses neuen Begriffs.⁹⁰ Es könnte also sein, dass er diesen Begriff und das dahinterstehende Konzept einem der wichtigsten Konferenzteilnehmern vorschlug, zu dem die Juristen aus den kleineren Exilnationen Europas keinen Zugang hatten, und damit Debatten zusammenfasste, die in verschiedenen juristischen Gremien über die letzten drei Jahre hindurch in London geführt worden waren, in denen Lauterpacht neben Ecer Mitglied war. Diese These erhält dadurch zusätzliches Gewicht, dass Lauterpacht in seinem ersten großen Memorandum zum Thema „Punishment of War Crimes“, das er 1942 in der LIA vorgelegt hatte, den Begriff noch nicht einmal erwähnte, er also nicht auf seine eigenen Texte zurück geht.⁹¹

Der Nürnberger Gerichtshof nutzte das neue Konzept aber nur sehr zögerlich, und insbesondere wurde Ecers Idee zurückgewiesen, auch Verbrechen zu ahnden, die vor Kriegsbeginn begangen worden waren. Das Konzept wurde oft allenfalls als Ergänzung zu herkömmlichen Kriegsverbrechen benutzt.⁹² Dieser Konnex erlaubte den alliierten Juristen „Verbrechen der Nazis auch innerhalb des Deutschen Rei-

⁸⁸ Jackson sagte in der Sitzung vom 02.08.1945: „I may say that the term was suggested to me by an eminent scholar of international law“, in: Jackson, Report to the International Conference on Military Trials London 1945, S. 416.

⁸⁹ Koskenniemi, The gentle Civilizer of Nations betont, Lauterpacht habe eine zentrale Rolle für das britische Anklagerteam von Nürnberg gespielt, indem er die Eröffnungs- und Schlussrede für den Nürnberger Prozess schrieb, vgl. sein Kapitel: „Lauterpacht: The Victorian tradition in International Law“, bes. S. 388/389.

⁹⁰ Schabas betont, dass sein bekannter Wissenschaftler, den er als Lauterpacht identifiziert hat, den Begriff Jackson vorgeschlagen habe, vgl. Schabas, Unimaginable atrocities, S. 51; diese Version wird durch die Schilderungen in den Lebenserinnerungen des Sohnes an seinen Vater gestützt, vgl. Lauterpacht, Elihu: The life of Sir Hersch Lauterpacht, Cambridge, New York 2010, S. 272.

⁹¹ TNA, LCO 2/2973, Papers of the Cambridge Commission, Committee of Crimes against International Public Order, Memorandum of H. Lauterpacht on „Punishment of War Crimes“, 52 pages, (without exact date, but probably July 1942).

⁹² Zitiert nach Schwelb report, Definition of Crimes against Humanity, 22.03.1946, S. 5, See PURL: <https://www.legal-tools.org/doc/c52df5/>. Geyer, Michael: Crimes against Humanity, in: The Encyclopedia of War, hrsg. v. Gordon Martel, Oxford, UK 2011. Wiley Online Library, <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/9781444338232.wbeow146>.

ches (also gegen deutsche Staatsbürger) zu verurteilen, ohne das Konzept der Staatssouveränität anzutasten“.⁹³ Denn Nürnberg hatte auch auf anderer Ebene Neuerungen gebracht: Neuartig war die Idee, vor einem internationalen Gericht die gesamte Führungselite eines Staats zu bestrafen.⁹⁴ Dadurch bekräftigte die Verfassung des Nürnberger Gerichts das Prinzip der Verantwortung des Einzelnen für staatliche Verbrechen – ein entscheidender Grundsatz des späteren Völkerstrafrechts.⁹⁵ Man spricht hier auch von Verschränkung individueller und staatlicher Schuld.⁹⁶

Anders als im IMT Nürnberg nutzten jedoch andere juristische Gerichtshöfe, insbesondere die auf Grundlage von Kontrollratsgesetz Nr. 10, das neue Konzept in der Folgezeit sehr umfänglich, insbesondere, um Verbrechen gegenüber deutschen Juden und Oppositionellen zu ahnden. *Crimes against Humanity* ist in der öffentlichen Wahrnehmung daher ein Prinzip geworden, das oft mit dem Holocaust verbunden wird, obwohl dies ursprünglich nicht die Hauptintention gewesen war.

V. Conclusio

Zuletzt: Was können Historiker von Feldern der Rechtsgeschichte und ihren transnationalen Debatten lernen?

Die Veränderung der internationalen Ordnung zu Beginn des 20. Jahrhunderts führte dazu, dass die Bemühungen um „Humanity“ immer wieder stecken blieben. Dem Krieg, der sich im Verlauf eines Jahrhunderts mehr und mehr entgrenzte, Regeln und Ahndungsmechanismen aufzuzwingen, stellte hierbei eine große Herausforderung dar. Ob sich Krieg überhaupt zivilisieren lässt, oder ob vielleicht nicht jede neue Kodifizierung nur ohnmächtig auf die Gräueltaten des letzten Krieges reagiert, bleibt dabei eine offene Frage.

⁹³ van Schaack, Beth: The Definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence, in: *Columbia Journal of Transnational Law* 37 (1998–1999), S. 788–850, hier S. 791.

⁹⁴ Sheldon Glueck, *The Nuremberg Trial and Aggressive War*, New York 1946, S. 102.

⁹⁵ Werle, *Entwicklung des Völkerstrafrechts*, S. 98.

⁹⁶ Devin O. Pendas, *Auf dem Weg zu einem globalen Rechtssystem? Die Menschenrechte und das Scheitern des legalistischen Paradigmas des Krieges*, in: Hoffmann, *Moralpolitik*, S. 226–255, hier S. 229.

Ein wichtiger Faktor war sicherlich London als Knotenpunkt, an welchem sich die Exilanten zusammenfanden und in Sitzungen und Gremienarbeit das Völkerrecht konkret vorantreiben konnten. Der Blick auf die Debatten macht deutlich, wie solche Aushandlungsprozesse abgelaufen sein könnten und welche Einflussmöglichkeiten dadurch auch den kleineren, auf den ersten Blick machtloseren Staaten gegeben waren. Transnationale Biographien lenken den Blick auch auf die akademischen Zentren von Neuerungsbestrebungen – im vorliegenden Fall neben der Exilgemeinschaft in London auch die Universitäten des untergegangenen Habsburgerreichs in Zentralmitteleuropa (Wien, Prag, Lemberg), Heidelberg, Gent und Cambridge. Dieser Blick fordert unsere Kenntnisse über den Transfer von Wissen und die Generierung von Normen heraus; er belegt, wie viele der Akteure in gemeinsamen Vorlesungen gesessen oder bei gleichen Professoren, etwa Johann Caspar Bluntschli und Hans Kelsen, gelernt hatten.

Die Exiljuristen sind für die Analyse des Debattenverlaufs, der Konzepte und Ideen zentral. Betrachtet man die Debatten dreier Generationen von Juristen, so wird evident, dass erst die äußere Bedrohung, insbesondere die neue Form von Gewalt der Nationalsozialisten, dem Projekt einer Normierung des Kriegsvölkerrechts zum Abschluss verhelfen, da sie den äußeren Faktor darstellten, die Debatte zu beschleunigen. Die Sensibilität gegenüber Minderheitenrechten, oder das Pochen auf eine Kodifizierung des Verbrechens von Genozid, wie der aus Polen stammende Jurist Rafael Lemkin dies 1948 als UN-Resolution durchsetzte, ist ein Verdienst, das ohne die Exil-Juristen, viele davon mit jüdischen Wurzeln, vielleicht zunächst nicht auf der Agenda amerikanischer oder britischer Regierungsbeamter gestanden hätte. Diese waren jedoch mit ihrem Zugang zur Macht entscheidend, um den Nürnberger Prinzipien 1945 zum Durchbruch zu verhelfen.

All dies kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Geschichte der Menschenrechte auch und vor allem eins ist: die Geschichte von den Grenzen des Rechts und von der Unmöglichkeit, jemals all dies zu ahnden, was an Grausamkeiten im Krieg geschieht.

Bedeutungswandel der Menschenrechte: Anmerkungen und Beobachtungen zur Menschenrechtsarbeit angesichts aktueller Herausforderungen

Michael Windfuhr

Die aktuelle Situation rund um die Menschenrechtelage weltweit ist komplex und geprägt von neuen Herausforderungen. Was es heißt Menschenrechtsarbeit unter diesen veränderten Rahmenbedingungen zu leisten und ob sich die Bedeutung der Menschenrechte insgesamt geändert hat, wird im folgenden Vortrag diskutiert.

Der erste Teil befasst sich mit der Frage, warum Menschenrechte ein zentraler Orientierungspunkt für die Begrenzung staatlicher Gewalt und von Machtmissbrauch sind und welche Bedeutung sie für die Verteidigung von Menschenwürde haben.

Daran knüpft die Überlegung, dass die Verteidigung der Menschenrechte geachtet, geschützt und umgesetzt werden muss. Das umfasst die bürgerlich-politischen ebenso wie die wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen Rechte. In diesem Zusammenhang werde ich das Ausmaß ihrer universellen Anerkennung diskutieren, denn diese wird immer wieder einmal in Frage gestellt.

Der dritte Abschnitt präsentiert Gedanken zu dem Stand des Bedeutungswandels der Menschenrechte. Hierzu gehört unter anderem die Erkenntnis, dass sie unteilbar sind und somit alle Rechtsbereiche weltweit betreffen.

Den Schluss bildet die Einordnung und Systematisierung der in der folgenden Einleitung kursorisch benannten verschiedenen Verletzungssituationen in fünf Typen, die zusammen einen Indikator für den Bedeutungswandel der Menschenrechte darstellen.

1. Einleitung

Menschenrechte werden gerade in vielen Ländern und Zusammenhängen herausgefordert und verletzt. Der Bürgerkrieg in Syrien zeichnet sich durch enorme Gräueltaten, Völkermord und schwerste Menschenrechtsverletzungen im Alltag aus.

Der Umgang mit Menschen auf der Flucht ist problematisch: Im letzten Jahr starben 5096 Menschen auf der Flucht über das Mittelmeer.¹ Doch nicht nur der Wasserweg stellt eine Gefahr und menschenrechtliche Herausforderung dar, sondern auch die Binnenmigration. Wie den Jahresberichten des Hochkommissars für Flüchtlinge zu entnehmen ist, leben die meisten Geflüchteten in Asien und auf dem afrikanischen Kontinent und erfahren sowohl bei einer internen als auch bei einer grenzüberschreitenden Migration in der Region oft keine gute Behandlung.

Armut, fehlender Zugang zu Gesundheits- und Bildungseinrichtungen und prekäre Arbeitsbedingungen, Landvertreibung ohne Entschädigung prägen die Lebenswirklichkeit vieler Menschen, gerade in ländlichen Regionen.

Inzwischen betreffen Terrorattacken, teilweise auch staatlich unterstützt, keine kleine Zahl von Ländern mehr. Gleichzeitig führen die vielen Anti-Terrorismus-Maßnahmen oder neu erlassenen Gesetze zu Einschränkungen von Menschenrechten, wie der Meinungsfreiheit, die Möglichkeit, Organisationen zu bilden oder sich sonstig politisch zu betätigen. Die Zahl autoritärer Regime nimmt derzeit weltweit zu, auf allen Kontinenten, auch in Europa. Dem neusten Bericht von CIVICUS, einer Weltbürgerrechtsallianz, zufolge erließen knapp 60 Länder in den letzten Jahren Gesetze zur Einschränkung von Spielräumen politischer Akteure oder zivilgesellschaftlicher Organisationen (das bedeutet eine zunehmende Einschränkung der Möglichkeit, sich zu engagieren).² Auch in vielen Demokratien werden in Zeiten des

¹ Siehe United Nations High Commissioner for Refugees (2017).

² CIVICUS (2016), S. 54.

Populismus die Hemmschwellen von teilweise menschenverachtender oder rassistischer Rede eingerissen; diskriminierende, rassistische Äußerungen und auch Übergriffe finden statt und werden durchaus häufiger, beispielsweise gegen Wohnstätten von AsylbewerberInnen. Man kann sich angesichts dieser Entwicklungen fragen: Hat die Anzahl an Menschenrechtsverletzungen weltweit insgesamt zugenommen? Der Jahresbericht von Amnesty International ist dabei kaum dicker geworden. Er umfasst schon seit vielen Jahren in etwa die gleiche Seitenanzahl. Die Frage, ob es jetzt eine menschenrechtlich besonders schlimme Zeit ist, oder ob es zu Zeiten des Kalten Krieges nicht ebenso problematisch in vielen Ländern war, ist natürlich eine berechtigte Frage. Es ist gerade die vergleichende Perspektive, die ein Nachdenken über einen Bedeutungswandel der Menschenrechte ermöglicht. Dies ist nicht nur im Hinblick auf die aktuellen und neuen Herausforderungen für die Menschenrechte empfehlenswert, die im Folgenden weiter ausgeführt werden, sondern auch unter dem Aspekt, dass es in den Formen der Menschenrechtsverletzungen, vielleicht auch in der Art der Infragestellungen, durchaus substantielle Veränderungen gibt. Menschenrechte und ihre Verletzungen lassen sich aus menschenrechtlicher Perspektive schwer in Zahlen darlegen. Eine quantitative Auswertung entspricht nicht der emotionalen Empfindung der Rechteinhabenden und derjenigen, die Opfer von Verletzungen sind.

1.1 Die Situation von MenschenrechtsverteidigerInnen

Angesichts all dieser Probleme, das sei die These des Vortrags, nimmt die Bedeutung der Menschenrechte zu, als Orientierung für all diejenigen, die Verletzungen und Demütigungen ausgesetzt sind. Menschenrechte sind der universelle Maßstab, der deutlich machen kann, wo es zu Verletzungen kommt und um was für eine Verletzung es sich handelt. Sie sind gleichzeitig ein enorm wichtiges Instrument der Ermutigung für Menschen, die sich für die Dokumentation von Menschenrechtsverletzungen und den Schutz von Opfern einsetzen oder selbst Verletzungen erleiden. Sie wissen aufgrund der Menschenrechtstexte, dass sie im Recht sind. Damit einhergehend steigt die Bedeutung von Menschenrechtsverteidigenden in vielen Ländern enorm. Die Kategorie von Menschenrechtsverteidigenden umfasst traditionell die Anwälte von Menschenrechtsorganisationen, die sich für

Opfer einsetzen; im zunehmenden Maße trifft diese Kategorie allerdings auch auf AktivistInnen in zivilgesellschaftlichen Organisationen oder in nationalen Menschenrechtsinstitutionen zu, die Fälle von Menschenrechtsverletzungen dokumentieren und veröffentlichen und die Verantwortlichen benennen. Gerade das Engagement dieser Menschenrechtsverteidigenden ist derzeit in sehr vielen Ländern herausgefordert. Sie werden als ausländische AgentInnen verunglimpft, in ihrer Arbeitswirklichkeit extrem eingeschränkt oder werden oft selbst Opfer von Verfolgung und Bedrohung.

Es folgen nun einige Beispiele, um das Spektrum dieser Menschenrechtsverteidigenden zu visualisieren. Auf den Philippinen gibt es seit 2016 einen neuen Präsidenten, Rodrigo Duterte, in dessen angeblichen Antidrogenkrieg in den letzten Monaten im Schnitt je etwa tausend Menschen erschossen wurden³. Die Ermordung erfolgt oft ohne jede Ankündigung oder Untersuchung, sondern auf reine Verdachtsmomente hin. Diese Situation ist außerordentlich dramatisch. Personen, die sich dort für Menschenrechte einsetzen und solche Fälle dokumentieren, erhalten mittlerweile selbst Todesdrohungen. Der polnische Ombudsmann für Menschenrechte steht, ähnlich wie das polnische Verfassungsgericht, unter enormem Druck im Parlament von Polen, da seine Haushaltsmittel gerade zusammengestrichen und reduziert werden. Er selbst hat bereits Drohungen erhalten. Der Vorstand des Deutschen Instituts für Menschenrechte ist inzwischen nach Warschau gefahren, um bei Pressekonferenzen mit dem Europarat und dem Europäischen Netzwerk Nationaler Menschenrechtsinstitutionen auch für ihn zu sprechen und ihn und seine Unabhängigkeit zu unterstützen. Auch Anwälte von Menschenrechtsverteidigenden in Russland sind großen Gefahren ausgesetzt. In den letzten Jahren sind mehrere von ihnen direkt nach den Gerichtsverfahren zum Teil direkt vor dem Gericht erschossen worden.

Das sind natürlich Situationen, die besonders schwierig sind und die insbesondere Menschen, die sich für andere einsetzen, unter Druck setzen und ihnen Angst machen sollen. Ein weiteres trauriges Beispiel für Menschenrechtsverteidigende stellt die vielen bekannt gewordene, indigene Aktivistin aus Honduras dar, Berta Caceres, die sich dort gegen einen Staudambau und andere Projekte auf indigenem Land eingesetzt hat. Sie wurde auf ihrem Gebiet vor einiger Zeit erschossen.⁴

³ Siehe Vanessa Vu (03.08.2016).

⁴ Siehe Alexandra Endres (07.12.2016).

Ein solches Schicksal widerfährt vielen Menschen in ländlichen Regionen, die sich gegen Verletzungen oder gegen Eingriffe in ihrer Lebensumwelt zur Wehr setzen.

Allein im Bürgerkrieg in Kolumbien, der gerade zu einem Ende zu kommen scheint, war es über viele Jahre so, dass ein sehr hoher Anteil aller erschossenen Gewerkschaftler weltweit allein in Kolumbien erschossen wurde; sehr oft Menschen, die sich für ihre sozialen Rechte in ländlichen Regionen eingesetzt haben, beispielsweise in Agrargewerkschaften.⁵ Für die Taten waren zum Teil Regierungstruppen, zum Teil Paramilitärs, zum Teil Guerillagruppen verantwortlich. Oft wurden die Täter nicht identifiziert, in vielen Fällen wurde staatlicherseits nicht angemessen ermittelt und Straflosigkeit für solche Taten war die Regel. Am 01.12.2016 vergab die Bundesregierung das erste Mal den neuen deutsch-französischen Preis für Menschenrechte. Insgesamt wurden 16 Preistragende ausgezeichnet.⁶ Es ist ein schönes Zeichen dieser zwei Länder, einen gemeinsamen Menschenrechtspreis zu vergeben. Auch unter den Preistragenden finden sich Personen, die lange nicht zu den klassischen Kategorien der Menschenrechtsverteidiger gezählt wurden. Dass sich diese Definition inzwischen verändert hat, wird durch Preise wie diesen deutlich. So wurde dort eine Frau aus Brasilien geehrt, die vor 25 Jahren Opfer schwerer häuslicher Gewalt durch ihren Mann wurde. Seitdem ist sie querschnittsgelähmt. Es ist ihr Verdienst, dass es in Brasilien mittlerweile ein Gesetz gegen häusliche Gewalt gibt. Das Mustergesetz in diesem Kontext für ganz Südamerika.

Preisträger waren auch die Weißhelme aus Syrien, die mutigen Personen, die in Syrien nach Bombenabwürfen in den Städten Syriens Nothilfe leisten – oft unter Einsatz ihres eigenen Lebens. Alle der 16 Preistragenden haben es verdient, als Menschenrechtsverteidigende geehrt zu werden. Viele Menschen setzen sich jährlich mit außerordentlichem Mut für die Durchsetzung von Menschenrechten ein. Deutlich wird die enorme Bandbreite der Menschenrechtsarbeit.

⁵ Vergleiche die regelmäßigen Berichte des Internationalen Gewerkschaftsbundes und der ILO. Auch 2016 zählte Kolumbien immer noch zu den zehn schlimmsten Ländern für Erwerbstätige (Internationaler Gewerkschaftsbund (2017), S. 28–29). Im Jahr 2016 wurden in Kolumbien 19 GewerkschafterInnen ermordet (Internationaler Gewerkschaftsbund (2017), S. 92).

⁶ Siehe Auswärtiges Amt (2016).

2. Der besondere Status der Menschenrechte

Menschenrechte sind historisch formuliert worden als Schutz der BürgerInnen vor Übergriffen, Verletzungen durch einen zu mächtigen oder übermächtigen Staat. Der Begriff BürgerInnen ist nicht immer einfach, weil Menschenrechte sich auf alle Menschen beziehen, die in einem Staat leben, also nicht nur die, die einen Bürgerstatus haben.

Dieser Staat war zu Zeiten der französischen Revolution der absolutistische Staat, der Menschen bevormundete, ganzen Gruppen eine eigene Rechtsstellung verwehrte und ihre zentralen Rechte beeinträchtigte. In Amerika war es der koloniale Staat und zu Zeiten der Formulierung der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte*, 1948, war der Bezugspunkt der totalitäre Staat, nach dem Nationalsozialismus in Deutschland einer Zeit der absoluten Negation von Menschenwürde für ganze Teile oder ganze Gruppen der Bevölkerung. Menschenrechte sind also historisch ein Schutzinstrumentarium vor einem übermächtigen Staat. Wichtig ist dabei, dass die Formulierung der zentralen Menschenrechtstexte jeweils der Startpunkt ihrer Durchsetzung war oder ist, und Menschenrechte dann aber oft auch nur konfliktiv durchgesetzt und erkämpft werden können. Die Französische Revolution heißt auch nicht umsonst *Revolution* und *nicht Evolution*. Bei der Revolution wurden selbst zahlreiche Menschenrechtsverletzungen begangen. Wichtig für das Verständnis der Menschenrechte ist es dennoch, dass die Durchsetzung des Rechtsstaats mit Machtbegrenzung der Regierung einhergeht und deshalb die Menschenrechte in der Tat erkämpft werden müssen. Das gilt für die Abschaffung der Leibeigenschaft ebenso wie für die Abschaffung der Sklaverei, für die Durchsetzung der Frauenrechte sowie für die Rechte in der Arbeit oder das Recht, Vereine zu gründen und sich zu organisieren.

2.1 Die Universalität der Menschenrechte

„Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren“, so formuliert es der Artikel 1 der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* (AEdMR). Dieser Grundsatz der Menschenrechte ist universell. Das heißt, er gilt überall, weltweit, für jeden Menschen. Immer wieder wird in Gesprächen und Debatten nachgefragt: Ja wirklich? Ist es denn überhaupt möglich, von Universalität zu sprechen angesichts vieler

religiöser Partikularismen? Ist der Anspruch aufrechtzuerhalten angesichts der vorhandenen kulturellen Unterschiede, die weltweit zu beobachten sind?

Über dieses Thema ließe sich leicht ein eigenes Studium Generale organisieren. Die folgenden Zeilen beschränken sich auf **drei zentrale Argumente**, die verdeutlichen sollen, dass die Universalität der Menschenrechte keine Anmaßung ist und schon gar keine Anmaßung des Westens, sondern der Kern des Menschenrechtsgedankens. Staaten sollen überall auf der Welt jeden Menschen in seiner ihm eigenen Würde anerkennen, seine Rechte achten, schützen und gewährleisten. Das ist der Kerngedanke der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte*. Keinem Menschen kann diese Würde genommen werden, kein Staat kann sich dieser Verpflichtung entziehen, Ausnahmen machen oder Menschenrechtsverletzungen an diesen oder jenen rechtfertigen. Das bildet den Startpunkt des Nachdenkens über Menschenrechte.

Das erste der drei zentralen Argumente ist der Verweis darauf, dass schon bei der Erarbeitung der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* 1948, dem Kerndokument des modernen Menschenrechtsschutzes, sehr viele verschiedene Kulturen präsent waren. Natürlich gab es damals nur 51 unabhängige Staaten, heute gibt es formell 193 Mitglieder der Vereinten Nationen. Die meisten Staaten weltweit waren damals noch Kolonialgebiete, so kann man in der Tat nachfragen: Haben die denn alle zugestimmt? Haben denn alle den Text der AEdMR mitformuliert und getragen?

An dieser Stelle möchte ich auf das Buch „Die Sakralität der Person“ (2011) des Philosophen Hans Joas verweisen, das die Situation der Entstehung und Erarbeitung der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* sehr genau nachzeichnet.⁷ Das Buch verdeutlicht, wie der Text gerade im Dialog unterschiedlicher Herkunft und Denktraditionen entstanden ist und wie viele Personen mit unterschiedlichen kulturellen Hintergründen an der Erarbeitung beteiligt waren.

Die entsprechenden Diskussionen waren auch 1993 hochrelevant, als bei der Wiener Menschenrechtskonferenz 1993 vor allem asiatische Staaten einen Diskurs über die kulturellen Differenzen führten. Eindrucksvoll wurde in Wien die Universalität der Menschenrechte verteidigt. Es waren einige Personen, zu nennen hier beispielsweise der

⁷ Siehe Joas (2013).

französische Diplomat Stéphane Hessel, die brillant die Bezüge so vieler Kulturen zur Menschenwürde nachzeichnen konnten, dass es gelang, die Universalität der Menschenrechte zu verteidigen. Hessel, einer der Überlebenden des Konzentrationslagers Buchenwald, zuletzt bekannt durch sein Buch "Empört Euch!", was er einige Jahre vor seinem Tod veröffentlichte, hatte selbst als Büroleiter des damaligen UN-Vize-Generalsekretärs noch an der Formulierung der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* mitgearbeitet. Er beantwortete während der gesamten Konferenz alle Einwände zur kulturellen Andersartigkeit mit Verweisen auf entsprechende kulturelle, religiöse Quellen aus dem Konfuzianismus, Buddhismus, Hinduismus etc. Die Anerkennung der Universalität der Menschenrechte in Wien war ein großer Erfolg, der gerade von der Zivilgesellschaft in Asien außerordentlich gefeiert worden ist. Denn es handelte sich in der Regel gerade um sehr autokratische Regierungen aus Asien, die die Universalität der Menschenrechte als Ganzes in Frage gestellt hatten.

Hans Joas zeigt in seinem Buch auf, wie vielfältig Vertreter von Religionen auch an der Ausarbeitung der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* beteiligt waren. Es gab buddhistische, islamische, katholische Delegierte; der ökumenische Rat der Kirchen war sehr eng engagiert und hat mit Eleanor Roosevelt, die den Text mit erarbeitet hat, zusammengearbeitet, insbesondere bei der Ausformulierung des Artikels achtzehn zur Religionsfreiheit.

Das zweite Argument ist: Universalität zeigt sich auch in der faktischen Anerkennung der Menschenrechtsstandards. Staaten unterzeichnen und ratifizieren die Menschenrechtspakte. Dadurch werden die Menschenrechte umsetzbar in nationale Rechte. Die beiden zentralen Menschenrechtspakte, der Pakt über bürgerlich-politische Rechte und der über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, werden inzwischen von weit über 160 Staaten anerkannt. 169 von 193 UNO-Mitgliedern haben den Pakt über bürgerlich-politische Rechte ratifiziert, 165 den über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte.⁸ Den zentralen Menschenrechtspakten folgte die Erarbeitung einiger weiterer Spezial- oder Sonderkonventionen. Einige thematisch wie die älteste zur Rassendiskriminierung 1958. Eine Anti-Folter-Konvention

⁸ Der aktuelle Stand der Ratifikation und Umsetzung zentraler Menschenrechtsverträge kann auf der website des OHCHR eingesehen werden. Siehe OHCHR, <http://indicators.ohchr.org/>.

trat 1984 in Kraft, die Konvention gegen das Verschwindenlassen von Personen 2006. Andere Konventionen nehmen besondere Gruppen in den Blick: Die älteste davon ist die Frauenrechtskonvention von 1979; 1989 wurde die Kinderrechtskonvention erarbeitet. Seit einigen Jahren existiert eine Konvention zu Wanderarbeitern, und als jüngste wurde 2008 die Konvention zu den Rechten von Menschen mit Behinderungen verabschiedet.⁹ Die Frauenrechts- und die Kinderrechtskonventionen sind inzwischen universell ratifiziert.¹⁰ Bei der Kinderrechtskonvention fehlt nur als einziges Land weltweit die USA aufgrund deren Ablehnung von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten, die auch in der Konvention enthalten sind.

Ein weiterer interessanter Indikator ist die zentrale Verankerung von Menschenrechten als Grundrechtskatalog in den neueren Verfassungen vieler Staaten, die beispielsweise nach dem Ende der Militärdiktaturen in Lateinamerika in den 1980iger Jahren entstanden sind. Weitere Beispiele bilden die Verfassung von Südafrika oder die von Myanmar. Fast alle modernen Verfassungen haben eine explizite Referenz zu der Formulierung der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* gemacht, erkennen Menschenrechte als Grundprinzip an und beinhalten Schutzbestimmungen für die Menschenrechte.

Das dritte Argument, und vielleicht wichtigste, ist die Erkenntnis, dass sich Universalität insbesondere in der Unrechtserfahrung zeigt. Menschen, die sich als BürgerInnen in der Zivilgesellschaft für Menschenrechte engagieren, erleben weltweit Menschenrechtsverletzungen wie Folter, Diskriminierung beim Zugang zu Bildung, Verschwindenlassen von Personen oder Einschränkungen bei Gewerkschaftsgründungen. Sie setzen sich in ihren Ländern weltweit kulturübergreifend für diese Rechte ein. Diese Unrechtserfahrung ist außerordentlich wichtig wahrzunehmen. Es gibt ein Buch, das diesen Gedanken aufgreift und illustriert. Der amerikanische Philosoph Michael Walzer beschreibt in seinem Buch "Thick and Thin"¹¹, geschrieben nach dem Ende des Kal-

⁹ Für einen Überblick über die wichtigsten Menschenrechtsverträge und ihre Umsetzungsorgane, siehe OHCHR, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>.

¹⁰ Die Frauenrechtskonvention wurde von 189, die Kinderrechtskonvention von 196 Staaten ratifiziert. Siehe OHCHR, <http://indicators.ohchr.org/>.

¹¹ Walzer, Michael (1996): *Thick and Thin. Moral Arguments at Home and Abroad*. University of Notre Dame Press, Indiana.

ten Krieges, wie er Zuhause vor dem Fernseher saß und sich anschaute, wie in Prag die Menschen auf die Straßen gingen und in der Wendezeit gegen die Diktatur demonstrierten. Er notiert dabei, dass er eine unmittelbare Empathie und ein Verständnis für diese Demonstration gegen die Unterdrückung hatte. Allerdings vermutete er, dass, wenn er mit den Demonstrierenden ein Gespräch über Demokratie beginnen würde, sie ganz unterschiedliche Vorstellungen davon hätten, wie die Gesellschaft konkret aussehen sollte. Die politischen Gestaltungsmöglichkeiten zur Umsetzung mögen vielfältig sein, aber die Unmittelbarkeit der Unterdrückungssituation ist eine spezifische Charakteristik der Menschenrechte. An dieser Stelle kommt ihre Universalität besonders zum Vorschein.

2.2 Die Unteilbarkeit der Menschenrechte

Ein weiterer zentraler Begriff ist die „Unteilbarkeit der Menschenrechte“, der eine wesentliche Rolle auf der Wiener Konferenz, der zweiten und bisher letzten Menschenrechtskonferenz spielte.¹² Alle Menschenrechte müssen ausnahmslos umgesetzt werden. Das umfasst zum einen die bürgerlich-politischen Rechte, wie das Recht auf freie Meinungsäußerung oder die Ausübung eines politischen Mandats, und zum anderen die wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen Menschenrechte, die unter anderem die Rechte beinhalten, von Hunger frei zu sein, einen Zugang zur Gesundheitsversorgung zu haben oder das Recht auf Arbeit. Während in der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* alle Menschenrechte enthalten waren, führte der Beginn des Kalten Krieges dazu, dass es nicht mehr möglich war, einen Menschenrechtsvertrag im Anschluss zu formulieren, der alle Menschenrechte umfasste. Der Westen begann auf die Folterzentren oder Unterdrückung von Oppositionellen im Osten Europas hinzuweisen; der Osten auf die Arbeitslosen in Hamburg oder anderen Städten. Aufgrund der unterschiedlichen Perspektiven der beiden Blöcke war es

¹² Die erste Menschenrechtskonferenz wurde 1968 in Teheran abgehalten.

lange nach der Verabschiedung der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte*¹³ nicht möglich, sich darauf zu einigen, Menschenrechtsverträge zu erarbeiten. Die Menschenrechte wurden in zwei Verträge aufgeteilt: den Pakt über bürgerliche und politische und den Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte. Schlussendlich dauerte die Erarbeitung und Annahme der Verträge in der Generalversammlung von 1948 bis 1966 fast zwanzig Jahre. Es verlangte weitere zehn Jahre, bis sich 36 Staaten zur Unterzeichnung der Verträge gefunden hatten, damit diese in Kraft treten konnten.¹⁴

Trotz des Bestehens und der Anerkennung menschenrechtlicher Verträge, bleibt es weiterhin schwierig, über Menschenrechte zu reden. Ich habe Mitte der 80er Jahre in einer Organisation angefangen zu arbeiten, die sich auf das Recht auf Nahrung fokussierte. Wir wurden damals noch kurios angeschaut, auch von JuristInnen. In den damaligen ganzen Völkerrechtslehrbüchern wurden wirtschaftliche, soziale, kulturelle Menschenrechte noch als politische Ziele angesehen, die vom Staat umgesetzt werden können, wenn finanzielle Ressourcen vorhanden wären. Dieses Verständnis hat sich inzwischen vollständig verändert. Nicht nur durch die Wiener Menschenrechtskonferenz, sondern vor allem durch die Menschenrechtsarbeit zu diesen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten, die sich in den letzten Jahrzehnten entwickelt hat. Sie haben geholfen zu verstehen, dass alle Menschenrechte doch sehr ähnlich in ihrer Struktur sind und dieselben Verpflichtungsarten für den Staat schaffen.

Vor allem zivilgesellschaftliche Organisationen hatten ab Mitte der 80er Jahre begonnen, Verletzungen wirtschaftlicher, sozialer, kultureller Menschenrechte zu dokumentieren. FoodFirst Information and Action Network (FIAN), eine damals noch kleine Menschenrechtsorganisation in Heidelberg, dokumentierte Fälle von Verletzungen des Rechts auf Nahrung, andere, wie die Habitat International Coalitions, Verletzungen zum Recht auf Wohnen. Diese beginnende Dokumentation von Menschenrechtsverletzungen half, die Relevanz dieser Rechte zu verdeutlichen. Später begannen auch die traditionellen, großen

¹³ Bei der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* handelt es sich um keinen rechtsverbindlichen Vertrag, sondern um eine Erklärung. Sie wurde am 10. Dezember 1948 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verkündet und schreibt in 30 Artikeln für alle Menschen gültige Rechte fest.

¹⁴ Für einen Überblick über die Zeitpunkte der Ratifizierungen des Zivil- und des Sozialpaktes, siehe UN (2017) (Chapter IV, 3 für den Sozialpakt; Chapter IV,4 für den Zivilpakt).

Menschenrechtsorganisationen mit einer Arbeit zu sozialen Menschenrechten wie Amnesty International, die internationale Juristenkommission etc.¹⁵ Auch die Entwicklungszusammenarbeit hat sich inzwischen einem menschenrechtsbasierten Ansatz verschrieben. Der Welternährungsgipfel 1996 hielt zum ersten Mal in einem offiziellen UNO-Dokument direkt zu Beginn das Recht auf Nahrung fest.¹⁶ Seitdem ist die rechtliche Interpretation dieser Rechte enorm vorangekommen, und dies beeinflusst inzwischen das generelle Verständnis aller Menschenrechte. Während früher im Westen ein Verständnis dominierte, dass die Umsetzung der bürgerlichen und politischen Menschenrechte im Wesentlichen kostenlos sei und auf der anderen Seite der Staat für die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte viel investieren müsse, so hat man über die zunehmende Kenntnis der wirtschaftlich, sozialen, kulturellen Rechte gelernt, dass für die Umsetzung eines jeden Rechts dieselben drei Kategorien von Staatenpflichten relevant sind, die man heute als die zentralen Aspekte der Umsetzung von Menschenrechten betrachtet: achten, schützen und gewährleisten sind die drei Verpflichtungsebenen, um die es geht.

Achten bedeutet, der Staat muss kontinuierlich und konsequent sicherstellen, keine Verletzungen durch eigenes staatliches Handeln zu verursachen. Das Foltern oder Verschwindenlassen von Menschen ist grundsätzlich zu unterlassen wie auch das Verbot, den Zugang zu Gesundheitseinrichtungen zu diskriminieren und beispielsweise Minderheiten oder Homosexuelle von der Nutzung von Gesundheitseinrichtungen auszuschließen. Der Staat darf nicht zur Umsiedlung von Menschen ohne Entschädigung beitragen; sei es beim Bau von großen Staudämmen, der Errichtung von Straßen oder anderer Infrastrukturen. Das heißt, der Staat selbst darf nicht dazu beitragen, dass es zu Menschenrechtsverletzungen kommt. Die Unterlassung solcher Verletzungen und die damit einhergehende Gewährleistung der Achtung der Menschenrechte erfordern keine finanziellen Ressourcen vom Staat – weder bei den bürgerlich-politischen Rechten noch bei den wirtschaftlich, sozialen, kulturellen Rechten.

Die zweite Ebene der Staatenpflichten ist die Schutzpflicht. Der Staat ist verpflichtet, den Schutz aller Menschen auf seinem Territorium vor

¹⁵ Es gibt zahlreiche Darstellungen über die Entwicklung des Verständnisses der WSK_Rechte, beispielsweise: Krennerich, Michael (2013); Soziale Menschenrechte, Schwalbach/Ts.

¹⁶ siehe FAO (1996).

Übergriffen Dritter sicherzustellen. Das umfasst Handlungen von ganz verschiedenen Akteuren, beispielsweise bewaffneten Milizen, Drogendealern, aber auch die Aktivitäten von Wirtschaftsunternehmen oder Nichtregierungsorganisationen. Deutschland verfügt beispielsweise über ein ausgedehntes Kontrollsystem, einen Wirtschaftskontrolldienst, der fest- und sicherstellt, dass es nicht zu Arbeitsunfällen oder Betrug in vielen Arbeitsbeziehungen kommt. Den entsprechenden staatlichen Maßnahmen, wie Gesetzen, Regulierungen und Aufsicht, kommt eine hohe Wichtigkeit zu: vom Schutz der Meinungsfreiheit vor Hasskommentaren und falscher Nutzung sozialer Medien über den Arbeitsschutzbereich, aber auch in vielen anderen Bereichen der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte, wie unter anderem dem Schutz vor Wasserverschmutzung oder vor Landvertreibung. Im Gegensatz zu den Achtungspflichten der Menschenrechte erfordert der Schutz der bürgerlich-politischen wie der wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen Rechte erheblich mehr finanzielle Investition, zum Beispiel in das Vorhandensein von Polizei und Justizsystem und anderen genannten Überwachungsinstitutionen.

Als drittes steht der Staat in der Pflicht, denjenigen Menschen Zugang zu ihren Rechten zu ermöglichen, die bislang davon ausgeschlossen sind (Gewährleistungsverpflichtung). Der Staat muss dafür förderliche Rahmenbedingungen schaffen und finanzielle Ressourcen aufwenden. Das Beispiel der bürgerlich-politischen Rechte aufgreifend, in die Etablierung eines tatsächlich funktionierenden Justizsystems. Dieses sollte allen Menschen gleichermaßen offenstehen und ihnen einen Zugang zu Beschwerdemechanismen ermöglichen. Prozesskostenhilfe ist dabei für ärmere Mitglieder der Gesellschaft eine wichtige Rahmenbedingung, da sie ansonsten bei Verletzung ihrer Rechte erschwerte bis keine Möglichkeit hätten, vor Gericht zu ziehen. Im Bereich der sozialen Menschenrechte sind ebenfalls Mittel notwendig, um beispielsweise den Zugang zur Bildung für alle zu garantieren, auch für ärmere Teile der Bevölkerung. Diese dritte Verpflichtungsebene mag im Bereich der sozialen Menschenrechte mit höheren finanziellen Ausgaben verbunden sein als im Bereich der bürgerlich-politischen Rechte, trotzdem ist sie zentral und darf nicht umgangen werden. Im Verständnis der Rechtsentwicklung seit der Wiener Menschenrechtskonferenz hat sich ergeben, dass dabei nichts Unmögliches vom Staat verlangt wird. Artikel zwei des Aktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte verlangt ausdrücklich, dass der

Staat das Maximum der verfügbaren Ressourcen einsetzt. Dies muss der Staat allerdings auch nachweisen können. Zunächst ist die Menge der verfügbaren Ressourcen nicht naturgegeben, sondern abhängig von verschiedenen politischen Entscheidungen, wie der Höhe und der Art der Besteuerung, der Entscheidung über die Prioritäten der Ausgaben im Staatshaushalt. Die Frage, wie viel Ressourcen ein Staat hat, ist vorrangig eine politische, und sie kann dementsprechend auch menschenrechtlich bewertet werden, beispielsweise mit der Frage ihrer Verwendung: Werden die verfügbaren Ressourcen vorrangig für besonders benachteiligte Gruppen ausgegeben oder eher für gutverdienende und politisch einflussreiche Mittel- oder Oberschichten?

Die Verfügbarkeit über finanzielle Ressourcen ist auch in vielen ärmeren Ländern weltweit ein zentrales Thema. Die Ausgaben für Militär und Rüstung sind in vielen Fällen beträchtlich, während als Begründung für eine fehlende Grundschulbildung oder einen mangelnden Zugang zu essentiellen Gesundheitsleistungen oft die fehlenden Ressourcen im Staatshaushalt angeführt werden. Die Frage nach verfügbaren Mitteln und wofür sie eingesetzt werden ist deshalb eine eminent menschenrechtliche. Dies gilt sowohl für die Einnahmeseite: Wie viele Steuern traut sich ein Gemeinwesen zu erheben? Werden wohlhabende Teile der Gesellschaft zur Finanzierung der staatlichen Infrastruktur überhaupt besteuert? Dies gilt ebenso für die Ausgabe-seite; Transparenz öffentlicher Haushalte kann dazu führen, die Ausgaben insbesondere auf benachteiligte Gruppen zu konzentrieren, was oft nicht der Fall ist. In diesem Kontext ist die Entwicklung der Rechtsprechung im modernen Südafrika zu wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten interessant: Dort haben Gerichte angefangen, genau diese Frage der Qualität des Mitteleinsatzes in öffentlichen Haushalten zu überprüfen. Grootboom vs. Südafrika beschreibt einen für das Verständnis wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte wichtigen Fall: Einige Bewohner der Ortschaft Grootboom, die in einer informellen Siedlung wohnten, waren von dort vertrieben worden, obwohl es sich um Siedlungsgebiet für preiswertes Wohnen handelte. Sie klagten vor der Regierung von Südafrika ihr Recht auf Wohnen ein. Der Fall wurde im Jahr 2000 vor dem südafrikanischen Verfassungsgericht verhandelt.¹⁷ Die südafrikanischen Verfassungsrichter überprüften dabei nicht nur, ob es ausreichende Gesetze gibt, sondern auch eine angemessene Wohnungspolitik und einen Fokus

¹⁷ Das Urteil wurde am 04.10.2000 veröffentlicht.

auf besonders benachteiligte Gruppen. Sie überprüften, wofür das Geld der Gemeinde ausgegeben wurde. Resultat ihrer Untersuchung war, dass ein Großteil der Aufmerksamkeit der Wohnungspolitik und der Gelder eher in wohlhabende Wohnviertel flossen. Die Verfassungsrichter entschieden, dass für die Kläger auf alle Fälle sogenannte „rudimentary settlements“ finanziert werden müssen und dass die öffentlichen Mittelausgaben in Zukunft in einem „reasonable test“, einer Überprüfung der Vernünftigkeit des Einsatzes von öffentlichen Mitteln, etabliert werden muss. In dessen Rahmen ist sicherzustellen, dass besonders benachteiligte Gruppen nicht übersehen werden. Dieses Beispiel illustriert deutlich, dass zum einen die Notwendigkeit besteht, zu überprüfen, ob und wie ein Staat tatsächlich ausreichend in die Umsetzung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte investiert. Zum zweiten zeigt es, dass der Einsatz von Haushaltsmitteln durchaus einer gerichtlichen Prüfung unterzogen werden kann.

Was Menschenrechte deshalb so wichtig und unersetzlich macht, ist ihre Verwendung als Maßstab zur Beurteilung der Qualität staatlichen Handelns und des Regierens. Menschen, deren Rechte verletzt werden oder die im Zuge der staatlichen Ausgaben übergangen werden, sollten wissen, dass und ab wann sie Opfer von Verletzungen sind. Dieses Wissen kann sie stärken und ihnen die notwendige Kraft und Energie geben, sich für ihre Rechte pro-aktiv einzusetzen.

In der Menschenrechtsarbeit ist die Auseinandersetzung mit der fehlenden Qualität staatlichen Handelns oder der direkten Involvierung staatlicher Stellen in Verletzungen eine zentrale Aufgabe. Der Jahresbericht von Amnesty International von 2014 dokumentiert, dass zu dem Zeitpunkt in 141 Ländern gefoltert wird. Das verdeutlicht, dass für die Umsetzung der Menschenrechte beständig und im Grunde in jedem Staat gerungen und gekämpft werden muss. Seit 1984 gibt es die UN-Antifolterkonvention. Die noch immer hohe Anzahl an Folterfällen mindert nicht die Bedeutung jener Anti-Folterkonvention, denn die in ihr festgehaltenen Normen ermöglichen gerade die Feststellung, wo gefoltert wird. Sie erlauben festzuhalten, dass „Water-boarding“ keine erlaubte Tätigkeit staatlicher Polizei und Untersuchungsbehörden ist, sondern tatsächlich eine Foltermaßnahme darstellt. Die Normen der Völkerrechtsverträge stärken diejenigen Menschen, die sich für diese Rechte einsetzen. Die Menschenrechte legen offen, wo Defizite im Regierungshandeln bestehen, wo Menschen übersehen oder diskriminiert oder auch Opfer falscher Entscheidung werden.

3. Der Bedeutungswandel der Menschenrechte angesichts fünf aktueller Herausforderungen

Die Relevanz der Menschenrechte nimmt gerade angesichts aktueller globaler Entwicklungstrends zu, wie zu Anfang bereits erwähnt, weil der Staat an vielen Stellen kaum angemessen oder gar nicht mehr seinen menschenrechtlichen Verpflichtungen nachkommt oder auch als Rechtsstaat große Funktionsdefizite aufweist. Umso wichtiger ist es, darüber nachzudenken, welche Bedeutung Menschenrechten zukommt, wenn der Staat in diesem Sinne nicht (mehr) ausreichend funktioniert. In der praktischen Menschenrechtsarbeit gehört dies zur Grunderfahrung: Ohne einen funktionierenden Rechtsstaat gelingt es kaum, Menschenrechte praktisch durchzusetzen oder sie einzufordern. Rechte müssen einklagbar sein, da sie sonst nur normative Sätze bilden.

Zwei Beispiele mögen dies illustrieren: Wenn man in Indien von seinem Land vertrieben wird ohne angemessene Entschädigung und man anschließend vor Gericht zieht, benötigt ein Verfahren leicht mehr als 20 Jahre, wie in der Literatur immer wieder zu lesen ist. Solche Verfahrensdauern bedeuten, dass es im Grunde keine funktionierende Rechtsstaatlichkeit mehr gibt, gerade für ärmere Gruppen der indischen Bevölkerung. Wenn ein Fall nicht einmal von der lokalen Polizei aufgenommen wird und Verletzungen staatlicherseits nicht verfolgt werden, ist es ein anderer Fall nicht funktionierender Staatlichkeit. Beides sind beispielhafte Situationen für ein Versagen des Rechtsstaats.

Im Folgenden werden fünf derzeit aktuell wichtige Herausforderungen genannt und in ihrer Bedeutung für die Menschenrechte systematisiert.

3.1 Die globale Zunahme autoritärer Regime

Die erste der großen gegenwärtigen Herausforderung bildet die globale Zunahme der Zahl autoritärer Regime. Diese Tendenz betrifft derzeit alle Regionen weltweit, mit Ungarn und Polen auch zwei Länder der Europäischen Union. In Ungarn wird derzeit ein Verfahren im Europäischen Parlament und durch die Kommission gestartet, weil die Rechtsstaatlichkeit bedroht ist. In Polen sind vergleichbare Verfahren

gegenwärtig anderthalb Jahre alt.¹⁸ In über 60 Ländern sind, wie anfangs bereits genannt, in den letzten Jahren Gesetze eingeführt worden, die die politischen und demokratischen Spielräume der Gesellschaft einschränken. Gemäß den Angaben von Amnesty International wurden zum Beispiel in Russland im Zeitraum von 2012–2016 insgesamt 148 Nichtregierungsorganisationen als ausländische Agenten eingestuft, immer dann, wenn sie mehr als zehn Prozent der Mittel aus dem Ausland beziehen.¹⁹ Darunter die bekannte Menschenrechtsorganisation Memorial.

Viele der Länder mit ähnlichen Gesetzen gehen vergleichbar vor: Sie lassen sich die Einkommen und den Arbeitsplan der Organisation zeigen, erfragen, zu welchen Themen gearbeitet wird und gearbeitet werden soll. Entsprechend der staatlichen Einschätzung beschränkt die Regierung die Handlungsmöglichkeiten dieser Organisation, untersagt Aktivitäten oder verbietet sie völlig. Interessanterweise trifft dieser Umstand nicht nur auf autoritäre Staaten zu – Stichwort Nordkorea – auch einige der linken Demokratien Lateinamerikas, wie Bolivien und Venezuela²⁰, reglementierten den bisher freien Raum exzessiv. Im wachsenden Ausmaß betrifft dieser Prozess somit auch demokratische Staaten. Zwei Länder, die zuletzt sehr scharfe Gesetze für zivilgesellschaftliche Organisationen verabschiedet haben und derzeit die Arbeit zivilgesellschaftlicher Organisationen massiv einschränken, sind Israel und Indien.²¹ Neben dieser Kontrollfunktion für zivilgesellschaftliche Organisationen hat die Bedrohung durch terroristische Akte in vielen Ländern ermöglicht, Freiheitsrechte in einem sehr schnellen Ausmaß einzuschränken, so durch Antiterrorismusetze oder durch die Verschärfung von Sicherheitsgesetzen.²² In Erinnerung gerufen: In Frankreich gilt immer noch der Ausnahmezustand

¹⁸ Auf Grundlage des Rahmens zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips nahm die EU-Kommission im Januar 2016 einen Dialog mit der polnischen Regierung zu den geplanten Reformen des Justizsystems auf. Siehe Europäische Kommission (26.07.2017)

¹⁹ Detaillierte Informationen zum russischen NGO-Gesetz und dessen Auswirkungen auf die Arbeit von NGOs bietet der Bericht von Amnesty International. Siehe Amnesty International (2016): <https://www.amnesty.org/en/documents/eur46/5147/2016/en/> (28.10.2017).

²⁰ Siehe HRW (2017), S. 127–132, 661–667.

²¹ Siehe Amnesty International (2017b), S. 26. Aufgrund dieser Gesetze wurde der deutsche Außenminister von der israelischen Regierung scharf kritisiert, als er bei seinem Besuch im April 2017 mit zwei israelischen NGOs sprach. Siehe Süddeutsche Zeitung (25.04.2017).

²² Das OHCHR hat einen Überblick über die verschiedenen Menschenrechte, die im Rahmen von Antiterrorismusmaßnahmen eingeschränkt werden können, zusammengestellt. Siehe OHCHR (2008), S. 30–48.

seit der Attentate in Paris 2015; viele verfassungsmäßige Garantien sind in Frankreich nach wie vor ausgesetzt. Langfristige Inhaftierungen, ohne dass die Menschen zeitig einem Richter vorgeführt werden, sind keine Einzelfälle, und das im Land der Französischen Revolution.

Hinzu kommen neue Überwachungsmöglichkeiten durch die digitale Kommunikation oder durch Sicherheitsdienste. Alles in allem ist die Arbeit von Menschenrechtsverteidigenden in den letzten Jahren weltweit schwieriger und gefährlicher geworden, wozu die neuen Medien oft beitragen, die unter anderem Kommunikationsbeziehungen mit anderen Nutzern offenlegen. Diese Autokratisierungs- oder Autorisierungstendenz ist in vielen Ländern gegenwärtig. Nach dem schnellen Wachstum und dem Bedeutungsgewinn von nichtstaatlichen Organisationen (NROs) nach dem Ende des Kalten Krieges und während der großen UN-Gipfel der 90er Jahre, ist deren Kontrollfunktion für viele Regierungen zu groß geworden. Der Widerstand gegen NROs lässt sich auf alle Fälle als Widerstand von Regierungen sehen, unabhängig kontrolliert zu werden, als Widerstand gegen „Accountability“ dagegen, zur Rechenschaft gezogen zu werden.

3.2 Der Einfluss der ökonomischen Globalisierung

Das zweite Thema mit großem Einfluss auf Veränderung, auch in Hinblick auf die Umsetzungen von Menschenrechten, ist das der ökonomischen Globalisierung.

Der Trend zu autoritärer Staatlichkeit ist möglicherweise bereits eine Antwort auf einen seit mehreren Jahrzehnten dominierenden Trend ökonomischer Globalisierung. Dieser hatte seit Mitte der 1980iger Jahre dazu geführt, dass gerade durch Handels- und Investitionsrecht viele Staaten in ihrer Möglichkeit nationaler Politikgestaltung erheblich eingeschränkt worden sind. Abkommen zur Liberalisierung des Handels und von Investitionen haben für internationale, wirtschaftliche Akteure zu einem enormen Macht- und Bedeutungsgewinn geführt. Die Lieferketten von Produkten, die in Deutschland hergestellt werden, zeigen deutlich, dass sich die Weltwirtschaft in den letzten drei, vier Jahrzehnten dramatisch verändert hat. Nicht nur, dass Produkte, die früher als „urdeutsch“ galten, inzwischen über lange, teils internationale Lieferketten hergestellt werden, ist es so, dass mehr als die Hälfte des Welthandels inzwischen konzerninterner Handel ist. Das zeigt wie stark (Handels-) Grenzen abgebaut worden

sind. Mittels vertraglicher Regelungen haben Unternehmen in Investitionsschutzabkommen das Recht erhalten, Staaten zu verklagen und davon abzuhalten, Gesetze zu erlassen, die die wirtschaftlichen Möglichkeiten von Unternehmen einschränken würden.

In den letzten Jahren klagte beispielsweise der Zigarettenhersteller Philip Morris gegen die Gesundheitsbestimmungen im neuen Anti-Tabak-Gesetz in Australien,²³ weil sie den Handel und Verkauf mit Zigaretten einschränken könnten. Solche Arten von Klagen haben in Ländern wie Deutschland – derzeit läuft eine Klage von Vattenfall gegen den Atomausstieg – oder auch Australien, die eine hohe Regulierungsdichte und ausgeprägte Verwaltungsstruktur aufweisen, nur begrenzte Auswirkungen. Anders steht es um Länder, die kaum über eine Regulierung zum Schutz von Menschenrechten verfügen, wie dies exemplarisch in vielen afrikanischen Staaten der Fall ist. Die Konsequenz solcher potentiellen Klagen ist, dass Staaten sich möglicherweise zurückhalten, Gesetze zu erlassen, die die Rechte der Menschen, wie das Recht auf ein für ihn erreichbares Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit, zu schützen,²⁴ und die Unternehmen zu verpflichten, sich an bestimmte staatliche Standards zu halten. Im Grunde gilt es, einen Vergleich um Standortbedingungen für internationales Wirtschaften aufzubauen, in dem Staaten gewisse „Beißhemmung“ für eigene staatliche Regulierungen ablegen, die möglicherweise zum Schutz von Menschenrechten wichtig wären.

Die Entwicklungszusammenarbeit hat oft als Ziel mit dazu beigetragen, Investitionshemmnisse abzubauen und Marktöffnung zu unterstützen. Offene Märkte sind nicht per se menschenrechtlich problematisch, sondern können wirtschaftliche Aktivitäten fördern und unterstützen. Der Abbau oder die Vermeidung staatlicher Regulierung – gerade in Ländern, die ohnehin kaum eine starke „governance“, d. h. eine Regulierungsdichte haben – könnten aber dazu führen, dass menschenrechtliche Mindeststandards kaum gegenüber mächtigeren Akteuren durchgesetzt werden. Der Verlust von Zolleinnahmen und von Möglichkeiten der Besteuerung von Unternehmen kann dazu führen, dass die staatlichen Ressourcen zur progressiven Umsetzung von Menschenrechten nicht ausreichen.

²³ Klage von Philip Morris gegen das australische Anti-Tabak-Gesetz von 2011: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/australien-philip-morris-klagt-wegen-neuem-anti-tabak-gesetz/5868920.html> (29.10.2017).

²⁴ UN, Generalversammlung (1966). Art. 10.

Marktöffnung oder niedrige Steuersätze waren oft Auflagen, die direkt aus der internationalen Gemeinschaft kamen, beispielsweise in den Handelsabkommen, die die EU mit afrikanischen Staaten aushandelt. Für Länder, die ohnehin ökonomisch schwach waren und in keiner starken Verhandlungsposition standen, war es schwierig, sich gegen diese Politikvorgaben zu wehren. Probleme der Steuergesetzgebung und Steuervermeidung gibt es ebenfalls, die auch in Deutschland zunehmen. Fast alle DAX-Konzerne besitzen ein Konto in Malta, um Steuern zu vermeiden. Steuervermeidung ist gerade auch innerhalb der EU selbst zu einem Problem geworden,²⁵ das es erschwert, Steuergesetze insgesamt und damit Einnahmemöglichkeiten durchzusetzen.

Insgesamt ist im Rahmen und zur Förderung der Globalisierung ein durchsetzungsbewährtes Wirtschaftsvölkerrecht entstanden. Handelsregeln können im Rahmen des Streitschlichtungsverfahrens der Welthandelsorganisation durchgesetzt werden, Firmeninteressen oft im Rahmen von Investitionsschiedsgerichten.

Ein vergleichbares Durchsetzungsinstrumentarium für Menschenrechte fehlt. Dies haben die Staaten auf internationaler Ebene bisher nicht vergleichbar geschaffen.

Das ist eine Seite der ökonomischen Globalisierung. Ein vielleicht noch wichtigerer Hebel als der internationaler Abkommen ist der Wettstreit um ausländische Investitionen. Viele Länder haben minimale Regulierungen für Arbeitsgesetze und hintertreiben sogar Arbeitsschutzmaßnahmen, um für ausländische Investitionen attraktiv zu sein. Sie trauen sich nicht, umfangreiche Schutzgesetze zu erlassen, da sie fürchten, für Investoren unattraktiver zu werden. Der Weltmarkt führt dann zu einer Standortkonkurrenz, wenn es kein Verständnis für ein allgemein zu achtendes Minimum an Regulierung gibt.

Als Beispiel sei hier Bangladesch genannt, ein Land mit einer wichtigen Textil- und Bekleidungsindustrie. Es wurde vor einiger Zeit durch den Einsturz der Textilfabrik Rana Plaza in Savar nahe Dhaka bekannt. Um nach dem Einsturz die bangladeschische Regierung dazu zu bewegen, Textilfabriken besser als bisher zu kontrollieren, haben Unternehmen, die in Bangladesch Textil einkaufen, selbst begonnen,

²⁵ Das europäische Recherchenetzwerk EIC, an dem der Spiegel federführend beteiligt ist, hat im Mai 2017 die Ergebnisse seines Rechercheprojekts „Malta Files“ veröffentlicht. Im Rahmen dieses Projekts untersuchte eine Gruppe von Journalisten die Steuervermeidungspraktiken von Konzernen in Malta. Der Spiegel berichtet u. a. in Heft Nr. 21/2017 darüber.

ein Überwachungssystem aufzubauen, da ein staatliches nicht wirklich funktioniert. Der Name des Systems lautet „Accord“.

Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass Unternehmen, in diesem Fall durch einen schweren Unfall aufgeweckt, bereit sind, bei ihren Zulieferern bessere Sicherheitsstandards mit durchzusetzen und zu überwachen. Allerdings ersetzt dies die staatliche Aufgabe bei der Kontrolle bzw. dem Schutz der Menschenrechte nicht. Das ursprünglich bis 2017 eingerichtete Accord-Abkommen wurde gerade um vier Jahre verlängert, da die Regierung nach wie vor kein eigenes wirksames Überwachungssystem aufgebaut hat. Eine Erklärung dafür könnte in der Zusammensetzung der Regierung liegen, in der Textilunternehmer des Landes beteiligt sind. Dies ist ein Beispiel, das verdeutlicht, wie wichtig es ist, Menschenrechte, in diesem Fall insbesondere die wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen Rechte, im Wirtschaftsleben durchzusetzen und dass eine Kombination vieler Faktoren dieses Vorhaben oft sehr schwierig macht.

Für die Durchsetzung der staatlichen Schutzfunktion ist es allerdings unerlässlich, dass Staaten in der Lage sind und sich auch trauen, ökonomische Akteure angemessen zu regulieren oder zu steuern. Diese Fähigkeit und Traute fehlt vielen Staaten, oder sie lassen sich darauf nicht ein, weil sie selbst auch Profiteure an der Stelle sind, wie das Beispiel Bangladesch gezeigt hat. Diese Alternativlosigkeit ökonomischer Sachzwänge hat mit dazu beigetragen, die Unsicherheit vieler Menschen angesichts der Entwicklungstrends auf den Arbeitsmärkten zu verstärken. Bedingt ist die Suche nach der neuen Stärke des Nationalstaats in Form autoritärer Tendenz zu Teilen auch eine Antwort auf die gefühlte und tatsächliche Entmachtung von Staaten durch die Globalisierung, gerade in Hinblick auf die Festigung und Durchsetzung von Standards in sozialen, ökologischen, menschenrechtlichen oder verbraucherpolitischen Hinsicht. Die Hoffnung allerdings, durch den neuen Nationalismus Antworten auf diese ökonomische Globalisierung zu finden, ist außerordentlich trügerisch. Jürgen Habermas wies erst kürzlich in einem Interview auf das Dilemma hin:²⁶ Der Nationalstaat hat im Grunde langfristig die Kapazitäten zur Steuerung wichtiger, zentraler Aufgaben verloren, gerade auch in globalisierten Kontexten. Allerdings ist eine wirkungsvolle Alternative für die Gestaltung der Globalisierung vor diesem Hintergrund keine

²⁶ Siehe Habermas (2016).

Renationalisierung, wie sie auch gerade der US-Präsident zumindest bedingt ankündigt, sondern eine gelingende Supranationalisierung, so Habermas. Das wäre ein Bedeutungsgewinn für eine Regulierung auf europäischer Ebene, deren Umsetzung sich derzeit als sehr schwierig gestaltet, da sich die meisten europäischen Staaten selbst auf einem Kurs der Renationalisierung befinden. Insofern ist es besonders interessant, wenn der französische Präsident ein Neudenken der Europäischen Union und diese auf die Möglichkeiten der politischen Gestaltung des Gemeinwesens anregt.

3.3 Die Bedeutung anderer Akteure

Das dritte wichtige Argument in dieser Darstellung ist der Bedeutungsgewinn anderer Akteure.

Bereits zu Beginn fiel der Hinweis, dass in vielen Ländern, in denen der Staat nie stark war, in den vergangenen Jahren zunehmend schwach oder schwächer geworden ist, es konsequenterweise zu einem Bedeutungsgewinn anderer Akteure für die Umsetzung oder die Gewährleistung von Menschenrechten kommt. Die Akteure sind dabei sehr unterschiedlich. Es können beispielsweise Gruppen sein, die Teile eines Territoriums kontrollieren. Der Islamische Staat, der größere Teile Syriens oder des Iraks lange Zeit kontrolliert hat, hatte in diesen Regionen quasi eine Regierungsfunktion. Gegenwärtig wird bei den Vereinten Nationen verstärkt darüber nachgedacht, wie man diese Akteure, die keine Staaten im eigentlichen Sinne sind, aber für ihre BürgerInnen und Menschen, die im Land leben, de facto diese Funktion übernehmen, auch zur Rechenschaft ziehen könnte. In anderen Fällen haben Guerilla-Bewegungen die Regierung oder ganze Regionen übernommen wie FARC-Guerilla in Kolumbien.²⁷ Die Frage ist: Wie können solche Akteure auch unmittelbar für die Gewährleistung von Menschenrechten verantwortlich gemacht werden? Amnesty rechnet diesen Akteuren ihre Verletzungen bereits seit Jahren zu und macht die Akteure damit direkt verantwortlich für Menschenrechtsverletzungen. Dieses Prinzip kann auch in Ländern gelten, in denen die Mafia oder andere Gruppen paramilitärischer Natur faktisch die

²⁷ FARC-EP steht für Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (deutsch: Revolutionäre Streitkräfte Kolumbiens): <http://www.farc.de/>.

Kontrolle übernommen haben, wie das in manchen zentralamerikanischen Ländern, bedingt auch in Mexiko, der Fall und dadurch die Durchsetzung von Rechtsstaatlichkeit alles andere als leicht ist. Der Bedeutungsgewinn dieser anderen nichtstaatlichen Akteure ist enorm. Ein Umstand, der auch auf viele afrikanische Länder zutrifft.

Aber auch Wirtschaftsunternehmen spielen eine wichtige Rolle. Die Vereinten Nationen haben 2011 mit der Verabschiedung der UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte²⁸ zum ersten Mal ein Rahmenwerk geschaffen, was festlegt, dass nicht nur Staaten Verpflichtungen haben, Menschenrechte umzusetzen, sondern ebenso auch Unternehmen in der Verantwortung stehen.²⁹ Die Bundesregierung hat im Dezember 2016 einen Aktionsplan zur Umsetzung dieser Regeln für Deutschland beschlossen.³⁰ Dieser besagt unter anderem, dass alle Unternehmen in Deutschland binnen der nächsten drei Jahre eine menschenrechtliche Sorgfaltspflichtprüfung einführen müssen. Von den großen Unternehmen, die mehr als 500 Mitarbeiter haben, sollen mindestens die Hälfte bis 2020 dieser Auflage Folge leisten.³¹ Die Umsetzung dieser Bestimmung will die Bundesregierung anschließend kontrollieren. Die französische Nationalversammlung hat kürzlich ein Gesetz zur menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht für große französische Unternehmen eingeführt, das auch Tochterunternehmen bzw. Filialen in Frankreich mit mindestens 5000 Mitarbeitern einschließt;³² die englische Regierung den „Modern Slavery Act“, der alle Unternehmen, die in England einen höheren Umsatz als 36 Millionen Pfund haben, dazu verpflichtet, einen jährlichen Bericht über die Maßnahmen zu veröffentlichen, die zur Bekämpfung von Ausbeutung umgesetzt wurden.³³ Dies sind die beiden ersten Länder, die gesetzliche Bestimmungen für die menschenrechtliche Sorgfalt erlassen haben. Auf alle Fälle werden in mehr und mehr Ländern Instrumente zur Regulierung von Wirtschaft in globalen Lieferketten

²⁸ Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (2011): Umsetzung des Rahmens der Vereinten Nationen „Schutz, Achtung und Abhilfe“.

https://www.globalcompact.de/wAssets/docs/Menschenrechte/Publikationen/leitprinzipien_fuer_wirtschaft_und_menschenrechte.pdf.

²⁹ Siehe Deutsches Global Compact Netzwerk/GIZ (2014).

³⁰ Siehe Webseite des Auswärtigen Amts: <https://www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/themen/aussenwirtschaft/wirtschaft-und-menschenrechte/161221-nap-kabinett-node> (29.10.2017).

³¹ Deutsche Bundesregierung (2016), S. 12.

³² L'Assemblée nationale (2017).

³³ Britisches Parlament (2015) Art. 54; Britische Regierung, Home Office (2015), S. 5.

geschaffen wie die Nationalen Aktionspläne. Auf der Ebene der Vereinten Nationen wird derzeit zudem über einen internationalen Vertrag diskutiert, der verbindliche Regeln für transnationale Unternehmen und andere Wirtschaftsakteure enthalten würde, die grenzüberschreitend tätig sind. Die dritte Verhandlungsrunde fand im Oktober 2017 in Genf statt.³⁴ Die EU-Länder sind bislang dem Prozess gegenüber sehr skeptisch eingestellt, die internationale Zivilgesellschaft hat dagegen eine breite Unterstützungskampagne gestartet.

Ein Äquivalent für das, was ein Nationalstaat normalerweise regelt und kontrolliert, was er an Institutionen hat, um seiner Schutzfunktion nachzukommen, wie die Polizei oder Gerichte, fehlt weitgehend immer im internationalen oder im supranationalen Rahmen. Dies führt zu einem Ungleichgewicht angesichts der schnellen Globalisierung. Dies auszubalancieren, ist eines der großen derzeitigen To-dos. Gelingt dies nicht, wird es eher die gegenwärtigen Autorisierungstendenzen in Staaten fördern, die unternommen werden in der vermeintlichen Hoffnung, so wieder politische Gestaltungsmacht generieren zu können.

Das folgende, vierte Thema ist möglicherweise noch komplexer und langfristig eine noch größere Herausforderung als die der ökonomischen Globalisierung. Die ökologischen Grenzen bzw. die Gestaltung globaler Gemeingüter stellt uns vor immer mehr Herausforderungen. In Zeiten begrenzter ökologischer Ressourcen, einer enormen Verknappung von Ressourcen wie Land, Wasser oder Nahrungsmittel, wird die Frage nach der Regelung des Zugangs zu diesen Produkten und Ressourcen immer wichtiger und stellt eine große menschenrechtliche Herausforderung dar.

Derzeit leben beispielsweise ca. 3,4 Milliarden Menschen in ländlichen Regionen.³⁵ In diesen ländlichen Regionen wird das Land knapp. Nicht nur aufgrund des zunehmenden Bevölkerungswachstums, sondern auch durch den Verlust fruchtbarer Gegenden durch das Wachstum der Städte. Beispiel China: Natürlich wächst das Land ökonomisch vor allem in den fruchtbaren Küstenregionen. Dort werden Siedlungs-, Industrie- und Verkehrsflächen benötigt, mit der Folge, dass das verfügbare Land für Landwirtschaft und Siedlungen abnimmt.

³⁴ Siehe ECCJ Webseite: <http://corporatejustice.org/news/3607-un-treaty-process-on-business-and-human-rights-moving-into-a-new-phase>.

³⁵ Siehe UN, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2015), S. 14, 31.

Die Auswirkungen des Klimawandels führen in vielen Regionen zu sich schnell ändernden geographischen Bedingungen, zu Austrocknung oder besonderen Wetterextremen. Solche Veränderungen finden in vielen Ländern durchaus auch großflächig statt. Als Beispiel sei Uganda genannt. Dort lebt ein großer Teil der Familien in ländlichen Regionen vom Kaffeeanbau. Durch den Temperaturanstieg wird dort Kaffee bald nicht mehr wachsen können. Um negativen Konsequenzen solcher Veränderungsprozesse entgegenwirken zu können, müssten Alternativen geschaffen, Anpassungsmaßnahmen ergriffen und durchgeführt werden. Die Entwicklung und Umsetzung solcher Minderungsmaßnahmen sind sehr schwierig und ein einzelnes Land wie Uganda kann dies allein kaum schaffen. Eine herausfordernde Frage, die sich stellt, ist: Wie können Staatengemeinschaften gemeinsam solche Probleme in den Griff bekommen?

Das zentrale Regelwerk dafür ist die UN-Klimarahmenkonvention³⁶, die sogar anerkennt, dass die Verursacherstaaten, zu denen sicherlich auch Deutschland gehört, die historisch mehr CO₂ emittiert haben als viele andere Länder, nunmehr in der Verantwortung der Reduktion von CO₂-Ausstößen stehen. Aus dieser Verantwortung geht auch die Unterstützung anderer Länder einher. So zahlt Deutschland u. a. in einen Global Green Climate Fund ein, mit dem Projekte in den anderen Ländern zu CO₂-Verminderung finanziert werden könnten. Das jedoch beinhaltet bislang keinen Rechtsanspruch. Kein afrikanischer Bauer könnte Unterstützung einfordern, jenseits seiner eigenen Regierung.

In diesem Kontext gibt es aktuell einen interessanten Fall, den die Nord-Süd-Organisation Germanwatch gerade vorantreibt: Die NRO unterstützt einen peruanischen Bauern, der in einem Ort, unterhalb eines Gletschersees, hoch in den Anden lebt.³⁷ Der Gletschersee wächst schnell aufgrund des abschmelzenden Gletschers dahinter. Folglich könnte es zu Überschwemmungen und plötzlichen Flutwellen kommen und die umliegenden Orte möglicherweise schädigen. Der Kleinbauer aus dem Ort Huaraz hat nun mit Hilfe von Umweltschützern aus Hamburg und von Germanwatch eine Klage gegen RWE eingereicht, u. a. mit der Begründung, RWE sei einer der größten CO₂-Emitenten und würde damit zum Klimawandel und dem

³⁶ Siehe BMUB: <https://www.bmub.bund.de/themen/klimaenergie/klimaschutz/internationale-klimapolitik/klimarahmenkonvention/>.

³⁷ Germanwatch e. V. (2017).

Abschmelzen des Gletschers beitragen. Historisch hätte RWE ca. 0,47% CO₂ bis heute emittiert und entsprechend solle RWE anteilig für die verursachte Verschmutzung eine Entschädigung für den peruanischen Bauern leisten, d. h. 0,5 % der Kosten für mögliche Schutzmaßnahmen übernehmen. Dies wird eine komplexe, juristische Auseinandersetzung werden. Dieses Beispiel soll darauf hindeuten, dass es derzeit keinen abschließenden Ordnungsrahmen für den Umgang mit solchen Herausforderungen gibt. Eigentlich müsste die Regierung von Peru die Schutzmaßnahmen durchführen. Wenn Peru dazu nicht in der Lage ist, bleibt die Frage der Verantwortlichkeit anderer Akteure, in diesem Fall der Verursacher des Klimawandels in anderen Ländern.

In dem Kontext sich verknappenden Ressourcen spielt das steigende Bevölkerungswachstum ebenfalls eine zentrale Rolle. Ein Beispiel: Derzeit leben ca. 190 Millionen Menschen in Nigeria. Es ist somit das bevölkerungsreichste Land Afrikas. Vorhersagen zufolge sollen es im Jahr 2050 bereits 410³⁸ Millionen sein. Damit würde sich die Bevölkerung mehr als verdoppeln. Es käme zu einem enormen Konflikt im Zugang zu Land. Zum einen bedingt durch die Auswirkungen des Klimawandels im Norden des Landes, zum anderen als Folge des Verstädterungsprozesses im Süden, sodass jetzt noch vorhandene fruchtbare Böden in Zukunft fehlen würden. Das Zuteilen von Ressourcen, die Möglichkeit Land und Wasser zu nutzen, wird immer mehr zu einer nationalen, aber zukünftig auch zu einer internationalen Herausforderung werden. Demnach bedarf es eines ganz neuen und innovativen Ansatzes des Nachdenkens darüber, wie die Menschenrechte all dieser Menschen gesichert werden sollen. Viele Grenzen des bisherigen Nachdenkens sind bedingt durch die Rechtskategorien, die berücksichtigt werden müssen, wenn über das Mögliche gedacht wird. Was durch internationale Instrumente aufgefangen werden kann, wie dem Global Green Climate Fund, hängt auch von der Bereitschaft ab, in diese Instrumente einzuzahlen. Leider haben beispielsweise die USA gerade ihre finanzielle Unterstützung für das Klimarahmensekretariat in Bonn gestrichen.³⁹ Trotzdem ist es wichtig, auf diese ökologische Dimension als Herausforderung, auch für die Umsetzung der Menschenrechte, hinzuweisen, sei es bei den Obergrenzen für CO₂, bei der Absicherung

³⁸ Siehe UN, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2017), S. 571.

³⁹ Siehe Climate Home (16.03.2017).

des Abkommen zum Schutz der Artenvielfalt etc. Es geht um die Verteilung knapper Ressourcen oder die Nutzung von Umwelträumen, die sich im Grunde eigentlich nur dann angemessen realisieren lassen, wenn diese von Beginn an sehr menschenrechtlich basiert stattfinden. Das heißt, eine besondere Priorität gilt unter anderem den benachteiligten Bevölkerungsgruppen und einer diskriminierungsfreien Vergabe von Nutzungsrechten.

Menschenrechtsarbeit benötigt einen Fokus auf besonders benachteiligte und marginalisierte Personen und Gruppen weltweit, da sie sehr oft übersehen werden. Historische und aktuelle Diskriminierungsphänomene werden oft durch die bereits genannten Themen, wie die einer schwachen Regierungsführung oder anderen Herausforderungen, wie die Auswirkungen des Klimawandels oder sonstig veränderte Tendenzen, zusätzlich verstärkt. Sie müssen gleichzeitig aber auch als Diskriminierungstatbestände wahrgenommen und bearbeitet werden.

Blieben wir beim Beispiel Zugang zu Land: In vielen nationalen Situationen gibt es keinen Flächennutzungsplan, der festschreibt, wem das Land gehört, welche Personen oder Gruppen es möglicherweise schon lange nutzen, ohne je registriert worden zu sein. Oft gibt es nicht einmal eine Institution, die das Ganze überhaupt absichern oder dokumentieren könnte. In vielen Regionen fehlen Land-Kataster sowie ein funktionierendes Gerichtswesen. Die Gestaltung der Globalisierung vor diesem Kontext ist keine einfache Aufgabe. An dieser Stelle können Menschenrechte aber ein zentrales Instrument sein und werden, um die Probleme besonders benachteiligter Gruppen zuerst anzugehen und zu überprüfen, wo faktische Diskriminierungen überwunden werden müssen.

Allerdings ist es in vielen Ländern eine nationale Herausforderung, politisches Verständnis für die Notwendigkeit der sozialen Absicherung besonders benachteiligter Gruppen und die Überwindung von Diskriminierungen auf nationaler Ebene zu schaffen.

Beispiel Deutschland: Regelmäßig erscheinen Berichte über Kinderarmut in Deutschland. Fast jedes siebte Kind gilt als armutsgefährdet.⁴⁰ Die Fakten sind belegt, eine Veränderung und politische Bearbeitung bleibt weitgehend aus. Den Betroffenen fehlt eine hörbare Stimme, eine gut aufgestellte Lobby.

⁴⁰ Als Beispiel für viele Veröffentlichungen: Netzwerk Kinderarmut: <https://netzwerk-kinderarmut.de/2016/09/15/zahlen-daten-fakten-2016/>.

Die Weltbank veröffentlichte im Jahr 2000 einen Bericht, *Voices of the poor*,⁴¹ der noch einmal deutlich beschreibt, wie schwierig es ist für Menschen, die am Rande der Gesellschaft leben, selbst in ihren Gesellschaften zu Wort zu kommen. Deutschland verfügt über ein sehr elaboriertes Institutionensystem. Die Bundesregierung veröffentlicht alle vier Jahre einen Armuts- und Reichtumsbericht. Auf 706 Seiten wird im gerade erschienenen fünften Bericht sehr detailliert dargestellt, wer von Armut betroffen ist.⁴² Wir haben sehr professionell arbeitende Wohlfahrtsinstitutionen, die sehr detaillierte Studien durchführen und identifizieren, wer Probleme hat. Der Blick dafür, was möglicherweise schief läuft, ist da. Dennoch ist es nicht leicht, die nötigen Veränderungen und das Überwinden von Diskriminierung durchzusetzen.

Ungleich schwieriger ist es in Ländern, wo diese Dichte an sozialen Institutionen und Akteuren fehlt bzw. diese nicht ungehindert arbeiten können. Gerade in Ländern, die von „shrinking political space“ betroffen sind, ist der politische Spielraum für Menschen, sich auszudrücken und eigene Anliegen vorzutragen, sehr begrenzt. Deshalb, und ich komme im Grunde damit zu meinem Schlussplädoyer, bleiben die Menschenrechte der zentrale Rahmen für die Orientierung, für die Messung staatlichen Handelns und müssen unweigerlich geachtet, geschützt und gewährleistet werden.

4. Ausblick: Intensivierung der supranationalen Zusammenarbeit als Antwort auf aktuelle Herausforderungen

Die Bedeutung, über die Handlungsfähigkeit von Regierungen nachzudenken sowie die Ermutigung, dass Regierungen funktionieren müssen, dass ein Rechtsstaat existieren muss, muss als zentrales Thema besonders wahrgenommen werden, um Menschenrechte umzusetzen. Schwere Formen von Diskriminierungen, national aber auch international, müssen entsprechend aufgenommen und dokumentiert werden. Diese sind facettenreich und umfassen u. a. die biographischen oder geschlechtlichen Diskriminierungen, die sich gegen

⁴¹ Narayan (2000).

⁴² Siehe Bundesministerium für Arbeit und Soziales (2017).

Frauen, LGBTI⁴³ und weitere Minderheiten richten. Sie kann aber auch soziale Dimensionen annehmen und sich gegen Menschen, die in Armut leben, richten.

Menschenrechte sollen die Absicherung der Würde jeder einzelnen Person in einem Land gegenüber dem übermächtigen oder auch dem machtlosen Staat garantieren. Jedoch wird aus der Argumentation ersichtlich, dass der übermächtige Staat selbst als Handlungsform erodiert. Der Wunsch nach einem mächtigeren Staat beinhaltet die Voraussetzung, dass dieser überhaupt die Institutionen beibehalten kann, um auch den Rechtsstaat zu garantieren. Insgesamt sind wir derzeit, wie beschrieben, in einer Situation, in der der Rechtsstaat an vielen Stellen unter Druck gerät. Auch durch globale Kontexte, die gleichzeitig seinen Einfluss begrenzen, ohne dass parallel ein supranationaler Ersatz entsteht, was die Umsetzung von Menschenrechtsarbeit enorm erschweren kann.

Als das Entwicklungsprogramm der Vereinten Nationen das erste Mal seinen Bericht zur menschlichen Entwicklung 1990 vorlegte, wurde eine zentrale Erkenntnis formuliert: Nationalstaat ist zu groß für die kleinen Dinge und zu klein für die großen Dinge.⁴⁴ Dies kann bereits zur damaligen Zeit als eine Warnung davor gelesen werden, dass wir eigentlich einen nationalen menschenrechtsbasierten Rechtsstaat benötigen, wir aber in wachsendem Maße angemessene multilaterale Regelungen benötigen, die es erlauben, die Menschenrechte auch in globalisierten Zeiten und angesichts der ökologischen Herausforderungen zu achten, zu schützen und zu gewährleisten. Eine Hoffnung auf den Nationalstaat zu setzen und zu glauben, dass seine Wiederbelebung ausreicht, ist trügerisch. Globale Umweltprobleme lassen sich nicht allein durch nationale Maßnahmen bearbeiten. Es ist notwendig, die Komplexität der Problemlagen anzuerkennen, um angemessene Lösungen zu finden.

Das heißt auch, dafür zu werben, über supranationale Formen der Governance nachzudenken. Dies bedeutet, dass wir als Europäer zum Beispiel über eine europäische rechtsstaatliche Ordnung offensiver nachdenken und mehr Mut aufbringen müssen, uns international für

⁴³ Abkürzung für die aus dem Englisch stammende Bezeichnung der Personengruppen Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersexual, zu Deutsch: Lesben, Schwule, Bisexuelle und Transgender und Intersexuelle.

⁴⁴ UN Development Programme (1990).

Menschenrechtsarchitekturen und funktionierenden Multilateralismus einzusetzen.

Das Angehen der Herausforderungen, die derzeit feststellbar sind, wie die Einschränkung von Meinungsfreiheit, der politischen Möglichkeit, aktiv zu werden, sind wichtig, um Prozesse des Aufbaus der Rechtstaatlichkeit in Gang zu setzen. Nur wenn auch die Menschen in Indien sich für ihre Rechte wirklich stark machen können, kann die Universalität der Menschenrechte umgesetzt und gewährleistet werden. Diese globale Bewegung für die Menschenrechte ist nach wie vor eine wichtige Perspektive. Also lassen Sie uns mutig für die komplexe Lösung streiten! Lassen Sie uns mutig dafür streiten, dass die Würde jedes einzelnen Menschen verteidigt werden muss und lassen Sie uns mutig davor warnen, in Vereinfachung der Re-Nationalisierung der Stärke zurückzufallen! Sie werden uns nicht helfen, die von mir beschriebenen Herausforderungen zu lösen.

Literatur

- Alexandra Endres (07.12.2016): Wer ließ die Umweltschützerin Berta Cáceres töten? In: Die ZEIT Online. <http://www.zeit.de/wirtschaft/2016-11/honduras-bertha-caceres-mord-voith-hydro-siemens-menschenrechte-verantwortung> (abgerufen am 27.09.2017).
- Amnesty International (2016): Agents of the People. Four Years of “Foreign Agents” Law in Russia. Consequences for the Society. London. <https://www.amnesty.org/en/documents/eur46/5147/2016/en/> (abgerufen am 11.10.2017).
- Amnesty International (2017a): Amnesty International Report 2016/17. The State of the World’s Human Rights. London.
- Amnesty International (2017b): Human Rights Defenders under Threat. A Shrinking Space for Civil Society. London. <https://www.amnesty.org/en/documents/act30/6011/2017/en/> (abgerufen am 12.10.2017).
- Auswärtiges Amt (2016): Deutsch-Französischer Menschenrechtspreis: Das sind die Preisträgerinnen und Preisträger 2016. http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Aussenpolitik/Themen/Menschenrechte/Aktuell/161201_Dt_Fr_Menschenrechtspreis.html?nn=765654, zuletzt aktualisiert am 01.12.2016 (abgerufen am 27.09.2017).
- Britische Regierung, Home Office (2015): Slavery and human trafficking in supply chains. guidance for businesses, 29.10.2015. <https://www.gov.uk/government/publications/transparency-in-supply-chains-a-practical-guide> (abgerufen am 12.10.2017).
- Britisches Parlament (2015): Modern Slavery Act 2015, 26.03.2015. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents> (abgerufen am 12.10.2015).
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales (2017): Lebenslagen in Deutschland. Der Fünfte Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung. http://www.armuts-und-reichtumsbericht.de/SharedDocs/Downloads/Berichte/5-arb-langfassung.pdf?__blob=publication-File&v=6 (abgerufen am 13.10.2017).
- CIVICUS (2016): State of Civil Society Report 2016. <http://www.civicus.org/documents/reports-and-publications/SOCS/2016/summaries/SoCS-full-review.pdf> (abgerufen am 26.09.2017).
- Climate Home (16.03.2017): Pressemitteilung: Trump budget. US to stop funding UN climate process.

- <http://www.climatechangenews.com/2017/03/16/trump-budget-us-stop-funding-un-climate-process/> (abgerufen am 12.10.2017).
- Deutsche Bundesregierung (2016): Nationaler Aktionsplan. Umsetzung der VN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte. 2016–2020. <http://www.auswaertiges-amt.de/cae/servlet/contentblob/754690/publicationFile/228352/161221-NAP-DL.pdf>.
- Deutsches Global Compact Netzwerk/GIZ (2014): Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte. Umsetzung des Rahmens der Vereinten Nationen „Schutz, Achtung und Abhilfe“. 2. Aufl.
- Europäische Kommission (26.07.2017): Pressemitteilung: Europäische Kommission wird tätig, um die Rechtsstaatlichkeit in Polen zu wahren. 16.10.2017. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-2161_de.htm#_ftn1.
- FAO (1996): Rome Declaration on Food Security. https://www.google.de/search?q=fao&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b&gfe_rd=cr&dcr=0&ei=4rzMWZquJfTM8ge98aT4Dw (abgerufen am 27.09.2017).
- Germanwatch e.V. (2017): Klimagerechtigkeit braucht Ihre Unterstützung. Der Fall Huaraz zeigt die besondere Verantwortung großer Energiekonzerne auf. <https://germanwatch.org/13750> (abgerufen am 12.10.2017).
- Habermas, Jürgen (2016): Für eine demokratische Polarisierung. Wie man dem Rechtspopulismus dem Boden entzieht. Jürgen Habermas im Interview. In: Blätter für deutsche und internationale Politik 2016 (11), S. 35–42.
- HRW (2017): World Report 2017. Events of 2016. https://www.hrw.org/sites/default/files/world_report_download/wr2017-web.pdf (abgerufen am 12.10.2017).
- Internationaler Gewerkschaftsbund (2017): Der Globale Rechtsindex des IGB 2017. Die schlimmsten Länder der Welt für erwerbstätige Menschen. http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/survey_ra_2017_ger-2.pdf (abgerufen am 27.09.2017).
- Joas, Hans (2013): Die Sakralität der Person. Eine neue Genealogie der Menschenrechte. 3. Auflage. Berlin: Suhrkamp.
- L'Assemblée nationale (2017): LOI n° 2017–399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1). JORF n°0074 du 28 mars 2017, 27.03.2017. <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/2017-399/jo/texte>.
- Narayan, Deepa (2000): Can anyone hear us? Voices of the poor. 3. print. Washington: World Bank.

Bedeutungswandel der Menschenrechte

- OHCHR: Status of Ratification. Interactive Dashboard.
<http://indicators.ohchr.org/> (abgerufen am 27.09.2017).
- OHCHR: The Core International Human Rights Instruments and their monitoring bodies.
<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx> (abgerufen am 27.09.2017).
- OHCHR (2008): Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism. New York: Geneva (Human Rights Fact Sheets, 32).
<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet32EN.pdf> (abgerufen am 12.10.2017).
- Spiegel Online (12.09.2012): Pressemitteilung: Eingeschlossen hinter Gitterfenstern. Brandkatastrophen in Pakistan.
<http://www.spiegel.de/panorama/braende-in-pakistan-mehr-als-300-menschen-sterben-in-textilfabriken-a-855412.html> (abgerufen am 12.10.2017).
- Süddeutsche Zeitung (25.04.2017): Pressemitteilung: Gabriel verteidigt Treffen mit Regierungskritikern in Israel. 16.10.2017.
<http://www.sueddeutsche.de/politik/israel-streit-um-gabriels-treffen-mit-ngos-1.3477381>.
- UN (2017): United Nations Treaty Collection. Depository. Status of Treaties.
https://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx?clang=_en (abgerufen am 16.10.2017).
- UN Development Programme (1990): Human Development Report 1990. New York. http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/219/hdr_1990_en_complete_nostats.pdf (abgerufen am 13.10.2017).
- UN, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2015): World Urbanization Prospects. The 2014 Revision. New York (ST/ESA/SER.A/366). <https://esa.un.org/unpd/wup/Publications/Files/WUP2014-Report.pdf> (abgerufen am 13.10.2017).
- UN, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2017): World Population Prospects. The 2017 Revision, Volume II. Demographic Profiles ((ST/ESA/SER.A/400)). https://esa.un.org/unpd/wpp/Publications/Files/WPP2017_Volume-II-Demographic-Profiles.pdf (abgerufen am 13.10.2017).
- UN, Generalversammlung (1966): Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966, Bundesgesetzblatt (BGBl) 1976 II (428). http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/Pakte_Konventionen/ICESCR/icescr_de.pdf.

United Nations High Commissioner for Refugees (2017): Operational Portal. Refugee Situations. Mediterranean Situation.

<http://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean>, zuletzt aktualisiert am 26.09.2017.

Vanessa Vu (03.08.2016): Im Rausch der Selbstjustiz. In: Die ZEIT Online.

<http://www.zeit.de/politik/ausland/2016-08/philippinen-drogen-menschenrechte-justiz-razzien-lynchjustiz-rodrigo-duterte> (abgerufen am 27.09.2017).

Menschenrechte und religiöse Diversität¹

Matthias Koenig

1. Religiöse Diversität in Europa

Religiöse Diversität ist in Europa seit etlichen Jahren ein Gegenstand politischer Konflikte, in denen institutionelle Arrangements von Staatlichkeit, nationaler Identität und religiöser Vergemeinschaftung teils grundlegend zur Disposition gestellt werden. Jene Arrangements waren das Ergebnis komplexer historischer Prozesse der Herausbildung von Nationalstaaten in der europäischen Neuzeit. Aus der Reformation und den ihr folgenden Konfessionskriegen entstanden mit den souveränen Territorialstaaten säkulare Herrschaftsordnungen, die im Laufe der Zeit auch Spielräume für konfessionelle Pluralität schufen. Gleichwohl blieben viele von ihnen im Zuge der Nationsbildung in eine übergreifende christliche Kultur eingebettet. So konnten sich Staaten in ihren Disziplinierungsprojekten auf religiöse Organisationen stützen, und Imaginationen nationaler Gemeinschaft perpetuieren, der Form und teilweise dem Gehalte nach, Ideale konfessioneller Homogenität. Viele europäische Nationalstaaten kennen daher bis in die Gegenwart hinein eine zumindest faktische, teils auch rechtliche Privilegierung von Staats- oder Volkskirchen und haben religiösen Minderheiten insoweit nur asymmetrische Rechte zugestanden (vgl. Fox 2008; Grim/Finke 2011).

Bekanntlich gibt es eine große Variationsbreite institutioneller Arrangements in Europa: zunächst das Establishment der Anglikanischen Kirche, lutherische Staatskirchen in Skandinavien und staatlich

¹ Der vorliegende Text ist eine gekürzte Fassung meines Beitrags „Religiöse Diversität am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte“. In: Hans Michael Heinig und Christian Walter (eds.), *Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder*. Tübingen: Mohr Siebeck (2015), pp. 147–170.

geförderte Orthodoxie in Südosteuropa; sodann korporatistische Formen selektiver Staat-Kirche-Kooperation in bikonfessionellen Staaten wie Deutschland oder manchen Schweizer Kantonen, aber auch im katholischen Italien und Spanien; und schließlich Trennungsmodelle wie in Frankreich (vgl. Bader 2007: 273). All diese Arrangements stehen indessen zunehmend in Spannung mit neuen Realitäten religiöser Diversität, die durch internationale Migrationsbewegungen, aber auch durch transnationale Missionsorganisationen und neue religiöse Bewegungen bedingt sind. Diese stehen im Zentrum politischer Konflikte, in denen religiöse Minderheiten Forderungen nach symmetrischen Rechten, also nach gleicher Religionsfreiheit, erheben. Ausgetragen werden diese Konflikte nicht nur in der Politik, sondern auch und zunehmend im Recht. Einerseits lassen sich im Feld des Rechts eine Reihe sozialer Mechanismen identifizieren, die angesichts eklatant veränderter gesellschaftlicher Rahmenbedingungen – Säkularisierung, Individualisierung und Pluralisierung – erstaunliche Pfadabhängigkeit nationalstaatlicher Regulierungen von Religion erklären (vgl. Koenig 2007: 91). Andererseits gehört gerade das Recht zu denjenigen gesellschaftlichen Feldern, die historisch gewachsene Arrangements zu dynamisieren vermögen.

In diesem Beitrag sollen derartige Dynamiken institutionellen Wandels am Beispiel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) näher untersucht werden. Der EGMR wurde 1959 auf Grundlage der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (1950) geschaffen und ist inzwischen für mehr als 800 Millionen Menschen in gegenwärtig 47 Mitgliedstaaten des Europarats zuständig. Zu fragen ist, inwiefern der EGMR zu einer Dynamisierung der in seinem Zuständigkeitsbereich anzutreffenden Arrangements von Staatlichkeit, nationaler Identität und religiöser Vergemeinschaftung beigetragen, inwieweit er den Forderungen religiöser Minderheiten nach gleicher Religionsfreiheit Nachdruck verliehen und sich insoweit zu einem Motor institutioneller Säkularisierung entwickelt hat. Mit institutioneller Säkularisierung sei dabei allgemein ein Vorgang bezeichnet, in welchem die Prinzipien von Religionsfreiheit und staatlicher Neutralität Eingang in institutionelle Arrangements von Staatlichkeit, nationaler Identität und religiöser Vergemeinschaftung finden.

Was die diesbezügliche Rechtsprechung des EGMR angeht, gibt es eine umfassende rechtswissenschaftliche Literatur mit einer Vielzahl nuancierter Interpretationen der Fälle zu den religionsbezogenen

Konventionsartikeln, also Artikel 9 (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit) und Artikel 14 (Diskriminierungsverbot) der Europäischen Konvention für Grundfreiheiten und Menschenrechte (EMRK) sowie Artikel 2 des Zusatzprotokolls (ZP) zum Recht auf Bildung (Doe 2011; M. Evans 1997; C. Evans 2001; Gonzalez 1997; Scolnicov 2010: 295; Ungern-Sternberg 2008: 43–88). Die eher empirisch ausgerichtete sozialwissenschaftliche Forschung hat indessen erst in jüngerer Zeit begonnen, die Straßburger Rechtsprechung in Sachen religiöser Diversität zu untersuchen, die Argumentationsfiguren wichtiger Fälle kritisch zu interpretieren (vgl. Danchin 2010: 662; Dembour 2000: 205; Joppke 2013: 598) und der Bedeutung des EGMR für die einzelnen Mitgliedstaaten nachzugehen (so v. a. Anagnostou/Psychogiopoulou 2010). Der vorliegende Beitrag knüpft an diese Literatur an und analysiert in rechtssoziologischer Perspektive die Dynamiken der gerichtlichen Regulierung religiöser Diversität. Gestützt auf eine Analyse von Klagen und Urteilen im Zeitraum von 1959 bis 2011, wird das Argument entfaltet, dass der EGMR, genauer gesagt, das auf ihn fokussierte transnationale Menschenrechtsfeld, tatsächlich zu einem Motor institutioneller Säkularisierung geworden ist – jedenfalls in stärkerem Maße als dies gelegentlich gesehen wird (z. B. Scolnicov 2010). Stand Religionsfreiheit zunächst noch im Schatten der Neuerfindung eines christlichen Europas, so entwickelte der EGMR seit den 1990er Jahren mit Zuwachs an institutioneller Autonomie und steigenden Litigationsraten eine Rechtsprechung, die, wenngleich vorsichtig, Religionsfreiheit auch gegenüber gewachsenen Staat-Kirche-Beziehungen und der nationalen Inanspruchnahme religiöser Symbolik zur Geltung bringt.

2. Menschenrechte und internationale Gerichtshöfe in soziologischer Perspektive

Internationale Gerichtshöfe wie der EGMR sind seit einiger Zeit Gegenstand lebendiger Debatten um die Vergerichtlichung („judicialization“) von Politik. Mit „judicialization“ wird generell ein Machtzuwachs von Gerichten bezeichnet, die, gestützt auf Rechtstexte mit verfassungsrechtlichem Status, Kontrolle über Regierungen und Parlamente ausüben und Konfliktlagen zwischen Staaten und Individuen bearbeiten. Naturgemäß werden in der Debatte um „judicialization“ verschiedene Positionen vertreten, die sich der Einfachheit halber auf

die Pole „idealistischer“ und „realistischer“ Perspektiven reduzieren lassen (vgl. Hirschl 2008: 93; Roesler 2007: 545; Stone Sweet 2000). Im Folgenden skizziere ich diese Positionen in aller Kürze, beleuchte ihre Implikationen für die Frage nach den säkularisierenden Effekten einer Vergerichtlichung der Religionspolitik und zeige, wie sie sich fruchtbar im Rahmen einer soziologischen Theorie transnationaler Rechtsfelder kombinieren lassen (vgl. nunmehr auch de Galember/Koenig 2014: 631).

(a) Diejenigen Autoren, die einer „idealistischen“ Position zuneigen, behandeln den Aufstieg von Verfassungs- und internationalen Gerichten als Bestandteil einer umfassenden rechtskulturellen Transformation im zwanzigsten Jahrhundert. Verfassungsgerichte mit der Kompetenz abstrakter oder konkreter gerichtlicher Kontrolle würden immer unabhängiger von binnenstaatlichen Machtkonstellationen und richteten sich immer stärker an den normativen und kognitiven Skripts aus, die in transnationalen Professionsgemeinschaften zirkulierten (vgl. etwa Scheppelle 2003: 219). Internationale Gerichtshöfe für Menschenrechte hätten an institutioneller Autonomie gewonnen und könnten vermittels eines „judicial activism“ den universalistischen Prinzipien von Freiheit und Gleichheit gegenüber staatlicher Willkür zunehmend Geltung verschaffen.

Folgte man dieser Perspektive, so dürften Gerichtshöfe als Motoren institutioneller Säkularisierung fungieren, nicht zuletzt aufgrund ihrer starken Betonung universalistischer Prinzipien von Religions- und Gewissensfreiheit und religiöser Nicht-Diskriminierung. Institutionell vor demokratischen Mehrheiten geschützt, sollten sie professionsgetriebene Programme der Rationalisierung des Rechts verfolgen, die gleichen Rechte marginalisierter religiöser Minderheiten schützen und insofern die eingangs genannte liberale Variante von Säkularität durchzusetzen helfen.

(b) Eine ganz andere Sichtweise auf die Rolle von Gerichten haben Autoren formuliert, die eine „realistische“ oder machtzentrierte Theorie der „judicial politics“ vertreten (vgl. v. a. Hirschl 2004; Hirschl 2008: 93; Ginsburg 2003). Sie betrachten die Verlagerung strittiger Politikfragen aus dem demokratischen Entscheidungsprozess in die gerichtliche Arena als Strategie politischer und ökonomischer Eliten, um ihre eigene Hegemonie zu bewahren. Mit Blick auf internationale

Gerichtshöfe werden ähnliche Argumente unter Rekurs auf Principal-Agent-Modelle formuliert, wonach Staaten (als „Principals“) Macht an internationale Gerichtshöfe („Agents“) verlagern, wenn sie dies als Strategie wahrnehmen, ihre eigenen Interessen effektiver zu vertreten (Garrett 1995: 171). Nicht von ungefähr behalten Staaten demnach Kontrolle über die Gerichte vermittels der Androhung von Legitimations- und Autonomieentzug, in deren Angesicht richterliche Entscheidungen typischerweise zurückhaltend sind („judicial restraint“).

Aus dieser Perspektive betrachtet würde man die säkularisierenden Effekte von Verfassungs- und internationalen Gerichtshöfen deutlich zurückhaltender einschätzen, bliebe doch das richterliche Entscheidungsverhalten in hohem Maße von religionspolitischen Machtkonstellationen abhängig. Tatsächlich könnten Gerichte genau dann institutionelle Säkularisierung befördern, wenn politische Eliten religiöse Mehrheiten oder fundamentalistische Bewegungen als Bedrohung ihrer eigenen Hegemonie wahrnehmen. Es sind allerdings auch andere Konstellationen denkbar, in denen Religionsgemeinschaften für politische Eliten keine potentielle Machtkonkurrenz, sondern eine Quelle der Legitimationsbeschaffung darstellen. In solchen Konstellationen dürften Gerichte dem „realistischen“ Argument zufolge in ihren Entscheidungen die Privilegien religiöser Mehrheiten aufrechterhalten, auch gegenüber den Forderungen religiöser Minderheiten nach gleichem Respekt. In keiner der beiden religionspolitischen Konstellationen dürften Gerichte jedenfalls geneigt sein, den religiösen Minderheiten diejenige Art symmetrischer Rechte zu gewähren, auf welche die „idealistische“ Perspektive abstellt.

(c) Schon diese knappe Darstellung zweier gängiger Erklärungsansätze von „judicialization“ weist auf zwei scheinbar gegenläufige Mechanismen einer von Gerichten vorangetriebenen institutionellen Säkularisierung hin. Sie sind weniger widersprüchlich, als es zunächst erscheinen mag, sondern lassen sich fruchtbar im Rahmen einer soziologischen Theorie transnationaler Rechtsfelder integrieren (Bourdieu 1986; Madsen/Dezalay 2002: 189; Bigo 2011: 255). Rechtsfelder werden hier wie andere soziale Felder konzipiert als „symbolic terrain with its own networks, hierarchical relationships, and expertise, and more generally its own rules of the game“ (Dezalay/Garth 1996: 16–17). Madsen (2007) hat mit dieser Konzeption die Entwicklung des

EGMR zum organisatorischen Zentrum des europäischen Menschenrechtsfeldes nachgezeichnet, in welchem ungleich positionierte Akteure – professionelle Juristen, Regierungen, Individuen – um die Autorität der Interpretation universalistischer Normen kämpfen (Madsen 2007: 137). Die zentrale Idee ist, dass institutionelle Autonomie und politischer Einfluss internationaler Gerichtshöfe nur im Rahmen der Eigenschaften transnationaler Rechtsfelder zu verstehen sind. Zunächst aus machtpolitischen Gründen geschaffene internationale Gerichtshöfe können demnach an Autonomie und Einfluss gewinnen, sobald ein hinreichend großes Menschenrechtsfeld entstanden ist. Und selbst dann bleiben sie ein Ort des politischen Kampfes um das feldspezifische symbolische Kapital, nämlich die autoritative Interpretation von Menschenrechten. Als Gravitationszentrum eines transnationalen Rechtsfeldes prägen sie mit ihrer Rechtsprechung die nationale Rechtsentwicklung nicht nur direkt, sondern auch indirekt durch die Diffusion menschenrechtlicher Argumentationsfiguren.

3. Regulierung religiöser Diversität am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

Die Entstehungsgeschichte der EMRK und die Anfänge des EGMR zeigen zunächst, dass politische Interessen nachhaltigen Einfluss auf dessen organisatorische Struktur und die Rechtsdoktrin ausgeübt haben (vgl. Bates 2010). Auf der einen Seite hatten neue politische Eliten in Deutschland und Italien, die um Stabilisierung der post-totalitären Demokratien bemüht waren, starke Interessen an einem supranationalen Rechtsschutz von Menschenrechten (vgl. Moravcsik 2000: 217). Auf der anderen Seite sahen viele Regierungen, nicht zuletzt diejenige Großbritanniens, die Konvention lediglich als außenpolitisches Signal für die Selbstverpflichtung Europas auf Demokratie und Menschenrechte – annehmend, dass sie keinerlei Wirkung auf binnenstaatliches Recht entfalten würde (Simpson 2001). Diese politischen Ursprünge des EGMR spiegeln sich nicht nur in dessen anfänglicher institutioneller Schwäche wider, sondern schlugen sich auch in der Rechtsdoktrin des EGMR nieder. So gewann insbesondere der Begriff des Beurteilungsspielraums („margin of appreciation“), dem zufolge Mitgliedstaaten eine beträchtliche Flexibilität in der jeweiligen Interpretation der in der Konvention enthaltenen Artikel besitzen, an Bedeutung.

Die genannten politischen Ursprünge gilt es auch in Rechnung zu stellen, will man die Beiträge des EGMR zu institutioneller Säkularisierung beurteilen. Als man mit den Konventionsartikeln 9 und 14 sowie mit Artikel 2 des ersten Zusatzprotokolls die Prinzipien gleicher Religionsfreiheit ausbuchstabierte, sah man darin durchaus einen wesentlichen Bestandteil der europäischen Vision einer „demokratischen Gesellschaft“. Allerdings beabsichtigte man keineswegs, die Angelegenheiten nationaler Staat-Kirche-Beziehungen an einen internationalen Gerichtshof zu delegieren oder gar die vielerorts bestehenden Privilegien christlicher Kirchen zu reduzieren. Im Gegenteil, entstanden im Umfeld der christdemokratisch orientierten Europäischen Bewegung und beeinflusst von katholischen Ideen des Personalismus, sollte die Konvention vielmehr die christliche Zivilisation durch die Verpflichtung auf Menschenrechte und Demokratie schützen.² Als in den *travaux préparatoires* die Umsetzung von Religionsfreiheit im binnenstaatlichen Recht diskutiert und über ein zusätzliches Recht auf religiöse Erziehung nachgedacht wurde, zollte man vielmehr explizit dem Status Quo bestehender Staat-Kirche-Beziehungen Rechnung, insbesondere mit Blick auf Norwegen und Großbritannien (Simpson 2001: 699, 754)

Vor diesem Hintergrund kann es nicht überraschen, dass der EGMR in den ersten vier Jahrzehnten eine starke richterliche Zurückhaltung in Fragen von Staat-Kirche-Beziehungen an den Tag legte (vgl. auch Scolnicov 2010). Von den etwa fünfzig Klagen, die in diesem Zeitraum bei der Kommission eingingen, resultierte keine einzige in der Feststellung, dass ein Mitgliedstaat Art. 9 EMRK verletzt hätte. Nicht nur wandten Kommission und EGMR die Doktrin des Beurteilungsspielraums in ihrer Rechtsprechung zu Religionsfreiheit sehr extensiv an, sie erkannten auch ausdrücklich an, dass die in der Konvention niedergelegten Rechte mit einer großen Bandbreite von Staat-Kirche-Beziehungen kompatibel seien. In einem kompliziert gelagerten Fall, in dem finnische Staatsangehörige in Schweden sich gegen die Kirchensteuerpflicht wandten, stellte die Kommission fest: „a State

² So die neuere Historiographie der Menschenrechte, die für die 1940er und 1950er Jahre auf die Bedeutung des katholischen Personalismus (Maritain, Teilgen etc.) und die Ablehnung eines „mechanischen Gleichheitsprinzips“ (Ritter) hinweist; (vgl. Moyn 2010: 63, 84 f.; vgl. ferner Evans 1997: 39).

Church system cannot in itself be considered to violate Article 9 of the Convention“.³

Doch trotz der begrenzten Visionen seiner politischen Gründung ist der EGMR in den vergangenen zwei Jahrzehnten zum Zentrum eines transnationalen Menschenrechtsfeldes geworden (Madsen 2007). Schon in den 1970er Jahren nahmen Richter, im Bewusstsein zu einem neuen, professionellen Korpus juristischen Wissens beizutragen, eine teils regierungskritischere Haltung in ihrer Rechtsprechung ein. Die maßgebliche Transformation des Gerichtshofes erfolgte jedoch in den 1990er Jahren. Nachdem sich nach dem Fall des Kommunismus die Anzahl der Mitgliedstaaten der Konvention nahezu verdoppelt hatte,⁴ wurde der EGMR personell neu zusammengesetzt und erhielt deutlich größere institutionelle Autonomie. Protokoll 9 (1994) ermöglichte Individuen den direkten Zugang zum Gericht, und Protokoll 11 (1998) schaffte die ehemalige Kommission ab, schuf ein ständiges Gericht, verpflichtete die Staaten auf Akzeptanz des Individualklageverfahrens und verwandelte den EGMR damit zu einem unabhängigen internationalen Gerichtshof für Menschenrechte (zu historischen Details vgl. Bates 2010). Diese Reform korrespondiert mit einer Expansion des transnationalen Menschenrechtsfeldes, die sich nicht zuletzt an dem nahezu exponentiellen Anstieg der jährlich in Straßburg eingehenden Klagen zeigt.⁵ Letztere werden überdies zunehmend durch internationale Anwaltskanzleien und internationale Menschenrechts-NGOs unterstützt (Hodson 2011).

³ *Darby v. Sweden*, no. 11581/85, 23. Oktober 1990 (die Entscheidung der Kommission datiert vom 11. April 1988). Das Argument ist von umso größerer Bedeutung im Lichte der Tatsache, dass die Kommission zuvor durchaus eine Verletzung von Art. 9 EMRK festgestellt hatte, während das Gericht es später nicht einmal für nötig befand, die Verletzung von Art. 9 zu untersuchen und sich stattdessen auf Art. 14 EMRK konzentrierte.

⁴ Signatarstaaten der EMRK sind die 27 Mitgliedsstaaten der EU sowie Albanien, Andorra, Armenien, Azerbaijan, Bosnien-Herzegowina, Kroatien, Georgien, Island, Liechtenstein, Moldawien, Monaco, Montenegro, Norwegen, Russland, San Marino, Serbien, Schweiz, ‚Ehemalige jugoslawische Republik Mazedonien‘, Türkei und Ukraine.

⁵ Vgl. Cichowski (2006: 50). Eine Reaktion auf die zunehmende Zahl an Klagen – derzeit warten mehr als 100.000 Fälle auf Bearbeitung – war die Verabschiedung von Protokoll 14, in dem eine Vorsortierung der Fälle durch einzelne Richter geschaffen, die richterlicher Unabhängigkeit durch 9-jährige Amtszeiten gestärkt und die Kompetenzen der dreiköpfigen Richterkammern reformiert wurde; das Protokoll trat mit Wirkung vom 1. Juni 2010 in Kraft.

In dem Maße, in dem der EGMR höhere institutionelle Autonomie erlangt hat, scheint er sich sukzessiv von den früheren christlichen Hintergrundannahmen gelöst und seine Zurückhaltung in der Beurteilung nationaler Staat-Kirche-Beziehungen zumindest ansatzweise aufgegeben zu haben. Durchaus im Gegensatz zu den Ideen, die für seine politische Gründung maßgeblich waren, wurde er damit zu einem Motor institutioneller Säkularisierung. War bis in die frühen 1990er Jahre keine einzige Verletzung von Art. 9 EMRK festgestellt worden, so wurden seither in mehreren Dutzend Fällen neue und alte Mitgliedstaaten für Eingriffe in das Recht auf Religionsfreiheit verurteilt. Der Anstieg religionsbezogener Klagetätigkeit spiegelt dabei auch die neue religiöse Diversität in Europa wider. So kam der Großteil von Klagen von religiösen Minderheiten, zu denen evangelikale Missionsvereinigungen, neue religiöse Bewegungen, altansässige und eingewanderte ethno-religiöse Gruppen und – wenngleich in geringerem Ausmaß – die in humanistischen Vereinen organisierten Agnostiker und Atheisten gehörten. Die Klagen erfolgen häufig mit Unterstützung des dichten Netzwerkes von religionsfreiheitsbezogener NGOs, die entweder direkt vor Gericht als Kläger auftreten oder als Drittpartei im Verfahren zugunsten der Kläger intervenieren.

In Reaktion auf diesen Anstieg der Klagetätigkeit hat der EGMR eine aktivere Haltung im Bereich der Staat-Kirche-Beziehungen entwickelt. „Judicial activism“ wurde zunächst in einer Reihe von Religionsfreiheitfällen aus orthodox geprägten Ländern wie Griechenland und neuen osteuropäischen Mitgliedstaaten erprobt (3.1.). Interpretationen staatlicher Neutralität wurden in Urteilen zum Tragen religiöser Symbole, insbesondere zum Tragen des Kopftuchs in der Türkei und Frankreich formuliert (3.2.). Deuten diese beiden Aspekte auf politische Dynamiken im transnationalen Menschenrechtsfeld hin, so resultierte die Pfadabhängigkeit der Rechtsprechung eines relativ autonomen Gerichts schließlich in zunehmender Kritik an institutionellen Privilegien gegenüber religiösen Mehrheiten (3.3.).

3.1. Religionspolitische Standardisierung in orthodoxen Mitgliedstaaten

Der Fall, in dem der EGMR erstmals eine Verletzung von Artikel 9 feststellte, ist das berühmte Urteil in *Kokkinakis v. Greece* (1993).⁶ Die

⁶ Vgl. *Kokkinakis v. Greece*, no. 14307/88, 15. Mai 1993.

Klage kam von einem Zeugen Jehovas in Kreta, der gemäß griechischer Rechtslage für Proselytismus verurteilt worden war. In einem gespaltenen Urteil (6:3) befand das Gericht, die griechischen Autoritäten hätten nicht nachgewiesen, dass die Missionstätigkeit von Kokkinakis die Rechte und Freiheiten anderer beeinträchtigt hätte. Es ist allerdings zu erwähnen, dass der EGMR die staatliche Bevorzugung der orthodoxen Kirche nicht direkt kritisierte; nur einige der Richter formulierten in ihrer abweichenden Meinung, das griechische Gesetz gegen Proselytismus stünde *als solches* bereits in Widerspruch zu Freiheit, die eigene Religion zu manifestieren. *Kokkinakis* war der erste von einer ganzen Reihe erfolgreicher Fälle, die von den Zeugen Jehovas und später auch von evangelikalen Missionsvereinigungen in Straßburg gegen Griechenland vorgebracht wurden und in denen die Einschränkung der Religionsfreiheit religiöser Minderheiten moniert wurde.⁷ Einiges deutet darauf hin, dass die säkularisierende Stoßrichtung dieser Urteile politische Unterstützung bei liberalen Eliten fand, die bereits lange die Macht der orthodoxen Kirche bekämpft hatten (vgl. Anagnostou 2010: 721).

Eine ähnliche Dynamik lässt sich in der Reaktion auf Klagen aus post-sowjetischen osteuropäischen Mitgliedsstaaten beobachten, in denen der EGMR seit den frühen 1990er Jahren ebenfalls eine eher aktivistische Haltung eingenommen hat. Tatsächlich sind osteuropäische Staaten, gleich ob mit orthodoxen oder katholischen Mehrheiten, häufiger für Verletzungen von Art. 9 EMRK verurteilt worden als westeuropäische Staaten – trotz einer insgesamt geringen Anzahl an Klagen. In Osteuropa, wo die Regulierung religiöser Diversität in einer Spannung zwischen staatlicher Restriktion der Religionsbetätigung einerseits und der Versuchung einer Rückkehr zum konfessionellen Staat gefangen war (Anderson 2003; Richardson 2006: 129), betrafen die Klagen oftmals Fälle, in denen staatliche Stellen offen die rechtliche Anerkennung neuer religiöser Vereinigungen verweigerten oder in innere Angelegenheiten religiöser Organisationen intervenierten. Erfolgreiche Klagen kamen beispielsweise aus Bulgarien (2000, 2004, 2009), Moldawien (2001), der Ukraine (2003) und Russland (2009). Der Fall, in dem der EGMR die Auflösung des Moskauer Büros der Zeugen Jehovas und die Weigerung, sie als Religionsgemeinschaft zu

⁷ Vgl. z. B. *Larissis and Others v. Greece*, no. 23372/94, 24. Februar 1998; *Thlimmenos v. Greece*, no. 34369/97, 6. April 2000.

registrieren, als Verletzung von Art. 9 und Art. 11 EMRK interpretierte, ist nur eines unter vielen ähnlich gelagerten Fällen.⁸

3.2. Säkularismus als Argument gegen die öffentliche Präsenz des Islam

Die von den „Realisten“ unterstellten Mechanismen lassen sich noch offensichtlicher am Beispiel der Fälle beobachten, in denen es um die „laizistische“ Politik in der Türkei und in Frankreich ging. Was die Türkei betrifft, hat der EGMR lange Zeit den dortigen Status Quo zu schützen versucht. Von mehr als hundert Klagen zu Artikel 9, von denen viele disziplinarische Maßnahmen gegen vermeintliche islamische Fundamentalisten in der Armee betrafen, haben bis 2011 nur vier zu einer Verurteilung der Türkei geführt. Konsistent hat das Gericht vielmehr die Urteile des türkischen Verfassungsgerichts bestätigt und insoweit die Position der kemalistischen Elite und mit ihr eine laizistische Position bestätigt.

Eine wirkungsvolle Argumentationsfigur wurde in dem Fall *Refah v. Türkei* formuliert, in dem der EGMR das Verbot von Necmettin Erbakans Wohlfahrtspartei (*Refah Partisi*) gegen eine Klage auf Verletzung von Art. 11 EMRK bestätigte.⁹ In diesem Fall, der im Übrigen in markantem Kontrast zu einer Vielzahl anderer Fälle von Verboten sozialistischer und ethnischer Parteien steht, in denen der EGMR eine Verletzung dieses Artikels durch die Türkei erkannte, konzentrierte die Große Kammer sich in ihrer Argumentation auf den Vorschlag der Wohlfahrtspartei, islamisches Recht in manchen Bereichen einzuführen, und sah darin ebenso wie die Regierung eine Bedrohung öffentlicher Ordnung in einer „demokratischen Gesellschaft“; diese Bedrohung stelle ein „pressing social need“ dar, das das Parteiverbot rechtfertige. Dass die Richter die Regierung in ihrem Beharren auf einem strikten „Laizismus“ (*laiklik*) gegenüber anti-pluralistischen religiösen Bewegungen bestätigten, spiegelt die diskursive Verknüpfung zwischen Demokratie und Pluralismus wider, die der EGMR in Fällen zur Rede- und Vereinigungsfreiheit entwickelt hatte (siehe Nieuwenhuis 2007: 367; Tulkens 2009: 2575). Die diskursive Rahmung von

⁸ Vgl. *Jehovah's Witnesses of Moscow v Russia*, no. 302/02, 10. Juni 2010.

⁹ Vgl. *Refah Partisi v. Turkey* [GC], no. 41340/98, 41342/98, 41343/98 und 41344/98, 13. Februar 2003; zum Hintergrund vgl. Kogacioglu 2003: 258; Özbudun 2010: 125.

Pluralismus als Voraussetzung für Demokratie hat dabei zwei Funktionen: die Stärkung individueller Rechte gegenüber dem Staat, aber auch die Markierung legitimer Begrenzung individueller Freiheiten; die Demokratie verlange vom Staat eben nicht nur den Respekt vor individuellen Rechten, sondern auch den Schutz vor anti-pluralistischen Kräften (vgl. Danchin 2010: 706).

Genau diese Argumentationsfigur wurde auch in den verschiedenen Kopftuchfällen des EGMR zur Anwendung gebracht, nicht ohne freilich eine Fülle kritischer Kommentare zu provozieren (vgl. etwa Bleiberg 2005: 129; Marshall 2008: 631; Ulosoy 2007: 419). Der erste Fall, in dem das Gericht die Sichtbarkeit islamischer Symbole zu beurteilen hatte, war die Zulässigkeitsentscheidung in *Dahlab v Schweiz*.¹⁰ Klägerin war hier eine Grundschullehrerin im französisch geprägten Kanton Genf, die vom Katholizismus zum Islam konvertiert war und sich, nachdem ihre Klage von den Schweizer Gerichtshöfen abgelehnt worden war, nach Straßburg gewandt hatte. In der Entscheidung befand der EGMR die Klage für offenkundig unbegründet („manifestly ill-founded“), da das gesetzliche Verbot religiöser Symbole für Lehrpersonal an öffentlichen Schulen eine gesetzliche Grundlage habe, die Regierung die Notwendigkeit einer solche Gesetzgebung nachgewiesen habe und das Ziel des Gesetzes, den Proselytismus bzw. die Indoktrinierung minderjähriger Kinder in wie immer indirekter Art und Weise zu unterbinden, legitim sei.

In *Leyla Şahin v Türkei* hatte sich der EGMR mit einer Klage einer Universitätsstudentin auseinanderzusetzen, die der Türkei vorwarf, das Verbot des Tragens von Kopftüchern auf dem Universitätscampus verletze ihre Religionsfreiheit. Auch hier folgte die Mehrheit der Richter der türkischen Regierung und befand die Beeinträchtigung der Religionsfreiheit für legitim und verhältnismäßig. Das Tragen eines Kopftuchs könne, in der Sprache von *Refah* ausgedrückt, als anti-pluralistisches politisches Symbol und, *Dahlab* folgend, als Proselytismus und insofern als Einschränkung der negativen Religionsfreiheit Dritter gesehen werden. In der Entscheidung der Großen Kammer heißt es:

Having regard to the above background, it is the principle of secularism, as elucidated by the Constitutional Court [...], which is the paramount consideration underlying the ban on the wearing

¹⁰ Vgl. *Dahlab v. Switzerland* (dec.), no. 42393/98, 21. Februar 2001.

of religious symbols in universities. In such a context, where the values of pluralism, respect for the rights of others and, in particular, equality before the law of men and women are being taught and applied in practice, it is understandable that the relevant authorities should wish to preserve the secular nature of the institution concerned and so consider it contrary to such values to allow religious attire, including, as in the present case, the Islamic headscarf, to be worn.¹¹

Şahin und weitere Fälle aus der Türkei, aber auch aus Frankreich, wo kopftuchtragende Schülerinnen – vor und nach dem gesetzlichen Verbot des Tragens ostentativer religiöser Zeichen von 2004 – Rechtsschutz gegen ihren Ausschluss von öffentlichen Schulen gesucht hatten,¹² legte der EGMR nahe, dass er eine dezidiert säkulare Konzeption der öffentlichen Sphäre nicht nur als kompatibel mit der Konvention, sondern als bevorzugtes Modell des Umgangs mit dem Islam oder der Religion als solcher ansehe (vgl. Langlaude 2006: 929; Bader 2010: 8). Hochgradig politisch motivierte richterliche Zurückhaltung gegenüber muslimischen Klagen aus der Türkei und Frankreich hat insofern argumentative Repertoires verfestigt, die Folgewirkungen auf die weitere Rechtsprechung hatten.

3.3. Institutionelle Säkularisierung und ihre Grenzen

Man könnte an dieser Stelle versucht sein, in der Rechtsprechung des EGMR das Fortwirken stereotyper Wahrnehmungen der Orthodoxie und des Islam und entsprechend einer Politik doppelter Standards zu sehen (z. B. Gülalp 2010: 455). Doch eine solche Sichtweise würde unterschätzen, dass der EGMR unter Bedingungen eines entwickelten transnationalen Menschenrechtsfelds durch wiederholte Litigation religiöser (und säkularer) Minderheiten, durch pfadabhängige Bezugnahme auf Präzedenzfälle und durch den Versuch der Formulierung

¹¹ *Leyla Şahin v Turkey* [GC] no. 4474/98, 10. November 2005, § 116.

¹² Vgl. *Kervanci v. France*, no. 31645/04 und *Dogru v. France* 27058/05, beide vom 4. Dezember 2008. Vgl. auch *Aktas v. France*, no. 43563/08), *Bayrak v. France*, no. 14308/08, *Gamaleddyn v. France*, no. 18527/08, *Ghazal v. France*, no. 29134/08, *J. Singh v. France*, no. 25463/08, und *R. Singh v. France*, no. 27561/08, sämtlich vom 30. Juni 2009. Ähnliche Argumente finden sich auch in *El Morsli v. France*, no. 15584/06, 4. März 2008, in dem es um die Versagung eines Einreisevisums aufgrund der Weigerung der Klägerin ging, das Kopftuch für eine Personenkontrolle abzunehmen.

einer konsistenten Rechtsdoktrin eine Dynamik richterlichen Aktivismus entfaltet, die potentiell die bestehenden Staat-Kirche-Beziehungen in Europa in Frage stellen kann.¹³

Einige offenkundige Formen der Privilegierung religiöser Mehrheiten wurden vom EGMR bereits in den späten 1990er Jahren kritisiert. Zu nennen sind hier zunächst die Fälle, die sich auf den obligatorischen religiösen Eid in öffentlichen Einrichtungen beziehen.¹⁴ Um nur ein jüngeres Beispiel zu nennen, sei hier auf den Fall *Dimitras und andere v. Griechenland* verwiesen. Die International Helsinki Federation kritisierte hier das Erfordernis eines Eides auf die Bibel in Prozessverfahren, von dem Prozessbeteiligte sich nur fernhalten konnten, indem sie ihre religiöse Überzeugung offenlegten, und sah darin fehlende Unparteilichkeit des Staates. Die Regierung argumentierte eher defensiv, dass das Gesetz durchaus die freie Wahl der genauen Eidformel zulasse. Aber der EGMR folgte letztlich den Klägern, erkannte in der standardmäßigen Festlegung einer orthodox geprägten Eidformel die Beeinträchtigung individueller Religionsfreiheit und stellte insofern eine Verletzung von Art. 9 EMRK fest.¹⁵

Eine zweite Form der Mehrheitsprivilegierung betrifft die sogenannten Blasphemie-Gesetze. In behutsamer Kritik an der in *Otto Preminger* entwickelten und oben knapp erwähnten Argumentationsfigur befand der EGMR beispielsweise Frankreich in Verletzung von Artikel 10, da hier das individuelle Recht, die katholische Kirche zu kritisieren, unstatthaft beschränkt worden sei.¹⁶ Dass der EGMR in einem Fall aus der Türkei die Verurteilung eines Autors einkassierte, der angeblich den Islam profaniert hatte, deutet ebenfalls auf einen Trend hin, der Meinungsfreiheit gegenüber dem Schutz der Gefühle religiöser Mehrheiten größeres Gewicht beizumessen.¹⁷

Der dritte und wichtigste Bereich, in dem der EGMR die Prinzipien staatlicher Neutralität und religiösen Pluralismus durchsetzte, betrifft

¹³ Dies scheint auch von Scolnicov (2010: 313) zugestanden zu werden, deren Analyse ansonsten zu einer skeptischeren Einschätzung kommt, was die säkularisierenden Effekte des EGMR angeht. Zur Suche des Gerichts nach einer konsistenten Religionstheorie vgl. auch Ringelheim (2012: 283).

¹⁴ So wurden verpflichtende religiöse Eide für Parlamentarier als unvereinbar mit Art. 9 EMRK gesehen; *Buscarini and Others v. San Marino* [GC], no. 24645/94, 18. Februar 1999.

¹⁵ Vgl. *Dimitras and Others v. Greece*, no. 42837/06, 3237/07, 3269/07, 35793/07 and 6099/08, 3. Juni 2010.

¹⁶ Vgl. *Giniewski v. France*, no. 64016/00, 31. Januar 2006.

¹⁷ Vgl. *Aydin Tatlav v. Turkey*, no. 50692/99, 2. Mai 2006; vgl. Dazu auch Martinez-Torron (2012: 37).

das öffentliche Bildungswesen. Dass viele europäische Nationalstaaten noch immer konfessionellen Religionsunterricht als Bestandteil des öffentlichen Curriculums anbieten, ist vielerorts zu einem religionspolitischen Streitpunkt geworden, in dem religiöse Minderheiten und säkulare Gruppen die bestehenden institutionellen Arrangements jeweils zu verändern versuchen. In *Folgerø et al. v. Norway* (2007) beispielsweise befasste sich der EGMR mit den Klagen von Familien, die mit der norwegischen humanistischen Vereinigung verbunden waren und eine Befreiung vom obligatorischen Unterrichtsfach „Christentum, Religion und Philosophie“ (KRL) verlangten, das eine klare lutherische Ausrichtung hatte. In einem äußerst knappen Votum (9:8) urteilte die Große Kammer, dass Norwegen Art. 2, ZP 1 verletzt habe, da es religiöse Erziehung nicht in einer objektiven, kritischen und pluralistischen Art und Weise organisiere.¹⁸ In dem Fall *Grzelak v. Poland* (2010) urteilte der EGMR, dass die Tatsache, dass vom Religionsunterricht befreite Kinder agnostischer Eltern, denen kein Ethikunterricht angeboten worden war, keinen Zeugniseintrag in ‚Religion/Ethik‘ erhielten, eine Verletzung von Art. 14 im Zusammenhang mit Art. 9 EMRK darstellte.¹⁹ Und in dem Fall *Zengin v. Turkey* (2007) folgte die Kammer des EGMR einmal *nicht* dem türkischen Verfassungsgericht, sondern sah die Türkei in Verletzung der Konvention, da Kindern alevitischer Eltern keine Befreiung vom Sunni-orientierten, obligatorischen Unterrichtsfach „Religiöse Kultur und Ethik“ erteilt worden war.²⁰ Die Bedeutung all dieser Urteile liegt darin, wie sie die Rolle von Religion argumentativ rahmen; die Richter betonten nämlich, dass gerade religiöse Diversität, die ihrerseits konstitutiv für eine demokratische Gesellschaft sei, insbesondere im öffentlichen Bildungswesen zu berücksichtigen sei.

Dass diese Argumentationsfigur die bestehende Staat-Kirche-Beziehungen in Frage zu stellen vermag, wurde in der Kammer-Entscheidung zu Kruzifixen in öffentlichen Klassenräumen in dem vielzitierten Fall *Lautsi v. Italy* besonders anschaulich. Hatten die italienischen Verwaltungsgerichte argumentiert, dass Kruzifixe in öffentlichen Klassenräumen nicht religiöse, sondern kulturelle Symbole seien, welche die

¹⁸ Vgl. *Folgerø and Others v. Norway* [GC], no. 15472/02, 29. Juni 2007.

¹⁹ Vgl. *Grzelak v. Poland*, no. 7710/02, 15. Juni 2010. Die abweichende Meinung von Richter David Thór Björgvinsson folgte der polnischen Regierung und ihrem Argument, dass das Fehlen einer Note für das Fach Religion/Ethik keinerlei diskriminierende Informationen enthalte.

²⁰ Vgl. *Hasan and Eyllin Zengin v. Turkey*, no. 1448/04, 9. Oktober 2007.

historischen Grundlagen von Demokratie und Menschenrechten repräsentierten, so folgte die Kammer, unter Vorsitz von Françoise Tulkens, einheitlich der Klage der agnostischen Kläger, wonach das Kreuzifix eine Identifikation des italienischen Staates mit dem Katholizismus suggeriere, die dem italienischen Verfassungsprinzip der Laizität widerspreche und negative Religionsfreiheit beschränke.

The Court considers that the compulsory display of a symbol of a particular faith in the exercise of public authority in relation to specific situations subject to governmental supervision, particularly in classrooms, restricts the right of parents to educate their children in conformity with their convictions and the right of schoolchildren to believe or not to believe. It is of the opinion that the practice infringes those rights because the restrictions are incompatible with the State's duty to respect neutrality in the exercise of public authority, particularly in the field of education.²¹

Der *Lautsi* Fall zeigt allerdings auch auf dramatische Weise die Widerstände, auf die ein aktivistischer internationaler Gerichtshof letztlich treffen kann (vgl. Mancini 2010: 6). Die italienische Regierung äußerte ungewöhnlich harsche Kritik am Gericht und verwies den Fall an die Große Kammer. Mitglieder der Parlamentarischen Versammlung des Europarats distanzieren sich vom Urteil der Kammer und argumentierten, dass Art. 9 EMRK Religionsfreiheit, aber nicht -gleichheit garantiere und dass der EGMR die Grenzen seiner Kompetenz überschritten habe.²² In bislang ungekannter Art und Weise intervenierten gleich zehn Mitgliedstaaten, zumeist solche mit staats- oder nationalkirchlichen Regimen, als Drittparteien im Verfahren der Großen Kammer und forderten den Respekt vor staatlichem Beurteilungsspielraum

²¹ *Lautsi v. Italy*, no. 30814/06, 3. November 2009 § 55; zur italienischen Debatte vgl. Mancini 2010.

²² "European Court of Human Rights' ruling against crucifixes in Italian classrooms", Written Declaration No. 437, Doc. 12150rev Parliamentary Assembly, Council of Europe, 28. Januar 2010.

in der Regulierung religiöser Symbole im öffentlichen Raum ein.²³ Unterstützt wurden sie von mehreren NGOs, darunter das European Centre for Law and Justice (ECLJ), das spin-off-Unternehmen einer US-amerikanischen Kanzlei mit deutlicher Nähe zu den Evangelikalen sowie von katholischen Juristenvereinigungen. Unter Vorsitz von Jean-Paul Costa revidierte die Große Kammer schließlich einstimmig das Urteil der Kammer, wobei sie sich auf die Rechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte, Rechtsvergleich und Präzedenzfälle wie *Dahlab* stützte; das Argument lautete, dass das Kruzifix – anders als das Kopftuch – ein „passives“ religiöses Symbol ohne jegliche Indoktrinierungseffekte darstelle und dass seine Präsenz in öffentlichen Klassenräumen in den staatlichen Beurteilungsspielraum der Umsetzung von Art. 9 EMRK falle.²⁴

Während *Lautsi* als Stärkung der Position derjenigen interpretiert werden kann, welche die religionspolitischen Prärogative der Nationalstaaten geschützt sehen wollen, sollte nicht übersehen werden, dass der Status Quo der Staat-Kirche-Beziehungen nach wie vor unter erheblichem Druck aus Straßburg steht. Auch die Große Kammer hatte in *Lautsi* deutlich gemacht, dass das Anbringen des Kruzifixes im Klassenraum nur deswegen nicht als unstatthafte Privilegierung der Mehrheitsreligion zu sehen sei, weil der italienische Staat ansonsten mit einer Vielzahl von Maßnahmen der religiösen Diversität an öffentlichen Schulen Rechnung trage (vgl. dazu Joppke 2013). Trotz der italienischen Kruzifix-Affäre hat der EGMR darüber hinaus Verletzungen von Art. 9 EMRK in manchen älteren Mitgliedsstaaten festgestellt – auch wenn nach wie vor die Mehrzahl der Klagen nicht einmal die Stufe der Zulässigkeitsprüfung überschreitet. Beispielsweise klagten die Zeugen Jehovas erfolgreich gegen Österreich, wo ihnen

²³ Intervenierende Mitgliedsstaaten waren Armenien, Bulgarien, Griechenland, Litauen, Malta, Monaco, San Marino, Rumänien, Russland und Zypern. Repräsentiert wurden sie von dem Rechtswissenschaftler Joseph Weiler, der argumentierte, dass anders also in „multikulturellen Gesellschaften“, die wichtigste Spaltungslinie in Europa nicht zwischen verschiedenen Religionen, sondern zwischen Religiösen und Säkularen verlaufe, dass die Abnahme religiöser Symbole in einem solchen Kontext eine illegitime Präferenz für die säkulare Option darstelle und dass die Identifikation eines Staates mit einer bestimmten Religion den Menschenrechten nicht als solches widerspreche; vgl. auch Weiler (2010).

²⁴ *Lautsi and Others v. Italy* [GC,] no. 20814/06, 18. März 2011, v. a. § 70 and § 73.

die rechtliche Anerkennung verweigert und Forderungen nach Befreiung vom Militär- und Zivildienst versagt worden waren.²⁵ Nach Jahren der Litigationstätigkeit hatte die Zeugen Jehovas auch in Frankreich Erfolg, wo die Besteuerung von Vereinsspenden als Verletzung der Religionsfreiheit gesehen wurde.²⁶ In einem Fall zu Art. 8 EMRK urteilte der Straßburger Gerichtshof, dass deutsche Gerichte die Entlassung eines Organisten durch die katholische Kirche aufgrund außerehelicher Beziehungen nicht hätten akzeptieren dürfen.²⁷ Und selbst die kemalistische Mischung eines „assertiven“ Säkularismus mit offiziellem Islam in der Türkei wurde Gegenstand mehrfacher Kritik in Reaktion auf Klagen alevitischer Minderheiten²⁸ und überzeugter Muslime, die religiöse Tracht in öffentlichen Räumen tragen wollten.²⁹

Insgesamt also scheinen die Entwicklung eines transnationalen Menschenrechtsfeldes und die institutionelle Reform des EGMR Mitte der 1990er Jahren in prononcierteren Stellungnahmen resultiert zu haben, wie Nationalstaaten mit religiöser Diversität umgehen sollten. Eine komplexe Verquickung nationaler Machtkonstellationen, strategischer Litigationstätigkeit einzelner religiöser Minderheiten und pfadabhängiger Rechtsprechung führte zu einem Rechtsverständnis, das deutlichere Nähen zu einer säkularen Vision öffentlicher Ordnung hat. Diese Vision wird am deutlichsten in Urteilen artikuliert, die sich auf die öffentliche Sichtbarkeit des Islam beziehen, und ist zumindest ansatzweise in ihren vielfältigen Implikationen für die Arrangements von Staat, nationaler Identität und Religion konkretisiert worden.

²⁵ *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas v. Austria*, no. 40825/98, 31. Oktober 2008; *Löffelmann v. Austria*, no. 42967/98, 12. Juni 2009; ein ähnlicher Fall, in dem Österreich aufgrund der Weigerung der rechtlichen Anerkennung einer Religionsgemeinschaft für die Verletzung von Art. 9 EMRK verurteilt wurde, ist *Verein der Freunde der Christengemeinschaft v. Austria* 76581/01, 26. Februar 2009.

²⁶ Vgl. *Association les Témoins de Jéhovah v. France* 8916/05, 30. Juni 2011.

²⁷ Vgl. *Schüth v. Germany*, no. 45216/07, 6. Oktober 2009.

²⁸ Sie betreffen die Befreiung vom Religionsunterricht an öffentlichen Schulen (*Zengin*, s. o.) und die Forderung eines Aleviten, sein Personalausweis solle ihn als „alevitisches“ nicht „muslimisches“ ausweisen (*Sinan Isik v. Turkey* no. 21924/05), wobei der EGMR auf Verletzung von Art. 9 EMRK befand und generelle Maßnahmen zur Streichung religiöser Zugehörigkeit auf Personalausweisen vorschlug; zur alevitischen Klagestätigkeit vgl. Dressler (2011: 187).

²⁹ Vgl. *Ahmet Arslan and Others v. Turkey*, no. 41135/98, 23. Februar 2010.

4. Direkte und indirekte Effekte der Rechtsprechung des EGMR

Um einzuschätzen, inwieweit internationale Gerichte als Motoren institutioneller Säkularisierung fungieren, ist es natürlich erforderlich, über die Analyse der Rechtsprechung hinauszugehen und deren tatsächlichen Einfluss auf die nationale Religionspolitik zu untersuchen. Auch wenn dies nicht der Ort ist, um den Einfluss von EGMR-Urteilen auf die nationale Regulierung religiöser Diversität umfassend zu untersuchen, seien zumindest einige Andeutungen zu den direkten und indirekten Effekten der Rechtsprechung des EGMR angestellt.

Was die *direkten* Effekte angeht, so hat die Rechtsprechung des EGMR in Sachen religiöser Diversität in manchen Mitgliedstaaten nicht nur aufgrund fallspezifischer Individualmaßnahmen, sondern auch aufgrund von generellen Maßnahmen bis hin zu gesetzgeberischen Reformen zu institutionellem Wandel geführt.³⁰ So hat beispielsweise Griechenland in Folge von *Kokkinakis* den Umgang mit dem Straftatbestand des Proselytismus zumindest in der administrativen Praxis geändert und angesichts anderer Fälle die Möglichkeit der Militärdienstverweigerung aus Gewissensgründen in die Verfassung aufgenommen. Ähnlich hat Bulgarien die Militärdienstverweigerung entkriminalisiert und eine gesetzliche Grundlage für die Registrierung der Zeugen Jehovas als Religionsgemeinschaft geschaffen. Moldawien hat ebenfalls das Gesetz zur Regelung der Registrierung von Religionsgemeinschaften reformiert, und Norwegen hat den gesetzlichen Rahmen für den Religionsunterricht an öffentlichen Schulen erneuert, wobei die Möglichkeit der Unterrichtsbefreiung geschaffen und ein inklusiveres Curriculum verabschiedet wurde, das auch andere Religionen und Philosophien als das (lutherische) Christentum umfasst.³¹

Gleichwohl sollte der direkte Einfluss nicht überschätzt werden. Erstens erweist sich in manchen Ländern die nationale Rechtslage nach wie vor als eher entgegenkommend gegenüber den Forderungen religiöser Minderheiten als die Rechtsprechung des EGMR. Zweitens ist der Einfluss des EGMR abhängig von anhaltender Klagetätigkeit sowie von Unterstützung durch liberale Eliten, die Straßburger Urteile

³⁰ Vgl. Practical impact of the Council of Europe monitoring mechanisms in improving respect for human rights and the rule of law in member states, Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, Council of Europe, H/Inf (2010), 7.

³¹ In diesem Fall reagierte die Gesetzesreform auf eine parallele Entscheidung des UN Menschenrechtsausschusses (2004); CCPR/C/82/D/1155/2003, 23. November 2004.

als Mittel sehen, Gesetzesreformen gegen nationale Opposition durchzusetzen (Anagnostou 2010: 730–32). Und drittens trifft der (vorsichtige) „judicial activism“ des EGMR inzwischen auf erheblichen politischen Widerstand angesichts der Sensibilität staatskirchenrechtlicher Verhältnisse. Das Urteil der Großen Kammer im Fall *Lautsi* (siehe oben) zeigt die Grenzen eines aktivistischen Gerichtshofs für Menschenrechte sehr deutlich, und auch die Unzulässigkeitsentscheidung des EGMR bezüglich einer muslimischen Klage gegen das Schweizer Referendum zum verfassungsrechtlichen Verbot von Minaretten deutet in diese Richtung.³²

Aber selbst wenn politischer Druck die Straßburger Richter zu gewissem „judicial restraint“ zwingt, trägt die Entstehung eines transnationalen Menschenrechtsfeldes auf eher indirekten Wegen zu institutioneller Säkularisierung bei. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Expansion des Menschenrechtsfeldes in Europa mit Veränderungen nationaler Rechtsfelder Hand in Hand ging. Diese haben sich zunehmend gegenüber transnationalen Rechtseinflüssen geöffnet; Rechtsfragen, die vormalig in den Kategorien historisch gewachsenen Rechts debattiert wurden, werden nunmehr in Kategorien des europäischen Menschenrechtsdiskurses reinterpretiert. Keller und Stone Sweet zitieren eine Reihe von Beispielen, wo nationale Verfassungsgerichtshöfe (z. B. in der Slowakei und Rumänien) sich unmittelbar auf die Rechtsprechung zu Artikel 9 beziehen, um ihre eigenen Urteile zu rechtfertigen (Keller/Stone Sweet 2008: 549, 620). In Großbritannien hat der Human Rights Act von 1998, mit dem die Konvention in britisches Recht inkorporiert wurde, erstmals ein quasi-konstitutionelles Recht auf Religionsfreiheit geschaffen. Auch französische Eliten haben u. a. mit zunehmender Autonomie und Autorität des EGMR ihre traditionellen republikanischen Vorbehalte gegenüber justiziablen Rechten abgeschwächt und den *Conseil Constitutionnel* aufgewertet (vgl. Lasser 2009). Als die von Bernard Stasi geleitete Kommission das Gesetz zum Verbot religiöser Symbole in öffentlichen Schulen (2004) vorbereitete, wurde die französische Konzeption der *laïcité* behutsam auf ihre Kompatibilität mit der Straßburger Interpretation von Art. 9 EMRK ge-

³² Der Minarett-Fall betraf Art. 9 und Art. 14 EMRK und wurde für unzulässig befunden, weil die Kläger nicht nachweisen konnten, dass sie direkt Opfer einer Verletzung von Konventionsrechten geworden waren; vgl. *Ouardiri v. Switzerland* (dec.), no. 65840/09 und *Ligue des musulmanes and Others v. Switzerland* (dec.), no. 66274/09, beide vom 28. Juni 2011.

prüft, und gleiches geschah, als der *Conseil Constitutionnel* die Gesetzesinitiative zum Verbot des *niqab* prüfte (siehe De Galembert 2009). Die diskursive Reinterpretation des institutionell und korporatistisch ausgerichteten Staatskirchenrechts hin zu einem grundrechtsbasierten Religionsverfassungsrecht gehört ebenfalls in genau diesen Zusammenhang (vgl. Walter 2006).

All diese Transformationen nationaler Rechtsfelder sind hochgradig verflochten mit dem transnationalen Menschenrechtsfeld. In der Rechtsausbildung haben vergleichendes Verfassungsrecht und Europarecht heute einen höheren Stellenwert; juristische Karrieremuster begünstigen regelmäßige Bewegung zwischen nationalen und transnationalen Rechtsfeldern; formale Kooperation und regelmäßiger Austausch zwischen Verfassungsgerichten und dem EGMR tragen zur Harmonisierung diskursiver Rahmen bei. Gestiegene Personal- und Ressourcenausstattung und diskursive Reichweite des europäischen Menschenrechtsfeldes schaffen mithin neue Gelegenheitsstrukturen, auch für religiöse und säkulare Minderheiten. Indem sie den autoritativen Menschenrechtsdiskurs in transnationalen und nationalen gerichtlichen Arenen gleichermaßen verwenden, vermögen sie Forderungen nach einer stärkeren Entflechtung von Staat und Kirche Kraft zu geben und politische Debatten um die Vision staatlicher Säkularität anzustoßen (vgl. Barras 2009: 1227).

5. Fazit

Insgesamt sollte in diesem Beitrag deutlich geworden sein, dass die „judicialization of politics“, die sich in der gewachsenen Bedeutung des EGMR, aber auch von Verfassungsgerichten allgemein artikuliert, das Potential hat, zu institutionellem Wandel in der Regulierung religiöser Diversität beizutragen. Trotz ihrer politischen Ursprünge scheinen internationale Gerichte institutionelle Autonomie zu gewinnen und größeren „judicial activism“ zu entwickeln, sobald sie in ein hinreichend ressourcenreiches transnationales Rechtsfeld eingebettet sind. Gleichzeitig werden sie zum Fokus intensiver Kämpfe um die autoritative Interpretation allgemeiner Prinzipien, wie etwa Religionsfreiheit oder Nicht-Diskriminierung. Während internationale Menschenrechtsgerichte die Debatten über die Regulierung religiöser Diversität in einem hochgradig rationalisierten Vokabular individuel-

ler Rechte reinterpretieren und dadurch historisch gewachsene Arrangements von Staaten, nationalen Identitäten und religiösen Organisationen säkularisieren, prägen kontingente Feldkonstellationen weiterhin das Ausmaß, in dem die Forderungen religiöser Minderheiten tatsächlich anerkannt werden. Insofern bleibt abzuwarten, ob die Regulierung von Religion durch den EGMR auf Dauer zu einer Anerkennung tiefgreifender religiöser Diversität beitragen wird.

Literatur

- Anagnostou, Dia (2010) 'Does European human rights law matter? Implementation and domestic impact of Strasbourg Court judgments on minority-related policies', *The International Journal of Human Rights* 14/5: 721–743.
- Anderson, John (2003) *Religious Liberty in Transitional Societies. The Politics of Religion* (Cambridge: Cambridge University Press).
- Bader, Veit (2007) *Secularism or Democracy? Associational Governance of Religious Diversity* (Amsterdam: Amsterdam University Press).
- Bader, Veit (2010) 'Constitutionalizing Secularism, Alternative Secularisms or Liberal-Democratic Constitutionalism? A Critical Reading of Some Turkish, ECtHR and Indian Supreme Court Cases on "Secularism"', *Utrecht Law Review* 6/3: 8–35.
- Barras, Amélie (2009) 'A rights-based discourse to contest the boundaries of state secularism? The case of the headscarf bans in France and Turkey', *Democratization* 16/6: 1227–1260.
- Bates, Ed (2010) *The Evolution of the European Convention on Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights* (Oxford: Oxford University Press).
- Bigo, Didier (2011) 'Pierre Bourdieu and International Relations: Power of Practices, Practices of Power', *International Political Sociology* 5: 225–258.
- Bleiberg, Benjamin D. (2005) 'Unveiling the Real Issue: Evaluating the European Court of Human Rights' Decision to Enforce the Turkish Headscarf Ban in *Leyla Sahin v. Turkey*', *Cornell Law Review* 91: 129–169.
- Bourdieu, Pierre (1986) 'La force du droit. Elements pour une sociologie du champ juridique', *Actes de la recherche en sciences sociales* 64: 3–19.
- Cichowski, Rachel A. (2006) 'Courts, Rights, and Democratic Participation', *Comparative Political Studies* 39/1: 50–75.
- Danchin, Peter G. (2010) 'Islam in the secular nomos of the European Court of Human Rights', *Michigan Journal of International Law* 32:662–747.
- De Galember, Claire (2009) '*L'affaire du foulard* in the Shadow of the Strasbourg Court: Article Nine and the Public Career of the Veil in France', in Ralph Grill, Alessandro Ferrari and Prakash Shah (eds.) *Legal Practice and Cultural Diversity* (London: Ashgate).
- De Galember, Claire, und Matthias Koenig (2014) 'Gouverner le religieux avec les juges', *Revue Française de Science Politique* 64: 631.
- Dembour, Marie-Benedicte (2000) 'The Cases that Were Not to Be: Explaining the Dearth of Case Law on Freedom of Religion in Strasbourg', in I.

- Pardo (ed.) *Morals of Legitimacy: Between Agency and the System* (Oxford: Berghahn), 205–227.
- Dezalay, Yves, und Bryant G. Garth (1996) *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order* (Chicago: University of Chicago Press).
- Doe, Norman (2011) *Law and Religion in Europe. A Comparative Introduction* (Oxford: Oxford University Press).
- Dressler, Markus (2011). 'Making Religion through Secularist Legal Discourse: The Case of Turkish Alevism', in Markus Dressler and Arvind-Pal S. Mandair (eds.) *Secularism and Religion-Making* (Oxford: Oxford University Press), 187–208.
- Evans, Carolyn (2001) *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights* (Oxford: Oxford University Press).
- Evans, Malcolm (1997) *Religious Liberty and International Law in Europe* (Cambridge: Cambridge University Press).
- Fox, Jonathan (2008) *A World Survey of Religion and the State* (Cambridge et al.: Cambridge University Press).
- Garrett, Geoffrey (1995) 'The Politics of Legal Integration in the European Union', *International Organization* 49/1: 171–181.
- Ginsburg, Tom (2003) *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (Cambridge, UK: Cambridge University Press).
- Gonzalez, Gérard (1997) *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions* (Paris: Economica).
- Grim, Brian J., und Roger Finke (2011) *The Price of Freedom Denied. Religious Persecution and Conflict in the Twenty-First Century* (Cambridge: Cambridge University Press).
- Gülalp, Haldun (2010) 'Secularism and the European Court of Human Rights', *European Public Law* 16/3: 455–471.
- Hirschl, Ran (2004) *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge, MA: Harvard University Press).
- Hirschl, Ran (2008) 'The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts', *Annual Review of Political Science* 11: 93–118.
- Hodson, Loveday (2011) *NGOs and the Struggle for Human Rights in Europe* (Oxford: Hart Publishing).
- Joppke, Christian (2013) 'Can the Liberal State Embrace a Christian Identity?' *BJoS* 64: 598.
- Keller, Helen, und Alec Stone Sweet (eds.) (2008) *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems* (Oxford: Oxford University Press).

- Koenig, Matthias (2007) Pfadabhängigkeit und institutioneller Wandel im deutschen Religionsrecht, in: Heinig/Walter (Hrsg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht? (Tübingen: Mohr Siebeck).
- Kogacioglu, Dicle (2003) 'Dissolution of Political Parties by the Constitutional Court in Turkey - Judicial Delimitation of the Political Domain', *International Sociology* 18/1: 258–276.
- Langlaude, Sylvie (2006) 'Indoctrination, Secularism, Religious Liberty, and the ECHR', *International and Comparative Law Quarterly* 55: 929–944.
- Lasser, Mitchel de S.-O.-L'E. (2009) *Judicial Transformations. The Rights Revolution in the Courts of Europe* (Oxford: Oxford University Press).
- Madsen, Mikael Rask, und Yves Dezalay (2002) 'The Power of the Legal Field: Pierre Bourdieu and the Law', in Reza Banakar and Max Travers, *An Introduction to Law and Social Theory* (Oxford: Hart Publishing), 189–207.
- Madsen, Mikael Rask (2007) 'From Cold War Instrument to Supreme European Court: The European Court of Human Rights at the Crossroads of International and National Law and Politics', *Law and Social Inquiry* 32/1: 137–159.
- Mancini, Susanna (2010) 'The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty', *European Constitutional Law Review* 6/1: 6–27.
- Marshall, Jill (2008) 'Conditions for Freedom? European Human Rights Law and the Islamic Headscarf Debate', *Human Rights Quarterly* 30: 631–654.
- Martinez-Torron, Javier (2012) 'Islam in Strasbourg: Can Politics Substitute for Law?' in W. Cole Durham, Rik Torfs, David M. Kirkham, and Christine Scott (eds.), *Islam, Europe and Emerging Legal Issues* (Surrey: Ashgate), 19–61.
- Moravcsik, Andrew (2000) 'The Origins of the Human Rights Regime: Democratic Delegation in Postwar Europe', *International Organization* 54/2: 217–252.
- Moyn, Samuel (2010) *The Last Utopia. Human Rights in History* (Cambridge: Belknap Press/Harvard University Press).
- Nieuwenhuis, Aernout (2007) 'The Concept of Pluralism in the Case-Law of the European Court of Human Rights', *European Constitutional Law Review* 3: 367–384.
- Özbudun, Ergun (2010) 'Party Prohibition Cases: Different Approaches by the Turkish Constitutional Court and the European Court of Human Rights', *Democratization* 17/1: 125–142.

- Richardson, James T. (2006) 'Religion, Constitutional Courts, and Democracy in Former Communist Countries', *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 603: 129–138.
- Ringelheim, Julie (2012) 'Rights, Religion and the Public Sphere: the European Court of Human Rights in Search of a Theory?' in Lorenzo Zucca and Camil Ungureanu (eds), *Law, State and Religion in the New Europe: Debates and Dilemmas* (Cambridge: Cambridge University Press), 283–306.
- Roesler, Shannon (2007) 'Permutations of Judicial Power: The New Constitutionalism and the Expansion of Judicial Authority', *Law and Social Inquiry* 32/2: 545–579.
- Scheppele, Kim (2003) 'Constitutional negotiations: political contexts of judicial activism in post-Soviet Europe', *International Sociology* 18/1: 219–238.
- Scolnicov, Anat (2010) 'Does Constitutionalisation Lead to Secularisation? The Case Law of the European Court of Human Rights and its Effect on European Secularisation', in Ira Katznelson and Gareth Stedman Jones (eds.), *Religion and the Political Imagination* (Cambridge: Cambridge University Press), 295–313.
- Simpson, A.W. Brian (2001) *Human Rights and the End of Empire. Britain and the Genesis of the European Convention* (Oxford: Oxford University Press).
- Stone Sweet, Alec (2000) *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe* (Oxford: Oxford University Press).
- Tulkens, Françoise (2009) 'The European Convention on Human Rights and Church-State Relations: Pluralism vs. Pluralism', *Cardozo Law Review* 30/6: 2575–2591.
- Ulusoy, Ali (2007) 'The Islamic Headscarf Problem before Secular Legal Systems: Factual and Legal Developments in Turkish, French and European Human Rights Law', *European Journal of Migration and Law* 9: 419–433.
- Ungern-Sternberg, Antje von (2008) *Religionsfreiheit in Europa: Die Freiheit individueller Religionsausübung in Großbritannien, Frankreich und Deutschland- ein Vergleich* (Tübingen: Mohr-Siebeck).
- Walter, Christian (2006) *Religionsverfassungsrecht – in vergleichender und internationaler Perspektive* (Tübingen: Mohr Siebeck).
- Weiler, Joseph (2010). 'Lautsi – Crucifix in the Classroom', *European Journal of International Law*, 21/1: 1–6.

Die Entwicklung von Werten, ihre Umsetzung in Formulierungen und ihre Kodifizierung in Institutionen ist im Grunde ein erstaunlicher Prozess. Dass beispielsweise der Internationale Strafgerichtshof in Den Haag entstehen konnte, ist einem langen Entwicklungsprozess zu verdanken. Ein Prozess, der sich nicht zuletzt aus den Erfahrungen mit den Kriegen und Kriegsverbrechen einer technisierten Welt entwickelt. Die Zahl der Mittel und Instrumente zum Schutz der Menschenrechte ist gewachsen, doch gleichzeitig zeigt ein genauerer Blick auch die Fragilität dieser Instrumente. Viele Einflussfaktoren sind hier zu diskutieren – vom Trend zu autoritärer Staatlichkeit bis hin zu ökonomischer Globalisierung mit all ihren Begleitumständen. Und die Entwicklung bleibt nicht stehen. Wie geht eine Gesellschaft beispielsweise mit religiöser Diversität vor dem Hintergrund der entwickelten Menschenrechte um?



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386



14,90 EUR (DE)
15,40 EUR (AT)