

Schriftenreihe

Anwalts blatt



Deutscher **Anwalt** Verein

Anwaltschaft für Menschenrechte und Vielfalt

Zwölf Beiträge zur
anwaltlichen Praxis

Band

4

Anwaltschaft für Menschenrechte und Vielfalt

Band

4

Schriftenreihe Anwaltsblatt

im Auftrag des Deutschen Anwaltvereins
herausgegeben von der Rechtsanwältin und
den Rechtsanwälten
Edith Kindermann, Ulrich Schellenberg
Herbert P. Schons, Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen

Redaktion:
Dr. Nicolas Lührig
Udo Henke
Manfred Aranowski
Rechtsanwälte





Deutscher **Anwalt** Verein

Anwaltschaft für Menschenrechte und Vielfalt

Zwölf Beiträge zur
anwaltlichen Praxis

Die Publikation wird im Rahmen des Projekts „Anwaltschaft für Menschenrechte und Vielfalt“ des Deutschen Instituts für Menschenrechte veröffentlicht. Zielsetzung des Projekts ist es, durch Qualifizierungs- und Vernetzungsangebote einerseits zur Diversity-Kompetenz beizutragen und andererseits die Anwaltschaft für arbeitsmarktbezogene Formen von Diskriminierungen zu sensibilisieren, um dadurch auch strukturelle Barrieren beim Zugang zum Arbeitsmarkt abzubauen.

Das dreijährige Projekt (2012 bis 2014) wird im Rahmen des Bundesprogramms „XENOS – Integration und Vielfalt“ durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales und den Europäischen Sozialfonds gefördert.



Bundesministerium
für Arbeit und Soziales



EUROPÄISCHE UNION

ISBN 978-3-8240-5022-2

© Deutscher Anwaltverein, Berlin, 2014

Verlag: Deutscher Anwaltverlag, Wachsbleiche 7, 53111 Bonn

Druck: Hans Soldan Druck GmbH, Essen

Vorwort

Anwältinnen und Anwälte verhelfen dem Recht zur Durchsetzung. Sie treten dafür ein, dass gleiche Rechte für alle gelten und ermöglichen jeder und jedem einen gleichen Zugang zum Recht. Die Kenntnis der rechtlich verbindlichen und einklagbaren Menschenrechte ist dafür unabdingbar. Hier setzt dieser dritte Band der Schriftenreihe des Anwaltsblatts an. Gemeinsam mit dem Projekt „Anwaltschaft für Menschenrechte und Vielfalt“ des Deutschen Instituts für Menschenrechte will der Deutsche Anwaltverein die Menschenrechte stärker in den Fokus der anwaltlichen Praxis – aber auch von Studium und Referendariat – rücken. Denn insbesondere in der juristischen Ausbildung kommen die Menschenrechte bisher zu kurz. Die Grundrechte des Grundgesetzes sind zwar Teil des Pflichtprogramms. Über die Europäische Menschenrechtskonvention und die verschiedenen Menschenrechtsverträge im Rahmen der UN – in Deutschland ebenfalls geltendes Recht – erfährt jedoch meist nur etwas, wer sich hierfür bereits interessiert und einen entsprechenden Schwerpunkt setzt.

Die Menschenrechte stehen nicht für sich alleine. Sie sind Bestandteil nahezu jedes Rechtsgebiets und damit auch für jede Anwältin und jeden Anwalt relevant. Dies zeigt der vorliegende Band „Anwaltschaft für Menschenrechte“ sehr gut. Vom Strafrecht über das Sozialrecht bis hin zum Wirtschaftsrecht bieten das Grundgesetz, die Europäische Menschenrechtskonvention und die verschiedenen UN-Menschenrechtsverträge viel Potential, das die Anwaltschaft ausschöpfen kann – zum Nutzen ihrer Mandantinnen und Mandanten, aber ebenso zum Wohle der Gesellschaft als solcher. Denn häufig hat ein Mandat über den Einzelfall hinausreichende Wirkung. Sei es, dass auf ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte eine Änderung des nationalen Rechts erfolgt, sei es, dass eine gesellschaftliche Diskussion entsteht. Auch dies ist ein Erfolg, der nicht gering zu bewerten ist. Mehr noch als Gesetzes-

änderungen ist eine solche Debatte Voraussetzung für eine Entwicklung der gesellschaftlichen Kultur hin zu mehr Respekt für Menschenrechte.

Anwältinnen und Anwälte gestalten diesen gesellschaftlichen Wandel mit. Sie sind es, die die Fälle ihrer Mandantinnen und Mandanten vor nationale und internationale Gerichte und andere Foren bringen und dort mit den Menschenrechten argumentieren. Möge Ihnen der vorliegende Band der Schriftenreihe des Anwaltsblatts hierfür neue Impulse geben.

Prof. Dr. Wolfgang Ewer, Kiel
Rechtsanwalt
Präsident des Deutschen Anwaltvereins

Vorwort

Der vorliegende Sammelband wurde vom Deutschen Institut für Menschenrecht in Kooperation mit dem Deutschen Anwaltverein im Rahmen des Projektes „Anwaltschaft für Menschenrechte und Vielfalt“ erstellt. Das Modellprojekt entwickelte von 2012 bis 2014 menschenrechtliche Qualifizierungs- und Informationsangebote speziell für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte.

Die Anwaltschaft spielt eine zentrale Rolle bei der Durchsetzung der Menschenrechte und der Herstellung des wirksamen Zugangs zum Recht für Betroffene von Menschenrechtsverletzungen. Dies gilt in dramatischer Weise für menschenrechtsverletzende Regimes, in denen Anwältinnen und Anwälte als Menschenrechtsverteidiger selbst Opfer von Menschenrechtsverletzungen werden, weil ihnen zum Beispiel willkürliche Haft und Folter drohen. Dies gilt aber auch für Deutschland, wo strukturelle Barrieren beim Zugang zum Recht und die mangelnde Kenntnis internationaler Verpflichtungen dazu führen können, dass Betroffene ihre Rechte nicht vor Gericht durchsetzen können.

In Gerichtsverfahren in Deutschland kann die Berufung auf einschlägige internationale oder europäische Menschenrechtsabkommen für eine erfolgreiche Rechtsdurchsetzung ausschlaggebend sein – sei es im arbeitsrechtlichen, sozialrechtlichen, verwaltungsrechtlichen oder sonstigen Verfahren. Nach Erschöpfung des deutschen Rechtswegs können Anwältinnen und Anwälte in geeigneten Fällen auch die internationalen Rechtsbehelfe zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte oder zu den Fachausschüssen der Vereinten Nationen in Betracht ziehen.

Wie die Menschenrechte für die unterschiedlichsten praktischen Fallkonstellationen der anwaltlichen Arbeit in Deutschland relevant werden, hat das Deutsche Institut für Menschenrechte im Rahmen einer Serie von

Beiträgen im Anwaltsblatt aufgezeigt – vom Niederschlag der UN-Behindertenrechtskonvention in der deutschen Sozialrechtsprechung bis zum Kindeswohlprinzip, von der Einklagbarkeit wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte bis zum „Racial Profiling“ durch die Bundespolizei. Weitere Beiträge informieren über die internationalen und europäischen Beschwerdewege und Rechtsbehelfe. Geklärt werden auch grundsätzliche Fragen, die sich bei jeder Berufung auf internationale Menschenrechte in einem Verfahren vor deutschen Gerichten stellen, etwa nach der Geltung und Anwendbarkeit der Rechte im deutschen Recht oder dem Schutzzumfang der Rechtsgewährleistungen.

Die Beiträge dieser Serie präsentiert der vorliegende Sammelband gebündelt und in aktualisierter Form. Wir hoffen, dass der Band Anwältinnen und Anwälte zum Stöbern und zum Nachschlagen einlädt.

Deutsches Institut für Menschenrechte

Prof. Dr. Beate Rudolf

Direktorin

Dr. Petra Follmar-Otto

Abteilungsleiterin Menschenrechtspolitik

Inland/ Europa

Inhaltsverzeichnis

Der Schutzzumfang der Europäischen Menschenrechtskonvention _____	11
Professor Dr. Beate Rudolf und Rechtsanwalt Stefan von Raumer	
Die Beschwerde vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte _____	29
Professor Dr. Beate Rudolf und Rechtsanwalt Stefan von Raumer	
Menschenrechtsverträge als Quelle von individuellen Rechten _____	45
Dr. Hendrik Cremer	
Diskriminierungsschutz aus den Menschenrechten _____	69
Dr. Nina Althoff	
Die UN-Behindertenrechtskonvention in der gerichtlichen Praxis _____	81
Dr. Valentin Aichele, LL.M.	
Das Individualbeschwerdeverfahren zu den UN-Fachausschüssen _____	95
Dr. Nina Althoff	
Kinderrechte und der Vorrang des Kindeswohls _____	105
Dr. Hendrik Cremer	
Diskriminierung wegen des Geschlechts ist mehr als Ungleichbehandlung _____	115
Professor Dr. Beate Rudolf	
Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sind einklagbar! _____	125
Dr. Claudia Mahler	



Die Bedeutung der EGMR-Rechtsprechung für das deutsche Arbeitsrecht _____	135
<i>Dr. Nina Althoff</i>	
Das Verbot rassistischer Diskriminierung nach Art. 3 Abs. 3 GG ____	147
<i>Dr. Hendrik Cremer</i>	
Reform des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – eine Dauerbaustelle _____	159
<i>Dr. Petra Follmar-Otto</i>	
Autorinnen und Autoren _____	169

Der Schutzzumfang der Europäischen Menschenrechtskonvention

Individuelle Freiheitsrechte, Verfahrensgarantien und Diskriminierungsverbote im Vergleich zum Grundgesetz*

Professor Dr. Beate Rudolf und Rechtsanwalt Stefan von Raumer

Die Grundrechte des Grundgesetzes sind Anwältinnen und Anwälten aus dem Studium vertraut. Doch welche individuellen Rechte lassen sich aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) ableiten? Der Beitrag skizziert die wichtigsten Unterschiede zwischen der deutschen Verfassung und dem Schutzzumfang der völkerrechtlichen EMRK und stellt die Reichweite der Freiheitsrechte, der Verfahrensgarantien und der Diskriminierungsverbote in der EMRK im Überblick dar.

I. Einleitung

Dieser Beitrag soll einen Überblick über den Menschenrechtsschutz nach der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) im Vergleich zu dem Grundrechtsschutz des Grundgesetzes (GG) vermitteln. Eine eingehende Einführung in das Recht der EMRK und das Verfahren beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bieten deutschsprachige Lehrbücher;¹ einen systematischen Zugriff auf die Rechtsprechung des EGMR ermöglichen deutschsprachige Handbücher² und Kommentare.³ Die Entscheidungen des EGMR finden sich in der amtli-

* Aktualisierte Version des unter demselben Titel veröffentlichten Aufsatzes in *Anwaltsblatt* 5/2009, 318.

1 *Christoph Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012; *Anne Peters / Tilmann Altewicker*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2012; *Oliver Dörr/Christopher Lenz*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, 2006.

2 *Rainer Grote / Thilo Marauhn* (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2. Aufl. 2013; *Mark Eugen Villiger*, Handbuch zur EMRK, 2. Aufl. 1999.

3 *Jens Meyer-Ladewig*, EMRK-Handkommentar, 3. Aufl. 2011; leider z.T. lückenhaft die Loseblattsammlung von *Wolfram Karl* (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur EMRK; *Jochen Abr. Frowein / Wolfgang Peukert*, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009.

chen Sammlung des Gerichtshofes, sind aber auch im Internet kostenfrei zugänglich,⁴ allerdings nur in den Amtssprachen Englisch und Französisch. Deutsche Übersetzungen wichtiger Entscheidungen werden regelmäßig in der Europäischen Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) veröffentlicht; einige finden sich außerdem auf der Website des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz⁵ und gelegentlich in der Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW).⁶ Seit 2008 existiert eine deutschsprachige Sammlung der Entscheidungen des EGMR, die systematisch die wichtigsten Urteile seit Beginn der Rechtsprechung des EGMR erfasst.⁷ Hilfreich sind auch die Informationsblätter (fact sheets) des EGMR, in denen – teilweise sogar in deutscher Sprache – die relevante Rechtsprechung bezüglich eines bestimmten Themenfeldes überblicksartig zusammengestellt ist (z. B. zu Datenschutz, Zwangsarbeit, Gesundheit oder Religionsfreiheit).⁸

II. Unterschiede zwischen EMRK und deutschem Grundrechtsschutz

Wichtige Unterschiede zwischen der EMRK und dem deutschen Grundrechtsschutz ergeben sich aus dem Charakter der Konvention als einem völkerrechtlichen Vertrag und der Funktion des EGMR als überstaatliches Gericht.

-
- 4 <http://hudoc.echr.coe.int> mit komfortablen Suchfunktionen; Zitierweise: Die amtliche Sammlung der Entscheidungen des EGMR hat mehrfach den Namen gewechselt. Von 1959-1995 war dies die Ser. A (Series A), von 1995-31.10.1998 die RJD (Reports of Judgements and Decisions) und seit dem 1.11.1998 die ECHR (European Court of Human Rights Reports). (Noch) nicht veröffentlichte Urteile sind auf der o.g. Website des EGMR verfügbar.
- 5 <http://www.bmju.bund.de> unter „Ministerium – Abteilungen – Öffentliches Recht – Menschenrechte – Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte“.
- 6 Ein Fundstellennachweis findet sich unter <http://egmr.org>.
- 7 *Erika Engel und Norbert Paul Engel* (Hrsg.), Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte. Deutschsprachige Sammlung (EGMR-E).
- 8 <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Press/Information+sheets/Factsheets>. Deutsche Fact Sheets unter <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets/german>.

1. Dimensionen der Konventionsrechte und Intensität der gerichtlichen Prüfung

Wie die Grundrechte des Grundgesetzes begründen auch die Konventionsrechte Abwehrrechte gegen den Staat und zugleich staatliche Schutzpflichten, vom Gerichtshof als „negative“ und „positive“ Pflichten bezeichnet. Allerdings leitet der EGMR aus der Schutzpflicht in größerem Maße als das Bundesverfassungsgericht die Notwendigkeit her, strafrechtliche Sanktionen einzuführen. Er stellt nämlich nicht darauf ab, ob sich andere Mittel als wenig effektiv erwiesen haben.⁹ Entscheidend ist vielmehr der hohe Rang eines Rechtsguts, etwa Würde, sexuelle Selbstbestimmung oder das Verbot der Sklaverei.¹⁰ Gerade die Schutzpflichtendimension der Konventionsrechte ermöglicht es der Anwaltschaft, die EMRK trotz nicht bestehender Drittwirkung in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten ebenfalls zu nutzen.

Ähnlich wie das Bundesverfassungsgericht gesteht auch der EGMR dem Staat einen Beurteilungsspielraum bei der Entscheidung darüber zu, mit welchen Mitteln er seine Schutzpflichten erfüllt („margin of appreciation“). Als Maßstab für die grundrechtskonforme Ausnutzung dieses Spielraums zieht das Bundesverfassungsgericht den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz heran. Der EGMR spricht von einem „fairen Ausgleich“ zwischen den widerstreitenden Interessen („fair balance“), der hergestellt werden muss. Nach der EMRK besteht der Beurteilungsspielraum der staatlichen Organe auch bei der Erfüllung der negativen Pflichten, das heißt bei der Einschätzung, ob in Verfolgung eines (zulässigen) Zwecks in den Schutzbereich des Rechts eingegriffen werden darf und mit welchen Mitteln. Dies ergibt sich daraus, dass dem EGMR als überstaatlichem Gericht nur eine subsidiäre Funktion gegenüber dem nationalen Menschenrechtsschutz zukommt.

9 So BVerfGE 39, 1 (46 f.) – Schwangerschaftsabbruch.

10 Z. B. Pflicht, „häusliche Sklaverei“ strafrechtlich zu sanktionieren, EGMR, *Siliadin* ./ Frankreich, 26.7.2005, 73316/01, NJW 2007, 41 (44) oder sicherzustellen, dass Geschlechtsverkehr ohne die Zustimmung der betroffenen Person als Vergewaltigung bestraft wird, EGMR, *M.C.* ./ Bulgarien, 4.12.2003, 39272/98.

Der Gerichtshof betont daher in ständiger Rechtsprechung den grundsätzlichen Vorrang der Einschätzung durch die innerstaatlichen Institutionen – Gesetzgeber und Gerichte – wegen deren größerer Nähe zu dem zu lösenden Problem. Eine erste Grenze zieht er indes mit dem Willkürverbot: Haben die innerstaatlichen Instanzen ihrer Entscheidung evident unzutreffende Einschätzungen zugrunde gelegt, aktuelle wissenschaftliche Erkenntnisse missachtet oder in der Entscheidung Denkgesetze verletzt, so nimmt der EGMR eine eigene Bewertung vor. Darüber hinaus – und hierin liegt ein weiterer wesentlicher sowie praktisch relevanter Unterschied zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – geht der EGMR davon aus, dass der staatliche Beurteilungsspielraum eingeschränkt ist, wenn ein gemeinsamer europäischer Standard besteht. Hierfür nimmt er einen wertenden Rechtsvergleich vor, bei dem er auch auf Entwicklungen in außereuropäischen Staaten blickt. Für die Anwältin oder den Anwalt bietet dies die Möglichkeit, nachteilige innerstaatliche Maßstäbe durch Verweis auf Entwicklungen in anderen Staaten Europas, auf europäisches Unionsrecht oder auf Richtlinien europaweiter nichtstaatlicher Institutionen, etwa von Berufsverbänden oder wissenschaftlicher Organisationen, zu überwinden.

2. Insbesondere: Sachverhaltsaufklärung und Rechtskontrolle durch den EGMR

Aus der Subsidiarität des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes folgen erhebliche Begrenzungen der Nachprüfungsbefugnis des EGMR in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht. Diese sind bei der anwaltlichen Prüfung, ob eine Beschwerde Aussicht auf Erfolg hat, zu berücksichtigen.¹¹

Der Gerichtshof ist keine Superberufungsinstanz; er legt in der Regel den vor den innerstaatlichen Gerichten ermittelten Sachverhalt zugrunde. Eine Grenze besteht allerdings dort, wo die Schlussfolgerungen der innerstaatlichen Gerichte entweder unvollständig oder nicht nachvollziehbar

11 Siehe ausführlich zur EGMR-Beschwerde: Beate Rudolf/ Stefan von Raumer, Die Beschwerde vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in diesem Band.

sind und damit willkürlich erscheinen oder Beweisregeln angewendet wurden, die nicht auf das Verfahren vor dem EGMR zu übertragen sind. Kommt beispielsweise ein nationales Strafgericht wegen des Grundsatzes „in dubio pro reo“ zum Freispruch eines Beamten, der der Misshandlung eines Gefangenen angeklagt ist, so folgt hieraus nicht zwingend, dass eine Menschenrechtsverletzung des Gefangenen nicht festgestellt werden kann. Vielmehr muss der Staat nachweisen, dass etwa der Gefangene die ärztlich attestierten körperlichen Verletzungen bereits vor der Inhaftierung hatte.¹² Hält der Gerichtshof aufgrund der ihm vorgelegten Unterlagen den Sachverhalt nicht für hinreichend aufgeklärt oder die Sachverhaltsfeststellungen innerstaatlicher Stellen für willkürlich, so kann er eigene Ermittlungen durchführen. Diese reichen von der Anhörung von Zeugen und Sachverständigen bis hin zu, allerdings noch selteneren, „fact finding missions“ in dem betroffenen Staat.

Die Subsidiarität wirkt sich auch auf den Umfang aus, in dem der EGMR die Beachtung innerstaatlichen Rechts kontrolliert. Einige Rechte verweisen nämlich in den Schrankenbestimmungen auf das innerstaatliche Recht. So müssen beispielsweise Beschränkungen der Meinungsfreiheit „gesetzlich vorgesehen“ sein (Art. 10 Abs. 2) und Eigentum darf nur „unter den durch Gesetz vorgesehenen Bedingungen“ entzogen werden (Art.1 Abs. 1 des 1. Zusatzprotokolls, ZP). Hier versteht sich der Gerichtshof nicht als Revisionsinstanz, sondern prüft lediglich, ob sich der Gesetzesverstoß als willkürlich erweist.¹³

3. Auslegung der EMRK

Als völkerrechtlicher Vertrag unterliegt die EMRK den völkerrechtlichen Auslegungsregeln der Wiener Vertragsrechtskonvention (Art. 31–33). Diese sind mit den innerstaatlichen Auslegungsmethoden insoweit identisch, als sie die Wortlautauslegung, die systematische Auslegung und die

12 Grundlegend hierzu: EGMR, *Ronald Ribitsch ./. Österreich*, 04.07.1994, 18896/91, EuGRZ 1996, 504 und *Rudolf*, EuGRZ 1996, 497.

13 *Villiger* (Fn. 2), Rdnr. 328.

teleologische Auslegung umfassen. Hingegen gilt die historische Auslegung ausdrücklich nur als ergänzendes Auslegungsmittel, wenn die anderen Auslegungsmethoden zu keinem oder keinem sinnvollen Ergebnis führen. Bei der Wortlautauslegung ist zu berücksichtigen, dass sie sich nur auf die völkerrechtlich verbindlichen Fassungen der Konvention, also ihre englische und französische Version, beziehen darf. Die dort verwendeten Begriffe haben freilich nicht den Inhalt, den sie nach englischem oder französischem Recht hätten, sondern sind „autonom“ auszulegen. Das bedeutet, dass sie einen eigenständigen Inhalt haben, der im Lichte der von der EMRK verfolgten Zwecke zu ermitteln ist. Dabei ist die Konvention auch im Einklang mit bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vertragsstaaten auszulegen.¹⁴ Der EGMR zieht internationale Menschenrechtsverträge sogar in Verfahren gegen Staaten heran, die die entsprechende Konvention noch nicht ratifiziert haben.¹⁵

Im Rahmen der teleologischen Auslegung ist bedeutsam, dass der EGMR die Konvention und ihre Protokolle „dynamisch“ auslegt. Der Gerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die EMRK nach ihrer Zielsetzung ein „lebendiges Instrument“ des Menschenrechtsschutzes ist. Sie soll also auch vor Menschenrechtsverletzungen schützen, die bei Schaffung der Konvention nicht als solche angesehen wurden. So hat der EGMR beispielsweise die Pflicht zur Abschaffung der Prügelstrafe in britischen Schulen¹⁶ oder der Strafbarkeit von einvernehmlichen homosexuellen Handlungen zwischen einwilligungsfähigen Erwachsenen¹⁷ oder die Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften als Familie¹⁸ begründet. Auch vor neu entstandenen Bedrohungen, etwa infolge des medizinischen Fortschritts, gewährt die EMRK nach diesem Verständnis Schutz. So hatte der Gerichtshof etwa zu entscheiden, ob eine Frau ein Recht auf in-vitro-Fertilisation mit dem Sperma ihres ehemaligen Lebensgefährten hat, der zwischenzeitlich seine Zustimmung zurückgezogen

14 EGMR, *Opuz ./. Türkei*, 09.06.2009, 33401/02.

15 EGMR, *Glor ./. Schweiz*, 30.04.2009, 13444/04 (Heranziehung der UN-Behindertenrechtskonvention).

16 EGMR, *Tyler ./. Vereinigtes Königreich*, 235.4.1978, 5856/72, § 31.

17 EGMR, *Dudgeon ./. Vereinigtes Königreich*, 22.10.1981, 7525/76, § 61.

18 EGMR, *Schalk und Kopf ./. Österreich*, 24.10.2010, 30141/04, § 93f.

hatte.¹⁹ Gerade bei solchen neuen Bedrohungen, aber auch generell in Fragen der Moral, erkennt der EGMR zwar den Staaten einen weiten Beurteilungsspielraum zu. Dieser verkleinert sich aber, wie gesehen, wenn bereits ein gemeinsamer europäischer Standard existiert. Aus anwaltlicher Sicht bietet dies die Möglichkeit, im Rahmen von strategischen Prozessen über den Gerichtshof verkrustete nationale Einschätzungen aufzubrechen.

Innerhalb der teleologischen Auslegung der Konvention ist schließlich hervorzuheben, dass die Rechte so auszulegen sind, dass sie „effektiv“ sind. Daraus folgt, dass die Staaten die geschützten Rechte auch durch wirksame Mechanismen absichern müssen. In Betracht kommt etwa die Pflicht zur Untersuchung behaupteter Menschenrechtsverletzungen durch Amtsträger,²⁰ oder verfahrensrechtliche Sicherungen wie etwa zur Nachprüfung der Höhe einer Enteignungsentschädigung²¹ oder Kontrollbefugnisse, um die Verweigerung einer gesetzlich unter bestimmten Voraussetzungen zulässigen Abtreibung zu verhindern.²²

III. Prüfung einer Konventionsverletzung

Die EMRK und ihre Zusatzprotokolle enthalten Freiheitsrechte, Diskriminierungsverbote und Verfahrensgarantien. Außerdem dürfen die Vertragsstaaten die Ausübung des Beschwerderechts zum EGMR (Art. 34) nicht behindern. Ein Verstoß hiergegen kann ebenfalls mit der Individualbeschwerde geltend gemacht werden, da Art. 34 nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ein eigenes, rügefähiges Individualrecht begründet.

19 EGMR (GC), *Evans* ./ Vereinigtes Königreich, 10.4.2007, 6339/05, NJW 2008, 2013.

20 EGMR, *McCann* ./ Vereinigtes Königreich, 27.9.1995, 18984/91, Ser. A 324, § 161.

21 EGMR, *Hentrich* ./ Frankreich, 22.9.1994, 13616/88, EuGRZ 1996, 593.

22 EGMR, *Tysiąc* ./ Polen, 20.3.2007, 5410/03, §§ 113, 124.

1. Freiheitsrechte

a) Struktur

Für die Prüfung, ob eine Individualbeschwerde vor dem EGMR wegen Verletzung eines Freiheitsrechts in Frage kommt, bietet sich das der Anwaltschaft vertraute Schema Schutzbereich – Eingriff – Schranke an. Der Eingriff kann in einem aktiven Tun liegen (Verletzung einer negativen Pflicht des Staates) oder im Unterlassen gebotener Schutzmaßnahmen (Verletzung einer positiven Pflicht).

Zu berücksichtigen ist weiter, dass das Folterverbot (Art. 3) und das Verbot der Sklaverei (Art. 4)²³ absolut gelten, eine Rechtfertigung also unmöglich ist. Einige Rechte enthalten ausdrückliche Schranken, andere implizite Beschränkungsmöglichkeiten, die sich aus dem Recht des Staates zur gesetzlichen Ausgestaltung eines Sachbereichs ergeben (zum Beispiel Ehe-recht, Art. 12). Ein Eingriff in Eigentum im Sinne des Art. 1 des 1. ZP etwa ist ausdrücklich nur auf gesetzlicher Grundlage, im öffentlichen Interesse und in der Regel gegen angemessene Entschädigung zulässig. Soweit eine Beschränkung ein erlaubtes („legitimes“) Ziel verfolgt, muss sie schließlich auch verhältnismäßig sein. Hier kann die aus dem deutschen Recht ver-traute dreistufige Prüfung (geeignet – erforderlich – angemessen) erfolgen.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist neben dem staatlichen Beurteilungsspielraum (oben II.1.) zu bedenken, dass die Konvention kei-nen allgemeinen Gleichheitssatz enthält. Gleichwohl hat der EGMR aner-kannt, dass die EMRK vor willkürlichen Rechtsbeeinträchtigungen schützt.²⁴ Soweit sich eine gleichheitswidrige Rechtsverletzung als willkür-lich erweist, muss sie die Anwältin oder der Anwalt also auf der Stufe der Verhältnismäßigkeit innerhalb der Rüge der Verletzung eines Kon-ventionsrechts geltend machen. Voraussetzung dafür ist, dass die willkür-liche Rechtsverletzung in den Schutzbereich eines der Konventionsrechte

23 Dieses wird in Deutschland im Zusammenhang mit „Haushaltssklaverei“ und Zwangsverheiratungen relevant.

24 Vgl. etwa EGMR (GC), *Dickson* ./.. Vereinigtes Königreich, 4.12.2007, 44362/04, § 44, Beck RS 2008, 645.

fällt. So konnte sich der EGMR mit der Stiefkindadoption bei gleichgeschlechtlichen Paaren befassen, weil es um eine Ungleichbehandlung in Bezug auf das Recht auf Familienleben ging.²⁵

b) Schutzbereich wichtiger Freiheitsrechte

Die Freiheitsrechte der EMRK umfassen Fundamentalgarantien, Rechte der Person, Kommunikationsgrundrechte, Freizügigkeit und Aufenthaltsrechte und den Eigentumsschutz. Die Fundamentalgarantien umfassen das Recht auf Leben (Art. 2), das Folterverbot (Art. 3) und das Verbot der Sklaverei (Art. 4). Auffällig ist das Fehlen einer ausdrücklichen Menschenwürdegarantie und eines Menschenrechts auf körperliche Unversehrtheit. Beides hat der Gerichtshof indes aus Art. 3 hergeleitet; diese Norm verbietet neben Folter auch jede unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung.²⁶ Auf diese Weise können etwa Haftbedingungen oder eine unzureichende strafrechtliche Ermittlung bei Misshandlungsvorfällen überprüft werden, die Zustände in medizinischen Einrichtungen, aber auch die unzureichende Kontrolle von Pflegeeltern durch Jugendämter. Praktisch bedeutsam ist zudem, dass der EGMR den Schutz durch Art. 3 auf Fälle ausdehnt, in denen der betroffenen Person vorhersehbar im Ausland eine Verletzung droht, also etwa bei Auslieferung oder Abschiebung.²⁷

Für den Schutz der persönlichen Lebensgestaltung erfüllt Art. 8 (Schutz des Privat- und Familienlebens) eine zentrale Funktion. Das Recht auf Privatleben ist dabei mit Art. 2 Abs. 1 GG vergleichbar; es fungiert einerseits als Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit und hat sich andererseits zu einem allgemeinen Persönlichkeitsrecht entwickelt. Der Schutzbereich des Privatlebens umfasst den Schutz der Privatsphäre, also von Korrespondenz, individueller und Telekommunikation, persönlichen Daten sowie

25 EGMR (GC) , *X und andere* ./ Österreich, 19.02.2013, 19010/07.

26 Z. B. EGMR, *Valasinas* ./ Litauen, 24.7.2001, 44558/98, ECHR 2001-VIII, § 102; allg. *Meyer-Ladewig*, NJW 2004, 981.

27 EGMR, *Soering* ./ Vereinigtes Königreich 7.7.1989, 14038/88, EuGRZ 1989, 314 = NJW 1990, 2183; EGMR, *Chahal* ./ Vereinigtes Königreich, 15.11.1996, 22414/93, NVwZ 1997, 1093.

das Recht am eigenen Bild. Es schützt aber auch vor körperlichen Eingriffen, die nicht die Schwelle des Art. 3 erreichen sowie die persönliche und sexuelle Selbstbestimmung, zum Beispiel im Zusammenhang mit Selbsttötung, Abtreibung, Sexualleben oder Geschlechtsumwandlung. Als Form der allgemeinen Handlungsfreiheit umfasst das Recht auf Privatleben alle Entscheidungen über die eigene Lebensführung, einschließlich der privaten und beruflichen zwischenmenschlichen Beziehungen einer Person. Folgerichtig erstreckt der Gerichtshof es auch auf die Wahl und Ausübung eines Berufs.²⁸ Schließlich ergibt sich aus der staatlichen Pflicht zum Schutz des Privatlebens sogar ein begrenztes Recht auf Umweltschutz, nämlich auf Schutz der Wohnung vor schädlichen Immissionen.²⁹

Das Recht auf Familienleben schützt nicht nur bestehende Familien, sondern begründet auch ein Recht darauf, biologische Verwandtschaft zu sozialen familiären Bindungen zu entwickeln. In diesem Sinne hat der EGMR beispielsweise die Rechte nichtehelicher Väter etwa auf Umgang mit ihren Kindern gestärkt. Mittlerweile versteht der Gerichtshof unter „Familie“ auch gleichgeschlechtliche Beziehungen.

Die Kommunikationsgrundrechte der EMRK sind die Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 10) sowie die Versammlungs- und die Vereinigungsfreiheit (Art. 11). Kunst- und Wissenschaftsfreiheit werden nicht ausdrücklich garantiert, sind aber von Art. 10 umfasst.³⁰ Gerade im Bereich der Meinungs- und Pressefreiheit hat der EGMR eine differenzierte Rechtsprechung zur Abwägung dieses Rechts mit dem Persönlichkeitsschutz entwickelt.³¹ Hier sind das Informationsinteresse der Öffentlichkeit – auch

-
- 28 EGMR, *Niemietz* ./, Deutschland, 16.12.1992, 13710/88, EuGRZ 1993, 65 = NJW 1993, 718; EGMR, *Sidabras & Diautas* ./, Litauen, 27.7.2004, 55480/00 und 59330/00, ECHR 2004-VIII, §§ 47 f.; EGMR, *Schüth* ./, Deutschland, 23.09.2010, 1620/03; hierzu: *Nina Althoff*, Die Bedeutung der EGMR-Rechtsprechung für das deutsche Arbeitsrecht, in diesem Band oder in Anwaltsblatt 8+9/2013, 598.
- 29 EGMR, *López Ostra* ./, Spanien, 9.12.1994, 16798/90, EuGRZ 1995, 530; zuletzt EGMR, *Fadeyeva* ./, Russland, 9.6.2005, 55723/00, ECHR 2005-IV, §§ 68 ff.
- 30 Für Kunstfreiheit: EGMR, *Müller u.a.* ./, Schweiz, 24.5.1988, 10737/84, EuGRZ 1988, 543; für Wissenschaftsfreiheit: EGMR, *Hertel* ./, Schweiz, 25.8.1998, 25181/94, RJD 1998-VI = GRUR Int 1999, 156; EGMR, *Wille* ./, Liechtenstein, 28.10.1999, 28396/95, ECHR 1999-VII, §§ 8, 36 ff.
- 31 Um die Abwägung der Persönlichkeitsrechte und der Meinungs- bzw. Pressefreiheit ging es beispielsweise im Fall *Brosa* ./, Deutschland (17.04.2014, 5709/09), in dem der EGMR die Meinungsfreiheit von Anti-Neonazi-Aktivisten stärkte.



an bloßer Unterhaltung – mit dem Recht gerade auch prominenter Personen auf Privatsphäre abzuwägen. Dabei nimmt das Gewicht der Meinungs- und Pressefreiheit zu, je mehr die Äußerung einen Beitrag zur politischen Diskussion leistet. Die Meinungsfreiheit vermag auch das Recht zur Kündigung eines Arbeitnehmers zu begrenzen.³² Die Garantie der Vereinigungsfreiheit ermöglicht es dem EGMR auch, Parteiverbote zu überprüfen.

In Art. 1 des 1. ZP zur EMRK ist der Schutz des Eigentumsrechts verankert. Er geht insoweit über das deutsche Verfassungsrecht hinaus, als der EGMR auch Ansprüche auf Sozialleistungen, die nicht an eine vorausgehende eigene Beitragsleistung gebunden sind, als geschützte Vermögensposition ansieht.³³ Ein interessantes anwaltliches Anwendungsfeld eröffnet auch sich dadurch, dass der Schutzbereich des Art. 1 des 1. ZP neben tatsächlichem Eigentum schon bloße Rechtsansprüche auf Eigentum als Eigentumsposition schützt, und das in viel stärkerem Maße, als dies etwa bei Art. 14 GG der Fall ist. Nach der Rechtsprechung des EGMR ist eine Eigentumsposition im Sinne der Konvention bereits dann gegeben, wenn eine „legitimate expectation“ auf den Erhalt von Eigentum besteht. Geschützt ist dabei allerdings nicht die bloße Hoffnung auf den Erhalt von Eigentum.³⁴ Eine „legitimate expectation“ liegt aber dann vor, wenn ein nach nationaler Rechtslage bzw. Rechtsprechung anerkannter und grundsätzlich einklagbarer Rechtsanspruch auf Verschaffung einer Eigentumsposition im Sinne der Konvention besteht. Voraussetzung hierfür ist – anders als bei Art. 14 Abs. 1 GG – nicht etwa das Bestehen eines dinglichen Anwartschaftsrechts.

Da der EGMR sich nicht als Prüfungsinstanz des nationalen Rechts ansieht, stellt er bei der Frage, ob eine „legitimate expectation“ vorliegt, in der Regel auf die nationale Rechtsprechung und deren Auslegung des nationalen Gesetzesrechts ab. Haben die deutschen Gerichte einen Rechtsanspruch auf Eigentum verneint, liegt also in der Regel bereits keine

32 EGMR, *Heinisch* ./ Deutschland, 27.08.2011, 28274/08; hierzu: *Althoff* (Fn. 28).

33 EGMR (GC), *Stec und andere* ./ Vereinigtes Königreich, 06.07.2005, 65731/01 und 65900/01, §§ 46-53.

34 Zur Abgrenzung EGMR (GC), *Maltzan u. a.* ./ Deutschland, 2.3.2005, 71916/01 u.a., EuGRZ 2005, 305 m. w. Nachw.

Eigentumsposition vor, deren Verletzung der Beschwerdeführer erfolgversprechend geltend machen könnte. Die Grenze liegt dabei – wie bereits oben dargelegt – lediglich im Bereich der willkürlichen Rechtsanwendung. Zur Vorbereitung einer Beschwerde beim EGMR kann es daher sachdienlich sein, rechtzeitig im nationalen Verfahren dafür Sorge zu tragen, dass Behörden bzw. Gerichte das Bestehen des Rechtsanspruchs feststellen.³⁵

2. Verfahrensgarantien

a) Art. 6 EMRK

Art. 6 Abs. 1 der EMRK regelt das Recht auf ein faires Verfahren und einen effektiven Rechtsschutz. Art. 6 hat in der Praxis des EGMR die größte Bedeutung bei Fällen, in denen die Justiz nicht in angemessener Frist reagiert.

Art. 6 Abs. 1 ist nach seinem Wortlaut anwendbar im Bereich „zivilrechtlicher Ansprüche und Verpflichtungen“ sowie strafrechtlicher Anklagen. Der Begriff der „zivilrechtlichen Ansprüche“ ist auf den ersten Blick für die deutsche Anwaltschaft missverständlich. Gemeint ist damit vor allem, dass sich das jeweilige nationale Verfahren direkt auf die private Lebensgestaltung der beschwerdeführenden Person auswirkt. Damit sind etwa alle den Privatrechtsbereich betreffenden Rechte, wie die Eigentumsgarantie und die Vertrags- und Berufsfreiheit, zivilrechtliche Ansprüche im Sinne des Art. 6 Abs. 1. Hinzu kommen aber auch Streitigkeiten zwischen der beschwerdeführenden Person und dem Staat mit unmittelbaren Auswirkungen auf dessen Privatrechtsbereich, wie etwa im Bereich der Leistungsverwaltung. Damit sind fast alle verwaltungsrechtlichen und sozialrechtlichen Streitigkeiten vom Schutzbereich des Art. 6 erfasst, nicht allerdings etwa das Steuerrecht und das Asyl- und Ausländerrecht.

³⁵ So etwa im Fall *Dömel /.* Deutschland, EGMR, 9.5.2007, 31828/03,

Art. 6 Abs. 1 gewährleistet zunächst das Recht der beschwerdeführenden Person auf Entscheidung eines Verfahrens durch ein unabhängiges und unparteiisches, auf einem Gesetz beruhendes Gericht, den wirksamen Zugang zu diesem Gericht und den effektiven Rechtsschutz im Gerichtsverfahren. Das Gericht muss insbesondere eine effektive Möglichkeit bieten, den belastenden Akt anzugreifen. Grundsätzlich zulässig sind allerdings Beschränkungen des Gerichtszugangs, die einem legitimen Interesse dienen, wie Fristen, Anwaltszwang für bestimmte Angelegenheiten und etwa auch die Durchführung eines behördlichen Vorverfahrens.

Die konkreten materiellen Verbürgungen des Art. 6 Abs. 1 sind nur partiell in dessen Wortlaut ausdrücklich benannt und größtenteils durch die Rechtsprechung des EGMR entwickelt worden und umfassen folgende wesentliche Grundaspekte:

Verbürgt ist zunächst einmal der Anspruch auf ein kontradiktorisches Verfahren, in dem die Beteiligten alle Unterlagen und den gesamten Vortrag der anderen Parteien zur Kenntnis nehmen können und Gelegenheit erhalten, umfassend und in angemessener Weise vorzutragen. Hierzu gehört auch der Grundsatz der Waffengleichheit, das heißt der Möglichkeit, den eigenen Vortrag unter relativ gleichwertigen Umständen vorzubringen wie die Gegenseite.

Art. 6 Abs. 1 verpflichtet die Gerichte auch dazu, den jeweiligen Vortrag zu hören und zu berücksichtigen. Zum Recht auf Gehör gehört auch die Möglichkeit der Teilnahme an der mündlichen Verhandlung und der Stellung sachgerechter Anträge, wie etwa von Beweisanträgen. Im Strafverfahren ist das Recht zu schweigen und sich nicht selbst zu beschuldigen ein elementares, von Art. 6 geschütztes Verfahrensrecht, das aus der Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 abgeleitet wird.

Art. 6 Abs. 1 S. 2 gewährleistet die Öffentlichkeit der mündlichen Verhandlung und der Urteilsverkündung. Ausnahmsweise ist das Recht auf Öffentlichkeit der Verhandlung nach den besonderen Maßgaben des Art. 6 Abs. 1 S. 2 2. HS. auch einschränkbar. Nicht einschränkbar hingegen ist die Öffentlichkeit der Urteilsverkündung, wobei nach der Rechtsprechung

des EGMR eine summarische Zusammenfassung des Urteils ebenso genügt, wie eine Entscheidungszustellung an die Beteiligten, soweit der Öffentlichkeit die Einsichtnahme bei Gericht möglich ist.

Von großer praktischer Bedeutung ist die Gewährleistung des Art. 6 Abs. 1 auf eine gerichtliche Entscheidung binnen angemessener Frist. Diese Gewährleistung erfasst nicht nur das Recht, die Sache innerhalb angemessener Frist zu verhandeln, sondern auch auf eine abschließende Entscheidung mit nachvollziehbarer Begründung und auf wirksame Vollstreckung.

Die Frage der Angemessenheit der Verfahrensdauer ist anhand der Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Dabei werden insbesondere die Schwierigkeit des Falles und das Verhalten des Beschwerdeführers selbst sowie der anderen Verfahrensbeteiligten bewertet. Wie bei der Untätigkeitsklage nach § 75 VwGO auch, kann sich der Staat grundsätzlich nicht pauschal auf eine Arbeitsüberlastung der Behörden bzw. Gerichte berufen, weil er verpflichtet ist, sein Rechtsschutzsystem so zu organisieren, dass die Gerichte eine angemessene Verfahrensdauer gewährleisten können. Der EGMR hat in Deutschland eine unangemessen lange Verfahrensdauer festgestellt, bei einem Sozialgerichtsverfahren, das länger als 10 1/2 Jahre dauerte,³⁶ bei dem Umgangsrechtsstreit über ein minderjähriges Kind, dass einschließlich Verfassungsbeschwerde über fünf Jahre dauerte,³⁷ bei einem über zehnjährigen verwaltungsrechtlichen Verfahren erster Instanz,³⁸ bei Verfassungsbeschwerdeverfahren, die zwischen fünf und zehn Jahren dauerten.³⁹ Die EGMR-Rechtsprechung hat dazu geführt, dass mit

36 EGMR, *Deumeland* ./ Deutschland, 29.5.1986, 9384/81, Ser. A 100.

37 EGMR, *Niederböster* ./ Deutschland, 27.2.2003, 39547/98, ECHR 2003-IV, 123, § 31 ff.

38 EGMR, *König* ./ Deutschland, 28.6.1978, 6232/73, Ser. A 27.

39 EGMR, *Klein* ./ Deutschland, 27.7.2000, 33379/96, §§ 39 ff; EGMR, *Becker* ./ Deutschland, 71916/01 u.a., EuGRZ 2003, 26, § 17 ff.; EGMR, *Trippel* ./ Deutschland, 4.12.2003, 68103/01 § 19 ff.; EGMR, *Voggenreiter* ./ Deutschland, 8.1.2004, 47169/99, EuGRZ 2004, 150, §§ 46 ff. Zahlreiche Beispiele zu Fällen festgestellter überlanger Verfahrensdauer in Deutschland finden sich in dem „Bericht über die Rechtsprechung des EGMR und die Umsetzung seiner Urteile in Verfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland“ für die Jahre 2011 und 2012, abrufbar unter: www.bmjv.de.



der Verzögerungsrüge ein neuer Rechtsbehelf in Deutschland geschaffen wurde.⁴⁰

Besonders geregelt sind neben der oben schon erwähnten Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 die besonderen Rechte des Angeklagten in Art. 6 Abs. 3. Wichtig hier ist insbesondere Art. 6 Abs. 3 c, das Recht sich selbst oder durch einen Anwalt verteidigen zu lassen, das Recht auf einen unentgeltlichen Pflichtverteidiger und das Recht auf ungestörten, nicht überwachten Zugang zum Verteidiger.

Was als strafrechtliche Anklage im Sinne des Art. 6 Abs. 3 zu definieren ist, ist autonom, also unabhängig von der nationalen Rechtseinordnung, auszulegen. Nach der Definition des EGMR liegt eine strafrechtliche Anklage vor, wenn dem Betroffenen amtlich mitgeteilt wurde, dass er einer Straftat beschuldigt wird. Schwierigkeiten kann dabei etwa die Abgrenzung zwischen Disziplinar- und Strafrecht aufwerfen. Dabei ist der Umstand, dass das nationale Recht ein Verfahren dem Disziplinarrecht zurechnet, für den Gerichtshof nur ein Anhaltspunkt, aber nicht verbindlich. Der Gerichtshof bewertet vorrangig die wahre Natur der Zuwiderhandlung und die Schwere der angedrohten Strafe sowie den Strafzweck. So stellte er etwa im Fall *Öztürk*⁴¹ bei einem Verstoß gegen die Straßenverkehrsordnung, geahndet mit einer Geldbuße von 60 DM, fest, dass das nach deutschen Vorstellungen als Ordnungswidrigkeitsverfahren zu bewertende Verfahren ein Strafverfahren sei, weil Geldbußen einen Strafzweck hätten und die entsprechenden Tatbestände von jedem erfüllt werden können, nicht nur von einer bestimmten Gruppe. Im Übrigen betreffe Art. 6 EMRK auch geringfügige Strafen.

b) Art. 13 EMRK

Art. 13 EMRK verbürgt das Recht auf eine rechtlich und tatsächlich wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz, bezieht sich dabei al-

40 Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, BGBl. 2011 I, 2302.

41 EGMR, *Öztürk* ./ Deutschland, 21.2.1984, 8544/79, Ser. A 73.

lerdings nur auf die in der Konvention und den Zusatzprotokollen garantierten Rechte. Der Beschwerdeführer muss also auch eine mögliche Beschwer im Schutzbereich eines anderen Konventionsrechts darlegen. Die zuständige Beschwerdeinstanz braucht kein Gericht zu sein, muss aber eine eigene Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis haben. Am Abhilfeverfahren muss der Betroffene selbst beteiligt sein, ihm muss rechtliches Gehör gewährt werden und ein vorläufiger Rechtsschutz zu Gebote stehen. Art. 13 kommt insbesondere zum Zuge, wenn der Schutzbereich des Art. 6 nicht eröffnet ist oder wenn es an einem wirksamen nationalen Rechtsbehelf fehlt, um gerade Verstöße gegen Art. 6 Abs. 1 wirksam geltend zu machen. Nachdem der Gerichtshof in zahlreichen Verfahren⁴² festgestellt hat, dass die nach dem damaligen deutschen Verfahrensrecht vorhandenen Möglichkeiten, eine überlange Verfahrensdauer zu rügen, keinen hinreichenden Rechtsbehelf im Sinne der EMRK darstellten, hat der Gesetzgeber einen neuen Rechtsbehelf zur Rüge überlanger Verfahrensdauer mit der Verzögerungsrüge eingeführt.⁴³

3. Diskriminierungsverbote

Die Konvention enthält – wie bereits ausgeführt – keinen allgemeinen Gleichheitssatz, sondern allein ein Diskriminierungsverbot. Es umfasst allerdings eine umfangreichere Aufzählung verbotener Anknüpfungspunkte als etwa Art. 3 Abs. 3 GG.⁴⁴ Jedoch ist das Diskriminierungsverbot aus Art. 14 EMRK nur akzessorisch, das heißt es verbietet lediglich die Diskriminierung im Schutzbereich der Konventionsrechte. In Einzelfällen lockert der Gerichtshof dieses Erfordernis allerdings. Ein umfassendes Diskriminierungsverbot führt das 12. Zusatzprotokoll ein; Deutschland unternimmt aber seit Jahren keine erkennbaren Anstrengungen, es zu ratifizieren.⁴⁵

42 EGMR, *Sürmeli* ./.. Deutschland, 8.6.2006, 75529/01, NJW 2006, 2389.

43 Siehe oben Fn. 40.

44 Art. 3 Abs. 3 GG nennt Geschlecht, Rasse, Abstammung, Sprache, Glauben, religiöse und politische Anschauung, Heimat und Herkunft (entspricht in Art. 14 EMRK der nationalen oder sozialen Herkunft.); Art. 14 EMRK erfasst zusätzlich Hautfarbe, sonstige Anschauung, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Vermögen, Geburt sowie sonstigen Status. Nur Art. 3 Abs. 3 GG zählt die Behinderung auf.

45 Gebunden sind derzeit nur Albanien, Andorra, Armenien, Bosnien-Herzegowina, Finnland, Georgien, Kroatien, Luxemburg, Montenegro, Niederlande, Rumänien, San Marino, Serbien, Spanien, die ehem. jugoslawische Republik Mazedonien, die Ukraine, Slowenien und Zypern (Stand: 10.06.2014).

Nach Art. 14 ist nur eine nicht gerechtfertigte Differenzierung eine verbotene Diskriminierung. Hieraus folgt als sinnvolle Prüfungsreihenfolge: (1) Eröffnung des Schutzbereichs eines Konventionsrechts, (2) Ungleichbehandlung anknüpfend an ein unzulässiges Differenzierungsmerkmal (3) Rechtfertigung. Grundsätzlich bilden das Erfordernis eines „legitimen Ziels“, das mit der Ungleichbehandlung verfolgt wird, und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz den Maßstab für die Rechtfertigungsprüfung. Knüpft hingegen die Ungleichbehandlung an identitätsprägende Kriterien – ob in Art. 14 benannt oder vergleichbar, etwa eine Behinderung oder die sexuelle Identität, verlangt der EGMR „sehr gewichtige Gründe“.⁴⁶

Wichtig ist auch die Erstreckung der verbotenen Diskriminierungsgründe in Art. 14 auf den „sonstigen Status“. Dieser Begriff reicht weiter als der der personenbezogenen Merkmale nach der „neuen Formel“ des Bundesverfassungsgerichts innerhalb des Gleichheitssatzes. Der EGMR fasst beispielsweise nicht nur die Ungleichbehandlung verheirateter und lediger Väter darunter, sondern auch eine Differenzierung aufgrund eines beruflichen Status oder des Umfangs des Grundeigentums. Für die Anwaltschaft eröffnet sich damit die Möglichkeit, Art. 14 im Sinne des allgemeinen Gleichheitssatzes zu nutzen. Allerdings bleibt es – anders als die „neue Formel“ des Bundesverfassungsgerichts – bei dem schwächeren Rechtfertigungsmaßstab des „legitimen Ziels“, das in verhältnismäßiger Weise verfolgt werden muss.

IV. Schlussbemerkung

Die vorstehenden Ausführungen sollten zeigen, dass die großen inhaltlichen Ähnlichkeiten der EMRK mit den deutschen Grundrechten es der Anwaltschaft ermöglichen, nach Erschöpfung des Rechtswegs in Deutschland selbst zügig summarisch zu prüfen, ob eine Individualbeschwerde

⁴⁶ Geschlecht: EGMR, *Abdulaziz u.a. /.* Vereinigtes Königreich, 28.5.1985, 9214/80 u.a., EuGRZ 1985, 567; Behinderung: EGMR, *Pretty /.* Vereinigtes Königreich, 29.4.2002, 2346/02, § 87-89; sexuelle Identität: EGMR, *Salguero da Silva Mouta /.* Portugal, 21.12.1999, 33290/96, ECHR 1999-IX, §35 f.; EGMR, L. & V. /.
Österreich, 9.1.2003, 39392/98 und 39829/98, ECHR 2003-I, §§ 38 ff.

zum EGMR in Betracht kommt. Idealerweise sollte diese Möglichkeit bereits im laufenden innerstaatlichen Verfahren bedacht werden, um gegebenenfalls geeignete prozessuale Schritte zu ergreifen, die die Erfolgsaussichten einer Beschwerde erhöhen. Eine erfolgreiche Individualbeschwerde muss freilich die auf dem völkerrechtlichen Charakter der Konvention beruhenden Unterschiede zum Grundrechtsschutz vor nationalen Gerichten berücksichtigen.

Die Beschwerde vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

Eine kaum genutzte Chance*

Professor Dr. Beate Rudolf und Rechtsanwalt Stefan von Raumer

Für den Grundrechtsschutz ist das Grundgesetz in Deutschland längst nicht mehr das alleinige Maß aller Dinge. Anwältinnen und Anwälte sollten daher nicht nur an das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe denken, sondern auch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg im Blick haben: Wenn der Gang nach Karlsruhe erfolglos war, könnte eine Individualbeschwerde vor dem EGMR Hilfe bringen. Der Beitrag führt in das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention ein.

A. Einleitung

Prinzessin Caroline von Hannover, der wegen Ehebruchs entlassene Kirchenorganist Bernhard Schüth, der Whistleblowerin Brigitte Heinisch und der um sein Recht auf Umgang mit dem eigenen Kind kämpfende Vater Kazim Görgülü haben eines gemeinsam: Ihre Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte brachten die Fälle vor den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg, um den ungenügenden Schutz ihrer Mandantschaft auf nationaler Ebene anzugreifen. Der EGMR ist der – in der anwaltlichen Praxis noch zu wenig beachtete – Schlussstein des in Deutschland bestehenden Grundrechtsschutzes neben den UN-Fachausschüssen in Genf mit ihren internationalen Beschwerdemöglichkeiten.¹ Sorgfältige anwaltliche Beratung erfordert es, die Möglichkeit einer

* Aktualisierte Version des unter demselben Titel veröffentlichten Aufsatzes in Anwaltsblatt 5/2009, 313.

1 Zum nationalen, europäischen und internationalen Menschenrechtsschutz siehe Beate Rudolf, Die neue europäische Grundrechtsarchitektur – Auftrag für Anwälte, in Anwaltsblatt 3/2011, 153.

Beschwerde vor dem EGMR auszuloten. Aber auch die anwaltliche Haftung gebietet, die Mandantin oder den Mandanten auf denkbare Chancen einer Beschwerde beim EGMR nach Erschöpfung aller (erfolgversprechenden) nationalen Rechtsschutzmöglichkeiten hinzuweisen und die Sechsmonatsfrist im Fristkalender zu vermerken. Dieser Beitrag führt daher in das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) aus anwaltlicher Sicht ein und gibt eine Anleitung zum Verfassen einer Individualbeschwerde beim EGMR.

B. Der Rechtsschutz durch den EGMR

Die EMRK bildet den gemeinsamen Grundrechtsstandard für 47 Staaten in Europa.² Jede natürliche oder juristische Person kann, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit, vor dem EGMR die Verletzung ihrer Menschenrechte aus der Konvention und ihren Zusatzprotokollen durch einen der Vertragsstaaten rügen. Der Gerichtshof ist hierfür die letzte Instanz; in aller Regel müssen Betroffene zuvor den innerstaatlichen Rechtsweg erschöpft haben (hierzu unter III.). Die Individualbeschwerde kann in deutscher Sprache eingelegt werden (hierzu IV.); grundsätzlich können auch alle Prozesshandlungen auf Deutsch erfolgen.³

In den weitaus meisten Fällen prüft zunächst ein Einzelrichter bzw. eine Einzelrichterin die Beschwerde und leitet diese nur bei nicht offensichtlicher Unzulässigkeit zur weiteren Prüfung an einen Dreierausschuss des Gerichtshofs oder eine siebenköpfige Kammer weiter. Entschieden wird in zwei getrennten Schritten oder in der Regel in einem Schritt über Zu-

2 Neben den 27 Mitgliedstaaten der EU sind dies: Albanien, Andorra, Armenien, Aserbaidschan, Bosnien-Herzegowina, Georgien, Island, Kroatien, Liechtenstein, Moldau, Monaco, Montenegro, Norwegen, Russland, San Marino, Serbien, Schweiz, die ehemalige jugoslawische Republik Mazedonien, die Türkei und die Ukraine (Stand: 19.06.2014).

3 Dies gilt theoretisch sogar, wenn sich die Beschwerde gegen einen Staat richtet, dessen Amtssprache nicht Deutsch ist. In diesem Fall kann die Beschwerde auf Deutsch eingereicht werden und diese Sprache auf Antrag auch während des Verfahrens beibehalten werden (Art. 34(2) und (3) der VerfO). Gleichwohl empfiehlt sich zur Beschleunigung, die Beschwerde auf Englisch oder Französisch oder der Amtssprache des beklagten Staates einzulegen.

lässigkeit und Begründetheit (Art. 29).⁴ Hiergegen ist ein gerichtliches Rechtsmittel an die aus 17 Richtern bestehende Große Kammer möglich (Art. 43 Abs. 1). Ihr Vorprüfungsausschuss nimmt die Rechtssache aber nur an, wenn sie eine schwerwiegende Frage der Auslegung oder Anwendung der Konvention und ihrer Zusatzprotokolle oder eine schwerwiegende Frage von allgemeiner Bedeutung aufwirft (Art. 43 Abs. 2).⁵

I. Inhalt der EMRK

Prüfungsmaßstab für den EGMR sind die Konvention und die ihr rechtlich gleichwertigen Zusatzprotokolle, soweit sie der beklagte Staat ratifiziert hat. Die EMRK und ihre Zusatzprotokolle umfassen materiell die „klassischen“ bürgerlichen und politischen Rechte, die der deutschen Anwaltschaft aus dem Grundgesetz vertraut sind, wenn auch teilweise unter anderen Bezeichnungen.⁶ So garantiert die Konvention die fundamentalen Rechte der Person auf Leben, Freiheit von Folter, auf körperliche Unversehrtheit und Freiheit sowie die Kommunikationsgrundrechte und grundlegende Verfahrensgarantien. Das erste Zusatzprotokoll schützt die Eigentumsfreiheit, aber auch das Recht auf Bildung und das Wahlrecht. Weitere Zusatzprotokolle statuieren materielle und verfahrensrechtliche Garantien bei Ausweisungen, schützen das Recht auf Freizügigkeit, die Gleichheit der Ehegatten und garantieren ein Rechtsmittel in Strafsachen. Der EGMR hat diese Rechte in seiner umfangreichen Rechtsprechung fortentwickelt – u.a. auch für den Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte,⁷ etwa Rechte in der Arbeit oder das Recht auf soziale Sicherung (unter bestimmten Voraussetzungen als Element der Ei-

4 Art. ohne weitere Zusätze bezeichnen Vorschriften der EMRK.

5 Aus demselben Grund kann bereits im Verfahren vor der Kammer die Abgabe der Sache an die Große Kammer beantragt werden, Art. 30.

6 Vgl. hierzu *Rudolf/ von Raumer*, Der Schutzzumfang der Europäischen Menschenrechtskonvention, in diesem Band oder in Anwaltsblatt 5/2009, 318.

7 Siehe hierzu die vom EGMR veröffentlichten Infoblätter (fact sheets), in denen die relevante Rechtsprechung bezüglich eines bestimmten Themenfeldes überblicksartig zusammengestellt ist (z. B. zu Datenschutz, Zwangsarbeit, Gesundheit oder Religionsfreiheit). Die EGMR-Infoblätter sind teilweise in deutscher, ansonsten in englischer Sprache verfügbar:

[http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Press/Information+sheets/Factsheets/\(englisch\);](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Press/Information+sheets/Factsheets/(englisch);)

<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets/german> (deutsch).

gentumsfreiheit) und auf Wohnen (als Element des Rechts auf Privat- und Familienleben), so dass sich trotz der auf den ersten Blick bestehenden Ähnlichkeiten durchaus signifikante Unterschiede im Grundrechtsschutz ergeben können. Diese lassen sich durch eine Beschwerde vor dem EGMR ausloten und im Sinne der Mandantschaft nutzen.

II. Rechtsfolgen von Entscheidungen des EGMR

Welcher Erfolg lässt sich mit einer Beschwerde vor dem EGMR erzielen? Der Gerichtshof kann zwei Arten von Urteilen fällen: Feststellungsurteile und Leistungsurteile; beide sind häufig miteinander verbunden.⁸ Feststellungsurteile betreffen das Vorliegen einer Verletzung der Konvention oder ihrer Zusatzprotokolle, Leistungsurteile erkennen Schadensersatz zu. Ist die Beschwerde erfolgreich gewesen, so ist der verurteilte Staat verpflichtet, die festgestellte Konventionsverletzung zu beseitigen (Art. 46 Abs. 1); der Gerichtshof kann den angegriffenen innerstaatlichen Akt nicht selbst aufheben. Um die Rechtsverletzung aus der Welt zu schaffen, hat der Staat die freie Wahl der Mittel. In einigen Fällen indes hat der Gerichtshof auch konkrete Anordnungen, begleitend zu einem Feststellungsurteil, getroffen, so etwa die Anordnung der Freilassung eines Inhaftierten⁹ oder die Anordnung der Umgangsermöglichung durch den Vater,¹⁰ für die der Gerichtshof aber keine förmlichen Vollstreckungsinstrumente hat.

Der deutsche Gesetzgeber hat Wiederaufnahmemöglichkeiten geschaffen, wenn das angegriffene Urteil auf der vom EGMR festgestellten Konventionsverletzung beruht. Während in solchen Fällen lange Zeit nur im Strafprozess ein Wiederaufnahmegrund bestand (§ 359 Nr. 6 StPO), ist seit dem 31.12.2006 auch die Restitutionsklage im Zivilprozess (§ 580 Nr. 8 ZPO) und dementsprechend auch über die Verweisungsnormen der § 79 S. 1 ArbGG, § 153 Abs. 1 VwGO, § 179 Abs. 1 SGG, § 134 FGO in anderen Verfahrensarten möglich. Beruht die angegriffene gerichtliche Entscheidung auf einem nicht auslegungsfähigen Gesetz, so kann der Betroffene

8 Ein separates Entschädigungsurteil ergeht, wenn die Entscheidung im Zeitpunkt des Feststellungsurteils noch nicht spruchreif ist, zum Beispiel wegen Schwierigkeiten bei der Schadensbewertung.

9 EGMR, *Assanidze* ./ Georgien, 8.4.2004, 71503/01, EuGRZ 2004, 268.

10 EGMR, *Görgülü* ./ Deutschland, 26.2.2004, 74969/01, EuGRZ 2004, 700.



allerdings grundsätzlich lediglich Schadensersatz verlangen. Die beschwerdeführende Person kann, insbesondere bei strukturellen gesetzgeberischen Defiziten, aber auch beim Gerichtshof beantragen, dass dieser den Staat zur Beseitigung dieser strukturellen Defizite durch geeignete Maßnahmen, insbesondere auch durch Erlass bzw. Änderung von Gesetzen, auffordert.¹¹

Neben der Feststellung der Konventionsverletzung kann die Beschwerdeführerin oder der Beschwerdeführer über ein Leistungsurteil „gerechte Entschädigung“ für die erlittene Rechtsverletzung erhalten (Art. 41). Der EGMR fällt ein solches Urteil auf Antrag, wenn das innerstaatliche Recht eine Beseitigung der Rechtsverletzung nicht oder nicht umfassend ermöglicht. „Gerechte Entschädigung“ umfasst materiellen wie immateriellen Schaden. Praktisch betrachtet steht damit der verletzten Person gerade in solchen Fällen Schadensersatz offen, in denen eine Amtshaftungsklage nach deutschem Recht keinen Erfolg verspricht, weil nach ständiger Rechtsprechung Fahrlässigkeit des Amtswalters zu verneinen ist, wenn ein Kollegialgericht sein Handeln für rechtmäßig gehalten hat.¹² Dies wird in aller Regel der Fall sein, weil die Beschwerde zum EGMR nur nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs, also zumeist zu Kollegialgerichten, erhoben werden kann. Zwar bilden auch Schadensersatzurteile des EGMR keine innerstaatlich vollstreckbaren Titel.¹³ Zum einen aber wird zumindest vertreten, dass der Einzelne seinen aus dem Konventionsverstoß folgenden Sekundäranspruch unmittelbar gem. § 40 Abs. 2 VwGO vor den ordentlichen Gerichten einklagen kann.¹⁴ Zum anderen hat sich der Vertragsstaat nach Art. 46 Abs. 1 dazu verpflichtet, den im Rahmen von

11 So hat der Gerichtshof etwa im Fall *Broniowski* ./ Polen (EGMR, 22.6.2004, 31443/96, ECHR 2004-V = EuGRZ 2004, 472) den polnischen Staat aufgefordert, Ansprüche auf Wiedergutmachung bei Enteignungsunrecht in Ostpolen auch für andere vergleichbare Fälle gesetzgeberisch zu etablieren. In Deutschland führte zuletzt beispielsweise das EGMR-Urteil *M.* ./ Deutschland zur Sicherungsverwahrung (EGMR, 17.12.2009, 19359/04) dazu, dass das Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots im Recht der Sicherungsverwahrung vom 11.12.2012 (BGBl. I S. 2425) 2013 in Kraft trat. Aufgrund des sog. Whistleblower-Falls *Heinisch* ./ Deutschland (EGMR, 21.07.2011, 28274/08) gab es bereits diverse Gesetzesentwürfe zur Verbesserung des Schutzes Betroffener, die allerdings in der letzten Legislaturperiode noch abgelehnt wurden (BT-Drucksache 17/12577).

12 BGHZ 134, 268 (275) m.w.Nachw. = NVwZ 1997, 714 (716).

13 Ress, EuGRZ 1996, 350.

14 *Frowein* in HbStR VII, 1992, § 180 Rn 18; *Villiger*, Handbuch zur EMRK, 2. Aufl. 1999, Rn 237.

Art. 41 festgesetzten Betrag an den Beschwerdeführer zu zahlen.¹⁵ Die Durchführung des Urteils und auch einer solchen Zahlung überprüft das Ministerkomitee des Europarats, dem gem. Art. 46 Abs. 2 das endgültige Urteil zugeleitet wird. Dass insbesondere der deutsche Staat gleichwohl einer Zahlungsverpflichtung aus einem rechtskräftigen Urteil des EGMR nicht nachkommen würde, erscheint nahezu ausgeschlossen.

Sowohl in reinen Feststellungs- wie in Schadensersatzurteilen entscheidet der EGMR auf Antrag auch über die Erstattung von Gerichts- und Anwaltskosten der Beschwerdeführerin oder des Beschwerdeführers im innerstaatlichen Verfahren und vor dem Gerichtshof.¹⁶ Dies kommt bei Obsiegen in Betracht, verringert also das Prozessrisiko und ist in der anwaltlichen Beratung zu berücksichtigen.

Schließlich haben Entscheidungen des EGMR auch eine Fernwirkung: Die Auslegung des nationalen Rechts im Lichte seiner Rechtsprechung ist zwar nach Art. 46 EMRK nur im entschiedenen Einzelfall völkerrechtlich geboten. Nach deutschem Verfassungsrecht haben sich aber andere innerstaatliche Gerichte an der Rechtsprechung des EGMR im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung zu orientieren.¹⁷ Aus anwaltlicher Sicht besteht damit die Möglichkeit, indirekt eine Rechtsauffassung durchzusetzen, die bislang vor den innerstaatlichen Gerichten erfolglos geblieben ist.

Das Verfahren vor dem EGMR muss nicht mit einem Urteil enden. Wie im innerstaatlichen Recht besteht die Möglichkeit eines als „gütliche Einigung“ bezeichneten Vergleichs (Art. 38). Gerade in Fällen, in denen eine erfolgreiche Beschwerde die Gefahr einer Vielzahl weiterer erfolgreicher Beschwerden und eventuell erheblicher finanzieller Folgelasten nach sich zieht, ist dem beklagten Staat oft daran gelegen, durch einen Vergleich eine Leitenscheidung des EGMR zu verhindern. Dies ist bei der anwaltlichen Entscheidung über die Einlegung einer Beschwerde mit zu bedenken.

15 So auch das BVerfG in BVerfGE 111, 307 (322) – *Görgülü* = NJW 2004, 3407.

16 Das Verfahren vor dem EGMR ist gerichtskostenfrei.

17 BVerfGE 111, 307 (325) – *Görgülü*, m. w. Nachw. = NJW 2004, 3407 (3408).

III. Wesentliche Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Beschwerde¹⁸

Die wichtigsten Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Beschwerde beim EGMR sind der Grundsatz der Rechtswegerschöpfung gem. Art. 35 Abs. 1 Satz 1 erster Halbsatz und die Einhaltung der Sechsmonatsfrist nach der letzten innerstaatlichen Entscheidung gemäß Art. 35 Abs. 1 Satz 1 zweiter Halbsatz. Eine Beschwerde kann aber auch wegen Unvereinbarkeit mit der Konvention in zeitlicher Hinsicht (*ratione temporis*), in personeller (*ratione personae*), örtlicher (*ratione loci*) oder materieller Hinsicht (*ratione materiae*) bereits unzulässig sein.

1. Rechtswegerschöpfung

Grundgedanke des Prinzips der Rechtswegerschöpfung ist es, dem Vertragsstaat die Möglichkeit zu geben, einer Menschenrechtsverletzung selbst abzuhelpfen. Nach der Rechtsprechung des EGMR ist der Grundsatz der Rechtswegerschöpfung aber mit einem gewissen Maß von Flexibilität und ohne übertriebenen Formalismus anzuwenden.¹⁹ Wie bei Verfassungsbeschwerden unterscheidet man bei Beschwerden zum EGMR zwischen der vertikalen und der horizontalen Rechtswegerschöpfung. Nach den Grundsätzen der vertikalen Rechtswegerschöpfung müssen alle prozessualen Möglichkeiten des nationalen Rechtssystems ausgeschöpft werden, mit denen der Konventionsverstoß geltend gemacht oder seine Folgen beseitigt werden können. Das umfasst auch die Einlegung der Verfassungsbeschwerde im Einzelfall.

Problematisch kann die Frage sein, ob eine Erschöpfung des sekundären Rechtswegs, also etwa eines Amtshaftungsklagerechtsweges, erforderlich ist. Grundsätzlich gilt, dass der Gerichtshof nicht verlangt, unzumutbar aufwendige oder lange Verfahren mit problematischen Erfolgsaussichten

¹⁸ Ein ausführlicher Leitfaden zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen vom EGMR auf Deutsch kann abgerufen werden unter: http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_DEU.pdf.

¹⁹ EGMR, *Guzzardi* ././ Italien, 6.11.1980, 7367/76, Ser. A, Nr. 39, § 72.

zur anderweitigen Schadensersatzregulierung zu führen, wenn der primäre Rechtsweg bereits ausgeschöpft ist. Drängt sich aber eine Schadensersatzklage vor nationalen Gerichten mit erheblichen Erfolgsaussichten geradezu auf, kann deren Unterlassung zum Zulässigkeitsproblem im Beschwerdeverfahren beim EGMR werden.²⁰ In jedem Fall ist deshalb eine sorgfältige Aufklärung des Mandanten über die sich möglicherweise aus der Nichterschöpfung solcher nationaler prozessualer Möglichkeiten ergebenden Risiken für eine EGMR-Beschwerde geboten.

Für den primären wie gegebenenfalls auch für einen sekundären Rechtsweg aber gilt, dass es kein Erfordernis gibt, ineffektive Rechtsbehelfe einzulegen. Ineffektiv ist ein Rechtsbehelf insbesondere, wenn er im Ergebnis nach der ständigen Rechtsprechung der noch anzurufenden Gerichte nicht erfolversprechend ist oder eine Prüfung des Konventionsverstößes innerhalb eines solchen Rechtsbehelfes gar nicht möglich ist.²¹ Besteht ein Rechtsbehelf im nationalen Recht, so trifft die Beschwerdeführerin beziehungsweise den Beschwerdeführer die Beweislast, dass dieser Rechtsbehelf ineffektiv ist. Es muss also stets sorgfältig dargelegt werden, warum ein Rechtsbehelf ineffektiv ist. Dazu sollte der Fall konkret der einschlägigen nationalen Rechtsprechung der noch anzurufenden Gerichte gegenübergestellt werden, nach der keine Erfolgsaussichten bestehen.

Der Grundsatz der horizontalen Rechtswegerschöpfung gebietet es, die Menschenrechtsverletzung der Sache nach schon bei den nationalen Gerichten geltend zu machen, ohne dass es dabei allerdings erforderlich ist, sich ausdrücklich auf eine Verletzung der EMRK zu berufen. Eine Ausnahme von diesem Prinzip gilt allerdings dann, wenn das nationale Recht keine mit dem verletzten Konventionsrecht vergleichbaren subjektiven Rechte kennt. In diesem Fall ist eine ausdrückliche Rüge der Verletzung des betroffenen Konventionsartikels im nationalen Verfahren erforderlich. Andernfalls ist die Beschwerde unzulässig.

20 Vgl. dazu, aber auch zu den generellen Auswirkungen eines Urteils des EGMR: von Raumer, „Der Fall Dömel – Die Streichung des § 9 VermG auf dem Prüfstand der Europäischen Menschenrechtskonvention“ IFLA 2007, 61.

21 EGMR, *Aksoy / . Türkei*, 18.12.1996, 21987/93, RJD 1996-VI Nr. 26, S. 2285, § 52.

2. Sechsmonatsfrist²²

Für die Berechnung der Sechsmonatsfrist nach der letzten innerstaatlichen Entscheidung gelten die Grundsätze des jeweiligen nationalen Verfahrensrechts mit geringfügigen Modifizierungen. Kennt das nationale Verfahrensrecht das Zustellungserfordernis wie in Deutschland, so berechnet sich auch die Sechsmonatsfrist ab dem Datum der Zustellung der letzten nationalen Gerichtsentscheidung. Die Sechsmonatsfrist beim EGMR ist keine Eingangsfrist; zur Fristwahrung genügt die fristgemäße Absendung der Beschwerdeschrift.²³ Bei der Fristwahrung ist zu beachten, dass der EGMR die etwa in Deutschland geltende Feiertagsregel nicht anerkennt. Fristen können also auch an Feiertagen und Wochenenden ablaufen.

Seit dem 1. Januar 2014 gilt eine neue Verfahrensordnung des EGMR, in der insbesondere strengere Anforderungen an die Fristeinhaltung gestellt werden. So wird die Sechsmonatsfrist nur dann gewahrt, wenn die Beschwerde in dem dafür vorgesehenen Beschwerdeformular mit allen notwendigen Unterlagen vollständig eingereicht wird.²⁴

Bestehen Unsicherheiten, ob eine weitere Rechtswegerschöpfung erforderlich und geboten ist, kann innerhalb der Sechsmonatsfrist zunächst gegen die zunächst letzte nationale Entscheidung Beschwerde eingelegt und parallel der weitere Rechtsweg erschöpft werden. Darauf sollte der Gerichtshof bei der Beschwerdeeinlegung hingewiesen werden. In diesem Fall lässt der Gerichtshof in der Regel die Beschwerde ruhen, bis der nationale Rechtsweg erschöpft ist.

22 Mit dem Inkrafttreten des 15. Zusatzprotokolls zur EMRK wird die Frist auf vier Monate verkürzt. Das Protokoll wird allerdings erst nach Ratifikation durch alle 47 Mitgliedstaaten wirksam. Hierzu und zu weiteren Reformbestrebungen des EGMR siehe *Follmar-Otto*, Reform des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – eine Dauerbaustelle, in diesem Band oder in *Anwaltsblatt* 4/2014, 307.

23 Datiert der Poststempel einen Tag nach dem Datum auf der Beschwerdeschrift, geht der Gerichtshof für die Fristberechnung vom Datum auf der Beschwerdeschrift aus. Anderenfalls geht er vom Datum des Poststempels aus.

24 Zur Vollständigkeit der Beschwerde siehe unter IV. 2.

Das 15. ZP zur EMRK wird die Beschwerdefrist von sechs Monaten auf vier Monate absenken. Es ist bislang nicht in Kraft getreten.²⁵

3. Unzulässigkeit wegen Unvereinbarkeit der Beschwerde mit der Konvention

Eine Beschwerde ist ferner unzulässig, wenn sie unvereinbar mit der EMRK ist. Dabei wird unterschieden zwischen der Unvereinbarkeit *ratione personae*, *ratione loci*, *ratione temporis* und *ratione materiae*.

Die Beschwerde ist unvereinbar *ratione personae* mit der EMRK, wenn die Beklagte beziehungsweise der Beklagte nicht Vertragspartei ist oder ihr/ihm das schädigende Verhalten völkerrechtlich nicht zuzurechnen ist. Soweit etwa deutsche Truppen im Rahmen eines UN-Mandats eingesetzt sind, kann ihr Handeln Deutschland nicht zugerechnet werden.²⁶

Im Rahmen der Unvereinbarkeit *ratione loci* ist zu berücksichtigen, dass die Vertragspartei nur bezüglich ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die Verpflichtungen der EGMR eingegangen ist. So hat im Fall *Bankovic u.a. ./.* Belgien u.a.²⁷ der EGMR die Beschwerde gegen die NATO-Mitgliedstaaten wegen Bombardements des früheren Jugoslawiens als unzulässig angesehen, weil ein Luftkrieg nicht zur Ausübung von Hoheitsgewalt führe. Grundsätzlich ist der Konventionsstaat im eigenen Hoheitsgebiet verantwortlich, aber auch in Gebieten, für deren internationale Beziehungen er verantwortlich ist (Art. 56 Abs. 1). Eine Verantwortung trifft ihn auch in Gebieten, in denen er effektive Kontrolle ausübt, wie dies etwa bei der Besetzung von Territorium in einem Bodenkrieg der Fall sein kann.²⁸

25 Aktueller Ratifikationsstand unter: <http://conventions.coe.int>. Es ist die Ratifikation durch alle Vertragsparteien der EMRK erforderlich, siehe Art.7 und oben Fn. 22.

26 EGMR (GC), *Behrami u. Behrami ./.* Frankreich sowie *Saramati ./.* Frankreich, Deutschland und Norwegen, 2.5.2007, 71412/01 und 78166/01, NVmZ 2008, 645.

27 EGMR, *Banković u. a. ./.* Belgien u. a., 12.12.2001, 52207/99, ECHR 2001-XII = NJW 2003, 413.

28 Näher: fact sheet „Extraterritoriale Anwendung der Konvention“ (Fn. 7).



Eine Beschwerde ist wegen Unvereinbarkeit *ratione temporis* unzulässig, wenn der gerügte Eingriff vor Inkrafttreten der Konvention oder des Zusatzprotokolls erfolgte. Bei fortdauernder Verletzung gilt grundsätzlich nur der Zeitraum nach Inkrafttreten der Konvention als relevant. Etwa bei Beschwerden wegen überlanger Verfahrensdauer i.S.d. Art. 6 kann aber auch die Dauer des Verfahrens vor Inkrafttreten der Konvention oder des Zusatzprotokolls (ZP) mit in die Angemessenheitsprüfung der Verfahrensdauer insgesamt einfließen. Bei einer Eigentumsverletzung iSd Art. 1 des 1. ZP sind Beschwerden grundsätzlich unzulässig, die sich gegen vor Inkraft-Treten des 1. ZP abgeschlossene und nur in ihren Auswirkungen fortdauernde, eigentumsbeeinträchtigende Rechtsakte wenden.²⁹ Ausnahmsweise hat der Gerichtshof in einem durch die Teilung Zyperns bedingten Fall auch eine fortdauernde Beeinträchtigung des Eigentums anerkannt.³⁰ Eine Beschwerde kann aber bei schon vor Inkrafttreten der Konvention abgeschlossenen Enteignungsakten *ratione temporis* dann zulässig sein, wenn das nationale Recht nach Inkrafttreten der Konvention Wiedergutmachungsansprüche aus diesen Eigentumsentziehungen schafft, die dann für sich genommen eine Eigentumsposition („legitimate expectation“) iSd Art. 1 des 1. ZP begründen können.³¹

Eine Beschwerde ist unvereinbar *ratione materiae* mit der EMRK, wenn sich die beschwerdeführende Person auf ein Recht beruft, das in der Konvention nicht geschützt ist oder bezüglich dessen der beklagte Staat einen Vorbehalt eingelegt hat. Dieses Problem ergibt sich sehr häufig bei Art. 14, dem Diskriminierungsverbot. Dieses konstituiert keinen allgemeinen Gleichheitssatz, wie etwa Art. 3 Abs. 1 GG, sondern ist nur anwendbar im Geltungsbereich eines anderen Konventionsgrundrechtes.³² Bei einer Rüge wegen Verletzung des Art. 14 EMRK ist also immer auch die Eröffnung des Schutzbereiches eines anderen Konventionsrechtes darzulegen.

29 EGMR (GC), v. *Maltzan u.a.* / Deutschland, 2.3.2005, 71916/01 u. a., EuGRZ 2005, 305.

30 EGMR, *Loizidou* / Türkei, 23.3.1995, 15318/89, Ser. A 310, § 62.

31 EGMR, *Broniowski* / Polen, oder Fn. 7. Zur „legitimate expectation“ vgl. *Rudolf/ von Raumer*, Der Schutzzumfang der Europäischen Menschenrechtskonvention, in diesem Band oder in Anwaltsblatt 5/2009, 318.

32 Vergleiche hierzu *Rudolf/ Raumer*, Der Schutzzumfang der Europäischen Menschenrechtskonvention, in diesem Band oder in Anwaltsblatt 5/2009, 318.

IV. Wie erhebt man eine Beschwerde?

Für die Beschwerdeeinlegung gibt es keinen Anwaltszwang, und sie kann, wie schon dargelegt, in Deutsch erfolgen.³³

Seit Inkrafttreten der neuen Verfahrensordnung Anfang 2014 werden strengere Anforderungen an die Beschwerdeeinreichung gestellt (siehe Art. 47 Verfo). So ist zwingend das Beschwerdeformular des Gerichts zu verwenden und alle erforderlichen Unterlagen sind beizufügen. Hierfür steht ein ausführliches Merkblatt zur Verfügung.³⁴ Die Vollständigkeit der Beschwerde ist notwendige Voraussetzung für die Fristeinhaltung (siehe unter III.2.). Zu beachten ist insbesondere Art. 47 Abs. 2 (a) Verfo, wonach alle anzugebenden Informationen zum Sachverhalt, den geltend gemachten Verletzungen und zur Erfüllung der Zulässigkeitsvoraussetzungen ausreichend sein müssen, um den Gerichtshof in die Lage zu versetzen, die Art und den Umfang der Beschwerde ohne Rückgriff auf andere Dokumente zu bestimmen.

Die Beschwerde muss Angaben zur beschwerdeführenden Person (Name, Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit, Anschrift etc.) enthalten. Bei einer Vertretung ist noch die Benennung der Vertreterin/des Vertreters, die schriftliche Vollmacht und die Unterschrift der Vertreterin/des Vertreters erforderlich, die in dem Beschwerdeformular integriert ist.

Des Weiteren muss die Beschwerde eine kurze Darstellung des Sachverhalts und der behaupteten Konventionsverletzung mit Begründung enthalten. Zu jedem einzelnen Beschwerdepunkt muss angegeben werden, welche Rechte aus der Konvention verletzt wurden, und inwieweit die Angaben zum Sachverhalt diese Verletzung begründen. Insbesondere bei der Darlegung des Sachverhalts sollten die Tatsachen klar und umfassend, aber kurz dargestellt werden. Die Ereignisse sollten in chronologischer Reihenfolge beschrieben und mit Daten versehen werden.

33 Zur Sprache im weiteren Verfahren siehe oben Fn. 3 und das Prüfschema zur Zulässigkeit in Anwaltsblatt 5/2009, 324.

34 Beide Dokumente können heruntergeladen werden unter <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/deu&c=>.

Für den Fall, dass nicht alle nach nationalem Recht möglichen Rechtsmittel ausgeschöpft wurden, ist es erforderlich, detailliert zu begründen, warum dies unterblieben ist, insbesondere warum nach der ständigen Rechtsprechung der noch anzurufenden Gerichte keine Erfolgsaussichten bestanden. Unbedingt sollte auch das im Beschwerdefall geltende nationale Recht dargestellt werden. Das ist besonders wichtig, weil in dem zunächst einmal entscheidenden Vorprüfungsverfahren nicht zwingend ein Richter oder eine Richterin aus Deutschland beteiligt ist, so dass nicht immer Detailkenntnisse der jeweiligen Richter im deutschen Recht vorausgesetzt werden können. Prüft eine Einzelrichterin oder ein Einzelrichter eine Beschwerde gegen die Bundesrepublik Deutschland, so darf dies nicht eine deutsche Richterin oder ein deutscher Richter sein. Auch dem Ausschuss gehört nicht zwingend eine Richterin oder ein Richter des Staates an, gegen den sich die Beschwerde richtet. Zwar verfügt der Gerichtshof über gut ausgebildete juristische Mitarbeitende aus den Vertragsstaaten. Gleichwohl können sich schon im nationalen Verfahren komplexe rechtliche Probleme ergeben, von deren richterlicher Bewertung im Einzelfall auch die konventionsrechtliche Betrachtung abhängig sein kann.

Zum Mindestinhalt einer Beschwerde gehören außerdem die dem Beschwerdeformular beizufügenden Unterlagen, die nach Datum und Art des Verfahrens sortiert, seitenmäßig nummeriert und in einer chronologischen Liste festgehalten werden müssen. Hierzu zählen die einschlägigen Entscheidungen oder schriftliche Nachweise aller Maßnahmen, die Gegenstand der Beschwerde sind, das heißt insbesondere die Urteile der nationalen Gerichtsinstanzen sowie die Nachweise über die Einhaltung der Frist und die Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsbehelfe. Des Weiteren sollten insbesondere auch Anträge und Vorbringen in den erstinstanzlichen und Revisionsverfahren beigelegt werden, aus denen hervorgeht, dass die Konventionsverletzung vor Gericht vorgebracht wurde. Alle maßgeblichen Dokumente sollten der Beschwerde unbedingt in Kopie beigelegt werden, da die Dokumente nicht zurückgeschickt werden können.

Wenngleich ein Antrag zu diesem Zeitpunkt noch nicht zwingend erforderlich ist, sollte bereits in der Beschwerdeschrift ein Antrag auf Fest-

stellung der Verletzung der Konvention oder des Zusatzprotokolls gestellt werden, wenn möglich auch bereits der Antrag auf gerechte Entschädigung gem. Art. 41.³⁵ Das kann in einem, das Beschwerdeformular ergänzenden, maximal 20seitigen zusätzlichen Begründungsschriftsatz geschehen, der dem Formular mit weiteren Ausführungen beigelegt werden darf. Zwar sind ein solcher Antrag und die schlüssige Begründung der Schadenshöhe erst dann förmlich erforderlich, wenn die Beschwerde nach einer Vorprüfung durch den Ausschuss dem Vertragsstaat zugestellt wurde und der Gerichtshof eine erneute Stellungnahme des Beschwerdeführers auch zum Schadenersatzantrag fordert. Da jedoch ohne Antrag eine Schadenersatzverurteilung durch den EGMR ausgeschlossen ist, ist es empfehlenswert, den Antrag sofort bei Beschwerdeeinreichung zu stellen. Er kann dann aber auch erst der Höhe nach substantiiert und begründet werden, wenn der EGMR dazu, in der Regel gemäß Art. 54A VerFO nach Zustellung der Beschwerde auffordert.

Für den Fall, dass eine eilige Entscheidung geboten ist, kann zunächst ein Antrag auf dringliche Mitteilung der Beschwerde gemäß Art. 40 der VerFO gestellt werden, der darauf zielt, dass der beklagte Staat sofort über die Beschwerde unterrichtet wird. Das kann gegebenenfalls zu einem (freiwilligen) Vollzugaufschub durch den beklagten Staat führen. Weitergehend ist der Antrag auf vorrangige Behandlung der Beschwerde gemäß Art. 41 S. 2 VerFO, der zur Beschleunigung und ebenfalls zu einem freiwilligen Vollzugaufschub des Staates führen kann. Der dritte und am weitesten reichende Antrag ist der Antrag auf Erlass vorläufiger Maßnahmen gemäß Art. 39 VerFO. Einem solchen Antrag gibt der Gerichtshof aber nur unter besonderen Umständen statt. Erforderlich ist jedenfalls die Erschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsschutzmöglichkeiten mit aufschiebender Wirkung und des innerstaatliche Eilrechtsschutzes. Ferner muss detailliert dargelegt werden, dass und durch welche unmittelbar bevorstehende staatliche Maßnahme die Gefahr eines irreversiblen Schadens besteht.

35 Hierzu sollte die zugehörige Praxisanleitung verwendet werden, die unter folgender Adresse in englischer Sprache abrufbar ist (wobei zu beachten ist, dass sie derzeit überarbeitet wird): http://www.echr.coe.int/Documents/PD_satisfaction_claims_ENG.pdf (aufgerufen am 05.06.2014).



Ferner muss eine hohe Wahrscheinlichkeit einer, ohne die vorläufigen Maßnahmen drohenden Konventionsverletzung vorliegen.

C. Fazit

2013 waren 1.528 Beschwerden gegen Deutschland anhängig; im gleichen Jahre stellte der EGMR in lediglich drei Fällen eine Konventionsverletzung durch Deutschland fest.³⁶ Allerdings schwanken die Urteilszahlen stark. 2011 etwa wurde Deutschland 31mal wegen Verletzung der Konvention verurteilt.³⁷ Lohnt sich also der anwaltliche Aufwand? Ja – aus drei Gründen:

- Erstens beruht die bisherige geringe Erfolgsquote von Beschwerden gegen Deutschland darauf, dass der überwiegende Teil der oft ohne qualifizierte anwaltliche Hilfe eingelegten Beschwerden für unzulässig erklärt wurde. Diesem Mangel lässt sich durch kompetente anwaltliche Beratung abhelfen.
- Zweitens mag lange Zeit die Verfassungsbeschwerde einen wirksamen Filter für den EGMR gebildet haben. Mit der Zunahme an un- oder kaum begründeten Nichtannahmeentscheidungen verliert das Bundesverfassungsgericht seine Filterfunktion – zugleich wachsen die Erfolgsaussichten einer EGMR-Beschwerde.
- Drittens zeigen etwa die Fälle Caroline von Hannover, Heinisch oder Görgülü, dass gerade bei der Abwägung von Grundrechten in mehrpoligen Verhältnissen unterschiedliche Lösungen gut vertretbar sind, das Bundesverfassungsgericht also nicht das letzte Wort haben muss.

36 Annual Report 2013 of the European Court of Human Rights, Council of Europe 2014 (provisional edition), S. 200 und 202 (http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2013_prov_ENG.pdf).

37 Annual Report 2011 of the European Court of Human Rights, Council of Europe 2011, S. 156 – 162 (http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2011_ENG.pdf).

Für die anwaltliche Praxis heißt dies: Eine Anwältin oder ein Anwalt sollte nach einer negativen letztinstanzlichen Entscheidung beziehungsweise einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts unverzüglich Zulässigkeit und Begründetheit einer etwaigen Beschwerde summarisch prüfen und sich bei Zweifelsfragen Rat holen. Um den Erfolg einer etwaigen EGMR-Beschwerde vorzubereiten, empfehlen sich unter Umständen bereits im innerstaatlichen Instanzenzug eine ausdrückliche Berufung auf die EMRK oder Argumentationen und Anträge, um die etwa notwendigen Feststellungen im Urteil zu erreichen. Nach einer gewissenhaften Überprüfung jedes Falles auf seine spezifisch konventionsrechtlichen Besonderheiten besteht nicht selten die realistische Aussicht, dass der Anwalt oder die Anwältin der eigenen Mandantschaft auf dem Weg über „Straßburg“ noch zu ihrem Recht verhilft und zugleich dazu beiträgt, den Grundrechtsschutz in Deutschland fortzuentwickeln.

Menschenrechtsverträge als Quelle von individuellen Rechten

Innerstaatliche Geltung und Anwendbarkeit von Menschenrechtsverträgen am Beispiel der UN-Kinderrechtskonvention*

Dr. Hendrik Cremer

Die Europäische Konvention für Menschenrechte hat in den vergangenen Jahren den Weg in die deutsche Rechtspraxis gefunden. Noch nicht im Fokus der Anwaltschaft stehen indes die UN-Menschenrechtsverträge, obwohl sich auch aus ihnen individuelle Rechte ableiten lassen. Der Beitrag zeigt am Beispiel der UN-Kinderrechtskonvention auf, dass deren Normen geltendes Recht in der deutschen Rechtsordnung sind und die staatliche Gewalt umfassend binden.

I. Einleitung – oder: Menschenrechtsverträge in der Anwaltspraxis

Die Gewährleistung der Menschenrechte durch völkerrechtliche Verpflichtungen der Staaten ist einer der zentralen Aspekte des modernen Völkerrechts. Dieses beschäftigt sich nicht mehr allein mit den Rechtsverhältnissen zwischen den Staaten, sondern auch mit dem Schutz von Individuen. Die vertraglichen Verpflichtungen zielen darauf ab, die Menschenrechte im Jurisdiktionsbereich aller Vertragsparteien zu gewährleisten. Deren Einhaltung überprüfen internationale Gerichtshöfe wie etwa der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, aber auch Spruchkörper auf universeller Ebene, die UN-Menschenrechtsausschüsse. Die Geltendmachung individualrechtlicher Rechtspositionen durch Einzelpersonen ist auf völkerrechtlicher Ebene dann möglich, wenn ein völkerrechtlicher Vertrag dem Einzelnen dazu die Möglichkeit einräumt. Sämtliche UN-

* Aktualisierte Version des unter demselben Titel veröffentlichten Aufsatzes in Anwaltsblatt 3/2011, 159.

Menschenrechtsverträge enthalten mittlerweile entsprechende Individualbeschwerdeverfahren.¹

Wenngleich die Frage, ob UN-Menschenrechtsverträge individualrechtliche und justiziable Verbürgungen enthalten, mit der Etablierung von Individualbeschwerdeverfahren längst und eindeutig entschieden ist, stößt man im deutschen Schrifttum wie auch in der deutschen Rechtsprechung bis heute auf Auffassungen, die diese Entwicklungen nicht ausreichend zur Kenntnis nehmen.

Im Folgenden wird am Beispiel der UN-Kinderrechtskonvention (KRK) aufgezeigt, dass deren Normen geltendes Recht in der deutschen Rechtsordnung sind und die staatliche Gewalt umfassend binden. Insbesondere soll deutlich werden, warum deren Bestimmungen im Grundsatz individualrechtlichen Charakter in dem Sinne besitzen, dass sie Kindern oder ihren gesetzlichen Vertretern die Möglichkeit eröffnen, sich in der deutschen Rechtsordnung auf sie zu berufen. Zudem wird erläutert, dass die Bundesregierung den Weg frei gemacht hat, die Bestimmungen der KRK in der deutschen Rechtspraxis anzuwenden, indem sie im Juli 2010 völkerrechtliche Vorbehalte zurückgenommen hat und Deutschland die KRK nunmehr vollumfänglich anerkennt.²

Am Beispiel von Art. 20 KRK werden zudem konkrete und relevante Anwendungsbereiche der KRK in der deutschen Rechtsordnung aufgezeigt. Art. 20 KRK begründet für Kinder in einer konkreten Notsituation ein Recht auf Betreuung und Unterbringung zum Wohl des Kindes. Vereinzelt haben deutsche Gerichte Art. 20 KRK bereits zur Begründung eines Ab-

1 Zu nennen sind hier das Anti-Rassismus-Abkommen von 1965 (Art. 14), das Fakultativprotokoll zum Internationalen Zivilpakt (IPbpr) von 1966, die Antifolterkonvention von 1984 (Art. 22), das Fakultativprotokoll zur Frauenrechtskonvention von 1979 und das Fakultativprotokoll zur Behindertenrechtskonvention von 2006. Auch zum Internationalen Sozialpakt (IPwskR) von 1966 gibt es seit 2008 ein Fakultativprotokoll, das ein Individualbeschwerdeverfahren vorsieht und das im Mai 2013 international in Kraft getreten ist. Für Deutschland ist das Verfahren mangels Ratifikation noch nicht wirksam. Das seit April 2014 zur UN-Kinderrechtskonvention (KRK) existierende Beschwerdeverfahren ist mit Ratifikation des 3. Fakultativprotokolls für Beschwerden gegen Deutschland offen. Siehe dazu Cremer, Vereinte Nationen 2014, S. 22 ff.

2 Siehe dazu genauer Cremer, Die UN-Kinderrechtskonvention, 2. Auflage, 2012.

schiebungshindernisses oder zur Begründung einer Aufenthaltsgenehmigung in ihre Entscheidungsfindung einbezogen.³

II. Kinder als Träger eigener Rechte in der KRK

1. Auslegung völkerrechtlicher Verträge

Die Erörterung der Frage, ob die KRK individualrechtliche Verbürgungen begründet, erfolgt wie alle Auslegungsfragen völkerrechtlicher Verträge nach dem objektiven Ansatz, wie er in Art. 3133 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) kodifiziert worden ist und sich sowohl im Schrifttum als auch in der Staatenpraxis durchgesetzt hat.⁴ Danach hat sich die Auslegung eines Vertrags primär an seiner gewöhnlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhang und am Ziel und Zweck des Vertrages zu orientieren. Hingegen gilt die historische Auslegung ausdrücklich nur als ergänzende Auslegungsmethode. Diese darf lediglich herangezogen werden, um entweder ein unter Anwendung der anderen Auslegungsmittel gewonnene Auslegung des Vertragstextes zu bestätigen oder wenn die anderen Auslegungsmethoden zu keinem oder keinem sinnvollen Ergebnis führen. Bei der Wortlautauslegung ist zu berücksichtigen, dass sie sich auf ihre verbindlichen Fassungen⁵ zu beziehen hat, wie etwa die englische oder französische. Dies kann dann von Bedeutung sein, wenn die deutsche amtliche Übersetzung der KRK von den verbindlichen Fassungen abweicht.

Im Rahmen der teleologischen Auslegung ist von Bedeutung, dass Verträge zum Schutz der Menschenrechte unter Berücksichtigung der Wei-

3 Zur Begründung von Abschiebehindernissen siehe VG Arnsberg, InfAuslR 1996, 285 f.; VG Hannover, Urteil v. 11.4.1997, 5 A 7174/96. Zur Begründung einer Aufenthaltsgenehmigung hat das VG Frankfurt/Main unter Bezugnahme auf Art. 20 KRK ausgeführt, dass der Aufenthalt eines Kindes genehmigt werden müsse, wenn eine Familienzusammenführung mit den Eltern in einem anderen Land nicht möglich ist und das Kind seit mehreren Jahren in einer Pflegefamilie lebt (InfAuslR 1994, S. 314, 316).

4 Siehe *Heintschel von Heinegg*, in: Ipsen, Völkerrecht, 5. Aufl., § 11, Rn. 4 ff.

5 Art. 54 KRK.

terentwicklung des Menschenrechtsverständnisses („evolutiv-dynamisch“) auszulegen sind. Im Übrigen können bei der Auslegung von UN-Menschenrechtsverträgen wie der KRK einschlägige Ausführungen der für die Prüfung und Überwachung der Einhaltung der Verträge zuständigen UN-Ausschüsse hilfreich sein.⁶ Diese können sich aus der Spruchpraxis der UN-Ausschüsse im Rahmen von Individualbeschwerdeverfahren ergeben wie auch aus so genannten Allgemeinen Bemerkungen. Die in unregelmäßigen Abständen erscheinenden Allgemeinen Bemerkungen der Menschenrechtsausschüsse⁷ haben den Zweck, den Inhalt der Bestimmungen der Menschenrechtsverträge genauer zu bestimmen und in diesem Zuge einen konkreteren, handhabbareren Maßstab für die Anwendung und Auslegung ihrer Bestimmungen zu entwickeln. Sie sind zwar nicht verbindlich, genießen aber hohe Autorität.⁸

2. Kinder sind Träger eigener Rechte

Wie bei vielen Menschenrechtsverträgen beschreiben auch in der KRK zahlreiche Bestimmungen staatliche Pflichten. Daher stellt sich die Frage, ob die Normen der KRK individualrechtlichen Charakter besitzen. Hierfür ist die Grundsatznorm des Art. 2 Abs. 1 KRK⁹ von zentraler Bedeutung.¹⁰ Danach beziehen sich die eingegangenen Verpflichtungen der Vertragsstaaten auf Einhaltung in der KRK manifestierter Rechte. In Art. 2 Abs. 1 KRK heißt es: „Die Vertragsstaaten achten die in diesem Übereinkommen festgelegten Rechte und gewährleisten sie jedem ihrer Hoheitsgewalt un-

6 Siehe etwa zur Auslegung des Art. 12 Abs. 4 IPbPR unter Bezugnahme auf einschlägige Ausführungen des UN-Ausschusses für bürgerliche und politische Rechte, BVerwG, NWVZ 2010, 389, 391 f.

7 Die Allgemeinen Bemerkungen (General Comments) des UN-Ausschusses für die Rechte des Kindes finden sich unter <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx> (aufgerufen am 30. April 2014). Das Deutsche Institut für Menschenrechte hat einen Großteil in deutscher Übersetzung veröffentlicht.

8 Siehe dazu etwa BVerfG Beschluss v. 5.7.2013, 2 BvR 708/12, Rn. 24.

9 Art. 2 Abs. 1 KRK enthält mehrere grundlegende Regelungen. Neben der Verpflichtung, die Rechte der KRK zu achten und zu gewährleisten, enthält Art. 2 Abs. 1 KRK ein akzessorisches Diskriminierungsverbot und bestimmt den räumlichen Geltungsbereich der Konvention.

10 Vgl. van Bueren, *Rights of the Child*, S. 391; Dorsch, *Die Konvention über die Rechte des Kindes*, S. 116; Hodgkin/Newell, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, S. 19 und S. 51; Coester-Waltjen, in: von Münch/Kunig, *GG-Kommentar*, 5. Aufl., Art. 6 GG, Rn. 132; Detrick, *Commentary*, S. 68.

terstehenden Kind ...“ Die Norm ist demnach zwar als Staatenverpflichtung („Die Vertragsstaaten achten ... und gewährleisten ...“) formuliert, diese bezieht sich allerdings auf die Erfüllung der durch die Konvention festgelegten Rechte des Kindes. Art. 2 Abs. 1 spricht ausdrücklich von Rechten des Kindes, und setzt deren Existenz in der Konvention demnach voraus. Die Konvention begreift Kinder demnach grundsätzlich als Träger eigener Rechte.¹¹

a) Lediglich zwischenstaatliche Verpflichtungen?

Dem gegenüber wird vereinzelt vertreten, dass die KRK lediglich zwischenstaatliche Pflichten enthalte. Als Begründung wird insbesondere auf die Terminologie in einzelnen Artikeln des Abkommens Bezug genommen, in denen Formulierungen verwendet werden wie „Die Vertragsstaaten stellen sicher ...“ „Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen ...“ oder „Die Vertragsstaaten erkennen an ...“.¹²

Die KRK als einen Vertrag mit lediglich zwischenstaatlichen Verpflichtungen einzuordnen, vermag nicht zu überzeugen. Zwar ist sie in ihren Bestimmungen nicht selten so formuliert, dass Zweifel an ihrem individualrechtlichen Charakter nachvollziehbar erscheinen. Zwischenstaatlichen Verpflichtungen und Berechtigungen sind hingegen charakteristisch für völkerrechtliche Verträge des traditionellen Typs (etwa Friedensverträge), in denen die Vertragsstaaten ihre gegenseitigen Beziehungen regeln. Die KRK enthält demgegenüber nur einige Bestimmungen, die in Teilen die zwischenstaatliche Ebene betreffen.¹³ Die Zielrichtung der KRK verläuft primär nach innen; ihre Erfüllung erfolgt vor allem gegenüber einzelnen Kindern.

11 Die Einbindung des Kindes in familienrechtliche Eltern-Kind-Beziehungen steht der Gewährleistung eigener Rechte des Kindes nicht entgegen. Siehe Art. 5 KRK und Art. 18 Abs. 1, S. 2 KRK.

12 *Hailbronner*, JZ 1995, S. 133,

13 Vgl. Art. 4 S. 2, 2. Hs., Art. 17 lit. b), Art. 21 lit. e), Art. 23 Abs. 4, Art. 24 Abs. 4, Art. 28 Abs. 3, Art. 34, Art. 35 KRK.

b) Implementierungspflicht als Ausdruck fehlender Individualrechte?

Unter Bezugnahme auf die allgemeine Bestimmung des Art. 4 S. 1 KRK¹⁴ wird des Weiteren vertreten, dass die Bestimmungen der KRK zwar Staatenverpflichtungen gegenüber Kindern begründen, aber keine Grundlage für die Geltendmachung individueller Rechtsansprüche. Diese Interpretation von Art. 4 S. 1 findet sich insbesondere in der Denkschrift der Bundesregierung zur KRK aus dem Jahr 1991¹⁵; sie hat sowohl im deutschen Schrifttum wie auch in der deutschen Rechtsprechung Zustimmung erfahren.¹⁶

Aus Art. 4 S. 1 KRK ist hingegen nicht zu schließen, dass die KRK lediglich Staatenverpflichtungen begründet. Es handelt sich bei Art. 4 S. 1 KRK vielmehr um eine allgemeine Implementierungspflicht, wie sie in sämtlichen UN-Menschenrechtsverträgen enthalten ist. Dabei bezieht sich die Implementierungsverpflichtung auf die „Verwirklichung der in diesem Übereinkommen anerkannten Rechte“. Die Norm hat damit vor allem deklaratorische Bedeutung. Sie kodifiziert die nach allgemeinem Völkerrecht bestehende völkerrechtliche Verantwortlichkeit des gesamten Staates als Völkerrechtssubjekt.¹⁷ Art. 4 S. 1 KRK stellt klar, dass die Vertragsstaaten den Gesamtzustand nationalen Rechts und nationaler Rechtspraxis auf das Übereinkommen einzustellen haben, um so die Effektivität des Rechtsgenusses tatsächlich zu gewährleisten.¹⁸

14 Art. 4 S. 1 KRK lautet: „Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstigen Maßnahmen zur Verwirklichung der in diesem Übereinkommen anerkannten Rechte.“

15 BT-Drucks. 12/42, S. 32 f. und S. 36.

16 Siehe etwa *Jeand'Heur*, Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes und staatliche Interventionspflichten, S. 189 f.

17 Siehe dazu genauer unten III. 1.

18 Vgl. *Tomuschat*, in: Festschrift Zacher, S. 1148; *van Bueren*, Rights of the Child, S. 391 f.; *Detrick*, Commentary, S. 100 f.; *Cremer*, Die „General Comments“ zu den VN-Menschenrechtsverträgen, S. 531 f., unter Bezugnahme auf die Allgemeinen Empfehlungen des Ausschusses der KRK.

c) Keine individualrechtlichen Verbürgungen der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte?

Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, der Geltungsumfang des Art. 2 Abs. 1 KRK erstrecke sich aufgrund der Regelung des Art. 4 S. 2 KRK¹⁹ nicht auf die in der KRK enthaltenen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte. Demzufolge hänge die Beurteilung der Frage, ob eine Bestimmung der KRK individualrechtlichen Charakter habe, davon ab, ob sie den bürgerlichen und politischen Rechten oder den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten zuzuordnen ist.²⁰

Die Verpflichtung der Vertragsstaaten aus Art. 2 Abs. 1 KRK, die in der Konvention festgelegten Rechte zu achten und zu gewährleisten, erstreckt sich hingegen gleichermaßen auf alle in der Konvention festgelegten Rechte.²¹ Zwar weist Art. 4 S. 2 KRK einen gesonderten Standard hinsichtlich der Implementierungspflichten wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte auf, er schließt den Geltungsumfang der Grundsatznorm Art. 2 Abs. 1 KRK für diese Rechte aber keineswegs aus. Art. 4 S. 2 KRK besagt lediglich, dass die Maßnahmen nach Art. 4 S. 1 KRK zur Verwirklichung der in der Konvention anerkannten Rechte hinsichtlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte „unter Ausschöpfung ihrer verfügbaren Mittel“ zu verwirklichen sind.

Der Auffassung, wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte begründeten keine individualrechtliche Rechtspositionen, liegt ein überholtes Verständnis dieser Rechte zugrunde. Im Gegensatz zu den bürgerlichen und politischen Rechten wurden sie lange Zeit lediglich als Programmsätze oder rechtspolitische Zielbestimmungen verstanden, die einer gerichtlichen Überprüfung grundsätzlich nicht zugänglich sein sollten. Mittlerweile hat sich aber die Auffassung durchgesetzt, nach der auch die wirt-

19 Art. 4 S. 2 KRK lautet: „Hinsichtlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte treffen die Vertragsstaaten derartige Maßnahmen unter Ausschöpfung ihrer verfügbaren Mittel und erforderlichenfalls im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit.“

20 Dorsch, Die Konvention über die Rechte des Kindes, S. 118 und S. 169.

21 Vgl. van Bueren, Rights of the Child, S. 391; Detrick, Commentary, S. 68 f.; Cremer, Die „General Comments“ zu den VN-Menschenrechtsverträgen, S. 527 ff., unter Bezugnahme auf die Allgemeinen Empfehlungen des Ausschusses der KRK.

schaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte für individuelle Rechtspositionen stehen und justiziable (einklagbare) Elemente enthalten. Damit lässt sich ebenso erklären, dass mittlerweile auch ein Individualbeschwerdeverfahren zum Sozialpakt geschaffen worden ist.²² Auch zur KRK gibt es mittlerweile ein Individualbeschwerdeverfahren, in dem eine Verletzung sämtlicher Rechte, auch der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte geltend gemacht werden kann.²³

Jedes Recht, unabhängig davon, ob es den bürgerlichen und politischen Rechten oder den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten zugeordnet wird, begründet also staatliche Verpflichtungen. Dabei werden menschenrechtliche Verpflichtungen der Staaten seit den 1990er Jahren sowohl in der Wissenschaft als auch seitens der Menschenrechtsausschüsse auf UN-Ebene in einer Pflichtentrias ausdifferenziert, die für das Verständnis der Menschenrechte und ihre Anforderungen an die Staaten maßgeblich geworden ist. Es geht hier um Achtungs-, Schutz- und Gewährleistungspflichten des jeweiligen Vertragsstaates.²⁴

Darüber hinaus sind Menschenrechte – auch wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte – justiziablel, wenn bestimmte Personengruppen von Rechten ausgeschlossen oder im Schutzbereich eines Rechts benachteiligt werden. Wird beispielsweise einem Mädchen aufgrund seines Geschlechts der Zugang zum Schulbesuch vom Staat verweigert, stellt dies eine Verletzung einer Achtungspflicht dar, die dem Recht auf Bildung (Art. 28 KRK) innewohnt. Zudem liegt in einem solchen Fall eine Verletzung des akzessorischen Diskriminierungsverbotes nach Art. 2 Abs. 1 KRK²⁵ in Verbindung mit Art. 28 KRK vor.

22 Siehe dazu genauer *Aichele*, Vereinte Nationen 2/09, S. 72 ff.

23 Siehe dazu *Cremer*, Vereinte Nationen 2014, S. 22 ff.

24 Mit Gewährleistungspflichten sind beispielsweise infrastrukturelle oder finanzielle Maßnahmen gemeint, die ein Staat zur Verwirklichung eines Rechts zu unternehmen hat. Schutzpflichten verlangen vom Staat, Maßnahmen zu ergreifen, die Privatpersonen daran hindern, das jeweilige Recht zu beeinträchtigen. Achtungspflichten setzen den Staaten Grenzen im Hinblick auf direkte und indirekte Eingriffe in menschenrechtliche Verbürgungen.

25 Das akzessorische Diskriminierungsverbot des Art. 2 Abs. 1 KRK erweitert den Schutzbereich der Konventionsrechte.

3. Vorbehaltlose Anerkennung der KRK: Signal für die Rechtspraxis

Deutschland hat bei Ratifikation der KRK im Jahr 1992 mehrere Erklärungen angebracht,²⁶ die auf Einschränkungen der Verpflichtungen aus der Konvention abzielten. Besonders gravierend war der so genannte „Ausländervorbehalt“. Mit diesem Vorbehalt bezweckte Deutschland, sich von jeglichen aus der Konvention resultierenden Verpflichtungen gegenüber ausländischen Kindern frei zu zeichnen.²⁷ In einer weiteren Erklärung Deutschlands hieß es, dass die Konvention lediglich Staatenverpflichtungen begründet und „...innerstaatlich keine unmittelbare Anwendung findet.“ Diese Erklärungen führten dazu, dass die KRK in der deutschen Rechtspraxis in der Vergangenheit beinahe keine Rolle spielte. Nach vielfältiger und anhaltender Kritik – auch vom UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes – hat die Bundesregierung sie schließlich im Juli 2010 zurückgenommen, ohne dass damit gesetzliche Änderungen einhergingen.

Mit der vorbehaltlosen Anerkennung der KRK hat die Bundesregierung aber den Weg geebnet, dass menschenrechtliche Verbriefungen in der Rechtspraxis stärker zur Geltung kommen. Dem entsprechend hat die damalige Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger anlässlich der Rücknahme der Erklärungen zur KRK erklärt, dass sie darin ein klares Signal für „die Rechtsanwendung“ sehe. Dabei hat sie betont, dass Kinder Rechte haben, „ohne Wenn und Aber“, und dem Kindeswohl Vorrang gebühre. Im Hinblick auf minderjährige Flüchtlinge hat sie hervorgehoben, dass die KRK für Minderjährige bis zum 18. Lebensjahr gelte. Die Länder sollten insbesondere „ihre legislative Praxis und die Gesetzesanwendung“ im Bereich der Abschiebungshaft kritisch überprüfen. Zudem sei es richtig, im Asylverfahren nicht nur Jugendlichen bis zum 16. Lebensjahr, sondern bis zum 18. Lebensjahr einen angemessenen Rechtsbeistand zur Seite zu stellen.²⁸

26 BGBl. 1992, Teil II, S. 990.

27 Dazu Cremer, InfAuslR 2009, S. 436 ff.

28 Pressemitteilungen des Bundesministeriums der Justiz v. 3.5.2010 und v. 15.7.2010.

III. Bindungswirkung der KRK in der deutschen Rechtsordnung

1. Bindung aller Staatsorgane

Nach dem Grundsatz der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit sind Staaten für alle ihnen zurechenbaren Handlungen und Unterlassungen, die gegen eine völkerrechtliche Norm verstoßen, verantwortlich. Diese Verantwortung erfasst alle Organarten und alle Stufen der hierarchischen Gliederung des Staatsgefüges. Das Völkerrecht nimmt hier auch keine Rücksicht auf die Bundesstaatsstruktur eines Staates. Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit erfasst nicht nur sämtliche Behörden; die Staaten sind ebenfalls für die von ihren Gerichten begangenen Völkerrechtsverletzungen verantwortlich.²⁹

a) Wirkung des deutschen Zustimmungsgesetzes: KRK ist geltendes Recht

Völkerrechtlich eingegangene Verpflichtungen haben allerdings nicht automatisch ihre Geltung oder unmittelbare Anwendbarkeit im innerstaatlichen Rechtsraum zur Folge. Nach allgemeinem Völkerrecht bleibt den Vertragsstaaten die Art und Weise, wie sie die völkerrechtlichen Verpflichtungen einer internationalen Konvention innerstaatlich umsetzen, vielmehr selbst überlassen. Es handelt sich hier also nicht um eine Frage völkerrechtlicher, sondern verfassungsrechtlicher Natur. Völkerrechtlich verpflichtet sind die einzelnen Staaten lediglich auf das Ergebnis der Vertragserfüllung.³⁰

Für die deutsche Rechtsordnung gilt, dass völkerrechtliche Verträge, die sich gemäß Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, der Zustimmung bzw. Mitwirkung der zuständigen Ge-

29 Ipsen, Völkerrecht, 5. Aufl., § 40, Rn. 1 ff., m. w. N.

30 Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl., § 848; EGMR hinsichtl. der EMRK, EuGRZ 1995, 16, 23.

setzgebungsorgane in der Form eines Bundesgesetzes bedürfen. Dementsprechend hat der Bundestag mit Zustimmung des Bundesrates im Februar 1992 das Gesetz zur KRK beschlossen.³¹

Die Verabschiedung eines Vertragsgesetzes verleiht dem Inhalt des völkerrechtlichen Vertrages Geltung im innerstaatlichen Rechtsraum, indem sie einen innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl setzt. Darüber hinaus legt sie auch den Rangplatz innerhalb der deutschen Rechtsordnung fest. So haben Verträge, deren innerstaatliche Geltung durch das Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG bewirkt wird, den Rang einfacher Bundesgesetze. Die deutschen Rechtsanwendungsorgane, Gerichte wie auch die vollziehende Gewalt, sind demzufolge an die Bestimmungen eines völkerrechtlichen Vertrages gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG).³²

Das Zustimmungsgesetz zu einem völkerrechtlichen Vertrag erfasst das gesamte Vertragswerk. Jedes Rechtsinstrument – auch die KRK – bildet eine Einheit, was bei der Auslegung seiner Bestimmungen beachtet werden muss. So kann es für die Begründung wie auch für das richtige Verständnis von Inhalt und Tragweite einer individualrechtlichen Position maßgebend sein, den systematischen Gesamtzusammenhang einzubeziehen.³³

b) Unmittelbare Anwendbarkeit

Ist eine völkerrechtliche Norm unmittelbar anwendbar, können sich Rechtsfolgen für den Einzelfall aus ihr ergeben. Die Norm kann in diesem Fall in direkter Anwendung die Entscheidungsgrundlage im Einzelfall bilden.

31 Vgl. BGBl. 1992 II, S. 121.

32 BVerfG, Beschluss v. 19.9.2006, 2 BvR 2115/01, Ziffer 52; BVerfGE 111, 307, 315 ff.

33 Tomuschat, in: Festschrift Zacher, S. 1150 f., m. w. N.; Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 5. Aufl., S. 157 f.

Welche rechtlichen Auswirkungen sich aus innerstaatlich geltenden Vertragsnormen in der deutschen Rechtsordnung ergeben, ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln, die nach völkerrechtlichen Auslegungsregeln zu erfolgen hat. Dies ergibt sich aus der völkerrechtsfreundlichen Haltung des Grundgesetzes, der das Bestreben nach möglichst weitgehender Übereinstimmung von völkerrechtlicher Verpflichtung und innerstaatlicher Vertragswirkung zu entnehmen ist.³⁴

Bei der Frage der innerstaatlichen Anwendbarkeit war – wie auch bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge im Allgemeinen – lange Zeit umstritten, ob sie sich nach einem objektiven oder subjektiven Ansatz bestimmt. Der subjektive Ansatz erforderte entweder einen auf die innerstaatliche Anwendbarkeit gerichteten Willen der Vertragsparteien oder einen entsprechenden Willen des nationalen Gesetzgebers. Ein subjektiver Ansatz dürfte mittlerweile – zumal bei Menschenrechtsverträgen – nicht mehr zu begründen sein, nachdem sich bei der dogmatisch eng verwandten Vertragsauslegung im Bereich des Völkerrechts der objektive Ansatz durchgesetzt hat. Einen völkerrechtlichen Vertrag wie die KRK nach seiner Wirkung im innerstaatlichen Rechtsraum nach völkerrechtlichen Auslegungsregeln auszulegen, hat also zur Folge, dass dies nach dem objektiven Ansatz zu erfolgen hat, wie er in Art. 31, 32 WVK kodifiziert worden ist.³⁵ Folglich kann auch ein gegen die innerstaatliche Anwendung gerichteter Wille der Vertragsstaaten oder des nationalen Gesetzgebers lediglich dann berücksichtigt werden, wenn er in Form eines völkerrechtlichen oder innerstaatlichen „Anwendungsvorbehaltes“ objektiviert worden ist.

34 Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 5. Aufl., S. 162, m. w. N.; Rojahn, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, 5. Aufl., Art. 59, Rn. 38a ff., m. w. N.

35 Lorz, Nach der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung, S. 16 f., stellt hingegen bei der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit – allerdings ohne Begründung und ohne auf diesbezügliche Entwicklungen im Völkerrecht einzugehen – auf allgemeine Grundsätze und den Willen der Vertragsparteien ab. Dabei ordnet Lorz die KRK inhaltlich nicht als Menschenrechtsvertrag ein. Die KRK begründe primär lediglich Staatenverpflichtungen.

Die KRK enthält keinen innerstaatlichen Anwendungsvorbehalt. Zwar wird vereinzelt vertreten, dass diese innerstaatlich keine unmittelbare Anwendung finden könne, weil insbesondere Art. 4 S. 1 KRK deutlich mache, dass die KRK nicht „self-executing“³⁶ sei.³⁷ Eine solche Einschätzung verkennt die Bedeutung der allgemeinen Implementierungspflicht des Art. 4 S. 1, die sich auf die in der Konvention anerkannten Rechte bezieht. Im Übrigen ist Art 4 S. 1 KRK nicht zu entnehmen, dass er die unmittelbare Anwendung der KRK in nationalen Rechtsordnungen ausschließt.³⁸ Eine andere Interpretation des Art. 4 S. 1 KRK lässt außer Acht, dass unter die in ihm genannten „Gesetzgebungsmaßnahmen“ und „sonstigen Maßnahmen“ auch solche innerstaatlichen Rechtsakte fallen können, welche die Möglichkeit der unmittelbaren Anwendung der Normen der KRK eröffnen, um so der Verpflichtung „zur Verwirklichung“ der in der KRK „anerkannten Rechte“ aus Art. 4 Abs. 1 KRK nachkommen zu können. In Deutschland geschieht dies in Form der Verabschiedung des Vertragsgesetzes gemäß Art. 59 Abs. 2 GG.

Nachdem die Bundesregierung im Juli 2010 die Erklärung zurückgenommen hat, in der sie die unmittelbare Anwendbarkeit der KRK negiert hatte, lässt sich für Deutschland auch kein innerstaatlicher Anwendungsvorbehalt mehr begründen.

Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit einer Vertragsbestimmung der KRK ist also durch Auslegung der jeweiligen materiellen Bestimmung zu klären. Dabei kommt es darauf an, ob die betreffende Norm ohne weiteren konkretisierenden Rechtsakt nach Inhalt, Zweck und Fassung hinreichend bestimmt ist, um von innerstaatlichen Behörden angewendet

36 Die Frage, ob eine völkerrechtliche Norm innerstaatlich unmittelbar anwendbar ist, wird unter Verwendung unterschiedlicher Begriffe erörtert. Dazu zählen neben der Begrifflichkeit der unmittelbaren Anwendbarkeit die Begriffe „self-executing“, „Justiziabilität“ oder „anwendungsfähig“.

37 *Jeand'Heur*, Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes und staatliche Interventionspflichten, S. 189 ff.; mit Einschränkungen Lorz, Nach der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung, S. 16 f.

38 *Tomuschat*, in: Festschrift Zacher, S. 1148 und S. 1153 f.; *Dorsch*, Die Konvention über die Rechte des Kindes, S. 309.

werden zu können.³⁹ Völkerrechtliche Bestimmungen können auch in Teilen zur unmittelbaren Anwendbarkeit geeignet sein.⁴⁰ Ob eine Norm subjektive Rechte begründet, ist nicht entscheidend.⁴¹ Auch Rechtsätze des allein objektiven Rechts können unmittelbar anwendbar sein. Subjektive Rechte sind die weitestgehende Form der innerstaatlichen Anwendbarkeit. Begründet eine völkerrechtliche Norm ein subjektives Recht, so wird dem Einzelnen gleichzeitig die Befugnis verliehen, sich vor staatlichen Behörden und Gerichten auf dieses Recht berufen und es geltend machen zu können.

2. Unmittelbare Anwendbarkeit am Beispiel des Art. 20 KRK

Art. 20 KRK hat erhebliche Relevanz im Hinblick auf die deutsche Rechtsordnung. Die Norm begründet ein Recht auf alternative Ersatzbetreuung zum Wohl des Kindes und eignet sich damit zur unmittelbaren Anwendung.⁴² Art. 20 KRK hat entsprechend der Grundsatznorm des Art. 2 Abs. 1 KRK individualrechtlichen Charakter. Der Anspruchscharakter der Norm ist ausdrücklich und unbedingt formuliert (Abs. 1). Der Inhalt der Norm wird in den Absätzen 2 und 3 konkretisiert. Ausgangspunkt des Rechtsanspruchs ist – wie im Falle des deutschen § 42 SGB VIII (KJHG) – eine konkrete Notsituation des Kindes.

-
- 39 Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 5. Aufl., S. 158; *Rojahn*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, 5. Aufl., Art. 59, Rn. 35a m. N. zur Rechtsprechung.; BVerfG, Beschluss v. 19.9. 2006, 2 BvR 2115/01, Ziffer 53, in Bezug auf Art. 36 des Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen v. 24. April 1963 (WÜK).
- 40 BVerfG, Beschluss v. 19.9. 2006, 2 BvR 2115/01, Ziffer 53, hinsichtlich Art. 36 WÜK; *Verschraegen*, Die Kinderrechtekonvention, S. 57 f.; *Dohmes-Ockenfels*, Die Rechte auf Arbeit und Bildung, S. 232, m. w. N.; *Alen/Pas*, Monitoring Children's Rights, S. 185 f.
- 41 *Rojahn*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, 5. Aufl., Art. 59, Rn. 35b mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.
- 42 Siehe dazu genauer *Cremer*, Der Anspruch des unbegleiteten Kindes auf Betreuung und Unterbringung nach Art. 20 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes, S. 82 ff.

Das Recht gilt für jedes Kind (Art. 1 KRK), welches sich vorübergehend oder dauerhaft in einer Situation ohne familiären Schutz befindet und daher auf alternative Ersatzbetreuung angewiesen ist (Art. 20 Abs. 1 KRK). Für unbegleitete Minderjährige, die einen Flüchtlingsstatus oder Schutz nach internationalem oder nationalem (Asyl-)Recht begehren oder erfolgreich erhalten, stellt Art. 22 Abs. 2 KRK zudem explizit klar, dass Art. 20 KRK auch für sie gilt.

In Bezug auf die Sicherstellung alternativer Betreuungsformen bleibt dem Staat zwar ein Handlungsspielraum hinsichtlich der Art der Betreuungsformen (Abs. 3, S. 1) wie auch ihrer Ausgestaltung (Abs. 2), nicht aber hinsichtlich der Sicherstellung selbst (Abs. 2). In jedem Fall („falls erforderlich“) hat der Staat eine Betreuung und Unterbringung in einer geeigneten Kinderbetreuungseinrichtung (Abs. 3, S. 1) zu garantieren. Abs. 3, S. 2 nennt des Weiteren Gesichtspunkte, die bei jeder Einzelentscheidung einzubeziehen sind. Dass das Kindeswohl nach Art. 20 KRK letztlich das übergeordnete Kriterium der Entscheidung im Einzelfall ist, liegt nach Ziel und Zweck der Norm im systematischen Kontext der Konvention angesichts der Querschnittsklausel des Art. 3 Abs. 1 KRK auf der Hand.

3. Zurückhaltung der Gerichte bei der unmittelbaren Anwendung von völkerrechtlichen Normen – oder: Das Problem der Rangstellung

Völkerrechtliche Normen können unmittelbar oder mittelbar⁴³ herangezogen werden. Die Rechtsprechung zieht es häufig vor, völkerrechtliche Vertragsnormen indirekt bei der Auslegung innerstaatlicher Rechtsnormen heranzuziehen, anstatt sie unmittelbar anzuwenden. Grund für diese Zurückhaltung sind mutmaßlich die Schwierigkeiten, welche die Anwendung völkerrechtlicher Normen gegenüber der „normalen“ innerstaatlichen Rechtsanwendung mit sich bringt. Ein Problem kann in der (oft

43 Siehe dazu genauer unten 3. d).

aufgeworfenen) Frage liegen, welchen Rechtscharakter der völkerrechtliche Text hat. Zieht das Gericht den völkerrechtlichen Text nur als Auslegungshilfe heran, muss es zu dieser Frage nicht abschließend Stellung nehmen.⁴⁴

Abgesehen davon kann das Ausweichen von der unmittelbaren Anwendung völkerrechtlicher Vertragsnormen auf eine mittelbare Anwendung auch daraus resultieren, dass völkerrechtliche Verträge in der deutschen Rechtsordnung anders als in anderen Staaten lediglich den Rang eines einfachen Gesetzes haben. In vielen Staaten haben völkerrechtliche Verträge Übergesetzesrang.⁴⁵ In der deutschen Rechtsordnung sind hingegen Kollisionen zwischen Völkervertragsnormen und anderen einfachen innerstaatlichen Gesetzen nicht ausgeschlossen. Somit besteht die Gefahr, dass der Rechtsanwender eine völkerrechtliche Vertragsnorm nicht unmittelbar anwenden kann, mit der Konsequenz, dass eine völkerrechtswidrige Entscheidung ergeht. Es stellt sich daher die Frage, was im Falle einer Kollision zwischen einer unmittelbar anwendbaren Norm der KRK und einer anderen deutschen Rechtsnorm geschieht.

a) Rückgriff auf Kollisionsregeln

Kommt es zwischen gleichrangigen Normen zum Kollisionsfall, gilt die Regel, dass die spätere der früheren vorgeht (*lex posterior derogat legi priori*).⁴⁶ Ist die KRK jünger als die kollidierende innerstaatliche Norm, hat die *lex-posterior*-Regel ein konventionskonformes Ergebnis zur Folge. Problematisch ist hingegen der umgekehrte Fall, in dem das jüngere deutsche Gesetz der KRK widerspricht. In dieser Konstellation besteht die Gefahr, dass die *lex-posterior*-Regel die KRK ihrer innerstaatlichen Wirksamkeit beraubt.

44 Siehe dazu auch Uerpmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, S. 70, m. w. N.

45 Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 5. Auflage, S. 160; Schweisfurth, Völkerrecht, S. 202; Nowak, CCPR-Commentary, Second edition, Art. 2, Rn. 55.

46 Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 5. Aufl., S. 160.

Neben der *lex-posterior*-Regel gibt es allerdings noch weitere, speziellere Kollisionsregeln, die, soweit sie anwendbar sind, die *lex-posterior*-Regel verdrängen. Zu nennen sind spezialgesetzliche Kollisionsnormen wie auch die Regel, wonach die speziellere Norm der allgemeinen vorgeht (*lex specialis derogat legi generali*).

b) Spezialgesetzliche Kollisionsregeln

Als ein Beispiel für eine spezialgesetzliche Kollisionsregel lässt sich § 60 Abs. 5 AufenthG nennen, der darauf hinweist, dass sich aus der EMRK Abschiebungshindernisse ergeben können. Die Vorschrift stellt somit klar, dass die EMRK auch neben dem AufenthG als jüngerem Gesetz unmittelbar anwendbar bleibt.⁴⁷

Als ein weiteres Beispiel für eine spezialgesetzliche Kollisionsregel lässt sich § 6 Abs. 4 SGB VIII (KJHG) anführen. Nach ihm bleiben die Regelungen des über- und zwischenstaatlichen Rechts unberührt. Diese Regelungen können die Vorschrift des § 6 Abs. 2 SGB VIII modifizieren, so dass die Beschränkung des persönlichen Geltungsbereichs des SGB VIII für ausländische Kinder überwunden wird. Mit zwischenstaatlichem Recht ist hier jenes gemeint, das – wie die KRK – seinen Ursprung in bi- oder multilateralen Verträgen hat, die ratifiziert und Bestandteil des deutschen Rechts geworden sind. Die Vorschrift kann also herangezogen werden, um in Verbindung mit Bestimmungen aus der KRK den Anwendungsbereich des SGB VIII zu erweitern.

c) KRK als *lex specialis*

Fehlt es an spezialgesetzlichen Kollisionsregeln, gilt der Grundsatz, dass die spezielle Vorschrift die allgemeine verdrängt. Demnach sind mehrere

⁴⁷ Tatsächlich hat die Regelung nur deklaratorischen Charakter, da die Abschiebungshindernisse des § 60 AufenthG nicht abschließend sind. Sie weist den Rechtsanwender darauf hin, dass er bei der Abschiebung die EMRK zu berücksichtigen hat.

Normen, wenn möglich, so zu interpretieren und anzuwenden, dass sie miteinander vereinbar sind. Die speziellere Vorschrift erhält so einen Anwendungsbereich, ohne dass die Geltung der allgemeinen Vorschrift grundsätzlich in Frage gestellt wird.⁴⁸ Ein früherer völkerrechtlicher Vertrag kann also einem späteren Gesetz auch dann vorgehen, wenn er die speziellere Regelung enthält.⁴⁹ Da es unwahrscheinlich ist, dass der Gesetzgeber gegen eine völkerrechtlich eingegangene Verpflichtung verstoßen will, ist regelmäßig davon auszugehen, dass völkerrechtliche Regelungen durch eine gesetzliche Neuregelung nicht tangiert werden sollen.⁵⁰ In jedem Fall haben deutsche Gerichte anwendbares Völkervertragsrecht im Rahmen vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden.⁵¹ Um Völkerrechtsverstöße zu vermeiden, können Regelungen völkerrechtlicher Verträge dabei grundsätzlich als Spezialvorschriften behandelt werden.⁵²

d) Konventionskonforme Auslegung und Anwendung innerstaatlichen Rechts

Neben der unmittelbaren Anwendung völkerrechtlicher Vertragsnormen gibt es noch eine weitere Möglichkeit, mit welcher der Rechtsanwender den völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands innerstaatlich Wirksamkeit verleihen kann. Um ein völkerrechtswidriges Resultat zu vermeiden, ist – insbesondere vom Bundesverfassungsgericht – die mittelbare Anwendung völkerrechtlicher Vertragsnormen entwickelt worden. Demnach ist jede innerstaatliche Norm so auszulegen, dass kein völkerrechtswidriges Ergebnis darauf folgt. Ausgangspunkt ist in diesem Fall nicht die

48 Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, S. 465.

49 BVerwG, DVBl. 2000, 1535, 1538 f.; *Rojahn*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, 5. Aufl. Art. 59, Rn. 37.

50 Geiger, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 5. Aufl., S. 160; Klein, *Kindschaftsrecht und Völkerrecht*, S. 46 f.; Uerpmann, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung*, S. 87, m. w. N.

51 BVerfG, Beschl. v. 19.9. 2006, 2 BvR 2115/01, Ziffer 52; BVerfGE 111, 307, 317.

52 Geiger, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 5. Aufl., S. 160; Klein, *Kindschaftsrecht und Völkerrecht*, S. 46 f.; Uerpmann, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung*, S. 87, m. w. N.

völkerrechtliche Vertragsnorm, sondern eine Norm des rein innerstaatlichen Rechts, die es vertragskonform auszulegen gilt.

Das Gebot der vertragskonformen Auslegung innerstaatlichen Rechts ergibt sich aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, der sich einer Gesamtschau der Verfassungsbestimmungen mit völkerrechtlichen Bezügen (Art. 24–26 GG, Art. 59 GG) entnehmen lässt.⁵³ Sofern es darum geht, völkerrechtlich verankerten Menschenrechtsbestimmungen Wirksamkeit zu verleihen, ergibt sich das Gebot der vertragskonformen Auslegung innerstaatlichen Rechts zudem aus Art. 1 Abs. 2 GG.⁵⁴ Aus diesen Bestimmungen ist zu schließen, dass die Verfassung eine Grundsatzentscheidung getroffen hat, nach der innerstaatliches Recht einschließlich der Verfassung selbst nach Möglichkeit so auszulegen und anzuwenden ist, dass es nicht zu einem Völkerrechtsverstoß kommt.⁵⁵

Dabei gibt es unterschiedliche Konstellationen der mittelbaren Anwendung, in denen die völkerrechtskonforme Auslegung zum Tragen kommen kann: Orientiert sich zum Beispiel die Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts an der KRK, können Konflikte zwischen der KRK und dem rein innerstaatlichen Recht vermieden werden. Dies gilt unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt das innerstaatliche Recht in Kraft getreten ist.⁵⁶ Der konventionskonformen Auslegung sind erst dann Grenzen gesetzt, wenn ein entgegenstehender gesetzgeberischer Wille

53 BVerfGE 111, 307, 317 f.

54 BVerfGE 111, 307, 317 f., 329; *Uerpmann*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, S. 116 ff., m. w. N.

55 BVerfG, Beschluss v. 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, Ziffer 48; BVerfGE 74, 358, 370; BVerfGE 58, 1, 34; BVerfG 59, 63, 89; *Uerpmann*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, S. 117, mit zahlreichen Nachweisen. Die Grenzen völkerrechtskonformer Auslegung können nach der Rechtsprechung des BVerfG ausnahmsweise dann erreicht sein, wenn die völkerrechtlich gebotene Auslegung nationalen Rechts mit tragenden Grundsätzen der Verfassung nicht zu vereinbaren wäre, BVerfG, Beschluss v. 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, Ziffer 31 ff.

56 BVerfG, Beschluss v. 14. 10. 2004, 2 BvR 1481/04, Ziffer 48; BVerfGE 74, 358, 370.

eindeutig im Gesetzestext zum Ausdruck gekommen ist.⁵⁷ Das Gebot der völkerrechtsfreundlichen Auslegung kann im Bereich des einfachen staatlichen Rechts etwa bei der Auslegung von Rechtsbegriffen oder bei der Konkretisierung von Generalklauseln auf der Ebene der Gesetzesinterpretation oder auf der Ebene der Ermessensausübung greifen.⁵⁸

Eine weitere Konstellation betrifft Fälle, in denen es inhaltliche Überlagerungen verfassungsrechtlicher Garantien des Grundgesetzes mit völkerrechtlich begründeten menschenrechtlichen Garantien gibt. So wird beispielsweise das Recht auf Familienleben durch das Grundgesetz (Art. 6) und die EMRK (Art. 8) geschützt. Das Bundesverfassungsgericht hat im Hinblick auf solche Konstellationen herausgestellt, dass die Gewährleistungen einer Menschenrechtskonvention auf Grund ihres Ranges in der deutschen Rechtsordnung zwar kein *unmittelbarer* verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab sein können. Die Gewährleistungen einer Menschenrechtskonvention beeinflussen jedoch die Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes. Sie dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes.⁵⁹ Demzufolge sind auch die Grundrechte im Lichte der KRK auszulegen.⁶⁰

Die völkerrechtskonforme Auslegung und Anwendung nationalen Rechts ist also insofern von Bedeutung, als die Rechtsanwender den völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands grundsätzlich Wirksamkeit verleihen müssen. Damit wird schließlich auch nachvollziehbar, warum die Recht-

57 BVerfGE 74, 358, 370: „Auch Gesetze – hier die Strafprozessordnung – sind im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland auszulegen und anzuwenden, selbst wenn sie zeitlich später erlassen worden sind als ein geltender völkerrechtlicher Vertrag; denn es ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber, sofern er dies nicht klar bekundet hat, von völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland abweichen oder die Verletzung solcher Verpflichtungen ermöglichen will.“

58 Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 5. Aufl., S. 170; Stellungnahme der Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention v. 11.8.2010., S. 8 ff. m. H. zur Rspr., <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/de/monitoring-stelle/stellungnahmen.html>.

59 BVerfG, Beschluss v. 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, Ziffer 32; BVerfGE 74, 358, 370.

60 Siehe etwa BVerfG Beschluss v. 5.7.2013, 2 BvR 708/12, Rn. 21, m. w. N.; Cremer, Anwaltsblatt 4/2012, 327.

sprechung den Rechtscharakter und die unmittelbare Anwendbarkeit einer völkerrechtlichen Vertragsnorm nicht immer genau klärt. Wesentlich ist vor allem die Völkerrechtskonformität einer Entscheidung.⁶¹ Jede innerstaatliche Norm ist so auszulegen und anzuwenden, dass ein völkerrechtswidriges Resultat vermieden wird. Demnach kann und muss jedes Gericht im Rahmen vertretbarer Auslegungsspielräume Völkerrecht und innerstaatliches Recht miteinander harmonisieren. Das Gebot der völkerrechtskonformen Auslegung trägt somit der Bindung aller Staatsorgane an das Völkerrecht Rechnung.

4. Anwendungsbereiche am Beispiel des Art. 20 KRK

Abschließend sollen noch Anwendungsbereiche von Art. 20 KRK benannt werden, um dessen Relevanz für die Praxis zu verdeutlichen. Aus Art. 20 KRK lassen sich Rechtsfolgen ableiten, die in der deutschen Rechtsordnung für unbegleitete ausländische Minderjährige von erheblicher Bedeutung sind.⁶² So ist es mit Art. 20 KRK unvereinbar, ein unbegleitetes Kind an der Grenze zurückzuweisen. Zudem verstößt es gegen Art. 20 KRK, einem Minderjährigen den Zugang zur Unterbringung nach der Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII) zu verwehren und ihn in Asylbewerberunterkünften unterzubringen. Art. 20 KRK hat uneingeschränkte Geltung für unbegleitete ausländische Kinder, so dass sie im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe unterzubringen sind.⁶³

Darüber hinaus kann Art. 20 KRK ein Abschiebungshindernis darstellen und die rechtliche Unmöglichkeit der Ausreise im Sinne des Aufenthaltsgesetzes begründen. Denn die Herausnahme eines Minderjährigen aus ei-

61 Siehe *Rojahn*, in: von Münch/Kunig, GG-Kommentar, 5. Aufl. Art. 59, Rn. 35b, 37, 38d, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

62 Siehe dazu genauer *Cremar*, Der Anspruch des unbegleiteten Kindes auf Betreuung und Unterbringung nach Art. 20 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes, S. 82 ff.

63 Ob man im Hinblick auf den Geltungsbereich § 6 Abs. 4 SGB VIII mit heranzieht, ist für das Ergebnis irrelevant.

ner Einrichtung der Kinder- und Jugendhilfe oder aus einer Pflegefamilie ist nur dann rechtlich zulässig, wenn sie ein legitimes Ziel verfolgt und im Lichte des Kindeswohlmaßstabs verhältnismäßig ist. Eingriffe in die durch Art. 20 KRK geschützte Rechtsposition dürfen grundsätzlich nur unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Lichte des Maßstabs des Vorrangs des Kindeswohls erfolgen. Dies gilt auch für aufenthaltsbeendende Maßnahmen. Dabei haben aufenthaltsbeendende Maßnahmen, die das Kindeswohl konkret gefährden, in jedem Fall zu unterbleiben.⁶⁴ Da Art. 20 KRK die rechtliche Unmöglichkeit einer Ausreise begründen kann, kann er überdies ebenso als Grundlage für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 AufenthG herangezogen werden.

IV. Zusammenfassung

Die Bundesregierung hat im Juli 2010 den Weg dafür frei gemacht, dass die Bestimmungen der KRK in der deutschen Rechtspraxis berücksichtigt werden. In der deutschen Rechtsordnung können geltende völkerrechtliche Vertragsnormen menschenrechtlicher Verträge wie die der KRK entweder unmittelbar oder über die vertragskonforme Auslegung innerstaatlichen Rechts Anwendung finden. Dabei ist den Vertragsnormen grundsätzlich Vorrang einzuräumen, um völkerrechtliche Verstöße zu vermeiden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich aus der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, dass das innerstaatliche Recht einschließlich seiner Verfassungsbestimmungen grundsätzlich völkerrechtskonform auszulegen ist. Der nationale Rechtsanwender ist demnach gehalten, Bestimmungen, wie die der KRK im Wege der unmittelbaren oder mittelbaren Anwendung so zu berücksichtigen, dass es nicht zu einem Verstoß gegen völkerrechtliche Verpflichtungen kommt. Für die anwaltliche Praxis empfiehlt es sich, völkerrechtliche Normen aus UN-Menschenrechtsverträgen als subjektive Rechte

⁶⁴ Siehe dazu genauer *Cremer*, Der Anspruch des unbegleiteten Kindes auf Betreuung und Unterbringung nach Art. 20 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes S. 164 ff.; vgl. ebenso VG Arnsberg, InfAuslR 1996, 285 f.; VG Hannover, Urteil v. 11.4.1997, 5 A 7174/96.



und damit unmittelbar anwendbare Normen in die Schriftsätze einzubeziehen. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass sie in jedem Fall bei der Auslegung innerstaatlichen Rechts, auch der Grundrechte, zu berücksichtigen sind.

Diskriminierungsschutz aus den Menschenrechten

Chance und Verantwortung für die Anwaltschaft*

Dr. Nina Althoff

Der Schutz vor Diskriminierungen ist ein zentrales Anliegen von Menschenrechtsabkommen. Der Beitrag zeigt, dass es sich dabei nicht nur um Absichtsbekundungen handelt, sondern dass sich aus den Abkommen im anwaltlichen Mandat konkrete Rechte ableiten lassen.

I. Einführung

Der rechtliche Rahmen gegen Diskriminierung ergibt sich vor allem aus den Menschenrechtsabkommen der Vereinten Nationen und des Europarates. Lange wurde die Bedeutung der internationalen Menschenrechte für die deutsche Rechtsordnung wenig beachtet; ihre steigende Anerkennung zeigt sich aber in der zunehmenden Auseinandersetzung der oberen Bundesgerichte mit Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR).¹ Signalwirkung in Bezug auf UN-Menschenrechtsabkommen hat die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 23. März 2011.² Darin stellt das BVerfG klar, dass die UN-Behindertenrechtskonvention (BRK) wie alle Menschenrechtsabkommen Maßstab für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte ist. Innerstaatliches Recht, einschließlich des Verfassungsrechts, ist im Lichte der Menschenrechte und so auch der Diskriminierungsverbote auszulegen. Das Diskriminierungsverbot gehört zum Kernbereich aller menschen-

* Aktualisierte Version des unter demselben Titel veröffentlichten Aufsatzes in Anwaltsblatt 6/2011, 482.

1 C. Walter (2013): Nationale Durchsetzung, in: EMRK/GG Bd. 2, Hrsg. D. Dörr/R. Grote/T. Marauhn, S. 2002ff. mit Rechtsprechungsbeispielen.

2 BVerfG, Beschluss v. 23.3.11, Az. 2 BvR 882/09.

rechtlichen Garantien und begründet daher nach allen Verträgen überdies unmittelbar anwendbare und einklagbare Rechte für Einzelpersonen.³

Völkerrechtliche Diskriminierungsverbote konkretisieren nicht nur Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, sondern füllen auch die „neue Formel“ des BVerfG zum Gleichheitssatz mit Inhalt. Sie sind zur Auslegung innerstaatlichen Rechts heranzuziehen, insbesondere wenn es auf überstaatliches Recht zurückgeht, wie etwa das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) oder das Gewaltschutzgesetz. Aber auch jede andere Rechtsnorm auf Bundes- und Landesebene muss an den Menschenrechten gemessen werden, wie der erwähnte Beschluss des BVerfG zur Zwangsbehandlung eines psychisch Kranken zeigt.

Aus anwaltlicher Sicht ist es daher angeraten, in Diskriminierungsfällen auch zum menschenrechtlichen Diskriminierungsschutz vorzutragen. Eine Berufung auf die einschlägigen Abkommen und die Spruchpraxis ihrer Kontrollorgane kann für die erfolgreiche Rechtsdurchsetzung ausschlaggebend sein.⁴ Zudem gebietet es die anwaltliche Sorgfalt, Rechtsbehelfe auf der internationalen Ebene in Betracht zu ziehen. So kann nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs die behördliche Untätigkeit im Falle einer rassistischen Beleidigung mit einer Beschwerde beim Anti-Rassismus-Ausschuss verfolgt werden.⁵ Wer Beschwerde zum EGMR einlegen will, ist gut beraten, auch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) im Lichte der UN-Menschenrechte auszulegen.

3 Zur BRK: V. Aichele (2012): Positionen Nr. 6 – Die UN-BRK: ihre Bedeutung für Ämter, Gerichte und staatliche Stellen, Hrsg. Deutsches Institut für Menschenrechte (DIMR), www.institut-fuer-menschenrechte.de. Grundsätzlich auch H. Cremer, Menschenrechtsverträge als Quelle von individuellen Rechten, in diesem Band oder in Anwaltsblatt 3/2011, 159ff.

4 Zur Rechtsprechung des EGMR: Hrsg. Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (FRA)/EGMR (2010): Handbuch zum europäischen Antidiskriminierungsrecht; zu relevanter UN-Spruchpraxis: Hrsg. Interights (2011): Non-Discrimination in International Law.

5 Grundsätzlich s. N. Althoff, Das Individualbeschwerdeverfahren zu den UN-Fachausschüssen, in diesem Band oder in Anwaltsblatt 1/2012, 52.

II. Grundlagen und Struktur des Diskriminierungsverbots

Der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Prinzip der Nichtdiskriminierung sind in sämtlichen Kerndokumenten des Menschenrechtsschutzes verankert. Ihnen kommt eine besondere Bedeutung als *Strukturprinzipien des Menschenrechtsschutzes* zu: Das Diskriminierungsverbot ist unverzichtbarer Bestandteil aller Menschenrechte. So sind beispielsweise das Recht auf Gesundheit oder die Meinungsfreiheit vom Staat ohne Unterscheidung etwa aus Gründen der Herkunft oder des Geschlechts zu achten, zu schützen und zu gewährleisten.

Diskriminierungsverbote sollen die *Ausübung gleicher Freiheit für alle Menschen* sichern. Daher betont die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, dass alle Menschen „frei und gleich an Würde und Rechten“ geboren sind, ohne Unterschied etwa nach „Sprache, Religion, politische Überzeugung“ (Art. 1 S. 1, 2 S. 1). Zum vermeintlichen Gegensatz von Freiheit und Diskriminierungsschutz gab es vor allem bei Einführung des AGG heftige Diskussionen.⁶

Die staatlichen Verpflichtungen umfassen, teils sogar ausdrücklich, auch den *Schutz vor Diskriminierungen „durch Personen, Organisationen oder (private) Unternehmen“*.⁷ Zwar können keine unmittelbaren Ansprüche gegen Private aus den Menschenrechten geltend gemacht werden, aber im Rahmen der völkerrechtskonformen Auslegung des innerstaatlichen Rechts sind die Menschenrechte auch im Verhältnis zwischen Privaten zu berücksichtigen.⁸ Zahlreiche von den UN-Fachausschüssen in Individualbeschwerdeverfahren festgestellte Verletzungen betreffen das Fehlen wirksamer Rechtsbehelfe gegen diskriminierende Vorfälle durch Private.⁹

6 H. Bielefeldt/ P. Follmar-Otto (2005): Diskriminierungsschutz in der politischen Diskussion, Hrsg. DIMR.

7 Zum Beispiel in Art. 2 e CEDAW oder Art. 2 Abs. 4 e BRK.

8 B. Rudolf (2007): Der völkerrechtliche Rahmen von Gleichbehandlungsrecht, in: Gleichbehandlungsrecht, Hrsg. B. Rudolf/ M. Mahlmann, S. 58, 67.

9 Zum Beispiel CERD, Auffassung v. 17.3.99, Beschwerde Nr. 10/1997, Habassi ./: Dänemark, oder Auffassung v. 6.3.06, Beschwerde Nr. 34/2004, Gelle ./: Dänemark.

Neben den Diskriminierungsverboten etwa im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Zivilpakt), im Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Sozialpakt) oder in Art. 14 EMRK gibt es *spezielle Menschenrechtsabkommen zum Diskriminierungsschutz*, die bestimmte Diskriminierungsformen merkmalspezifisch verbieten und die Menschenrechte aus der Perspektive der besonderen Situation der jeweils geschützten Personengruppe formulieren, etwa das Anti-Rassismuskonvention (ICERD), das Frauenrechtsabkommen (CEDAW) und die bereits erwähnte BRK.¹⁰

III. Diskriminierungsmerkmale

Die Auflistungen diskriminierungsrelevanter Merkmale sind in den verschiedenen Menschenrechtsabkommen nicht einheitlich. Sie wurden im Laufe der Zeit aufgrund von Lernprozessen und sozialen Bewegungen ausgeweitet und gehen über das GG hinaus, indem sie Merkmale wie Alter oder sexuelle Identität umfassen.¹¹ Manche Merkmale, zum Beispiel das der sexuellen Identität, wurden zwar erst spät in ein Menschenrechtsabkommen aufgenommen;¹² gleichwohl waren sie bereits von den *Aufgangsklauseln* der menschenrechtlichen Diskriminierungsverbote umfasst, die durch Begriffe wie „insbesondere wegen“ oder „aufgrund eines sonstigen Status“ überwiegend nicht abschließend formuliert sind.¹³ Auch das Verständnis der Diskriminierungsmerkmale selbst ist im Ansatz weit.¹⁴

10 Bereichsspezifisches Abkommen ist z. B. das Abkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) Nr. 111 über Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf.

11 H. Bielefeldt (2010): Das Diskriminierungsverbot als Menschenrechtsprinzip, in: Diskriminierung, Hrsg.

U. Hornel/A. Scherr, S. 26 ff. Eine Liste der anerkannten Merkmale bei B. Rudolf, FN. 8, S. 58, 73 ff.

12 In Art. 21 der EU-Grundrechtscharta, davor nur im Amsterdamer Vertrag v. 1999.

13 Zum Beispiel zur sexuellen Orientierung: EGMR, Beschluss v. 22.1.08, Beschwerde Nr. 43546/02, E.B. ./.. Frankreich. Zum Merkmal Alter: Menschenrechtsausschuss, Auffassung v. 28.4.03, Beschwerde Nr. 983/2001, Love u.a. ./.. Österreich.

14 So umfasst beispielsweise der Schutzzumfang der Frauenrechtskonvention auch intersexuelle Menschen (s. CEDAW (2009): Abschließende Bemerkungen zu Deutschland) und die BRK fasst Behinderung ausdrücklich als dynamisches und offenes Konzept auf (s. Präambel Buchstabe e der BRK).

Die menschenrechtlichen Diskriminierungsverbote verfolgen in der Regel einen *horizontalen Ansatz*, der eine Hierarchisierung des Diskriminierungsschutzes vermeiden soll – keine Person ist schutzwürdiger als eine andere.

Vor *mehrdimensionaler Diskriminierung* schützen alle Abkommen, auch die merkmalspezifischen, wenn die Diskriminierung in Verbindung mit Gründen steht, die in dem jeweiligen Abkommen aufgezählt beziehungsweise von diesem geschützt werden.¹⁵ Mehrdimensionale (auch: intersektionale) Diskriminierung bezeichnet Situationen, die aus Diskriminierungen wegen verschiedener Merkmale entstehen, die zur gleichen Zeit wirken und sich gegenseitig durch spezifische Wechselwirkungen und Überlappungen beeinflussen.¹⁶ So wird eine Kopftuchträgerin gegebenenfalls aus Gründen der Religion, der Herkunft sowie des Geschlechts diskriminiert. Dies ist bei der Prüfung einer Rechtfertigung zu berücksichtigen.

IV. Reichweite der Diskriminierungsverbote

Zur tatsächlichen Beseitigung bestehender Nachteile formulieren die Menschenrechtsabkommen weitreichende Diskriminierungsverbote, denen ein umfassendes Verständnis von Diskriminierung zu Grunde liegt.

Art. 1 ICERD definiert rassistische Diskriminierung als jede auf den unzulässigen Differenzierungskriterien des Abkommens beruhende Unterscheidung, Ausschließung, Beschränkung oder Bevorzugung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass dadurch ein gleichberechtigtes Anerkennen, Genießen oder Ausüben von Menschenrechten und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen oder jedem sonstigen Bereich des öffentlichen Lebens vereitelt oder beeinträchtigt wird. Ähnlich

15 CERD (2009): Allgemeine Bemerkung (G.C.) Nr. 32 „Sondermaßnahmen in CERD“.

16 Eine Analyse deutscher Gerichtsurteile zeigt, dass Gerichte mehrdimensionale Diskriminierungen tendenziell nicht erkennen oder nicht angemessen berücksichtigen, S. Baer/M. Bittner/A.L. Götsche (2010): Mehrdimensionale Diskriminierung, Expertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle (ADS).

bestimmt CEDAW in Art. 1 Diskriminierung gegen Frauen,¹⁷ und auch die BRK umfasst ausdrücklich „alle Formen der Diskriminierung“ von Menschen mit Behinderungen in Art. 2 BRK. Wenngleich der Zivil- und Sozialpakt keine solche Legaldefinition enthalten, haben die jeweiligen Fa-
chausschüsse Diskriminierung entsprechend ausgelegt.¹⁸

1. Selbstständige und akzessorische Diskriminierungsverbote

Zivil- und Sozialpakt enthalten in Art. 2 Abs. 2 *akzessorische Diskriminierungsverbote*, die nur bezogen auf den Schutzbereich eines im jeweiligen Vertrag garantierten Rechts gelten. Gleiches gilt für Art. 14 EMRK. Demgegenüber verbieten *selbstständige Diskriminierungsverbote* (wie in ICERD, CEDAW, BRK und Art. 26 Zivilpakt) Diskriminierungen aufgrund bestimmter Merkmale umfassend, also ohne Begrenzung auf einen bestimmten Bereich.¹⁹

2. Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung

Die aufgezählten Definitionen von Diskriminierung beinhalten das anerkannte Begriffsverständnis von unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung.²⁰

17 Indem die Definitionen auf „jede“ Diskriminierung verweisen und neben den „politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, bürgerlichen“ Bereichen auch jeder „sonstige“ bzw. „andere“ Bereich genannt wird, werden auch ausdrücklich Diskriminierungsformen mit umfasst, die nicht im jeweiligen Vertragstext genannt werden. Beispielsweise interpretierte der CEDAW-Ausschuss in G.C. Nr. 19 zu „Gewalt gegen Frauen“ (1992), dass Gewalt, die sich spezifisch gegen Frauen richtet oder sich auf diese unverhältnismäßig stark auswirkt, als Diskriminierung vom Schutzzumfang von CEDAW mitumfasst ist, obwohl dieses Phänomen im Vertragstext an keiner Stelle erwähnt ist.

18 Ausschuss für WSK-Rechte (2009): G.C. Nr. 20 „Nichtdiskriminierung“, RN 7; Menschenrechtsausschuss (1989): G.C. Nr. 18 „Das Gleichheitsprinzip“, in deutscher Übersetzung in Hrsg. DIMR (2005): Die „General Comments“, S. 76, 78.

19 Das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK und die revidierte Europäische Sozialcharta, die umfassende Diskriminierungsverbote enthalten, hat Deutschland bislang nicht ratifiziert.

20 Ausschuss für WSK-Rechte, FN. 18, RN 10; Menschenrechtsausschuss, FN. 18, RN 9ff.

Eine *unmittelbare Diskriminierung* knüpft an ein verbotenes Differenzierungskriterium (zum Beispiel Geschlecht) an oder an ein Kriterium, das ausschließlich von dem geschützten Personenkreis erfüllt werden kann. Bei letzterem geht es um Ungleichbehandlungen, die zwar nicht unmittelbar an das Merkmal anknüpfen, aber an Tatsachen, die es nur umschreiben und tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen, etwa Schwangerschaft.

Mittelbare Diskriminierungen beziehen sich auf Gesetze, Politiken oder Praktiken, die dem ersten Anschein nach neutral sind, aber faktisch Personen in besonderer Weise benachteiligen können, die durch anerkannte Diskriminierungsmerkmale geschützt sind. Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung stellt auf Gegebenheiten ab, die überwiegend beziehungsweise typischerweise bei diesem Personenkreis vorliegen. Eine mittelbare Diskriminierung liegt zum Beispiel vor, wenn die Hausordnung eines Rathauses das Mitführen von Hunden ausnahmslos verbietet und damit sehbehinderte Menschen benachteiligt, die auf Blindenhunde angewiesen sind. Auch unterschiedliche Regelungen für Voll- und Teilzeitbeschäftigte können sich faktisch als mittelbare Diskriminierung von Frauen erweisen, da diese überproportional in Teilzeit tätig sind.

Zu den mittelbaren Diskriminierungen zählen auch *strukturelle Diskriminierungen*, deren Ursachen in gesellschaftlichen und staatlichen Strukturen liegen und die durch das Zusammenwirken verschiedenen Faktoren bestimmte Bevölkerungsgruppen benachteiligen. Beispielsweise wirken im Bildungsbereich Selektionsmechanismen, die trotz formaler Gleichbehandlung aller Schülerinnen und Schüler dazu führen, dass Kinder mit Migrationshintergrund geringere Chancen auf einen Schulabschluss mit Abitur haben.

Die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung ist auch vom EGMR anerkannt, der die Zuweisung von Roma-Kindern auf Sonderschulen in Tschechien als mittelbare Diskriminierung aus rassistischen Gründen wertete und ausführte „dass eine allgemeine Politik oder Maßnahme, die sich auf eine bestimmte Gruppe überdurchschnittlich nachteilig auswirkt,

für diskriminierend erachtet werden kann, auch wenn sie nicht speziell gegen diese Gruppe gerichtet ist.“²¹

Auch das BVerfG hat bereits Fälle der mittelbaren Diskriminierung in Bezug auf Geschlechterdiskriminierung entschieden.²² Wie verschiedene Studien gezeigt haben, wird die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung aber bislang nicht in allen ihren Möglichkeiten genutzt, da es häufig an einem Verständnis von Konzept und Aufbau fehlt.²³

3. Versagen angemessener Vorkehrungen

Das Diskriminierungskonzept erfährt in Art. 2 Unterabs. 3 der BRK eine behindertenspezifische Erweiterung, indem auch das „*Versagen angemessener Vorkehrungen*“ als Diskriminierung wegen einer Behinderung gilt. Angemessene Vorkehrungen sind „notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen oder ausüben können“ (Art. 2 Unterabs. 4). Im Einzelfall und auch für Private gilt die Pflicht, individuelle Barrieren zu überwinden und das Umfeld auf den Bedarf einer behinderten Person einzustellen.²⁴ Art. 5 Abs. 2 i. V. m. Art. 4 BRK verpflichtet zusätzlich, jede Diskriminierung aufgrund von Behinderung zu verbieten. Daher müssen gesetzliche Diskriminierungsverbote um den Tatbestand des Versagens angemessener Vorkehrungen ergänzt werden.²⁵ Ein solches Diskriminierungsverbot sieht auch bereits der Vorschlag für eine neue

21 EGMR (Große Kammer), Urteil v. 13.11.07, Beschwerde Nr. 57325/00, D. H. u.a. ./, Tschechien.

22 BVerfGE 97, 35, 43; BVerfGE 109, 64 mit ausdrücklicher Bezugnahme auf CEDAW.

23 U. Sacksofsky (2010): Mittelbare Diskriminierung und das AGG, Expertise im Auftrag der ADS.

24 V. Aichele (2010): Positionen Nr. 5 – Barrieren im Einzelfall überwinden: Angemessene Vorkehrungen gesetzlich verankern, Hrsg. DIMR.

25 Ausschuss für WSK-Rechte, FN. 18, RN 28; Hrsg. Deutscher Bundestag (2007): Von der Ausgrenzung zu Gleichberechtigung, S. 60; ebenso A. Lawson, Angemessene Vorkehrungen und Zugänglichkeit, in: Europäische Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht 11/2010, 11 ff.

EU-Richtlinie vor.²⁶ Als Vertragspartei der BRK seit Januar 2011 ist die EU erst recht verpflichtet, dies zeitnah zu beschließen.

Für alle Diskriminierungsformen gilt, dass *kein zusätzliches subjektives Element*, etwa Vorsatz, erforderlich ist. Entscheidend ist der tatsächliche oder mögliche Effekt einer Ungleichbehandlung.

4. Rechtfertigung und positive Maßnahmen

Nicht jede Ungleichbehandlung aufgrund eines Diskriminierungsmerkmals stellt eine Diskriminierung dar, denn sie kann *gerechtfertigt und damit zulässig* sein. Das ist zwar nicht immer im Wortlaut der Abkommen ausdrücklich erwähnt, wird aber allgemein anerkannt.²⁷ Voraussetzung ist, dass die Ungleichbehandlung durch ein legitimes Ziel objektiv und ausreichend begründet ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Knüpft die Ungleichbehandlung an besonders belastete persönliche Merkmale an, müssen die Gründe „sehr gewichtig“ sein.²⁸

Darüber hinaus gelten *positive Maßnahmen* nicht als Diskriminierungen. Sie sind für einen effektiven Diskriminierungsschutz nicht nur zulässig, sondern notwendig. Sowohl ICERD als auch CEDAW sehen die Möglichkeit als „zeitweilige Sondermaßnahmen“ ausdrücklich vor (Art. 4).²⁹ Ähnliches bestimmt die BRK, und auch für den Zivil- und Sozialpakt sind positive Maßnahmen anerkannt.³⁰ Sie bezeichnen gezielte Bevorzugungen zur Verbesserung der Situation benachteiligter Personengruppen in Bereichen, in denen sie aufgrund vergangener oder anhaltender Dis-

26 Art. 4 der COM 2008, 246 endg. Zum Kommissionsvorschlag s. N. Althoff, in: Sozialrecht + Praxis 1/2009, 5 ff..

27 Ausschuss für WSK-Rechte, FN. 18, RN 13; Menschenrechtsausschuss, FN. 18.

28 B. Rudolf, FN. 8, S. 58, 65. Zu dem in diesem Zusammenhang relevanten kirchlichen Selbstbestimmungsrecht als Bestandteil der Religionsfreiheit und der vorzunehmenden Interessenabwägung siehe EGMR, Urteil v. 23.9.10, Beschwerde Nr. 1620/03, Schüth ./, Deutschland; weiterführend hierzu N. Althoff, Die Bedeutung der EGMR-Rechtsprechung für das deutsche Arbeitsrecht, in diesem Band oder in Anwaltsblatt 8 + 9/2013, 598, 599.

29 S. auch CEDAW (2004): G.C. Nr. 25, in Hrsg. DIMR, FN. 18, S. 507 sowie CERD, FN. 15.

30 Ausschuss für WSK-Rechte, FN. 18, RN 9.

kriminierungen benachteiligt oder unterrepräsentiert sind. Beispiele sind Quotenregelungen oder Ausbildungsmaßnahmen, die sich speziell an eine bestimmte Gruppe richten. Ihre Zulässigkeit ist insbesondere durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenzt. Positive Maßnahmen dürfen nicht einer bestimmten Gruppe einen automatischen, zeitlich unbegrenzten und absoluten Vorrang einräumen und damit in eine gleichheitswidrige Benachteiligung der von der Vergünstigung ausgenommenen Personen umschlagen.³¹

5. Begünstigte

Vom Schutzzumfang der menschenrechtlichen Diskriminierungsverbote sind nicht nur Menschen umfasst, die selbst tatsächlich oder vermeintlich jeweilige Merkmalsträger sind, sondern auch so genannte assoziierte Personen. So liegt beispielsweise eine Diskriminierung wegen einer Behinderung auch vor, wenn Beschäftigte, die Eltern von Kindern mit Behinderungen sind und die wegen der Pflegeleistungen, die sie für ihre Kinder erbringen, benachteiligt werden.³² Das bedeutet, dass eine Diskriminierung grundsätzlich auch dann vorliegt, wenn eine Person wegen ihrer Verbindung zu einer anderen Person im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsmerkmal diskriminiert wird. Das Diskriminierungsverbot gilt nicht für eine bestimmte Kategorie von Personen, sondern in Bezug auf die verbotenen Diskriminierungsmerkmale.

31 N. Althoff (2006): Die Bekämpfung von Diskriminierungen in der EG ausgehend von Art. 13 EG, S. 268ff.
32 S. Ausschuss für WSK-Rechte, FN. 18, RN 16.

V. Ausblick

Diskriminierungen sind in allen Lebensbereichen verbreitete Realität;³³ Gerichtsverfahren hiergegen jedoch selten.³⁴ Letzteres liegt auch an strukturellen Barrieren wie unzureichenden Beratungsstrukturen für Betroffene, deren mangelnde Kenntnis ihrer Rechte und fehlende Ressourcen zu deren Geltendmachung.³⁵ Die Stärkung des Rechtsschutzes gegen Diskriminierungen ist daher notwendig. Deutschland muss die Voraussetzungen zur Förderung der Rechtskenntnis und Rechtsdurchsetzung schaffen und vorhandene Strukturen weiter ausbauen. Die Justiz und insbesondere die Anwaltschaft können zur Mobilisierung des Rechts und der praktischen Wirksamkeit des Diskriminierungsverbots beitragen. Erforderlich ist aber auch eine Öffnung von Justiz und Anwaltschaft für die Vielfalt der Gesellschaft, der Erwerb von interkultureller und Diversity-Kompetenz und die Schaffung von Barrierefreiheit.³⁶

33 Hierauf weisen wiederholt internationale und europäische Gremien hin, wie die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI), FRA, die UN-Sonderberichterstatter gegen Rassismus und zu Bildung sowie der CERD- und CEDAW-Ausschuss.

34 H. Rottleuthner/M. Mahlmann u.a. (2011): Diskriminierung in Deutschland – Vermutungen und Fakten.

35 FRA-Studie (2011): Zugang zur Justiz in Europa; FRA-Reihe, Daten kurz gefasst 3/2010.

36 Das Projekt „Anwaltschaft für Menschenrechte und Vielfalt“ des DIMR hat entsprechende Qualifizierungsmaßnahmen für Anwältinnen und Anwälte entwickelt: www.institut-fuer-menschenrechte.de.

Die UN-Behindertenrechtskonvention in der gerichtlichen Praxis

Eine Aufgabe für die Anwaltschaft: Die Rezeption menschenrechtlicher Normen durchsetzen*

Dr. Valentin Aichele, LL.M.

Die UN-Behindertenrechtskonvention beschäftigt seit ihrem Inkrafttreten im März 2009 die deutschen Gerichte. 35 Entscheidungen sind bis Anfang Juni 2011 bekannt geworden, die in unterschiedlicher Weise ausdrücklich auf das menschenrechtliche Übereinkommen Bezug nehmen – im Vergleich mit anderen menschenrechtlichen Übereinkommen auffallend häufig. Der Beitrag beschreibt die Rezeption der UN-Konvention für die Rechte von Menschen mit Behinderungen durch deutsche Gerichte und was das für die Anwaltschaft bedeutet.

I. Einleitung

Mit der UN-Behindertenrechtskonvention¹ (UN-BRK, die Konvention) verbindet sich weltweit eine dynamische Entwicklung: Die UN-BRK stärkt die allgemeinen Menschenrechte, entwickelt sie entlang der gleichberechtigten Freiheit zur Selbstbestimmung aus der Perspektive von Menschen mit Behinderungen innovativ fort und schafft verbindliche Grundlagen einer an den Rechten behinderter Menschen konsequent ausgerichteten Sozial- und Gesellschaftspolitik.²

Mittlerweile haben sich mehr als 100 Staaten an das Vertragswerk gebunden. Die Europäische Union ist der Konvention im Januar 2011 beigetreten. Diese Vorgänge haben den nationalen und den supranationalen

* Aktualisierte Version des unter demselben Titel veröffentlichten Aufsatzes in Anwaltsblatt 10/2011, 727.

1 Siehe BGBl. II 2008, S. 1419; Bekanntmachung des Inkrafttretens: BGBl. II 2009, S. 818.

2 Siehe zur Einführung Aichele (2010): „Behinderung und Menschenrechte, in: Aus Parlament und Zeitgeschichte 23, S. 1319.

Menschenrechtsschutz gestärkt und den Handlungsdruck auf die politischen Akteure weiter erhöht.

Seit ihrem Inkrafttreten in Deutschland am 26.3.2009 beschäftigen sich auch zunehmend deutsche Gerichte mit der Konvention – im Vergleich mit anderen menschenrechtlichen Übereinkommen auffallend häufig. Die gewachsene Bereitschaft von betroffenen Menschen, sich auf die Konvention zu berufen sowie die Diskussion, die sich an die Rücknahme des Anwendungsvorbehalts zur UN-Kinderrechtskonvention angeschlossen hat, haben dazu beigetragen, dass sich eine fachliche Auseinandersetzung über die Stellung und Bedeutung menschenrechtlicher Vertragsnormen in der deutschen Rechtsordnung erneut entfacht hat.³ Das ist sehr erfreulich. Denn es gilt, den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit in der juristischen Praxis zu beleben und das Potential, das in einer qualifizierten Rezeption menschenrechtlicher Normen für die behördliche und gerichtliche Praxis liegt, weiter zu erschließen.

Vor diesem Hintergrund untersucht dieser Beitrag, wie die deutschen Gerichte die menschenrechtlichen Normen der UN-BRK seit ihrem Inkrafttreten rezipiert haben. Von besonderem Interesse ist die Frage, auf welche Weise sie sich der Aufgabe zugewandt haben, den völkerrechtlichen Normen zum Schutze der Rechte von Menschen mit Behinderungen im Rahmen der Entscheidungsfindung Beachtung zu schenken.⁴

3 Statt vieler siehe *Masuch* (2011): „Die UN-Behindertenrechtskonvention anwenden!“, in: *Grundrechte und Solidarität. Festschrift für Renate Jaeger*, S. 245-263; von *Bernstorff* (2011): „Anmerkung zur innerstaatlichen Anwendbarkeit ratifizierter Menschenrechtsverträge: Welche Rechtswirkungen erzeugt das Menschenrecht auf inklusive Schulbildung aus der UN-Behindertenrechtskonvention im deutschen Sozial- und Bildungsrecht?“, in: *Recht der Jugend und des Bildungswesen* 2, S.203–217; *Cremer* (2011): „Die UN-Kinderrechtskonvention. Geltung und Anwendbarkeit“, Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte.

4 Der Beitrag nimmt weder eine eigenständige menschenrechtliche Bewertung des jeweiligen Sachverhalts vor, geschweige denn bewertet er das Ergebnis der hierzu ergangenen richterlichen Entscheidung.

II. Zwei Anwendungsvarianten menschenrechtlicher Normen

Die menschenrechtlichen Normen der UN-BRK sind geltendes Recht.⁵ Diese Normen haben *als völkerrechtliche Normen* dadurch Eingang in die deutsche Rechtsordnung erhalten, dass der Bundestag unter einstimmiger Zustimmung des Bundesrates ein so genanntes Vertragsgesetz verabschiedet hat. Die Konvention hat danach in ihrer Gesamtheit, quasi als *völkerrechtlicher Normkomplex*, nach allgemeiner Auffassung den Rang von Bundesrecht erhalten.

In ständiger Rechtsprechung sieht das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in dieser gesetzgeberischen Entscheidung die Grundlage des verfassungsrechtlichen Gebots (gemäß Artikel 59 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 20 Absatz 3 Grundgesetz), diese menschenrechtlichen Normen innerstaatlich zur Anwendung zu bringen. Das Gericht spricht in ständiger Rechtsprechung von einem *Rechtsanwendungsbefehl*, der sich an alle staatlichen Stellen der vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt richtet.⁶

Die in der neueren Diskussion wieder aufscheinende Auffassung, die *Anwendbarkeit menschenrechtlicher Normen* durch Behörden und Gerichte setze grundsätzlich einen (weiteren) Akt der Transformation voraus, insbesondere der Landesparlamente, wenn der zu entscheidende Sachverhalt in den Zuständigkeitsbereich der Länder falle,⁷ geht fehl.⁸ Sie verkennt die der Verfassungsrechtsprechung zugrunde liegende Vollzugslehre, wonach zwar eine *gesetzgeberische* Umsetzung nicht ausgeschlossen ist, jedoch für eine Anwendung durch Behörden und Gerichte eine wie auch immer geartete Transformation nicht mehr notwendig ist und den Vollzug allen staatlichen Stellen *unabhängig von der bundesstaatlichen Kompetenzordnung*

5 Siehe dazu *Nettesheim* (2009), in: Herzog u. a. (Hrsg.): Grundgesetz: Kommentar, Band 5, Artikel 59, Rdnr. 166 ff., 173 ff.

6 Siehe BVerfGE 59, 63 (90); 63, 343 (355); 77, 170 (210); 90, 286 (364); 104, 151 (209).

7 So die Auffassung von *Fastenrath / Groh* (2010), in: Friauf / Höfling (Hrsg.): Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, Artikel 59, Rdnr. 99.

8 Siehe von *Bernstorff* (2011), aaO, S. 213 ff.; *Geiger* (2010): „Grundgesetz und Völkerrecht“, 5. Aufl., S. 156; *Nettesheim* (2009), in: Herzog u. a. (Hrsg.): Grundgesetz: Kommentar, Band 5, Artikel 59, Rdnr. 185; *Rojahn* (2001), in: Kunig (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 5. Aufl., Rdnr. 33 f.

abverlangt. Nach der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung richten sich „lediglich“ Umsetzungsmaßnahmen, insbesondere die Anpassung der Gesetzeslage; die Anwendung der völkerrechtlichen Normen durch Behörden und Gerichte sollte damit nicht vermengt werden.⁹

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, auf welche Weise die bundesweit uneingeschränkt geltenden menschenrechtlichen Normen zur Anwendung kommen können. Es ist fachlich geboten, *zwei Anwendungsvarianten* zu unterscheiden.¹⁰

Die erste Variante ist der Fall der „unmittelbaren Anwendung“ menschenrechtlicher Normen durch Behörden und Gerichte. Die zweite Variante beschreibt Anwendung in der Form, die menschenrechtliche Norm in die Rechts- und Entscheidungsfindung einzubeziehen, insbesondere zur Auslegung von bundes- oder landesrechtlichen Bestimmungen zu nutzen.

1. Die unmittelbare Anwendung

Die *unmittelbare Anwendung* setzt eine unmittelbar anwendbare Norm voraus. Bei dieser Anwendungsvariante bildet die menschenrechtliche Norm die alleinige (gegebenenfalls auch in Verbindung mit anderen Bestimmungen¹¹) Rechtsgrundlage für eine Entscheidung, die für Dritte verbindliche Rechtsfolgen begründet. Ob die menschenrechtliche Norm als Entscheidungsgrundlage taugt, hängt von ihrer inhaltlichen Bestimmtheit ab.¹² Diese ist im Wege der Auslegung zu ermitteln. Anzusetzen ist dabei an den sprachlich verbindlichen Fassungen der UN-BRK; die deutsche Übersetzung gehört nicht dazu. Für die Auslegung sind die völkerrechtlichen Auslegungsmethoden anzuwenden.

Menschenrechtlichen Normen die unmittelbare Anwendbarkeit pauschal abzusprechen, wäre völkerrechtlich nicht vertretbar. Richtig ist vielmehr

9 Zu den Details siehe von Bernstorff (2011), aaO, S. 209 ff.

10 Siehe Aichele (2003): „Nationale Menschenrechtsinstitutionen“, Frankfurt, S. 155 ff.

11 So Cremer, aaO, S. 26.

12 Es geht nach der Formulierung des BVerfG darum, ob die Norm nach Wortlaut, Zweck und Inhalt geeignet ist, wie eine innerstaatliche Gesetzesvorschrift rechtliche Wirkung auszulösen, vgl. BVerfGE 29, 348 (360).



anzuerkennen, dass alle menschenrechtlichen Vertragsnormen das Potenzial haben, unmittelbar anwendbar zu sein, und die Entscheidung darüber von der am konkreten Lebenssachverhalt ausgerichteten Inhaltsermittlung abhängig zu machen.

2. Menschenrechtskonforme Auslegung

Bei der anderen Anwendungsvariante, der *menschenrechtskonformen Auslegung*, bildet Bundes- oder Landesrecht die alleinige Grundlage der Entscheidung; die menschenrechtliche Norm wird lediglich zur Rechts- und Entscheidungsfindung herangezogen. Im Rahmen gerichtlicher Ausführungen spielen sie als Element der inhaltlichen Begründung eine Rolle. Die Grenze der menschenrechtskonformen Auslegung bildet der Wortlaut der auszulegenden Norm. Gleich ob die Norm als Auslegungsmaßstab dient oder ob sie in die Begründung aufgenommen wird oder beides, *diese dem Völkerrecht gegenüber offene Praxis unterfällt dem Begriff der Anwendung menschenrechtlicher Normen*.

Auch das BVerfG praktiziert diese Anwendungsvariante bei der Auslegung der Grundrechte. Dass diese Bedeutung den Rechten der Europäischen Menschenrechtskonvention zukommt, hat das Gericht wiederholt bekräftigt und hat auch in der Lehre breite Zustimmung gefunden. In seinem Beschluss vom 23.3.2011 hat das Gericht ausgeführt, dass auch die UN-Behindertenrechtskonvention „als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte herangezogen werden kann.“¹³

Für Behörden und Gerichte ist eine entsprechende Rechtspraxis sogar rechtsstaatlich geboten, wenn sie ohne diese menschenrechtskonforme Auslegung zu einer konventionswidrigen Entscheidung kämen.

13 Siehe BVerfG, 2 BvR 882/09, Rdnr. 52.

III. Die gerichtlichen Entscheidungen

Seit März 2009 sind 35 gerichtliche Entscheidungen, die explizit auf die Konvention Bezug nehmen, veröffentlicht beziehungsweise von der Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention in Berlin dokumentiert worden.¹⁴

Das BVerfG hat die Konvention bereits in drei Entscheidungen aufgegriffen¹⁵, wobei es sich in einem Fall grundsätzlich zur UN-BRK und ihrer Bedeutung für die Auslegung der Verfassung positioniert hat (siehe oben).¹⁶ Darüber hinaus entstammen die Entscheidungen zum Gros der Sozial-¹⁷ und Verwaltungsgerichtsbarkeit¹⁸; in zwei Fällen der ordentlichen Gerichtsbarkeit¹⁹.

Soweit nachvollziehbar wurde über Sachverhalte aus Berlin, Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Schleswig-Holstein

14 Der Stichtag für diesen Beitrag war der 1.6.2011.

15 Siehe Bundesverfassungsgericht: BVerfG, Beschluss vom 23. März 2011, 2 BvR 882/09; BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 2010, 1 BvR 1541/09 und 1 BvR 2685/09; BVerfG, Beschluss vom 11. Januar 2011, 1 BvR 3588/08 und 1 BvR 555/09.

16 Siehe BVerfG 2 BvR 882/09, Randziffer 52.

17 Siehe Bundessozialgericht: BSG, Urteil vom 5.5.2010, B 12 KR 14/09 R; BSG, Urteil vom 29.4.2010, B 9 SB 2/09 R; BSG, Urteil vom 12.8.2009, B 3 KR 11/08 R. Landessozialgerichte: LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 9.12.2010, L 13 AL 4629/10 ER-B; LSG Hessen, Urteil vom 24.11.2010, L 6 AS 168/08; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 2010, 23.9.2010, L 12 SB 34/09; LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 2.9.2010, L 7 SO 1357/10 ER-B; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 13.8.2010, L 20 SO 289/10 B ER; LSG Sachsen, Beschluss vom 3.6.2010, L 7 SO 19/09 B ER; LSG Hamburg, 2010, Beschluss vom 26.5.2010, LSG-Az.: L 4 SO 2/10 B ER; LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 21.1.2010, L 5 KR 165/09; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 3.12.2009, L 13 SB 235/07; Sozialgerichte: SG Düsseldorf, Beschluss vom 20.4.2010, S 17 SO 138/10 ER.

18 Siehe Bundesverwaltungsgericht: BVerwG, Beschluss vom 18.1.2010, 6 B 52/09. Oberverwaltungsgerichte: OVG Niedersachsen, Beschluss vom 25.3.2011, 2 ME 52/11; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 3.11.2010, 19 E 533/10; OVG Niedersachsen, Beschluss vom 16.9.2010, 2 ME 278/10; OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 16.6.2010, 13 B 633/10; OVG Thüringen, Beschluss vom 17.5.2010, 1 EO 854/10; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 23.2.2010, 13 S 2696/09; VGH Hessen, Beschluss vom 12.11.2009, 7 B 276/09. Verwaltungsgerichte: VG Saarlouis, Urteil vom 13.1.2011, 2 K 376/10; VG Frankfurt, Beschluss vom 21.12.2009, 9 L 3763/09; VG Düsseldorf, Urteil vom 16.12.2010, 18 K 5702/10; VG Gelsenkirchen, Urteil vom 10.11.2010, 4 K 2133/09; VG Gelsenkirchen, Urteil vom 21.4.2010, 4 K 3832/08; VG Düsseldorf, Beschluss vom 26.8.2010, 18 K 4404/10; VG Arnsberg, Urteil vom 17.8.2010, 10 L 379/10; VG Köln, Beschluss vom 18.8.2009, 10 L 942/09.

19 Ordentliche Gerichtsbarkeit: Oberlandesgericht: OLG Brandenburg, 2010, Beschluss vom 21.10.2010, 9 UF 45/10; Landgericht: LG Bochum, 2010, Beschluss vom 19.1.2010, 7 T 558/09.



und Thüringen befunden. Befasst waren die Gerichte mit Fragen aus den konventionsrelevanten Lebensbereichen Arbeit, angemessener Lebensstandard, Bildung, Ernährung, Freizeit, Gesundheit, körperliche Integrität, Mobilität, rechtliche Handlungsfähigkeit, Sport, soziale Sicherung und Wohnen. Querschnittsfragen betrafen Barrierefreiheit, Diskriminierungsverbot, Gleichbehandlung, effektiven Rechtsschutz und Schadensersatz.

Streitentscheidend waren rechtliche Bestimmungen aus dem Sozialrecht, insbesondere dem Schwerbehindertenrecht, der Eingliederungshilfe, den Regelungen zur Pflege- und Krankenversicherung sowie dem Schulrecht, dem Recht der elterlichen Sorge, dem Maßregelvollzug, dem Besoldungsrecht, dem Straßennutzungsrecht, dem Betreuungsrecht, dem Aufenthaltsgesetz, dem Entschädigungsrecht und dem Revisionsrecht. Mit 16 Entscheidungen liegt der klar erkennbare Schwerpunkt auf dem Thema Bildung. Die in diesem Lebensbereich ergangenen Entscheidungen befassten sich etwa mit der sonderpädagogischen Förderung, insbesondere im Bereich der allgemeinen Schule, durch Unterstützung der Gebärdensprachdolmetscher (für ein Hochschulstudium), dem Schulwahlrecht der Eltern, dem Nachteilsausgleich und beruflicher Bildung außerhalb der Werkstatt. Mehrfach thematisiert wurde das grundgesetzliche Gleichheitsgebot, damit oft verbunden auch das Verständnis von „Behinderung“. 21 dieser Entscheidungen sind im Beschlusswege, 14 in Urteilsform ergangen.

Zur Frage, welche Rolle die Konventionsnormen in den schriftlichen Begründungen spielen, kann Folgendes festgehalten werden: Bislang ist kein Fall der „unmittelbaren Anwendung im obigen Sinne dokumentiert. In keinem Falle hat eines der Gerichte eine Konventionsnorm als alleinige Entscheidungsgrundlage herangezogen; streitentscheidend waren in allen Fällen die bundes- oder landesrechtlichen Regelungen. In der großen Mehrheit der Entscheidungen findet die Konvention zumindest in der Begründung eine kursorische Erwähnung.²⁰ Etwa zehn Entscheidungen lassen erkennen, dass die Konvention als Auslegungshilfe herangezogen wurde oder diese als Element der Begründung verarbeitet wurde.

20 Wiederum zwei Entscheidungen führen die Konvention nur im Rahmen der Sachverhaltsdarstellung an.

- Beispielsweise hatte das *Bundessozialgericht* in seinem Urteil darüber zu entscheiden, ob ein Ausländer als Schwerbehinderter anzuerkennen sei, dessen Grad der Beeinträchtigung über 50 beträgt und der sich länger als sechs Monate in Deutschland aufhält. Das Gericht bejahte die Anspruchsberechtigung und sah diesen Anspruch, begleitet von entsprechenden weiterführenden Ausführungen zur Konvention, durch die UN-BRK „untermauert“. ²¹
- Über eine Frage der Grundsicherung für Arbeitssuchende hatte das *Hessische Landessozialgericht* zu befinden. In seiner Entscheidung zugunsten der behinderten Klägerin und Berufungsklagten verstärkte es seine Begründung durch die Aussage, dass ein Leistungsausschluss der völkerrechtsfreundlichen Auslegung der sozialrechtlichen Bestimmungen „zumindest tendenziell zuwiderlaufe“. ²²
- Das *Landessozialgericht Sachsen* nutzte die UN-BRK, um rechtliche Ausführungen kritisch zu prüfen. In diesem Verfahren beantragte ein blindes Kind, das eine allgemeine Schule besuchen wollte, die Finanzierung einer Integrationshelferin. Das Gericht hat die Argumentation der Gegenseite damit entkräftet, dass es in seiner Begründung ausführte, die von der Antragsgegnerin vorgenommene Auslegung widerspreche der UN-BRK. ²³
- Das *Sozialgericht Düsseldorf* – dessen Entscheidung anschließend in der nachfolgenden Instanz durch das *Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen* bestätigt wurde – hatte im einstweiligen Rechtsschutz darüber zu entscheiden, ob die gehörlose Beschwerdeführerin, die nach einer abgeschlossenen Berufsausbildung für ihr Hochschulstudium auf Gebärdensprachdolmetschen angewiesen war, Leistungen aus der Eingliederungshilfe erhalten kann. Das Gericht, das seine Entscheidung ausschließlich auf der Grundlage der sozialrechtlichen Normen trifft,

21 Siehe BSG, Urteil vom 29.4.2010, B 9 SB 2/09 R, Ziffer 43.

22 Siehe LSG Hessen, Urteil vom 24.11.2010, L 6 AS 168/08, Ziffer 36.

23 Siehe LSG Sachsen, Beschluss vom 3.6.2010, L 7 SO 19/09 B ER, Seite 6.



sieht sein Auslegungsergebnis durch die UN-BRK „vollumfänglich gestützt“.²⁴

- Außerdem sei das Urteil des *Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg* genannt. Diesem stellte sich die Frage, ob der Anerkennung einer außergewöhnlichen Gebehinderung im Sinne des Merkzeichens „aG“ entgegensteht, dass die Antragstellerin ein erhebliches Übergewicht aufweist. Das Gericht führte in seiner Entscheidung zugunsten der Klägerin aus, dass „der bisherige Ansatz der Rechtsprechung und des Verordnungsgebers“ durch die UN-BRK ebenfalls getragen werde.²⁵
- Von den Entscheidungen der Verwaltungsgerichte hebt sich der Beschluss des *Verwaltungsgerichts Frankfurt* positiv ab. Um seine Entscheidung zu begründen, dass der Dienstherr von einer behindertenbedingten Versetzung in den Ruhestand einstweilig absehen sollte, führt das Gericht unter Bezug auf das Konzept der angemessenen Vorkehrungen im Sinne der Konvention aus, dass es dem Arbeitgeber zumutbar sei, in seinem Organisationsbereich eine anderweitige Beschäftigung zu suchen.²⁶

Im Vergleich zur Sozialgerichtsbarkeit stellen sich die Entscheidungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit der UN-BRK allerdings weitaus weniger zugewandt dar. Die Begründungen der hier dokumentierten Entscheidungen weisen zwar Bezüge zur Konvention auf, teilweise spiegeln sie auch eine inhaltliche Befassung. Die Ausführungen jedoch fallen in der Tendenz grundsätzlich aus, weil sie staatsrechtliche Fragen zur Stellung und Bedeutung der Konvention im innerstaatlichen Recht vorrangig erörtern. Weniger aus inhaltlichen Gründen als aus grundsätzlichen Erwägungen lehnen die Verwaltungsgerichte im Ergebnis zu einer überraschend großen Zahl die Anwendbarkeit menschenrechtlicher Normen demnach ab.

24 Siehe SG Düsseldorf, Beschluss vom 20.4.2010, S 17 SO 138/10 ER, Ziffer 37.

25 Siehe LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 3.12.2009, L 13 SB 235/07, Ziffer 22.

26 Siehe VG Frankfurt, Beschluss vom 21.12.2009, 9 L 3763/09, Ziffer 22.

- Aus der Reihe der entsprechend gelagerten Entscheidungen ist der Beschluss des *Hessischen Verwaltungsgerichtshofs* vom November 2009, der sich mit der Zuweisung an eine Sondereinrichtung gegen den Willen des betroffenen Kindes befasst, relativ bekannt geworden.²⁷ Weil es dem Gericht nicht gelingt, die UN-BRK als menschenrechtliches Übereinkommen in allen Teilen richtig darzustellen und ihre Bedeutung und Tragweite innerhalb der deutschen Rechtsordnung angemessen zu würdigen, ist diese Entscheidung unter anderem von der Monitoring-Stelle in einer öffentlichen Stellungnahme kritisiert worden.²⁸ Die Literatur übt ebenfalls fundamentale Kritik.²⁹ Nichtsdestotrotz ist dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof hinsichtlich seiner Ausführungen zur UN-BRK und der Einschätzung zur Anwendbarkeit menschenrechtlicher Normen eine Reihe von Gerichten gefolgt.³⁰

IV. Zur Diskussion

Soweit die Verwaltungsgerichte der Auffassung sind, für die Anwendbarkeit der konventionsrechtlichen Bestimmungen sei ein zusätzlicher Akt der Transformation erforderlich, insbesondere soweit das Übereinkommen die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder betreffe,³¹ so ist das nicht überzeugend. Denn der Vollzug von menschenrechtlichen Normen mit Rang eines Bundesgesetzes, auf die sich der Rechtsanwendungsbefehl uneingeschränkt bezieht, muss unabhängig von der föderalen Kompetenzordnung gewährleistet werden.

Begründet wäre der Einwand zugunsten der Länder, wenn das Vertragsgesetz, das den Bund zur Ratifikation ermächtigt und den Konventions-

27 Siehe VGH Hessen, Beschluss vom 12.11.2009, 7 B 276/09.

28 *Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention* (2010): Stellungnahme zur Stellung und Bedeutung der UN-Behindertenrechtskonvention innerhalb der deutschen Rechtsordnung, S. 113 (abrufbar unter www.institut-fuer-menschenrechte.de).

29 Etwa *Riedel / Arend* (2010): „Im Zweifel Inklusion“, in: NVwZ, S. 1346–1349; auch von *Bernstorff* (2011), aaO.

30 Beispielsweise das OVG Niedersachsen, Beschluss vom 16.9.2010, 2 ME 278/10.

31 Der Transformationstheorie hängt an das BVerwG, siehe etwa den Beschluss vom 18.1.2010, 6 B 52/09, Ziffer 4.

normen als Völkerrecht Einzug in die hiesige Rechtsordnung gewährt hat, nicht verfassungsgemäß zustande gekommen wäre, insbesondere weil die Länder nicht hinreichend beteiligt worden wären. An der Verfassungsmäßigkeit jedoch ist nicht zu zweifeln. Denn alle Bundesländer wurden gemäß dem Lindauer Abkommen beteiligt. Sie haben im Vorfeld zum parlamentarischen Prozess einzeln ihre Zustimmungserklärung zur Konvention abgegeben und anschließend im Bundesrat dem Vertragsgesetz einstimmig ihre Zustimmung erteilt.³²

Im Übrigen ist der Transformationsansatz grundsätzlichen Bedenken ausgesetzt. Eine Transformation führt zu Folgeproblemen, etwa bei der Kündigung des völkerrechtlichen Vertrags, die von der Transformationstheorie nicht überzeugend gelöst werden können.³³

In der Zusammenschau fällt darüber hinaus auf, dass die Gerichte nicht zwischen der Anwendung und dem speziellen Fall der unmittelbaren Anwendung differenzieren. So wird die allgemeine Beachtlichkeit menschenrechtlicher Normen im Sinne des Rechtsbeachtungsbefehls ausgeschlossen, weil die Anforderungen gestellt werden, die nur zur Prüfung der unmittelbaren Anwendbarkeit einer Norm verfassungsrechtlich geboten sind. Hierdurch verschließen sich die Gerichte ohne Not den Weg, die Konventionsnormen als Auslegungshilfe und Begründungselement zur Anwendung zu bringen.

Auffällig sind überdies die Anstrengungen, die Anwendbarkeit der Konventionsbestimmungen auf der inhaltlichen Ebene relativ pauschal abzulehnen. Das verwundert insbesondere deshalb, weil dem Wortlaut der Konvention selbst zu entnehmen ist, dass die UN-BRK „sofort anwendbare“ Bestandteile enthält.³⁴ Die Anwendbarkeit mangels Bestimmtheit zu verneinen, kann im Übrigen auch deshalb nicht überzeugen, weil ansonsten das Individualbeschwerdeverfahren nach dem Fakultativprotokoll zur

32 So auch *Platter* (2010): „Rechtsfragen zur Implementierung der UN-Behindertenrechtskonvention (BRK) in das brandenburgische Landesrecht. Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes des Landtages Brandenburg vom 16.9.2010“, Potsdam: Landtag Brandenburg, S. 1–20.

33 Siehe dazu *Geiger* (2010): Grundgesetz und Völkerrecht, 5. Aufl., S. 156.

34 Siehe Artikel 4 Absatz 2, letzter Halbsatz der UN-BRK.

UN-BRK, in dessen Zuge ein Fachgremium Sachverhalte am Maßstab der Konvention entscheidet, keinen Sinn machen würde.

Nicht zuletzt mangelt es der erkennbaren Auslegungspraxis häufig daran, dass sie systematische und teleologische Gesichtspunkte außer Acht lässt und insbesondere internationale Rechtserkenntnisquellen und autoritative Interpretationshilfen wie die *General Comments* nicht aufarbeitet.³⁵

V. Zusammenfassende Bemerkungen

Die 35 hier aufgeführten gerichtlichen Entscheidungen, teils veröffentlicht, teils von der Monitoring-Stelle dokumentiert, nehmen ausdrücklich auf die UN-Behindertenrechtskonvention Bezug. Die Entscheidungen betreffen ein weites Spektrum an Lebensbereichen und Sachverhalten aus zahlreichen Bundesländern. Sie entstammen dem Bundesverfassungsgericht, der Sozial- und Verwaltungsgerichtsbarkeit sowie der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

Zahlreiche Begründungstexte dokumentieren, dass die deutschen Gerichte zunehmend auf die menschenrechtlichen Normen der UN-BRK zur Rechts- und Entscheidungsfindung sowie zur Qualifizierung ihrer Begründung zurückgreifen. Positive Beispiele finden sich vor allem auf Seiten der Sozialgerichte.

Dass menschenrechtliche Normen selbst als Auslegungshilfe für die Grundrechte des Grundgesetzes dienen, hat das BVerfG mit dem Beschluss vom 23.3.2011 nunmehr ausdrücklich bestätigt. Es hat damit das Postulat, die Grundrechte seien im Lichte menschenrechtlicher Normen zu interpretieren, ausdrücklich auf die UN-BRK erweitert. Allein wegen dieser Klärung, welche Stellung der UN-BRK in der hiesigen Rechtsordnung zukommt, ist diese Entscheidung in ihrer Bedeutung kaum zu überschätzen. Dagegen verschließen sich die Verwaltungsgerichte in weiten Teilen der

³⁵ Zum so genannten Konkretisierungsansatz siehe Aichele (2010), aaO, S. 14 ff.



praktischen Anwendung der menschenrechtlichen Normen aus verschiedenen, wenig überzeugenden Erwägungen.

Das ist ein wichtiger Befund für Prozessbevollmächtigte. Gerade Verwaltungsgerichtsverfahren im einstweiligen Rechtsschutz, in denen bekanntlich lediglich eine summarische Prüfung erfolgt, scheinen überhaupt nicht geeignet, um mit der Konvention zu argumentieren, weil die Gerichte die schwierigen, staatsrechtlichen Fragen an dieser Stelle nicht lösen und die – wenn auch nur scheinbar bestehenden – Hürden nicht überwinden. Dieser Umstand ist spätestens heute bei der Einschätzung der Erfolgsaussichten zu berücksichtigen.

Die Divergenzen innerhalb der deutschen Rechtsprechung in Bezug auf die Stellung und Bedeutung der UN-BRK, insbesondere die Abweichung von der verfassungsgerichtlichen Praxis, sind besonders auffällig und verwundern angesichts der immer wieder aufbereiteten und über ständige Rechtsprechung gefestigten Grundaussagen des BVerfG zur Geltung und Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen.³⁶

Bei der Frage, ob und wie menschenrechtliche Normen im innerstaatlichen Bereich anzuwenden sind, geht es tatsächlich nicht um ein Theoretisieren über randständige Rechtsphänomene, sondern es sind die staatsrechtlichen Grundlagen dieser Rechtsordnung damit in den Blick geraten, die den Umgang der Behörden und Gerichte mit menschenrechtlichen Normen auch bei Sachverhalten leiten, in denen es um elementare Fragen der Gleichstellung behinderter Menschen, bisweilen um menschenrechtlich hoch sensible Bereiche geht.

36 Wohl nicht zuletzt, aber sehr prominent in der *Görgülü*-Entscheidung des BVerfG, siehe den Beschluss vom 14.10.2004, 2 BvR 1481/04 = BVerfGE 111, 307–332.

Das Individualbeschwerdeverfahren zu den UN-Fachausschüssen

Chance für den individuellen Rechtsschutz und die strategische Prozessführung*

Dr. Nina Althoff

Die Menschenrechte spielen in der Anwaltspraxis eine immer größere Rolle. Doch anders als der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) sind die menschenrechtlichen UN-Fachausschüsse und die dort bestehenden Beschwerdemöglichkeiten in Deutschland recht unbekannt. Dabei können diese Verfahren als internationale Rechtsbehelfe eine wichtige Rolle für den Menschenrechtsschutz im Einzelfall spielen und im Hinblick auf die nationale Rechtslage und Praxis über den Einzelfall hinaus entscheidende Wirkung entfalten.

I. Einleitung

Die Beschwerdemöglichkeiten zu den UN-Fachausschüssen sind zwar bislang kaum genutzt, ihre Anerkennung und Bedeutung nehmen aber zu und so gab es innerhalb eines Jahres drei erfolgreiche Beschwerden gegen Deutschland.¹ UN-Fachausschüsse sind die zu jedem Menschenrechtsabkommen der Vereinten Nationen eingerichteten Überwachungsorgane (engl. „Treaty Bodies“), bestehend aus unabhängigen Expertinnen und Experten verschiedener Disziplinen. Sie kontrollieren die Verwirklichung des Abkommens und konkretisieren die jeweiligen Bestimmungen durch

* Aktualisierte Version des unter demselben Titel veröffentlichten Aufsatzes in Anwaltsblatt 1/2012, 52.

1 Anti-Rassismus-Ausschuss, Auffassung v. 04.04.13, Mitteilung Nr. 48/10, TBB ./.. Deutschland; Anti-Folter-Ausschuss, Auffassung v. 27.06.13, Mitteilung Nr. 430/10, Abichou ./.. Deutschland und zuletzt Behindertenrechtsausschuss, Auffassung v. 04.04.14, Mitteilung Nr. 2/10, Gröninger ./.. Deutschland. Zuvor hatte es erst eine erfolgreiche Beschwerde gegen Deutschland gegeben: Menschenrechtsausschuss, Auffassung v. 23.07.08, Mitteilung Nr. 1482/2006, M.G. ./.. Deutschland.

„Allgemeine Bemerkungen“.² Die Überwachungsmechanismen sind je nach Abkommen unterschiedlich.³ Bei mittlerweile sieben UN-Fachausschüssen besteht für Betroffene von Menschenrechtsverletzungen die Möglichkeit – nach innerstaatlicher Rechtswegerschöpfung – Beschwerde gegen Deutschland einzureichen:

- beim Menschenrechtsausschuss zum Zivilpakt
- beim Ausschuss zur Anti-Folter-Konvention (CAT)
- beim Ausschuss zur Anti-Rassismus-Konvention (ICERD)
- beim Ausschuss zur Frauenrechtskonvention (CEDAW)
- beim Ausschuss zur Behindertenrechtskonvention (CRPD)
- beim Ausschuss zur Konvention gegen das Verschwindenlassen (CPED)
- sowie seit April 2014 auch beim Ausschuss zur Kinderrechtskonvention (CRC).

Für den UN-Sozialpakt (CESCR) ist ein Beschwerdemechanismus zwar auf internationaler Ebene in Kraft getreten, aber für Deutschland nicht verbindlich, da sich Deutschland dem Verfahren bislang nicht unterworfen hat.⁴

2 S. zu den „General Comments“ Hrsg. Deutsches Institut für Menschenrechte (2005): Die „General Comments“ zu den VN-Menschenrechtsverträgen, Baden Baden; s. sonst auf den jeweiligen Ausschusseiten beim Hochkommissariat für Menschenrechte (OHCHR): <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TreatyBodies.aspx> (aufgerufen am 20.05.2014).

3 Informationen zu allen Verfahren unter: www.aktiv-gegen-diskriminierung.de.

4 Auch zum Ausschuss für die Wanderarbeitnehmerkonvention ist ein Individualbeschwerdeverfahren vorgesehen, allerdings ist dieses mangels ausreichender Anerkennung durch mindestens 10 Vertragsstaaten bislang nicht wirksam. Deutschland hat weder die Konvention ratifiziert, noch sich dem Beschwerdeverfahren unterworfen. Zum Ratifikationsstand aller Abkommen: <http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4subid=Alang=en> (aufgerufen am 20.05.2014).

II. Sinn und Zweck des Verfahrens

Das UN-Individualbeschwerdeverfahren ist im Gegensatz zum Verfahren beim EGMR kein Gerichtsverfahren. Die UN-Fachausschüsse können keine rechtlich verbindlichen oder vollstreckbaren Urteile aussprechen. Die politische Wirkkraft der in den Entscheidungen oder Einschätzungen (engl. „views“) enthaltenen Empfehlungen und Rügen an den jeweiligen Staat ist gleichwohl hoch. So werden die Entscheidungen auch in der Regel akzeptiert⁵ und entfalten über den Einzelfall hinaus Wirkung, indem sie in anderen Verfahren zur Auslegung und Anwendung nationalen Rechts herangezogen werden und gesetzliche, strukturelle sowie soziale Veränderungen bewirken.⁶ Auch der EGMR bezieht sich als Rechtserkenntnisquelle zunehmend auf die Spruchpraxis der UN-Fachausschüsse.⁷

Die Empfehlungen an den Vertragsstaat können auch Schadenersatz für die verletzte Person umfassen. Und die Ausschüsse können vorläufige Maßnahmen in dringenden Fällen empfehlen, in denen sonst irreparable Schäden drohen. Bis zur Verabschiedung der eigentlichen Entscheidung kann so etwa eine Abschiebung in ein Land, in dem Folter droht, aufgeschoben oder eine Zwangsmedikation ausgesetzt werden.⁸ Im Rahmen von Follow-Up-Verfahren wird überprüft, ob der Staat die Empfehlungen befolgt hat.

5 Zur Umsetzung der Empfehlungen s. Hrsg. Open Society Justice Initiative (2010): *From Judgement to Justice. Implementing international and regional human rights decisions*, New York, S. 117 ff.; s. auch K. Hüfner u.a. (2012): *Menschenrechtsverletzungen: Was kann ich dagegen tun?*, Bonn.

6 Exemplarisch zu den Folgen einer CEDAW Entscheidung s. R. Logar, *Die UNO-Frauenrechtskonvention CEDAW als Instrument zur Bekämpfung der Gewalt an Frauen: zwei Beispiele aus Österreich*, in: *Frauenfragen* 1.2009, 22 ff.; abrufbar unter: http://www.interventionsstelle-wien.at/images/doku/die_uno-frauenrechtskonvention_zwei_beispiele_aus_oesterreich.pdf.

7 S. zum Beispiel zur Heranziehung einer CEDAW Entscheidung: EGMR, *Auffassung v. 09.06.09*, Mitteilung Nr. 33401/02, Opuz ./, Türkei.

8 Zu sofortigen Schutzmaßnahmen im Falle häuslicher Gewalt s. CEDAW, *Auffassung v. 26.01.05*, Mitteilung Nr. 2/2003, A.T. ./, Ungarn.

III. Zulässigkeitsvoraussetzungen

Die Voraussetzungen für ein Individualbeschwerdeverfahren zu den verschiedenen UN-Ausschüssen sind im Wesentlichen gleich.⁹ Regelungen finden sich in Art. 14 CERD, Art. 22 CAT, Art. 31 CPED in Verbindung mit den jeweiligen Verfahrensordnungen (VerfO). Die Individualbeschwerdeverfahren zum Zivilpakt, zu CEDAW, zu CRPD, zu CRC und zum Sozialpakt sind in den jeweiligen Zusatzprotokollen und VerfO geregelt.¹⁰

1. Es kann nur eine Beschwerde *gegen einen Vertragsstaat* eingereicht werden, nicht jedoch gegen Private.¹¹ Die Menschenrechtsverletzung muss dem Staat zurechenbar sein, also in dessen Hoheitsbereich bzw. unter dessen Hoheitsgewalt fallen. Der Staat muss dabei zum einen das jeweilige Abkommen ratifiziert und zum anderen sich dem Beschwerdeverfahren durch Abgabe einer entsprechenden Erklärung oder Ratifikation des jeweiligen Zusatzprotokolls unterworfen haben. Deutschland hat dies in Bezug auf den Zivilpakt, CERD, CAT, CEDAW, CRPD, CPED und CRC getan. Allerdings hat Deutschland bei Ratifikation des Zusatzprotokolls zum Zivilpakt einen Vorbehalt erklärt, der die Zuständigkeit des Menschenrechtsausschusses in Individualbeschwerdeverfahren im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot des Zivilpakts (Art. 26) ausschließt.¹²

2. Die Beschwerde muss sich auf Bestimmungen des Abkommens beziehen, die vorbehaltlos für den jeweiligen Vertragsstaat gelten (*sachlicher Geltungsbereich*). Zudem muss die Verletzung stattgefunden haben, nachdem der Vertragsstaat der Möglichkeit einer Individualbeschwerde zu-

9 Leitfäden finden sich auf den Ausschusswebsites:
<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TreatyBodies.aspx> (aufgerufen am 20.05.2014). S. auch B. Schäfer (2007): Die Individualbeschwerde nach dem Fakultativprotokoll zum Zivilpakt und H. Cremer (2005): Die Individualbeschwerde nach Art. 14 ICERD; beides abrufbar unter:
www.institut-fuer-menschenrechte.de.

10 Alle Abkommen, VerfO etc. können abgerufen werden unter: www.institut-fuer-menschenrechte.de.

11 Der Staat hat jedoch die Verpflichtung vor Menschenrechtsverletzungen durch Private zu schützen und ein staatliches Untätigbleiben kann entsprechend vor den Ausschüssen geltend gemacht werden, zum Beispiel CERD, Auffassung v. 17.03.99, Mitteilung Nr. 10/1997, Habassi ./ Dänemark oder CEDAW, Auffassung v. 25.07.10, Mitteilung Nr. 20/2008, V.K. ./ Bulgarien.

12 Alle Vorbehalte sind in der UN-Datenbank beim jeweiligen Abkommen nachzulesen:
<http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4subid=Alang=en> (aufgerufen am 20.05.2014).

gestimmt hat – es sei denn, die Menschenrechtsverletzung dauert noch fort¹³ (*zeitlicher Geltungsbereich*).

3. Die beschwerdeführende Person muss *gegenwärtig, persönlich und direkt* von einer Menschenrechtsverletzung betroffen sein. Beschwerden können von *Einzelpersonen* und in der Regel auch von *Personengruppen* eingelegt werden. Dabei müssen alle Personen der Gruppe geltend machen, selbst Opfer der Menschenrechtsverletzung zu sein. Eine Vertretung durch Dritte, wie Anwaltschaft oder Verbände, ist möglich. Bei einigen Ausschüssen kann ausnahmsweise im Namen der betroffenen Person ohne deren Zustimmung eine Beschwerde eingereicht werden, wenn das Opfer nicht in der Lage ist, die Beschwerde selbst einzureichen, beispielsweise weil die Person verstorben ist oder verschleppt wurde. Für Verbände und Organisationen besteht außerdem die Möglichkeit, als Personengruppe selbst eine Beschwerde einzureichen. Entscheidend ist, dass in Anbetracht der Art ihrer Tätigkeit und der von ihr vertretenen Personengruppen die erforderliche Opfereigenschaft erfüllt ist.¹⁴ Bei einigen UN-Abkommen besteht darüber hinaus die Möglichkeit, den Ausschüssen Stellungnahmen Dritter (etwa NGOs) zur Verfügung zu stellen – die häufig berücksichtigt werden.¹⁵

4. Vor Einlegung der Beschwerde müssen alle *nationalen, effektiven Rechtsmittel ausgeschöpft* sein. Wenn die Erschöpfung des nationalen Rechtsweges unverhältnismäßig lange dauern würde oder keine tatsächliche Abhilfe schaffen könnte, sind nationale Rechtsmittel entbehrlich.¹⁶

5. Wenn *dieselbe Sache von einem internationalen Überwachungsorgan*, zum Beispiel dem EGMR, bereits geprüft wird oder wurde, ist die Beschwerde

13 Menschenrechtsausschuss, Auffassung v. 26.03.06, Mitteilung Nr. 1159/03, Sankara ././ Burkina Faso; CEDAW, Auffassung v. 14.08.06, Mitteilung Nr. 4/2004, A.S. ././ Ungarn.

14 Diese Möglichkeit besteht jedenfalls bei CERD, CEDAW, CRPD, CRC und dem Sozialpakt. S. zum Beispiel CERD, Auffassung v. 26.02.13, Mitteilung Nr. 48/2010, TBB ././ Deutschland.

15 Für CEDAW und CRPD ist diese Möglichkeit bereits anerkannt; anders bei CERD: hier können Informationen Dritter bislang nur über die beschwerdeführende Partei eingereicht werden. Ausführlich zu den Beteiligungsmöglichkeiten für Verbände s. www.aktiv-gegen-diskriminierung.de.

16 S. CERD, Auffassung v. 17.05.04, Mitteilung Nr. 34/2004, Gelle ././ Dänemark; CEDAW, Auffassung v. 06.08.07, Mitteilung Nr. 5 & 6/2005, S.G. sowie F.Y. ././ Österreich.

unzulässig.¹⁷ Etwas anderes gilt nur dann, wenn nicht in der Sache entschieden, sondern die Beschwerde lediglich aus formalen Gründen als unzulässig abgewiesen wurde.

6. Nur bei ICERD, CRC und dem Sozialpakt muss eine Beschwerde innerhalb einer *Frist von sechs bzw. zwölf Monaten* nach der letzten Rechtsmittelentscheidung eingereicht werden.¹⁸ In begründeten Ausnahmefällen kann eine Beschwerdeeinreichung später folgen. Aber auch bei den anderen Fachausschüssen sollte baldmöglichst nach der Rechtswegerschöpfung die Beschwerde eingehen, da sie andernfalls als rechtsmissbräuchlich abgewiesen werden kann.

IV. Beschwerdeeinreichung

Die Beschwerde bzw. Mitteilung (engl. „communication“) ist *schriftlich* und unterschrieben einzulegen;¹⁹ es empfiehlt sich, die zur Verfügung gestellten *Formulare* zu nutzen.²⁰ Im Vertretungsfall ist eine entsprechende *schriftliche Vollmacht* beizulegen.

Zum *Mindestinhalt einer Beschwerde* gehören Angaben zur beschwerdeführenden Person. Beschwerden dürfen nicht anonym eingereicht werden. Gleichzeitig kann beantragt werden, dass die Identität nicht veröffentlicht wird. Die Beschwerde muss außerdem Angaben zum Sachverhalt und zur

17 S. UN-Menschenrechtsausschuss, Auffassung v. 04.04.02, Mitteilung Nr. 965/2000, Karakurt ./ Österreich; Auffassung v. 31.03.81, Mitteilung Nr. 75/1980, Fanali ./ Italien. Bei den meisten Abkommen ist dies ausdrücklich geregelt oder ansonsten durch entsprechenden Vorbehalt von Deutschland vorausgesetzt, wie beispielsweise im Falle von ICERD oder dem Zivilpakt.

18 Sechs Monate gem. Art. 14 Abs. 5 CERD; jeweils zwölf Monate gem. Art. 7 des entsprechenden Zusatzprotokolls zur CRC und Art. 3 Abs. 2 a des Zusatzprotokoll zum Sozialpakt.

19 Die Beschwerde ist unter Hinweis auf das Abkommen, auf das sie sich bezieht, an das Petitions Team beim OHCHR zu schicken: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/petitions/individual.htm> (aufgerufen am 20.05.2014). Sie wird erst registriert, wenn ein unterschriebenes Exemplar postalisch eingeht, wobei eine Vorabsendung per E-Mail oder Faxschreiben sinnvoll und in dringenden Fällen unbedingt zu empfehlen ist.

20 Formblätter zum Zivilpakt, zu ICERD, CEDAW und CAT mit deutschen Übersetzungen in *K. Hüfner u.a.* (2012): Menschenrechtsverletzungen: Was kann ich dagegen tun?, Bonn. Formblätter zu allen Verfahren (engl.) in *K. Hüfner* (2010): How to File Complaints on Human Rights Violations, Bonn.

Rechtswegerschöpfung beinhalten. Sollten objektiv weitere Rechtsmittel möglich gewesen sein, ist eine ausführliche Begründung erforderlich, warum diese nicht effektiv sind bzw. gewesen wären. Es ist anzugeben und zu begründen, auf welche Vertragsbestimmungen sich die geltend gemachte Menschenrechtsverletzung bezieht. Die Ausführungen müssen schlüssig sein und durch Beweisunterlagen untermauert werden.

Die Beschwerde sollte zur Beschleunigung des Verfahrens in einer der *Arbeitssprachen des jeweiligen Ausschusses* eingereicht werden.²¹ Beschwerden zu CRPD können ausdrücklich auch in alternativen Formaten eingereicht werden, zum Beispiel in Brailleschrift oder als Tonbandaufnahme (auditive Sprache).²²

V. Wahl des Forums

Da mehrere Gremien weder gleichzeitig noch nacheinander angerufen werden können, ist im Einzelfall fraglich, welches Verfahren angestrebt werden soll. So ist gegebenenfalls zwischen einem Verfahren zum EGMR und einem UN-Fachausschuss oder zwischen verschiedenen UN-Fachausschüssen auszuwählen. Zur Wahl des Forums können verschiedene Kriterien herangezogen werden.²³

- *Nach der Sache*: Zunächst ist nach der Reichweite der Abkommen bzw. Zusatzprotokolle zu unterscheiden. Zum Beispiel bezieht sich die CRPD auf das gesamte Spektrum der Menschenrechte, einschließlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte, wie dem Recht auf Gesundheit, während die EMRK und ihre Zusatzprotokolle vor allem bürgerliche und politische Rechte beinhalten. Auch ist die Reichweite der betroffenen Rechte zu vergleichen, etwa unselbstständige (Art. 14 EMRK) und selbstständige Diskriminierungsverbote (zum Bei-

21 Informationen zu den Ausschusssprachen finden sich in dem jeweiligen Abkommen, z. B. Art. 50 CRPD.

22 Art. 24 und 55 Abs. 3 der VerfO zur CRPD.

23 S. www.bayefsky.com/complain/44_forum.php (aufgerufen am 20.05.2014).

spiel Art. 1 CEDAW oder Art. 1 ICERD), und die bisherige Interpretation durch das jeweilige Gremium zu berücksichtigen. Fraglich ist schließlich, ob der Vertragsstaat das Abkommen beziehungsweise Protokoll auch ratifiziert hat und die Bindungswirkung des jeweiligen Rechts nicht durch einen Vorbehalt eingeschränkt ist.

- *Nach der Entscheidungsform:* Während die UN-Fachausschüsse politisch verbindliche Empfehlungen aussprechen, erlässt der EGMR vollstreckbare und rechtsverbindliche Urteile. Zudem ist die Umsetzungskontrolle im Rahmen des Europarates wesentlich formalisierter. Aber auch hier ist letztlich der politische Wille zur Umsetzung entscheidend. Zu berücksichtigen ist zudem die unterschiedliche Besetzung der Entscheidungsgremien (Juristinnen und Juristen oder Sachverständige aus verschiedenen Disziplinen).
- *Nach den Kosten:* Gebühren werden bei keinem Verfahren erhoben. Es entstehen aber unter Umständen Anwalts- und Übersetzungskosten,²⁴ wobei nur beim EGMR ab Zustellung der Beschwerde an den Staat Anwaltszwang herrscht. Eine finanzielle Unterstützungsmöglichkeit in Form einer Verfahrenshilfe existiert lediglich beim EGMR.²⁵
- *Nach den Zulässigkeitsvoraussetzungen:* Ausschlaggebend können auch Zulässigkeitsbeschränkungen sein. EGMR und CERD verlangen Beschwerdeeinlegung innerhalb von sechs Monaten nach Rechtswegerschöpfung. Beim EGMR wird diese Frist mit Inkrafttreten des Zusatzprotokolls Nr. 15 noch auf vier Monate verkürzt. Andere Kriterien können die Möglichkeit zur Beschwerdeeinreichung durch eine Personengruppe oder die Erfolgsaussichten im Falle einer vorläufigen Maßnahme sein.
- *Nach der Verfahrensdauer:* Verfahren vorm EGMR dauern aufgrund der Fülle der eingereichten Beschwerden vier bis acht Jahre. Vor den UN-

²⁴ Da die Verfahren in der Regel schriftlich ablaufen, entstehen keine Reisekosten.

²⁵ Art. 100 – 105 VerfO EGMR.

Fachausschüssen dauern sie regelmäßig ein bis zwei, ausnahmsweise drei Jahre.

VI. Ausblick

Während der Menschenrechtsausschuss das Individualbeschwerdeverfahren am längsten durchführt und mit Abstand die meisten registrierten Verfahren von über 2.000 zu verzeichnen hat – gefolgt von CAT (über 500), hat CERD bisher nur knapp 50 und CEDAW knapp 40 Beschwerden behandelt.²⁶ Bislang wurden auch erst wenige Beschwerden gegen Deutschland zur Entscheidung angenommen, aber die Bedeutung nimmt zu.²⁷ Die Beschwerdemöglichkeiten zu den UN-Fachausschüssen sollten insgesamt stärker in den anwaltlichen Fokus rücken. Sie tragen zum Menschenrechtsschutz im Einzelfall bei, können als Auslegungsmaßstab und Rechtserkenntnisquelle in innerstaatlichen Verfahren dienen und zeigen schließlich als strategisches Prozessinstrument eine Wirkung über den Einzelfall hinaus. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der immer größer werdenden Belastung des EGMR gilt es, die Chancen und Grenzen der UN-Individualbeschwerdeverfahren auszuloten.

²⁶ Stand Ende 2013, s. die Datenbank A. Bayefsky (engl.): www.bayefsky.com (aufgerufen am 20.05.2014).

²⁷ S. FN. 1 zu den bisherigen erfolgreichen Beschwerden gegen Deutschland.

Kinderrechte und der Vorrang des Kindeswohls

Die UN-Kinderrechtskonvention bietet ein weites Anwendungsfeld*

Dr. Hendrik Cremer

Kinder haben eigene Rechte. Wer das nicht schon aus dem Grundgesetz ableitet, dem hilft die UN-Kinderrechtskonvention (KRK) auf die Sprünge. Die KRK ist bei der Auslegung und Anwendung der Grundrechte und der rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes zu berücksichtigen. Das wird vor allem im Bereich des Familienrechts, des Schulrechts, des Kinder- und Jugendhilferechts, des Aufenthalts- und Asylrechts oder des Sozialrechts wichtig.

I. Einleitung

Die Bundesregierung hat im Jahr 2010 sämtliche Vorbehalte zur UN-Kinderrechtskonvention (KRK) zurückgenommen und sie damit vollumfänglich anerkannt. Seitdem können ihre Bestimmungen innerstaatlich Anwendung finden. Allerdings wird die Bedeutung der KRK für die Rechtspraxis in Deutschland noch nicht ausreichend erkannt. Im juristischen Schrifttum wird bis heute etwa die Auffassung vertreten, die KRK beinhalte kein oder nur als Ausnahme innerstaatlich durchsetzbares Recht.¹ In der gerichtlichen Praxis gibt es nach der Rücknahme der deutschen Vorbehalte zumindest einige Entscheidungen, welche anerkennen, dass die KRK subjektive Rechte beinhaltet, die als geltendes Recht in der

* Aktualisierte Version des unter demselben Titel veröffentlichten Aufsatzes in Anwaltsblatt 4/2012, 327.

1 Siehe etwa R. A. Lorz, Nach der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung, Berlin 2010; S. 16 f. und 23; G. Benassi, InfAuslR 2011, S. 429.

innerstaatlichen Rechtsordnung zu beachten sind.² Der Beitrag wird zunächst die umfassende innerstaatliche Bindungswirkung der Konventionsrechte verdeutlichen. Anschließend wird beispielhaft das in der KRK steckende Potenzial für die anwaltliche Praxis aufgezeigt.³ Der Fokus richtet sich dabei auf den weit reichenden Maßstab des Vorrangs des Kindeswohls gemäß Art. 3 Abs. 1 KRK und das Recht des Kindes, gehört zu werden (Art. 12 KRK). Beide Normen, die in ihrem materiell-rechtlichen Gehalt explizit in die EU-Grundrechte-Charta (Art. 24) aufgenommen wurden, haben eine herausragende Bedeutung innerhalb der KRK.

II. Innerstaatliche Bindungswirkung der Konventionsrechte

Die KRK enthält Rechte, die für jeden Minderjährigen bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres (Art. 1 KRK) gelten. Sie bekräftigt den Geltungsanspruch aller Menschenrechte für Kinder und baut dabei auf dem Bestand bereits zuvor existierender menschenrechtlicher Übereinkommen auf. Um den Menschenrechtsschutz für Kinder zu verbessern, konkretisiert sie die mit den Rechten korrespondierenden staatlichen Verpflichtungen.

Sämtliche Bestimmungen der KRK sind geltendes Recht in Deutschland und als solches von den staatlichen Behörden und Gerichten zu beachten (Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz).⁴ Dabei bildet die KRK – wie jedes Rechtsinstrument – eine Einheit, was insbesondere bei der systematischen Auslegung ihrer Bestimmungen beachtet werden muss. Für die Begründung wie auch für das richtige Verständnis von Inhalt und Tragweite einer indi-

2 KG Berlin 2010: Beschluss vom 23.09.2010, Aktenzeichen 1 W 70/08, unter Bezugnahme auf die Rechte in Art. 7 KRK und Art 8 KRK; LSG Baden-Württemberg: Beschluss vom 27.10.2011, Aktenzeichen L 7 AY 3998/11 ER-B, unter Bezugnahme auf das in Art. 27 KRK verankerte Recht.

3 Siehe dazu auch *H. Cremer*, Neue Beschwerdemöglichkeit für Kinder, Das dritte Fakultativprotokoll zur UN-Kinderrechtskonvention, Vereinte Nationen 2014, S. 22 ff.

4 Siehe dazu ausführlich *H. Cremer*, Die UN-Kinderrechtskonvention. Geltung und Anwendbarkeit in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte. Deutsches Institut für Menschenrechte, 2. Auflage, Berlin 2012.

vidualrechtlichen Position kann es maßgebend sein, den systematischen Gesamtzusammenhang einzubeziehen. So haben etwa die Bestimmungen im allgemeinen Teil (Art. 1–5 KRK) eine wesentliche Bedeutung bei der Auslegung der folgenden Konventionsrechte im besonderen Teil (Art. 6–41 KRK) der materiell-rechtlichen Bestimmungen der KRK.

Die Rechte der KRK sind durch die Rechtsanwender in unmittelbarer Anwendung oder im Wege der völkerrechtskonformen Anwendung und Auslegung nationalen Rechts heranzuziehen.⁵ Um einen Verstoß gegen die völkerrechtlichen Bestimmungen der KRK zu vermeiden, sind diese auch bei der Auslegung und Anwendung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes zu berücksichtigen. Das Bundesverfassungsgericht hat insofern in ständiger Rechtsprechung herausgestellt, dass die Gewährleistungen einer Menschenrechtskonvention als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes dienen.⁶ Demzufolge sind die Grundrechte auch unter Berücksichtigung der KRK auszulegen.⁷

III. Unterschiedliche Funktionen von Art. 3 Abs. 1 KRK innerhalb der KRK

Art. 3 Abs. 1 KRK kommt im Rahmen der Gewährleistung und Auslegung der in der KRK garantierten Rechte als auch bei der Abwägung kollidierender Rechtsgüter zentrale Bedeutung zu.⁸ Die Norm enthält die staatliche Verpflichtung, das Wohl des Kindes bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, als einen vorrangigen Gesichtspunkt zu berücksichtigen. Damit

5 Siehe dazu genauer *H. Cremer* (Fußnote 4), S. 17 ff., unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

6 BVerfG, Beschluss v. 14.10.2004, Az. 2 BvR 1481/04, Ziffer 32; BVerfG, Beschluss v. 23.3.2011, Az. 2 BvR 882/09, Ziffer 52.

7 Siehe etwa BVerfG Beschluss vom 5.7.2013, 2 BvR 708/12, Rn. 21, m. w. N.

8 *P. Alston*, *The Best Interests of the Child*, Oxford 1994, S. 15 f.; *M. Caroni*, *Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration*, Berlin 1999, S. 74; *H. Cremer* (Fußnote 4), S. 22 ff., hinsichtlich Art. 20 KRK.

ist der Maßstab des Vorrangs des Kindeswohls – erstmals in einer Menschenrechtskonvention – umfassend verankert worden. Er spielt beispielsweise als Maßstab in der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Eingriffen in individualrechtliche Positionen des Kindes eine zentrale Rolle. Demnach muss dem Kindeswohl etwa bei aufenthaltsbeendenden Maßnahmen, die in das durch Art. 16 KRK geschützte Familienleben des Kindes eingreifen würden, indem sie Kinder von ihren Eltern trennen, im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung besondere Beachtung zukommen.⁹ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), dessen Rechtsprechung bindend ist, zieht im Rahmen von Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) den Kindeswohlvorrang nach Art. 3 Abs. 1 KRK ebenso in seine Prüfung mit ein.¹⁰ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹¹ ist dieser Maßstab, der sich im Kontext der KRK aus Art. 16 KRK ergibt, auch bei der Auslegung von Art. 6 GG zu beachten.

Darüber hinaus kann Art. 3 Abs. 1 KRK ebenso einen selbständigen Anwendungsbereich haben. Dies betrifft Lebenssachverhalte von Kindern, die nicht in den Schutzbereich der Konventionsrechte der spezielleren Bestimmungen im besonderen Teil der KRK (Art. 6–41 KRK) fallen. Art. 3 Abs. 1 KRK kann dabei in unmittelbarer Anwendung¹² wie auch bei der völkerrechtskonformen Anwendung und Auslegung nationalen Rechts herangezogen werden.

IV. Das Kindeswohl als Rechtsbegriff

Die KRK enthält keine Definition des Begriffs Kindeswohl. Dies hat nicht zur Folge, dass es den Rechtsanwendern bei der Anwendung der KRK freisteht, das Kindeswohl nach eigenem Ermessen zu bestimmen. Der Maßstab des Kindeswohls ist in einer Konvention verortet, die speziell auf

9 *M. Caroni* (Fußnote 8), S. 78 f., mit weiteren Nachweisen.

10 EGMR, Urteil v. 28.9.2011, Nr. 55587/09, *Nunez vs. Norwegen*, Ziffer 84, mit weiteren Nachweisen.

11 Siehe BVerfG (Fußnote 6 und 7).

12 Siehe dazu auch *R. Eichholz*, in *R. A. Lorz* (Fußnote 1), S. 11; insofern ebenso zutreffend *G. Benassi*, *InfAusLR* 2011, S. 429; *R. A. Lorz* (Fußnote 1), S. 24 ff.

selbständige Rechte des Kindes ausgerichtet ist. Der Begriff des Kindeswohls ist folglich so auszulegen, dass er mit den sich aus der Konvention ergebenden Rechten in Einklang steht und ihre Realisierung fördert.¹³ Im Übrigen handelt es sich beim Kindeswohl um einen Begriff, dessen Bestimmung wandelnder gesellschaftlicher Verhältnisse, Wertvorstellungen und der Berücksichtigung neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse unterliegt.

Das Kindeswohlprinzip verlangt Entscheidungen, die jedem konkreten Einzelfall gerecht werden. Die Bestimmung des Kindeswohls muss individuell erfolgen. Der Persönlichkeit des Kindes ist Rechnung zu tragen, sämtliche Lebensumstände und Bedürfnisse sind einzubeziehen und zu würdigen.¹⁴ Diese Vorgehensweise ist im Standard des Kindeswohls implizit enthalten und wird in der Konvention dadurch untermauert, dass das Kind nach Art. 12 KRK ein Recht hat, in allen Angelegenheiten und Verfahren, die es berühren, angehört zu werden.¹⁵ Einzubeziehende Faktoren, die sich auf das Wohl und die Entwicklung des Kindes auswirken können, sind etwa das Alter, die Reife, das Geschlecht, die physische und psychische Verfassung, die familiäre, soziale, finanzielle Situation oder der sprachliche Hintergrund des Kindes.

13 G. Dorsch, Die Konvention über die Rechte des Kindes, Berlin 1994, S. 106 ff.; P. Alston (Fußnote 8), insbes. S. 15 f.

14 Vgl. etwa Schweizerische ARK, Urteil v. 31.7.1998 (Grundsatzentscheid), EMARK 1998/13, 84, 98 f.; M. Caroni, (Fußnote 8), S. 74; Bramböck/Hutter/Hagen/Paumgartner, in: Rauch-Kallat/Pichler (Hrsg.), Entwicklungen in den Rechten der Kinder, Wien 1994, S. 263; UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, General Comment No. 6 (2005), Treatment of unaccompanied and separated Children outside their Country of origin, UN-Dokument: CRC/GC/2005/6 vom 1. September 2005, Ziffer 20.

15 Dazu genauer nachfolgend. Dass die Perspektive des Kindes bei der Bestimmung des Kindeswohls eine bedeutende Rolle spielt, wird auch im englischen Vertragstext der KRK deutlich, der hier den Begriff „best interests of the child“ verwendet. Dies ist insofern von Relevanz, als die amtliche deutsche Übersetzung, die diesen Begriff mit „Wohl des Kindes“ übersetzt, im Gegensatz zum englischen Vertragstext nicht verbindlich ist (Art. 54 KRK).

V. Materiell-rechtlicher Gehalt von Art. 3 Abs. 1 KRK

Art. 3 Abs. 1 KRK fordert materiell-rechtlich, dass bei allen staatlichen Maßnahmen, die Kinder betreffen, das Kindeswohl ein Gesichtspunkt ist, der vorrangig zu berücksichtigen ist. Die Norm verlangt damit Beachtung auf mehreren Ebenen der Entscheidungsfindung. Zunächst ist das Kindeswohl im Einzelfall zu ermitteln und in den Entscheidungsvorgang einzustellen. Wie weitreichend die Ermittlungen jeweils sein müssen, ist vom Einzelfall abhängig.

Auf einer weiteren Ebene verlangt Art. 3 Abs. 1 KRK bei der Gewichtung unterschiedlicher Belange eine Hervorhebung der Bedeutung des Kindeswohls. Das Kindeswohl hat demnach prinzipiell Vorrang. Wenngleich der Vorrang nicht absolut ist, was sich bereits aus dem Wortlaut der Norm ergibt, hat der Entscheidende den prinzipiellen Vorrang des Kindeswohls zu berücksichtigen. Andere Belange müssen am Vorrang des Kindeswohls gemessen und abgewogen werden.

Lässt eine behördliche Entscheidung, die an Art. 3 Abs. 1 KRK zu messen ist, das zu berücksichtigende Kindeswohl außer Acht, ist sie mit der KRK nicht vereinbar. Entsprechendes gilt, wenn eine Behörde Aspekte des Kindeswohls nicht ausreichend ermittelt und in die Erwägungen mit eingestellt hat oder den prinzipiellen Abwägungsvorrang zugunsten des Kindeswohls nicht beachtet hat. Letzteres kann der Fall sein, wenn es an der Priorisierung des Kindeswohls fehlt oder eine Fehlgewichtung erfolgt, nach der andere Belange unzutreffend für höherrangig gehalten werden.¹⁶

¹⁶ Vgl. zu alledem auch R. Eichholz, in: R. A. Lorz (Fußnote 1), S. 11; R. A. Lorz (Fußnote 1), S. 24 ff.

VI. Art. 12 KRK: Das Recht des Kindes, gehört zu werden

Art. 12 KRK bringt in besondere Weise die Subjektstellung des Kindes in der KRK zum Ausdruck. Er beinhaltet das Recht des Kindes, gehört zu werden. Danach hat ein Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äußern. Dabei handelt es sich nicht nur um ein rein formales Recht des Kindes auf Gehör. Die Meinung des Kindes ist angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu berücksichtigen (Art. 12 Abs. 1 KRK).

Art. 12 Abs. 2 KRK präzisiert dieses Recht dahingehend, dass die Gelegenheit, gehört zu werden, „in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren“ gegeben sein muss, entweder unmittelbar oder durch eine Vertreterin beziehungsweise einen Vertreter oder eine geeignete Stelle. Die Gelegenheit zur Stellungnahme durch eine Vertretung muss „im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften“ erfolgen, womit klargestellt wird, dass den Staaten Spielraum bei der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung des Rechts verbleibt. Dabei sind die Regeln eines fairen Verfahrens und das Kindeswohl zu beachten.¹⁷

Art. 12 KRK bringt einen grundlegenden Wandel im Verständnis des Kindes zum Ausdruck: Es ist anzuhören, ernst zu nehmen und an Entscheidungen zu beteiligen.¹⁸ Art. 12 KRK hat zugleich erhebliche Konsequenzen für das Verständnis und die Bestimmung des Kindeswohls im Einzelfall. Das Kindeswohlprinzip der KRK und Art. 12 der Konvention stehen in einem unmittelbaren Zusammenhang.¹⁹ Um die individuelle Lage und das Kindeswohl im Einzelfall ermitteln zu können, können Kinder wichtige Informationen, Sichtweisen und Erfahrungen beisteuern, die

17 Vgl. UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, General Comment No. 12 (2009), The right of the child to be heard, UN-Dokument: CRC/C/GC/12 vom 20. Juli 2009, Ziffer 38 f.

18 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes (Fußnote 17), Ziffer 1 f.

19 *Bramböck/Hutter/Hagen/Paumgartner* (Fußnote 15), S. 247. ff.; UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes (Fußnote 17), Ziffer 70 ff.

bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen sind. Ihre Aussagen können von entscheidender Bedeutung sein.

Der Anwendungsbereich des Art. 12 KRK ist sehr weitreichend. Er gilt „in allen das Kind berührenden Angelegenheiten“ und damit in sämtlichen Lebensbereichen und Rechtsgebieten.²⁰ Die Formulierung, der zufolge jedes Kind, das „fähig ist, sich seine eigene Meinung zu bilden“, das Recht auf Gehör hat, kann nicht herangezogen werden, um pauschale Alters einschränkungen im Anwendungsbereich von Art. 12 KRK zu begründen. Art. 12 KRK enthält keine Altersgrenze. Mit der Anforderung, die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend dem Alter und der Reife zu berücksichtigen, macht Art. 12 KRK vielmehr deutlich, dass der Grad des kindlichen Verstehens nicht allein vom biologischen Alter abhängt.²¹ Nach Ziel und Zweck der Norm ist grundsätzlich davon auszugehen, dass das Kind fähig ist, sich seine eigene Meinung zu bilden; es obliegt nicht dem Kind, seine Fähigkeit vorab nachzuweisen. Im Übrigen können Aussagen von Kindern wichtige Informationen enthalten, die ohne Anhörung des Kindes unberücksichtigt blieben. Zwar weist die Formulierung, die auf die Fähigkeit abstellt, sich seine eigene Meinung zu bilden, darauf hin, dass das Recht, gehört zu werden, bei Kindern Grenzen haben kann. Der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes hat in seinem Allgemeinen Kommentar zu Art. 12 KRK allerdings auch darauf hingewiesen, dass Kinder von früher Kindheit an fähig sind, sich in nichtverbalen Kommunikationsformen auszudrücken.²²

Das Recht, gehört zu werden, ist in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren zu beachten (12 Abs. 2). Es gilt sowohl für Verfahren, die vom Kind in Gang gesetzt werden als auch für solche, die andere eingeleitet haben und Kinder berühren. Solche Verfahren können etwa den Bildungsweg von Kindern oder familienrechtliche Entscheidungen betreffen, Krisen- und Notsituationen des Kindes, ihre Betreuung außerhalb der Familie oder aufenthaltsrechtliche und asylrecht-

20 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes (Fußnote 17), Ziffer 26 f.

21 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes (Fußnote 17), Ziffer 29.

22 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes (Fußnote 17), Ziffer 21.

liche Entscheidungen zum Gegenstand haben.²³ Abschließend sei noch betont, dass Art. 12 KRK keine Pflicht, sondern allein ein Recht des Kindes beinhaltet. Bei der Vertretung des Kindes ist grundsätzlich darauf zu achten, dass Art. 12 KRK im Interesse des Kindes geltend gemacht wird.

VII. Fazit

Die KRK bietet mit ihren zahlreichen Rechten für Kinder ein weites Handlungsfeld für die Rechtspraxis. Dem in Art. 3 Abs. 1 KRK umfassend kodifizierten Maßstab des Vorrangs des Kindeswohls kommt im Rahmen der Gewährleistung und Auslegung der in der KRK garantierten Rechte als auch bei der Abwägung kollidierender Rechtsgüter zentrale Bedeutung zu. Art. 12 KRK, dessen Anwendungsbereich sehr weit ist, steht in einem unmittelbaren Zusammenhang zum Kindeswohlsprinzip der KRK: Bei der Ermittlung des Kindeswohls ist das Recht des Kindes, gehört zu werden, zu beachten. Die in diesem Beitrag angesprochenen materiell-rechtlichen Gewährleistungen durch die KRK können grundsätzlich für alle Lebensbereiche und Rechtsgebiete, die Kinder betreffen, von entscheidungserheblicher Relevanz sein, etwa im Bereich des Familienrechts, Schulrechts, Kinder- und Jugendhilferechts, Aufenthalts- und Asylrechts oder des Sozialrechts. Für die anwaltliche Praxis empfiehlt es sich grundsätzlich, einschlägige Normen aus der KRK als subjektive Rechte in die Schriftsätze einzubeziehen. Dabei ist auch Art. 3 Abs. 1 KRK regelmäßig zu integrieren und heranzuziehen. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass die Normen der KRK nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei der Anwendung und Auslegung innerstaatlichen Rechts – einschließlich der Grundrechte und der rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes – zu berücksichtigen sind. Die Garantien der KRK können etwa als Auslegungshilfe von Art. 1 Abs. 1, Art. 2, Art. 3, Art. 6, Art. 19 Abs. 4 oder Art. 103 Abs. 1 GG herangezogen werden.

23 Siehe zu weiteren Beispielen UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes (Fußnote 17), Ziffer 89 ff.

Diskriminierung wegen des Geschlechts ist mehr als Ungleichbehandlung

Potentiale der UN-Frauenrechtskonvention in der anwaltlichen Praxis*

Prof. Dr. Beate Rudolf

Frauen und Männer haben gleiche Rechte. Was so selbstverständlich klingt, ist vor allem für Frauen nicht immer Wirklichkeit, wenn Behörden handeln oder Gerichte entscheiden. Die UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW) will tatsächlich und rechtlich abhelfen. Ihr breites Verständnis von Diskriminierung ist bei der Auslegung des grundgesetzlichen Verbots der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts heranzuziehen. Es sichert Freiheit und wirksamen Rechtsschutz für Frauen in allen Lebensbereichen.

I. Einleitung

Die UN-Frauenrechtskonvention CEDAW¹ ist seit 1985 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft.² In der gerichtlichen Praxis spielt das Übereinkommen bislang eine untergeordnete Rolle. Dies dürfte sich ändern, seit das Bundesverfassungsgericht betont hat, dass sich die Pflicht zur völkerrechtskonformen Auslegung der grundgesetzlich garantierten Grundrechte nicht nur auf die Berücksichtigung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) erstreckt, sondern auch auf die UN-Menschenrechtsverträge.³ Außerdem ist die Bedeutung völkerrechtlicher Menschenrechtsverträge im deutschen Recht stärker in das Bewusstsein der juristischen Fachöffentlichkeit getreten, da die für Deutschland 2009 in

* Aktualisierte Version des unter demselben Titel veröffentlichten Aufsatzes in Anwaltsblatt 7/2012, 599.

1 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau), BGBl. 1985 II, 648.

2 Bekanntmachung des Inkrafttretens zum 9.8.1985: BGBl. 1985 II, 647.

3 BVerfG, 2 BvR 882/09, Beschl. v. 23.3.2011, NJW 2011, 2113 (zur UN-Behindertenrechtskonvention).

Kraft getretene UN-Behindertenrechtskonvention in zahlreichen Gerichtsentscheidungen herangezogen wird.⁴ Auch die Rücknahme der Vorbehalte zur Kinderrechtskonvention durch die Bundesregierung hat zur größeren Wahrnehmung völkerrechtlicher Menschenrechte in Deutschland geführt.⁵ Ein größerer Stellenwert der Frauenrechtskonvention wird gefördert durch die zunehmende Anzahl von Individualbeschwerden vor dem CEDAW-Ausschuss,⁶ der die Einhaltung des Vertrages durch die Vertragsparteien überwacht, und die wachsende systematischen Aufarbeitung seiner Auslegungspraxis.⁷

II. CEDAW im Überblick

CEDAW enthält ein asymmetrisches Diskriminierungsverbot: Es verbietet nicht die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, sondern allein die Diskriminierung von Frauen. Damit spiegelt es die Erkenntnis wider, dass in der sozialen Wirklichkeit ganz überwiegend Frauen von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts betroffen sind. Staaten müssen daher die Diskriminierung von Frauen besonders in den Blick nehmen, um ihrer menschenrechtlichen Verpflichtung nachzukommen, Diskriminierung aufgrund des Geschlechts wirksam zu bekämpfen und damit allen Menschen unabhängig vom Geschlecht die gleiche Möglichkeit der Freiheitsausübung zu sichern.

Das Übereinkommen behandelt in seinem ersten Teil die Grundkonzepte. Hier finden sich die Definition von Diskriminierung (Art. 1), die Ausdifferenzierung der Pflichten des Staates zur Beseitigung von Dis-

4 Siehe hierzu *Aichele*, Die Behindertenrechtskonvention in der gerichtlichen Praxis, in diesem Band oder in Anwaltsblatt 10/2011, 727.

5 Hierzu *Cremer*, Kinderrechte und der Vorrang des Kindeswohls, in diesem Band oder in Anwaltsblatt 4/2012, 327.

6 www.ohchr.org, → human rights bodies → all human rights bodies → CEDAW → table of jurisprudence.

7 Umfassender Kommentar in englischer Sprache: *Freeman / Chinkin / Rudolf* (Hg.), *The Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women. A Commentary*, 2012. 2014 erscheint: *Schöpp-Schilling / Rudolf / Gothe* (Hg.), *Mit Recht zur Gleichheit – Die Bedeutung des CEDAW-Ausschusses für die Verwirklichung der Menschenrechte von Frauen weltweit*.

kriminierung und zur Sicherung von tatsächlicher Gleichheit (Art. 2 und 3),⁸ einschließlich zeitweiliger Sondermaßnahmen zugunsten von Frauen (Art. 4)⁹ und die Verpflichtung auf Bildungsmaßnahmen, um einen Wandel in den sozialen und kulturellen Verhaltensmustern zu bewirken (Art. 5). Die Pflicht zur Abschaffung des Frauenhandels und der Ausbeutung in der Prostitution (Art. 6) lässt das breite Verständnis von Diskriminierung erkennen, das CEDAW zugrunde liegt: Diskriminierung ist nicht allein Ungleichbehandlung, sondern jede Behandlung, durch die Frauen in eine dem Mann gegenüber untergeordnete Position gezwungen werden.

Sodann buchstabiert die Frauenrechtskonvention für die zentralen Lebensbereiche von Frauen aus, mit welchen Maßnahmen der Staat Diskriminierung verhindern und bekämpfen muss. Obwohl diese Normen als Staatenpflichten formuliert sind, sind sie zugleich auch und vor allem subjektive Rechte. Das entspricht dem Charakter von CEDAW als Menschenrechtsvertrag und spiegelt sich in der Auslegungspraxis des CEDAW-Ausschusses wider.¹⁰ Das Übereinkommen erfasst das politische und öffentliche Leben auf nationaler und internationaler Ebene (Art. 7 und 8), die Staatsangehörigkeit (Art. 9), die Bildung (Art. 10), das Arbeitsrecht und die damit verbundene soziale Sicherung (Art. 11), den Gesundheitssektor (Art. 12), das Wirtschaftsleben einschließlich selbständige Tätigkeit und Finanzgeschäften sowie das gesellschaftliche und kulturelle Leben (Art. 13), die Gleichheit vor dem Gesetz, insbesondere im Zivilrecht und Familien- und Eherecht (Art. 15 und 16). Besonders hervorgehoben wird die Diskriminierung von Frauen auf dem Land (Art. 14), ein Problem, welches insbesondere in Entwicklungsländern virulent ist, aber auch für die Raum- und Kommunalplanung in Deutschland von Bedeutung ist. Zur Auslegung können die Allgemeinen Empfehlungen des CEDAW-Ausschusses herangezogen werden.¹¹

8 Genauer zu den Verpflichtungen aus Art. 2: CEDAW-Ausschuss, Allgemeine Empfehlung Nr. 28 (2010); siehe auch Byrnes, Article 2, in: Freeman / Chinkin / Rudolf (Fn. 7), 71 ff.

9 Genauer zur Reichweite von Art. 4: CEDAW-Ausschuss, Allgemeine Empfehlung Nr. 25 (2004); siehe auch Raday, Article 4, in: Freeman / Chinkin / Rudolf (Fn.7), 123 ff.

10 Allgemein hierzu Cremer, Menschenrechte als Quelle von individuellen Rechten, in diesem Band oder Anwaltsblatt 10/2011, 159 (160).

11 www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm. Deutsche Übersetzung s. Fn. 22 (aufgerufen am 20.05.2014).

Außerdem wird das Verfahren zur Kontrolle der Vertragserfüllung geregelt. Im Staatenberichtsverfahren prüft der aus unabhängigen Sachverständigen bestehende CEDAW-Ausschuss die Fortschritte bei der Umsetzung des Vertrages und richtet Empfehlungen an die Regierung. Er stützt sich dabei auch auf kritische Parallelberichte aus der Zivilgesellschaft und die Informationen der unabhängigen nationalen Menschenrechtsinstitution des jeweiligen Landes.¹² Ein Individualbeschwerdeverfahren gegen Deutschland ist seit dem Inkrafttreten des Fakultativprotokolls zu CEDAW möglich.¹³

III. CEDAW im deutschen Recht

Als völkerrechtlicher Vertrag hat die Frauenrechtskonvention den Rang eines einfachen Bundesgesetzes.¹⁴ Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wirkt sich dies in einem Rechtsanwendungsbefehl für die behördliche und gerichtliche Praxis aus.¹⁵ Dieses rechtsstaatliche Gebot leitet sich aus der Gesetzesbindung von Verwaltung und Gerichten (Art. 20 Abs. 2 GG) ab. Es wirkt sich in zweierlei Weise aus: zum einen im Wege der unmittelbaren Anwendung menschenrechtlicher Normen. Hierbei wird die Norm selbst, gegebenenfalls zusammen mit einer anderen innerstaatlichen Norm, zur Rechtsgrundlage einer Entscheidung, die Rechtsfolgen im Verhältnis zwischen Staat und Einzelnem begründet. Das Potenzial zur unmittelbaren Anwendbarkeit haben alle menschenrechtlichen Normen; hier wirkt sich der bereits erwähnte subjektiv-rechtliche Charakter von Menschenrechtsnormen aus, selbst wenn sie als Staatenpflichten formuliert sind.

12 In Deutschland ist dies das Deutsche Institut für Menschenrechte, www.institut-fuer-menschenrechte.de.

13 Näher hierzu *Althoff*, Das Individualbeschwerdeverfahren zu den UN-Fachausschüssen, in diesem Band oder Anwaltsblatt 1/2012, 52.

14 Hierzu und zum folgenden eingehend *Cremer* in diesem Band oder Anwaltsblatt 3/2011, 159 (162-165) und *Aichele*, in diesem Band oder Anwaltsblatt 10/2011 727. Ausführlich hierzu: *Rudolf / Chen*, Die Bedeutung von CEDAW in Deutschland, in: Schöpp-Schilling / Rudolf / Gothe (Fn. 7).

15 Zuletzt BVerfGE 104, 151 (209 m. w. N. zur st. Rspr.).

Zum anderen wird die Beachtung des Rechtsanwendungsbefehls durch die menschenrechtskonforme Auslegung innerstaatlichen Rechts, einschließlich der Grundrechte, erreicht; Grenze ist der Wortlaut. In der gerichtlichen Praxis ist dies der häufiger genutzte Weg.¹⁶ Diesen Grundsatz hat das Bundesverfassungsgericht für die EMRK und die UN-Behindertenrechtskonvention ausdrücklich bekräftigt.¹⁷ Er gilt ebenso für die UN-Frauenrechtskonvention, auf die das Verfassungsgericht auch schon rekurriert hat.¹⁸ Die Notwendigkeit, innerstaatliches Recht im Lichte der UN-Menschenrechtsverträge auszulegen, verstärkt sich noch, seit der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) sogar die in der EMRK verbürgten Rechte anhand der internationalen Menschenrechtsverträge auslegt.¹⁹

Zwar ist die dogmatische Grundlage für die unmittelbare oder durch Auslegung vermittelte Anwendbarkeit der Frauenrechtskonvention im deutschen Recht geklärt. Doch hinkt die Rechtspraxis deutlich hinterher. So bleibt es eine Herausforderung, eine Behörde oder ein Gericht vom subjektivrechtlichen Charakter einzelner CEDAW-Normen zu überzeugen.²⁰ Selbst den obersten Gerichten ist gelegentlich die Bedeutung der menschenrechtskonformen Auslegung des innerstaatlichen Rechts nicht ganz klar.²¹

IV. Der Diskriminierungsbegriff der Frauenrechtskonvention

Die Frauenrechtskonvention basiert auf der Einsicht, dass Diskriminierung in der Regel keine isolierte Entgleisung ist, sondern vom sozialen Umfeld

16 Zu den Gründen: Beitrag von Cremer in diesem Band oder Anwaltsblatt 3/2011, 159 (163).

17 S. o. Fn. 15 und Fn. 3.

18 BVerfG, NJW 2004, 146 (149).

19 Für CEDAW z. B. ausdrücklich in Opuz / . Türkei, Beschwerde-Nr. 33401/02, Urt. v. 9.7.2009, §§ 184-188.

20 S. zum Beispiel die pauschale Ablehnung durch das OVG Hamburg, 1 Bs 535/04, Beschl. v. 21.12.2004 (Juris).

21 S. das obiter dictum des BAG zu CEDAW, 6 AZR 536/09, Urt. v. 27.1.2011, BeckRS 2011, 70009, Rdnr. 24.

(mit-)bedingt wird. Dieses ist von kulturell beeinflussten Rollenbildern und Rollenerwartungen sowie von der darauf basierenden Zuschreibung von Eigenschaften an Männer und Frauen geprägt. Diskriminierung von Frauen beruht daher nicht allein auf den biologischen Unterschieden zwischen Männern und Frauen, sondern auf den sozial konstruierten Geschlechterbildern. Für letzteres, das soziale Geschlecht, hat sich im Deutschen der englische Begriff „gender“ eingebürgert. Gender-basierte Vorurteile und Zuschreibungen spiegeln die Verteilung von Anerkennung, Ressourcen und Macht in einer Gesellschaft wider. Handeln, das auf diesen Vorstellungen beruht, bestärkt diese Verteilung und trägt damit zur Diskriminierung bei.

Deshalb definiert Art. 1 CEDAW Diskriminierung nicht allein als Unterscheidung, sondern als „jede mit dem Geschlecht begründete Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung, die zur Folge oder zum Ziel hat, die auf die Gleichberechtigung gegründete Ausübung der Menschenrechte durch Frauen zu beeinträchtigen oder zu vereiteln.“ Entscheidend ist also nicht ein Vergleich mit Männern, sondern dass eine Ausschließung oder Beschränkung vorliegt, die die Freiheitsausübung von Frauen verkürzt oder verhindert oder dies bezweckt.

Auf dieser Grundlage hat der CEDAW-Ausschuss beispielsweise Gewalt gegen Frauen als Form der Diskriminierung charakterisiert.²² Über die Verletzung der körperlichen und seelischen Unversehrtheit betroffener Frauen hinaus führt sie zu weiteren erheblichen Freiheitsbeschränkungen, etwa der sexuellen Selbstbestimmung, der Bewegungsfreiheit und damit des Rechts auf Teilnahme am wirtschaftlichen und sozialen Leben. Solche Gewalt spiegelt hierarchische Rollenvorstellungen des Täters wider und dient der Festigung seiner Dominanz.²³

22 Allgemeine Empfehlung Nr. 19 – Gewalt gegen Frauen (1992), deutsche Übersetzung in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hg.), Die „General Comments“ zu den VN-Menschenrechtsverträgen, 2005, 449.

23 So jetzt ausdrücklich die Europaratskonvention über Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt, Präambel, Art. 3 und 4, www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Word/210.doc (aufgerufen am 20.05.2014)

Auch die Ausschließung von Frauen, etwa aus Machtpositionen oder Berufen, durch strukturelle Faktoren ist nach diesem Verständnis Diskriminierung. Es ist unerheblich, ob die Strukturen den Ausschluss bezwecken oder nur bewirken und aufrechterhalten. Diskriminierung liegt also vor, wenn sich die Auswahlkriterien für eine Position an „typisch männlichen“ Lebensverläufen orientieren, wenn die Auswahlverfahren auf Männernetzwerken aufbauen oder die Auswahlgremien männlich dominiert sind. Die Debatte um die Überwindung der Unterrepräsentanz von Frauen in Führungspositionen der Wirtschaft illustriert diese Faktoren.

V. Anwendungsfelder in der anwaltlichen Praxis

In der anwaltlichen Praxis lässt sich auf diesem breiten Verständnis von Frauendiskriminierung aufbauen. Dies gilt nicht allein für materielle Regelungen, sondern auch für Verfahrensnormen, die so angewendet werden müssen, dass Frauen ihre Rechte wirksam wahrnehmen können. Die folgenden Beispiele illustrieren das Potential von CEDAW.

- In Vergewaltigungsprozessen steht die Nebenklagevertretung oft vor der Herausforderung zu verhindern, dass die *strafrichterliche Beweiswürdigung* von Geschlechterstereotypen geprägt ist. Das betrifft die Bewertung des Vorverhaltens der Betroffenen ebenso wie die Interpretation ihres Verhaltens während und nach der Tat. Vergewaltigungsmythen – scheinbare Erfahrungsregeln, die in Wahrheit auf Rollenbildern beruhen – verfälschen die Beurteilung von Glaubhaftigkeit und Glaubwürdigkeit einer Opferzeugin sowie die Entscheidung über das Vorliegen einer Einwilligung.²⁴ Einer derartigen fehlerhaften Beweiswürdigung lassen sich die Ausführungen des CEDAW-Ausschusses entgegenhalten, der solche Annahmen auf ihre als gender-basierte

24 Lembke, Gewalt im Geschlechterverhältnis, Recht und Staat, in: Foljanty/Lembke (Hg.), Feministische Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2012, 241-245 (m. w. N.).

Vorurteile zurückführt und damit als frauendiskriminierend qualifiziert.²⁵

- Bei der Anwendung des *Gewaltschutzgesetzes* zeigen sich die Strafverfolgungsbehörden zurückhaltend, längerfristige freiheitsentziehende Maßnahmen gegen gewalttätige Partner zu verhängen, die Schutzanordnungen (Aufenthalts-, Kontakt- und Näherungsverbote) missachten. Ein Grund ist Unwissenheit über die Dynamik von Gewaltbeziehungen und der damit einhergehenden zunehmenden Gefährdung der Frau. Dies hat zur Folge, dass die Freiheitsrechte der Täter zu Lasten der Schutzansprüche der Betroffenen abgewogen werden. Der anwaltliche Hinweis, dass deren Missachtung nach Feststellung des CEDAW-Ausschusses die Frauenrechtskonvention verletzt und Amtshaftungsansprüche der Betroffenen auslösen,²⁶ könnte zu einer größeren Schutzbereitschaft führen.
- Im *Verwaltungsrecht* ist die Debatte über Kopftuchverbote im öffentlichen Dienst bislang vor allem unter dem Blickwinkel der staatlichen Neutralitätspflicht und der Religionsfreiheit diskutiert worden. Mit CEDAW kann zusätzlich ihre indirekt Frauen diskriminierende Wirkung betont und die Unverhältnismäßigkeit genereller Verbote thematisiert werden.²⁷
- Der Wegfall der *Finanzierung von Frauenhäusern* ist an der Verpflichtung zum wirksamen Schutz von Frauen vor häuslicher Gewalt zu messen. Eine hiergegen gerichtete Klage eines Frauenhauses hat das OVG Hamburg zwar abgewiesen; soweit es den individualrechtlichen Charakter der CEDAW-Normen verneint, ist seine Begründung indes nicht tragfähig.²⁸ Bei Klagen von Betroffenen würde aus CEDAW das Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung folgen. Hierbei bildet die staatliche Pflicht zum wirksamen Schutz vor Gewalt ein wesentliches

25 Vertido ./, Philippinen, Beschw.-Nr. 18/2008, View v. 16.7.2010, CEDAW/C/46/D/18/2008, § 8.1 ff. Siehe auch den Überblick bei Rabe, Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen, Deutsches Institut für Menschenrechte, Policy Paper Nr. 24, 2014, 15-18.

26 Goekce./, Österreich, Beschw.-Nr. 5/2005, View v. 6.8.2007, CEDAW/C/39/D/5/2005.

27 Rudolf, Article 13, S. 348 f., in: Freeman/Chinkin/Rudolf, CEDAW Commentary, 2012 (Fn. 7).

28 Oben Fn. 18.

Abwägungskriterium.²⁹ Das Schweizerische Bundesgericht hat sogar in einem Fall, der die Abschaffung eines kantonalen Gleichstellungskommission betrifft, im Lichte von CEDAW eine Verletzung des Verfassungsauftrags zur Förderung der Gleichstellung der Frau gesehen, da keine anderen wirksamen Maßnahmen zur Erreichung dieses Ziels ergriffen wurden.³⁰

- Im *Sozialrecht* erweist sich die Bedarfsgemeinschaft als problematisch, da sie zu einer Zunahme der Abhängigkeit arbeitsloser Frauen von ihren Ehemännern oder Partnern geführt hat. Es ließe sich unter Berufung auf diese Einschätzung des CEDAW-Ausschusses³¹ argumentieren, dass die Regelung als indirekte Diskriminierung von Frauen verfassungswidrig ist.

VI. Ausblick

Über die hier genannten Beispiele hinaus hat CEDAW aufgrund seiner innovativen Konzepte das Potenzial, den Rechtsschutz für Frauen in Deutschland effektiver zu machen. Hierbei hat die Anwaltschaft als Organ der Rechtspflege eine besondere Verantwortung. Sie steht vor der Herausforderung, die Gender-Dimension eines konkreten Rechtsproblems zu erkennen. Inhaltliche Anregungen bieten die Literatur³² und der CEDAW-Leitfaden der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen.³³ Anwältinnen und Anwälte, die ihre menschenrechtlichen Kompetenzen vertiefen wollen, können sich über verschiedene im Rahmen des Projekts „Anwaltschaft für Menschenrechte und Vielfalt“ des Deutschen Instituts für Menschenrechte entwickelte Angebote informieren.³⁴

29 Schutzpflicht zum Beispiel betont in .V.K. /. Bulgarien, Beschw.-Nr. 20/2008, View v. 25.11.2011, CEDAW/C/49/D/20/2008, § 9.13.

30 Ur. v. 21.11.2011, 1C_549/2010; http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=21.11.2011_1C_549/2010.

31 Abschließende Bemerkung zum 6. Staatenbericht Deutschlands, CEDAW/C/DEU/CO/6 (2009), § 37.

32 Oben Fn. 7.

33 www.frauenkommission.ch.

34 www.institut-fuer-menschenrechte.de.

Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sind einklagbar! UN-Sozialpakt hat mehr als Appell-Funktion – Bundesverfassungsgericht wendet ihn an*

Dr. Claudia Mahler, Berlin

Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte – wie das Recht auf Arbeit, das Recht auf Gesundheit oder das Recht auf Bildung – finden sich im UN-Sozialpakt. Der Beitrag zeigt auf, dass diese Rechte in Deutschland unmittelbar anwendbar sind und gibt praktische Hinweise, wie Anwältinnen und Anwälte den UN-Sozialpakt in Mandaten fruchtbar machen können.

I. Einführung

Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte aus dem Jahre 1948¹ enthält sowohl wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte als auch bürgerliche und politische Rechte. Dieses erste Menschenrechtsdokument ist nach wie vor einer der wichtigsten internationalen Texte zum Schutz der Menschenrechte. Die Vereinigung aller Menschenrechte in diesem Dokument manifestiert die Gleichwertigkeit und Unteilbarkeit der Menschenrechte. Aufgrund der sehr unterschiedlichen politischen Positionen während des Kalten Krieges, konnte sich die Staatengemeinschaft nicht auf einen verbindlichen Vertrag einigen.

Im Jahre 1966 verabschiedete die Generalversammlung der Vereinten Nationen sowohl den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialpakt), der von den sozialistischen Staaten favorisiert wurde, als auch den Internationalen Pakt über bürgerliche und

* Aktualisierte Version des unter demselben Titel veröffentlichten Aufsatzes in Anwaltsblatt 4/2013, 245.

1 UN-Generalversammlung, Resolution 217 A (III) vom 10.12.1948.

politische Rechte (UN-Zivilpakt), der von den Staaten des Westens vorangetrieben wurde. Für den UN-Zivilpakt war bereits von Anfang an ein Fakultativprotokoll ausgehandelt worden. Durch die Ratifikation dieses Fakultativprotokolls zum UN-Zivilpakt haben die Staaten ein Individualbeschwerdeverfahren für bürgerliche und politische Rechte zugelassen. Zum UN-Sozialpakt dagegen verabschiedete die Generalversammlung erst am 10. Dezember 2008 nach intensiven Verhandlungen ein Fakultativprotokoll.² Die zum In-Kraft-Treten erforderliche zehnte Ratifikation wurde von Uruguay am 5. Februar 2013 hinterlegt.³ Das In-Kraft-Treten am 5. Mai 2013 untermauert nochmals die Justiziabilität für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte.⁴ Obwohl sich Deutschland auf UN-Ebene stark für das Fakultativprotokoll eingesetzt hat, wurde es trotzdem bis heute nicht ratifiziert.⁵

II. Die unmittelbare Anwendbarkeit der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte

Der Expertenausschuss zur Überprüfung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte hat sich in einigen seiner Allgemeinen Bemerkungen, in denen er den Sozialpakt autoritativ auslegt, ausführlich der Frage der Justiziabilität⁶ gewidmet und zeigt hier sehr deutlich auf, dass die

2 UN-Generalversammlung, Res. 63/117 vom 10. Dezember 2008.

3 Abrufbar unter <http://treaties.un.org>.

4 Ausführlich *Aichele*, Ein Meilenstein für die Unteilbarkeit: Das neue Fakultativprotokoll zum UN-Sozialpakt, *Vereinte Nationen* 57 (2), 2009, S. 72–78.

5 *Mahler*, Deutsches Institut für Menschenrechte – aktuell: Das Fakultativprotokoll zum UN-Sozialpakt – Warum die Ratifikation durch Deutschland notwendig ist, 2011.

6 Zum Begriff der Justiziabilität siehe *Schneider*, Die Justiziabilität der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte, 2004; *Scheinin*, Economic and Social Rights as Legal Rights, in: *Eide/Krause/Rosas* (Hrsg.), *Economic, Social and Cultural Rights*, 2. Aufl. 2001, S. 29–54; *Coomans* (Hrsg.), *Justicability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems*, 2006; *Suarez Franco*, *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte*, 2009, S. 50.

Normen direkt zur Anwendung kommen können.⁷ Jeder Staat muss zumindest den Kerngehalt jedes Rechtes unmittelbar umsetzen, und diese Verpflichtung wird auch nicht durch den „Ressourcenvorbehalt“ gemäß Art. 2 Abs. 1, wonach der Staat „unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten“ die Paktrechte umzusetzen hat, ausgesetzt.⁸ Eine Norm aus einem innerstaatlich geltenden völkerrechtlichen Vertrag ist unmittelbar anwendbar, wenn aus ihr Rechtsfolgen für konkrete Einzelfälle abgeleitet werden können. Dies liegt dann vor, wenn die inhaltliche Bestimmtheit der Norm zur Rechtsanwendung ausreichend ist.⁹ Von der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit zu unterscheiden ist die Frage, ob eine Norm unmittelbare Wirkung entfaltet, das heißt ein subjektives Recht begründet.¹⁰ Wegen des Charakters als subjektives Recht kann sich der Einzelne vor jedem nationalen Gericht unmittelbar auf ein in einem Menschenrechtsvertrag enthaltenes Recht berufen, unter der Voraussetzung, dass dieses unmittelbar anwendbar ist. Zweifel bezüglich der unmittelbaren Wirkung sind durch die Einführung eines Individualbeschwerdeverfahrens durch das Fakultativprotokoll zum Sozialpakt endgültig ausgeräumt. Die in Deutschland früher oft vertretene Auffassung, der UN-Sozialpakt beinhalte ausschließlich Programmsätze, ist auf der internationalen Ebene schon lange überwunden.¹¹

-
- 7 Die stärkste Ausprägung haben die Allgemeinen Bemerkungen Nr. 9 zum Recht auf soziale Sicherheit, Ziff. 10. Ausführungen hierzu finden sich auch in UN-Fachausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte: General Comment no. 4: The right to adequate housing, UN Dok. E/1992/23 vom 13.12.1991, Ziff. 8; UN-Fachausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte: General Comment no. 11: Plans of action for primary education (art. 14), UN Dok. E/C.12/1999/4 vom 10.05.1999, Ziff. 10; UN-Fachausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte: General Comment no. 12: The right to adequate food (art. 11), UN Dok. E/C.12/1999/5 vom 12.05.1999, Ziff. 16; UN-Fachausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte: General Comment no. 13: The right to education (art. 13), UN Dok. E/C.12/1999/10 vom 08.12.1999, Ziff. 31 und 43.
- 8 Klee, Die progressive Verwirklichung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte – eine Interpretation von Art. 2 Abs. 1 des Internationalen Paktes für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, 2000, S. 65; Sepulveda, The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 2003.
- 9 Schneider, aaO (Fn. 6), S. 39.
- 10 Craven, The Domestic Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Netherlands International Law Review 1993, Vol. XL, S. 378; Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 4. Aufl. 2009, S. 160.
- 11 Dazu Schneider, aaO (Fn. 6), m.w.N.

III. Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte in der deutschen Rechtsordnung

Im Jahr 1976 ist der UN-Sozialpakt¹² für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten. Die materiell-rechtlichen Bestimmungen des Paktes betreffen die Bereiche Arbeitsleben (Art. 6–8), die soziale Sicherheit (Art. 9), den Schutz der Familie (Art. 10), den angemessenen Lebensstandard (Art. 11), den Gesundheitsschutz (Art. 12) sowie Bildung (Art. 13 und Art. 14) und Kultur (Art. 15). Der UN-Sozialpakt wurde von Deutschland ratifiziert und ist dadurch gemäß Art. 59 Abs. 2 GG verbindlicher Bestandteil der deutschen Rechtsordnung im Range einfachen Bundesrechts¹³ geworden. Gemäß Art. 20 Abs. 3 GG sind die Normen des UN-Sozialpaktes als einfaches Bundesrecht von allen staatlichen Organen des Bundes und der Länder zu beachten.¹⁴ Somit müssen die in Deutschland in Kraft getretenen menschenrechtlichen Verträge bei der Rechtsanwendung Berücksichtigung finden, dies gilt auch für den UN-Sozialpakt.¹⁵ Verletzungen von unmittelbar anwendbaren und unmittelbar wirksamen Rechten aus dem Pakt können somit vor innerstaatlichen Gerichten geltend gemacht werden.¹⁶

Aufgrund der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ist eine völkerrechtskonforme und menschenrechtsfreundliche Auslegung sowohl des einfachen Rechts als auch des Grundgesetzes geboten.¹⁷ Diese Berücksichtigung gilt für Menschenrechtsverträge der Vereinten Nationen ebenso wie für die Europäische Menschenrechtskonvention.¹⁸

Weitere Aufschlüsse über die Anerkennung der Justiziabilität der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte kann auch die Ratifikation

12 BGBl. II 1973/428, 1570.

13 BVerfG, 2 BvR 2115/01, vom 19.9.2006, Absatz-Nr. 52, unter Verweis auf BVerfGE 74, 358 (370); 82, 106 (120); 111, 307 (317); Geiger, aaO (Fn. 10), S. 156f.

14 Vgl. BVerfG, 2 BvR 2115/01 vom 19.9.2006, Absatz-Nr. 52.

15 Vgl. BVerfGE 111, 307 (323 f.), erneut bekräftigt durch BVerfG, 1 BvR 420/09 vom 21.7.2010, Absatz-Nr. 74.

16 Schneider, aaO (Fn. 6), S. 39.

17 Vgl. BVerfGE 111, 307 (317); BVerfGE 74, 358 (370); 11, 307 (317); BVerfG 2 BvR 882/09 vom 23.3.2011, Absatz-Nr. 52; 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011, Absatz-Nr. 86; stRSpr.

18 Vgl. BVerfG 2 BvR 882/09 vom 23.3.2011, Absatz-Nr. 52.



und die innerstaatliche Anwendbarkeit der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK)¹⁹ geben. In ihr sind sowohl bürgerliche und politische als auch wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vereint, und alle Rechte der UN-BRK können mittels Individualbeschwerdeverfahren geltend gemacht werden.²⁰ Dies gilt ebenso für die UN-Kinderrechtskonvention²¹ und die UN-Frauenrechtskonvention²². Deutschland hat im Zusammenhang mit diesen Menschenrechtskonventionen das Individualbeschwerderecht vollumfänglich anerkannt, daraus kann man ableiten, dass Deutschland auch die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte, die in diesen Konventionen verbürgt sind, für justiziabel hält. Bezüglich der UN-BRK gibt es auch schon einige Nachweise aus der nationalen Rechtsprechung²³, die wiederum zeigen, dass auch eine Argumentation mit Normen aus Menschenrechtsverträgen dazu geeignet ist, nationalen Rechtspositionen als Interessenvertreter einer Partei zu verstärken.

IV. Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte in der Rechtsprechung

Bislang beziehen sich deutsche Gerichte ausgesprochen selten auf internationale wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte und überprüfen deren Anwendbarkeit auf den konkreten Fall. Geschieht dies doch einmal, wie etwa in Entscheidungen zu den Studiengebühren, scheint kritische Distanz gegenüber den Gewährleistungen des Paktes durch.²⁴ Aus den

19 BGBl. II 2008/1419.

20 *Bielefeldt*, Essay No. 5: Zum Innovationspotenzial der UN-Behindertenrechtskonvention, 2009.

21 BGBl. II 1992/121.

22 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau), BGBl. II 1985/648. Ausführlich zur UN-Frauenrechtskonvention, siehe Beitrag *Rudolf* in diesem Band oder Anwaltsblatt 7/2012, 599.

23 Hierzu Beitrag *Aichele* in diesem Band oder Anwaltsblatt 10/2011, 727.

24 Das BVerwG geht in seinem Urteil vom 15.12.2010 nur knapp auf den Sozialpakt ein und führt aus: „[Der] Landesgesetzgeber war nicht durch Art. 13 Abs. 2 Buchst. c des Internationalen Paktes vom 19. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR) an der Einführung allgemeiner Studiengebühren gehindert. Aus dieser Vorschrift könnten selbst im Fall ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit keine Rechte hergeleitet werden, die nicht bereits auf der Ebene des nationalen Verfassungsrechts durch das – hier gewährte – Recht auf Teilhabe an den staatlichen Ausbildungsressourcen gewährleistet sind. Da der Landesgesetzgeber durch die Einführung der

Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht zu „Hartz IV“ und zum Asylbewerberleistungsgesetz, die nachfolgend kurz behandelt werden, ist jedoch eine positivere Tendenz abzulesen.

1. Die „Hartz IV“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

In seiner Entscheidung vom 9. Februar 2010 (BvL 1/09) hat das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung zum Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums für alle in Deutschland lebenden Menschen fortentwickelt. Das eigenständige Recht gründet sich auf Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde) in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG (Sozialstaatsprinzip).²⁵ Es besteht damit grundsätzlich unabhängig von der Staatsangehörigkeit oder dem Aufenthaltsstatus einer Person.²⁶ Aus dem Grundrecht leitet sich eine objektiv-rechtliche Verpflichtung des Staates ab verbunden mit einem subjektiv-rechtlichen Leistungsanspruch des hilfebedürftigen Grundrechtsträgers.²⁷ Es sichert jedem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zu, die für seine physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind.²⁸ Den individuellen Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums besitzt jedes Mitglied einer Bedarfsgemeinschaft, dies trifft auch auf Kinder zu.²⁹ Die Ausgestaltung der Norm muss auf die Deckung der existenznotwendigen Bedarfe jedes individuellen Grundrechtsträgers ausgerichtet sein. Die Bedarfsbemessung muss transparent und nachvollziehbar sein, und die Höhe der Bedarfe muss regelmäßig

allgemeinen Studiengebühren das System einer von finanziellen Ausgrenzungen freien Hochschulbildung nicht verlassen hat, scheidet auch ein Verstoß gegen ein etwa aus Art. 2 Abs. 1 IPwskR ableitbares Verbot regressiver Maßnahmen aus.“ BVerwG 6 C 10.09 vom 15.12.2010, Absatz-Nr. 30.

25 BVerfG 1 BvL 1/09 vom 9.2.2010, Absatz-Nr. 133.

26 Siehe auch *Hohm*, Menschenwürdiges Existenzminimum für Leistungsberechtigte nach dem Asylbewerberleistungsgesetz, ZFSH SGB 5/2010, 269277, 271; *Janda/Wilksch*, Das Asylbewerberleistungsgesetz nach dem „Regelsatzurteil“ des BVerfG, SGB 10/10, 565574, 569.

27 BVerfG 1 BvL 1/09, aaO (Fn. 25), Absatz-Nr. 134 und auch *Hohm* (2010), aaO (Fn. 26), 271.

28 BVerfG 1 BvL 1/09, aaO (Fn. 25), Absatz-Nr. 135.

29 Ebd., Absatz-Nr.159.

überprüft werden. Diese Kriterien werden in ganz ähnlicher Weise auch vom Sozialpaktausschuss zum Recht auf soziale Sicherheit herangezogen.

2. Die Entscheidung zum Asylbewerberleistungsgesetz des Bundesverfassungsgerichts

Seine Rechtsprechung zum menschenwürdigen Existenzminimum bekräftigte das Bundesverfassungsgericht mit seiner Entscheidung vom 18. Juli 2012 zum Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG). In diesem Urteil wies er den Gesetzgeber explizit darauf hin, dass bei der Anpassung des Gesetzes an das Urteil auch die völkerrechtlichen Vorgaben beachtet werden müssen. In Absatz 94 führt es dazu aus: „Zu den Regeln über das Existenzminimum, die in Deutschland gelten, gehören auch der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966, dem der Deutsche Bundestag mit Gesetz vom 23. November 1973 zugestimmt hat. Der Pakt statuiert in Art. 9 ein Recht auf Soziale Sicherheit und in Art. 15 Abs. 1 Buchstabe a das Menschenrecht auf Teilhabe am kulturellen Leben.“

V. Das Fakultativprotokoll zum Sozialpakt

Mit der Einführung des Fakultativprotokolls zum Sozialpakt wird die Unteilbarkeit und die Gleichwertigkeit aller Menschenrechte erneut manifestiert. Für Anwältinnen und Anwälte interessant könnte der Individualbeschwerdemechanismus des Protokolls sein. Nach Ausschöpfung des nationalen Rechtswegs können Verletzungen der Rechte aus dem UN-Sozialpakt vor den Ausschuss gebracht werden. Der Expertenausschuss prüft die Zulässigkeit der Beschwerde, und die Experten setzen sich dann mit dem Beschwerdevorbringen inhaltlich auseinander. Der Vertragsstaat wird zur Stellungnahme aufgefordert, und erst nach einer eingehenden Prüfung teilt der Expertenausschuss dann seine Auffassung mit, ob eine Verletzung vorliegt oder nicht, und verbindet diese oft mit Handlungsempfehlungen an den Staat. Die Entscheidungen des Ausschusses sind

rechtlich nicht bindend. Dennoch ist der Vertragsstaat dazu aufgefordert, sich mit der Auffassung der Experten auseinanderzusetzen und sich innerhalb von sechs Monaten schriftlich zu äußern. Eine für den Ausschuss zufriedenstellende Antwort muss die Umsetzung der Empfehlungen, alle vorgenommenen Handlungen und Reaktionen enthalten. Dieses Verfahren steht für Fälle aus Deutschland allerdings erst nach einer zukünftigen deutschen Ratifikation offen. Bereits heute können Anwälte und Anwältinnen hingegen in innerstaatlichen Verfahren auf die materiellen Bestimmungen des Paktes Bezug nehmen.

VI. Anwendungsfelder in der anwaltlichen Praxis

Der Sozialpakt umfasst wie ausgeführt ein breites Spektrum an sozialen Rechten. Für Anwältinnen und Anwälte bietet die Anwendung des UN-Sozialpaktes in Fällen zum SGB II/XII vielfältige Möglichkeiten. Beispielsweise im Bereich der Grundsicherung, wo sowohl das Recht auf einen angemessenen Lebensstandard (Art. 11 Sozialpakt) in Verbindung mit dem Recht auf Soziale Sicherheit (Art. 9 Sozialpakt) mit Blick auf eine angemessene Wohnung oder auf ausgewogene Ernährung als zusätzliche Argumente herangezogen werden können. Der Ausschuss hat in seinen „Abschließenden Bemerkungen“ zu Deutschland ausgeführt, dass er auch nach dem Urteil des Verfassungsgerichts (zu „Hartz IV“) besorgt ist, ob Menschen nach dem SGB II ein angemessener Lebensstandard gewährleistet wird.³⁰ Insbesondere legt der Ausschuss seinen Fokus auf die niedrigen Leistungen für Kinder und ihr erhöhtes Armutsrisiko. Im Recht auf Arbeit im Bereich des SGB II ist der Bezieher von Leistungen verpflichtet, „jede zumutbare Beschäftigung“ (§ 10 SGB II), sofern er geistig, körperlich und seelisch dazu in der Lage ist, anzunehmen. In der Praxis führt das oft zu der erweiterten Auslegung, „jede Arbeit“ müsse angenommen werden, worunter auch unbezahlte gemeinnützige Arbeiten verstanden werden

30 UN-Fachausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights – Germany, UN Dok. E/C.12/DEU/CO/5 vom 12.7.2011.

können.³¹ In einem solchen Fall kommen Verstöße gegen Art. 6 und Art. 7 des Sozialpaktes in Betracht, da jede Beschäftigung eine frei gewählte und angenommene sein muss (Art. 6), und dem einzelnen ein Recht auf einen angemessenen Lohn und gleiches Entgelt (Art. 7) zusteht.

VII. Bewertung der Justiziabilität von WSK-Rechten in Deutschland

Wie die Beispiele aus der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigen, hat der UN-Sozialpakt im Bereich des Sozialrechts Potenzial, das es von der Anwaltschaft zu nutzen gilt. Die Rechtsprechung zeigt sich gegenüber völkerrechtlichen Menschenrechtsnormen deutlich aufgeschlossener als noch vor einigen Jahren.³² Dieser Trend ist auch aus Sicht guter anwaltlicher Vertretung zu nutzen, bietet er doch die Chance, in nationalen Verfahren internationale Argumente, beispielsweise für Fälle betreffend SGB II, einzusetzen. Um der Anwaltschaft dieses Reservoir an Möglichkeiten zu erschließen, wurde im Rahmen des Projekts „Anwaltschaft für Menschenrechte und Vielfalt“ am Deutschen Institut für Menschenrechte ein umfangreiches Programm entwickelt.³³

31 UN-Fachausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, aaO. (Fn. 30), Ziff. 19.

32 Hierzu ausführlicher *Winkler/Mahler* Interpreting the Right to a Dignified Minimum Existence: A New Era in German Socio-Economic Rights Jurisprudence? *Human Rights Law Review* 13:2 (2013), 388-401; 396ff.

33 www.institut-fuer-menschenrechte.de.

Die Bedeutung der EGMR-Rechtsprechung für das deutsche Arbeitsrecht

Stärkung der Arbeitnehmerrechte durch menschenrechtliche Argumentation *

Dr. Nina Althoff

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) sichert auch die Rechte von Arbeitnehmenden. Das mag für viele Anwältinnen und Anwälte überraschend sein: Gerade haben sie gelernt, welche Bedeutung das Unionsrecht und der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) für das Arbeitsrecht haben, da wird der Europäische Gerichtshof für Menschenrecht (EGMR) mit seinen Entscheidungen immer wichtiger. Der Beitrag erläutert die Bedeutung der EGMR-Rechtsprechung im Arbeitsrecht.

I. Einleitung

Die internationale, die europäische und die innerstaatliche Rechtsetzungsebene verschränken sich auch im Arbeitsrecht zunehmend. Die Bedeutung internationaler und europäischer Menschenrechtsabkommen steigt mit der wachsenden Ausdifferenzierung menschenrechtlicher Normen durch neue Regelungswerke¹ sowie auch durch die Spruchpraxis der jeweiligen Kontrollorgane, wie dem EGMR.² So haben im Arbeitsrecht die EGMR-Urteile „Schüth“³ zum kirchlichen Arbeitsrecht sowie „Heinisch“⁴ zu Kündigung wegen Whistleblowing viel Beachtung gefunden. Sie können Impulse und Wirkung über den Einzelfall hinaus entfalten. Zudem sind zahlreiche weitere Konstellationen denkbar, in denen die EMRK in ihrer

* Aktualisierte Version des unter demselben Titel veröffentlichten Aufsatzes in Anwaltsblatt 8 + 9/2013, 598.

1 Zum Beispiel die UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) oder die Europaratskonvention gegen Menschenhandel.

2 Grundsätzlich hierzu s. Hrsg. W. Däubler/ R. Zimmer (2013): Arbeitsvölkerrecht, Baden-Baden.

3 EGMR, Urteil v. 23.09.10, Beschwerde Nr. 1620/03.

4 EGMR, Urteil v. 27.08.11, Beschwerde Nr. 28274/08.

Auslegung durch den EGMR weitreichende Tragweite für die deutsche Arbeitsrechtspraxis haben kann. Im Folgenden soll die Wirkungsweise der EGMR-Rechtsprechung allgemein und deren Bedeutung und Potential für arbeitsrechtliche Mandate anhand von Beispielen vorgestellt werden.

II. Innerstaatliche Geltung von EGMR-Urteilen

Die EMRK und ihre durch Deutschland ratifizierten Zusatzprotokolle haben durch die jeweiligen Ratifikationsgesetze Eingang in die deutsche Rechtsordnung im Rang eines einfachen Bundesgesetzes erhalten. Als solche sind sie innerstaatlich zu beachten und zur Anwendung zu bringen (Art. 59 Abs. 2 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG). Dieser so genannte Rechtsanwendungsbefehl richtet sich an Behörden und Gerichte, einschließlich der Arbeitsgerichtsbarkeit.⁵ Teils begründen die menschenrechtlichen Normen unmittelbar anwendbare und einklagbare Rechte für Einzelpersonen.⁶ Vor allem aber ist die EMRK, wie alle Menschenrechtsabkommen, Maßstab für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte; und auch sonstiges innerstaatliches Recht ist in ihrem Lichte auszulegen.⁷

Zur menschenrechtskonformen Auslegung sind die einschlägigen menschenrechtlichen Normen wie auch die Spruchpraxis der jeweiligen Kontrollorgane heranzuziehen. Zwar binden die EGMR-Urteile unmittelbar nur die beteiligten Parteien, also beschwerdeführende Person und Vertragsstaat (Art. 46 Abs. 1 EMRK).⁸ Die Wirkung geht aber mittelbar darüber hinaus, indem zur innerstaatlichen Rechts- und Entscheidungsfindung im Lichte der EMRK deren Inhalt und Entwicklungsstand in Betracht zu zie-

5 Ständige Rechtsprechung s. BVerfGE 111, 307ff; 82, 106ff; 74, 358ff.

6 Zur Einklagbarkeit wirtschaftlicher und sozialer Rechte s. C. Mahler, *Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sind einklagbar!* UN-Sozialpakt hat mehr als Appell-Funktion, in diesem Band oder Anwaltsblatt 4/2013, 245.

7 BVerfGE 74, 358, 370; exemplarisch zur UN-BRK s. BVerfG, Urteil v. 23.03.11, 2 BvR 882/09; BSG, Urteil v. 06.03.12, B 1 KR 10/11 R.

8 So sind auch Arbeitgebende nicht gebunden, die nicht Partei im Verfahren waren. Das beanstandete Arbeitsgerichtsurteil bleibt gültig; es sei denn, es besteht die Möglichkeit zur Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 580 Nr. 8 ZPO).

hen sind. Die EMRK wird als „living document“ verstanden, die vom EGMR ausgelegt und fortentwickelt wird. Als der insoweit höchsten Autorität kommt dem EGMR die Befugnis zur Konkretisierung der Konventionsnormen zu, die innerstaatlich berücksichtigt werden muss – unabhängig davon, gegen welchen Staat die Entscheidung erging.⁹

Zur Fortentwicklung der Konventionsbestimmungen hat der EGMR immer wieder das Prinzip zugrunde gelegt, dass die EMRK so weit wie möglich im Einklang mit anderen internationalen Standards des Völkerrechts auszulegen ist.¹⁰ Entscheidungsmaßstab des Gerichtshofs ist zwar ausschließlich die EMRK mit ihren Zusatzprotokollen, die Auslegung erfolgt jedoch unter Bezugnahme auf internationale Standards, wozu zum Beispiel die für das Arbeitsrecht relevante Europäische Sozialcharta oder die Konventionen der ILO (International Labour Organisation der UN) zählen.¹¹

Auch im Anwendungsbereich des Unionsrechts wirkt die EMRK in der Auslegung durch den EGMR, da diese als Rechtserkenntnisquelle Eingang in Unionsrecht gefunden hat (Art. 6 Abs. 3 EUV). Mit dem bevorstehenden Beitritt der EU zur EMRK wird diese Bedeutung noch steigen.¹²

-
- 9 Ausdrücklich BVerfGE 111, 307, 319, 328; so bereits BVerfGE 74, 358, 370; 82, 106, 120. Nach wie vor umstritten ist die Bindungswirkung im Falle eines von der Rechtsprechung des EGMR abweichenden Bundesverfassungsgerichtsurteils. S. U. Heckötter (2007): Die Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für die deutschen Gerichte, Köln, S. 73 ff., 135 ff.; J.M. Hoffmann (2010): Die EMRK und nationales Recht, Köln, S. 100 ff. Sollte ein Gericht der Auffassung des BVerfG und nicht des EGMR folgen, würde dies mindestens ein erhöhtes Begründungserfordernis darstellen. Verneinend BVerfGE 111, 307 ff.
- 10 Zu Auslegungsregeln von Völkerrechtsverträge s. Art. 31ff. Wiener Vertragsrechtskonvention.
- 11 S. zum Beispiel EGMR, Urteil v. 12.11.08, Beschwerde Nr. 34503/97, Demir u. Baykara ././ Türkei; oder zur Heranziehung der UN-BRK s. EGMR, Urteil v. 30.04.09, Beschwerde Nr. 13444/04, Glor. ././ Schweiz, Rn. 53; s. auch EGMR (2012): Infoblatt "Use of international conventions by the ECHR. Die vom EGMR veröffentlichten Infoblätter (fact sheets), in denen relevante Rechtsprechung bezüglich eines bestimmten Themenfeldes überblicksartig zusammengestellt ist, sind teilweise in deutscher, ansonsten in englischer Sprache verfügbar unter: www.echr.coe.int.
- 12 Der UN-BRK ist die EU 2011 beigetreten und erste EuGH-Urteile mit entscheidenden Bezügen zur Konvention sind ergangen: EuGH, Urteil v. 11.04.13, Rs. C-335/11, Ring und C-337/11, Werge. Zur EGMR-Reform s. P. Folmar-Otto, Reform des EGMR – eine Dauerbaustelle, in diesem Band oder Anwaltsblatt 4/2014, 307.

III. Arbeitsrechtlich relevante EMRK-Bestimmungen

Das Arbeitsrecht ist von der Reichweite der EMRK und der jeweiligen Auslegung durch den EGMR nicht ausgenommen. Obwohl die EMRK und ihre Zusatzprotokolle das Recht auf Arbeit nicht ausdrücklich nennen, hat der EGMR Verletzungen der Konvention zum Beispiel in Bezug auf Kündigungen, Zugang zu Beschäftigung oder Vereinigungsfreiheit festgestellt und eine das Arbeitsrecht prägende Spruchpraxis entwickelt.¹³ In der Regel handelt es sich um Abwägungsfragen zwischen geschützten Rechtspositionen.¹⁴

1. Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

Insbesondere das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 8 EMRK hat der EGMR für den Beschäftigungsbereich ausgelegt. In einer Beschwerde wegen des verwehrten Zugangs zum öffentlichen Dienst stellte der EGMR fest, dieser Sachverhalt falle in den Anwendungsbereich von Art. 8, da er „die Fähigkeit der Beschwerdeführer zur Herstellung von Beziehungen zur Außenwelt außerordentlich beeinträchtige, für sie gravierende Schwierigkeiten mit sich brachte, ihren Lebensunterhalt zu verdienen, und damit offensichtlich negativ auf ihr Privatleben auswirkte.“¹⁵ In den meisten Fällen geht es aber um die staatliche Verantwortung für die Verletzung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens in privaten Arbeitsverhältnissen, etwa wenn der Staat es unterlässt, die Privatsphäre gegen einen Eingriff des Arbeitgebers zu schützen.

13 Für eine Aufbereitung relevanter Rechtsprechung zum Arbeitsrecht s. EGMR (2014): Infoblatt „Work-related rights“, s. FN. 11; s. auch Hrsg. Jacobs, White, & Overy (2010): *The European Convention on Human Rights*, Oxford. Allg. Entscheidungssammlung in deutscher Sprache: www.eugrz.info.

14 S. auch A. Nußberger, *Auswirkungen der Rspr. des EGMR auf das deutsche Arbeitsrecht*, in RdA 2012, 270ff.

15 EGMR, Urteil v. 27.07.04, Beschwerde Nr. 55480/00 und 59330/00, Sidabras u. Diziautas ./ Litauen, Rn. 48; ähnlich in EGMR, Urteil v. 28.05.09, Beschwerde Nr. 26713/05, Bigaeva ./ Griechenland.

In dem bereits erwähnten Beschwerdeverfahren „Schüth gegen Deutschland“¹⁶ rügte der Gerichtshof die gerichtliche Aufrechterhaltung einer Kündigung und stellte eine Verletzung von Art. 8 EMRK fest. In dem zugrunde liegenden arbeitsgerichtlichen Verfahren ging es um die Kündigung eines Kantors einer katholischen Gemeinde, nachdem dieser sich von seiner Ehefrau getrennt hatte und später eine neue Beziehung eingegangen war. Die Abwägung der deutschen Arbeitsgerichte zwischen den Rechten des Beschwerdeführers und denen des kirchlichen Arbeitgebers (Erhaltung der Glaubwürdigkeit und kirchliches Selbstbestimmungsrecht aus Art. 9 Religionsfreiheit und Art. 11 Vereinigungsfreiheit) wertete der EGMR als unvollständig und damit konventionswidrig.¹⁷ Die Gerichte hätten neben den Interessen des Arbeitnehmers am Bestand des Arbeitsverhältnisses auch seine familiäre Situation berücksichtigen müssen sowie die besondere Schwierigkeit für einen Kantor einen neuen Arbeitgeber zu finden. Auch die Verkündungsnähe des Arbeitsplatzes wurde als Kriterium gewertet. Vor allem in letzterem zeigt sich das Potenzial der EGMR-Rechtsprechung, denn weder im deutschen Recht noch im Unionsrecht finden sich entsprechende Vorgaben.

Das Recht auf Privatsphäre am Arbeitsplatz spielt auch bei Überwachung von Telefon-/E-Mail-/Internetnutzung eine große Rolle.¹⁸ Denkbar sind zudem Fallkonstellationen, in denen Arbeitgebende das Recht auf Achtung des Familienlebens beeinträchtigen, indem sie in der Arbeitszeiteinteilung von Alleinerziehenden keine Rücksicht auf die Pflege minderjähriger oder behinderter Kinder nehmen.¹⁹

16 S. FN. 3.

17 In anderen Kündigungsfällen wegen Loyalitätspflichtverletzungen hielt der Gerichtshof die Abwägung für konventionskonform, s. EGMR, Urteil v. 23.12.10, Beschwerde Nr. 425/03, Obst ./.. Deutschland und EGMR, Urteil v. 03.11.11, Beschwerde Nr. 18136/02, Siebenhaar ./.. Deutschland. Zuletzt zu Gunsten des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts s. EGMR (Große Kammer), Urteil v. 12.06.14, Beschwerde Nr. 56030/07, Fernández Martínez ./.. Spanien.

18 EGMR, Urteil v. 25.06.97, Beschwerde Nr. 20605/92, Halford ./.. UK; EGMR, Urteil v. 03.04.07, Beschwerde Nr. 62617/00, Copland ./.. UK. Keine Verletzung im Falle einer zeitlich befristeten Videoüberwachung einer Supermarktkasse, EGMR, Urteil v. 05.10.10, Beschwerde Nr. 429/97, Köple ./.. Deutschland.

19 M. Schlachter, Standortbestimmung, in DB 6/2012 (Beilage), 9f..

Art. 8 wird vor allem immer dann relevant, wenn das Privat- und Familienleben zu einer Kündigung oder sonstigen arbeitsrechtlichen Maßnahme führt. So wurde auch wiederholt festgestellt, dass die sexuelle Identität nicht als Kündigungsgrund gelten darf.²⁰

2. Meinungsäußerungsfreiheit

Das Recht zur Kündigung kann auch durch die Meinungsäußerungsfreiheit aus Art. 10 EMRK begrenzt sein.²¹ Eine Verletzung von Art. 10 stellte der EGMR in dem Whistleblowing-Fall „Heinisch gegen Deutschland“²² fest. Dabei ging es um die gerichtliche Bestätigung der außerordentlichen Kündigung einer Altenpflegerin, die gegen ihre Arbeitgeberin Strafanzeige wegen Betruges erstattet und Pflegemissstände öffentlich bestritten hatte. Die Arbeitsgerichte hatten keinen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen der Arbeitgeberin und den Rechten der Beschwerdeführerin einschließlich der Interessen der Allgemeinheit herbeigeführt. Als relevante Abwägungskriterien nannte der EGMR unter anderem die Absicht zur Beseitigung bestehender Missstände, die erfolglose, ineffektive oder unzumutbare Beschreitung anderer Beschwerdewege und die Fundiertheit der der Staatsanwaltschaft übermittelten Informationen.²³ Außerdem sei in einer demokratischen Gesellschaft das öffentliche Interesse an Informationen über Mängel in der institutionellen Altenpflege so wichtig, dass es gegenüber dem Interesse des Unternehmens am Schutz seines Rufes und seiner Geschäftsinteressen überwiege. Dies gelte umso mehr, wenn sich das Unternehmen in öffentlicher Hand befinde. Auch wenn dies grundsätzlich mit der Rechtsprechung sowohl des Bundesverfassungsgerichts als auch des Bundesarbeitsgerichts übereinstimmt,²⁴ waren Nichtzulassungs- und Verfassungsbeschwerde im Fall „Heinisch“ erfolglos. Neu ist die besondere Gewichtung öffentlicher Interessen, die im Rahmen der Abgrenzung von Loyalitätspflicht und Meinungsfreiheit zu

20 Unter anderem EGMR, Urteil v. 29.09.99, Beschwerde Nr. 31417/96 und 32377/96, Lustig-Prean und Beckett ./ UK.

21 S. auch EGMR, Urteil v. 26.09.95, Beschwerde Nr. 17851/91, Vogt ./ Deutschland.

22 S. FN. 4.

23 B. Heinisch/B. Hopmann (2012): Über das Recht, Missstände anzuzeigen, Hamburg.

24 BVerfG, Urteil v. 02.07.01, 1 BvR 2049/00; BAG, Urteil v. 03.07.03, 2 AZR 235/02.

berücksichtigen sind. Unter Zugrundelegung der EGMR-Rechtsprechung wird die Position von Whistleblowern auch insofern gestärkt, als dass eine Sensibilisierung für die Problematik und für die abwägungsrelevanten Menschenrechtsaspekte erfolgt ist.²⁵ Im Rahmen der Prüfung einer Nichtzulassungsbeschwerde muss die grundsätzliche Bedeutung der streitgegenständlichen Frage bejaht werden, wenn das Urteil nach der Rechtsprechung des EGMR gegen die EMRK verstößt.²⁶

3. Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit

Auch die Gedanken-, Gewissens- und Religions- beziehungsweise Weltanschauungsfreiheit aus Art. 9 EMRK können im Arbeitsrecht Bedeutung haben. Um den Schutz der Religionsfreiheit am Arbeitsplatz ging es in einem Urteil des EGMR zu vier verbundenen Beschwerden gegen das Vereinigte Königreich Anfang 2013.²⁷

Zwei Verfahren betrafen Beschwerden praktizierender Christinnen bezüglich des Verbots, während ihrer Arbeit als Angestellte einer Fluggesellschaft beziehungsweise als Altenpflegerin in einem staatlichen Krankenhaus sichtbar Halsketten mit Kreuzanhängern zu tragen. Nach der Einführung einer neuen Regel durch die Fluggesellschaft, nach der das Tragen sichtbarer religiöser Symbole untersagt wurde, blieb die Beschwerdeführerin so lange zu Hause, bis das Verbot gelockert wurde. Während dieser Zeit erhielt sie keinen Lohn. In der Zurückweisung ihrer Klage hiergegen sah der EGMR eine Konventionsverletzung. Die Religionsfreiheit überwiege hier die Arbeitgeberinteressen an einem einheitlichen Unternehmensbild. Auch das Angebot der Versetzung in einen anderen Bereich ohne Uniformpflicht änderte hieran nichts. Zu berücksichtigen sei, dass es sich um ein diskretes Kreuz handle, das die Arbeit nicht beeinträchtige. Unerheblich sei, ob es eine religiöse Pflicht gebe, ein sicht-

25 *M. Reufels/K. Molle*, Neuere Rechtsprechung des EGMR im Arbeitsrecht, in *KSzW* 2012, 3, 6ff.; *C. Becker*, Das Urteil des EGMR zum Whistleblowing, in *DB* 2011, 2202, 2203.

26 *A. Sagan*, Konvergenzen und Divergenzen zwischen EGMR, EuGH, BVerfG und BAG, in *DB* 2012, 11.

27 EGMR, Urteil v. 15.01.13, Beschwerde Nrn. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, Eweida und andere ./i. UK.

bares Kreuz zu tragen. Nicht jedes religiös motivierte Verhalten sei zwar von der Religionsfreiheit erfasst, eine enge und direkte Verbindung zur religiösen Überzeugung aber ausreichend. So wurde auch in dem Fall der Krankenpflegerin das Tragen der Kreuzkette als von der Religionsfreiheit umfasst gewertet. Allerdings hätten hier die Gerichte eine konventionsgemäße Abwägung vorgenommen, indem der Schutz der Gesundheit der Patientinnen und Patienten und die Sicherheit des Krankenhauses als vorrangig eingestuft wurden. Die Kleidungs Vorschrift in dem Krankenhaus verbot das Tragen von Schmuck aus diesen Erwägungen.

In den beiden weiteren Beschwerden ging es um gerichtlich bestätigte Disziplinarmaßnahmen zum einen gegen eine Standesbeamtin, die sich weigerte, gleichgeschlechtliche Partnerschaften zu registrieren, und zum anderen gegen einen Paar- und Sexualtherapeuten, der sich weigerte homosexuelle Paare zu beraten. Beide begründeten dies mit ihrer religiösen Überzeugung. Die Kündigung beziehungsweise die Drohung damit wurde von den britischen Gerichten als rechtmäßig angesehen – zu Recht, wie der EGMR feststellte. In der Abwägung habe die Religionsfreiheit zurück zu stehen hinter dem Anliegen der Arbeitgeber zum Diskriminierungsschutz wegen der sexuellen Identität, welches ebenfalls von der Konvention umfasst ist. Der diskriminierungsfreie Zugang zu den jeweiligen Diensten stelle ein fundamentales Interesse einer demokratischen Gesellschaft dar, und Ungleichbehandlungen wegen der sexuellen Identität seien ohnehin stets einer besonders ernsthaften Rechtfertigungsprüfung zu unterziehen.

Insgesamt wurde mehr Klarheit geschaffen, unter welchen Voraussetzungen die Religionsfreiheit (einschließlich dem Recht, die religiöse oder weltanschauliche Überzeugung am Arbeitsplatz kundzutun und zu manifestieren) zu begrenzen ist. Ob die vor dem Hintergrund staatlicher Neutralitätspflicht bisher vom EGMR in das Ermessen der Staaten gestellte Frage

nach der Rechtmäßigkeit von Kopftuchverboten eine Weiterentwicklung erfährt, bleibt abzuwarten.²⁸ Generelle Verbote dürften unzulässig sein.²⁹

4. Weitere arbeitsbezogene Konventionsrechte

- Originär arbeitsrechtliche Konventionsbestimmung ist die *Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit* in Art. 11 EMRK, die das Recht enthält, Gewerkschaften zu bilden und sich ihnen anzuschließen.³⁰ Art. 11 begründet auch das Recht auf Kollektivverhandlungen.³¹ Zum Arbeitskampf hat der EGMR festgestellt, dass das Streikrecht zu Art. 11 gehört und ein generelles Verbot nicht zu rechtfertigen ist.³²
- Unmittelbar für das Arbeitsrecht relevant ist auch das *Verbot der Zwangsarbeit und Sklaverei* aus Art. 4 EMRK. Unmenschliche Arbeitsbedingungen können gegen Art. 4 verstoßen. Der fehlende strafrechtliche Schutz gegen die sklavereiähnliche Ausnutzung einer Hausangestellten wurde als EMRK-Verletzung gewertet.³³

28 EGMR, Urteil v. 15.02.01, Beschwerde Nr. 42396/98, Dahlab ./ Schweiz; EGMR, Urteil v. 10.11.05, Beschwerde Nr. 44774/98, Sahin ./ Türkei.

29 Interessant in diesem Zusammenhang die Entscheidungen des UN-Menschenrechtsausschusses, Auffassung v. 01.11.12, Beschwerde Nr. 1852/2008, Singh ./ Frankreich, in der eine Verletzung der Religionsfreiheit darin gesehen wurde, dass ein Sikh-Anhänger aufgrund der Weigerung des Ablegens seines Keski (Stoffstück anstatt Turban) der Schule verwiesen wurde, oder Auffassung v. 19.07.13, Mitteilung Nr. 1928/2010, Mann Singh ./ Frankreich, in der die Nichtzulassung eines Passfotos mit Turban i.R. amtlicher Dokumente erfolgreich war. S. allerdings auch das EGMR-Urteil Mann Singh ./ Frankreich, in dem die Beschwerde derselben Person in einem anderen Passfotostreit abgelehnt wurde, Urteil v. 13.11.08, Beschwerde Nr. 24479/07.

30 EGMR, Urteil v. 27.19.95, Beschwerde Nr. 4464/70, Polizeigewerkschaft ./ Belgien.

31 EGMR, Urteil v. 12.11.08, Beschwerde Nr. 34503/97, Demir u. Baykara ./ Türkei. S. auch EGMR (2013): Infoblatt „Trade Union Rights“ oder EGMR (2011): Infoblatt „Gewerkschaftsrechte“, s. FN. 11.

32 EGMR, Urteil v. 21.04.09, Beschwerde Nr. 68959/01, Enerji Yapi-Yol Sen ./ Türkei; EGMR, Urteil v. 27.03.07, Beschwerde Nr. 6615/03, Karacay ./ Türkei. S. auch E. Kocher, Bundesverfassungsgericht und Verrechtlichung auf europäischer Ebene: Das kollektive Arbeitsrecht, in APuZ 11, 35, 40f. Das Bundesverwaltungsgericht hat Anfang 2014 klargestellt, dass das generelle Streikverbot für Beamtinnen und Beamte der EMRK und deren Auslegung durch den EGMR widerspricht. Allerdings könne diese Rechtskollision nicht durch die Gerichte, sondern nur durch den Bundesgesetzgeber gelöst werden, s. BVerwG, Urteil v. 27.02.14, 2 C 1.13.

33 EGMR, Urteil v. 26.07.05, Beschwerde Nr. 73316/01, Siliadin ./ Frankreich. S. auch EGMR (2014): Infoblatt „Slavery, servitude, and forced labour“ oder EGMR (2011): Infoblatt „Zwangsarbeit und Menschenhandel“, s. FN. 11.

- Weitere Wirkung können im Arbeitsrecht das *Recht auf Zugang zum Gericht und das Recht auf ein faires Verfahren* aus Art. 6 EMRK entfalten. Der EGMR hat die Geltung des Grundsatzes der Staatenimmunität für eine arbeitsrechtliche Klage einer Botschaftssekretärin verneint, so dass eine gerichtliche Überprüfung in arbeitsrechtlichen Fragen nicht mehr generell wegen Immunität ausgeschlossen werden kann.³⁴
- In einigen der genannten und vielen weiteren denkbaren arbeitsrechtlichen Fallkonstellationen spielt selbstverständlich das *Diskriminierungsverbot* eine weitere Rolle. Zwar enthält Art. 14 EMRK nur ein akzessorisches Diskriminierungsverbot, das aber im Anwendungsbereich einer anderen Konventionsbestimmung Anwendung findet.³⁵ So wurde beispielsweise einer Beschwerde wegen einer Diskriminierung aufgrund der Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft (Art. 11 i. V. m. Art. 14 EMRK)³⁶ oder einer Beschwerde gegen eine Kündigung aufgrund einer HIV-Infektion (Art. 8 i. V. m. Art. 14 EMRK)³⁷ stattgegeben. Diskriminierungsschutz umfasst auch herabwürdigende Behandlung, Mobbing und Belästigung und schließt positive Maßnahmen mit ein.³⁸

IV. Ausblick

Es hat sich gezeigt: Die Positionen klagender Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer können durch die Einbeziehung menschenrechtlicher Argumentation gestärkt und damit Erfolgsaussichten verbessert werden. Dazu benötigen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte vertiefte Kenntnisse der Menschenrechtsnormen einschließlich der Spruchpraxis. Entsprechende Qualifizierungsmöglichkeiten wurden im Rahmen des Projekts „Anwalt-

34 EGMR, Urteil v. 23.03.10, Beschwerde Nr. 15869/02, Cudak ./. Litauen; s. auch EGMR, Urteil v. 29.06.11, Beschwerde Nr. 34869/05, Sabeh el Leil ./. Frankreich.

35 Das EMRK-Zusatzprotokoll Nr. 12 enthält ein weitreichenderes Diskriminierungsverbot, ist aber mangels Ratifikation durch Deutschland noch nicht anwendbar.

36 EGMR, Urteil v. 12.11.08, Beschwerde Nr. 34503/97, Demir u. Baykara ./. Türkei.

37 EGMR, Urteil v. 03.10.13, Beschwerde Nr. 552/10, I.B. ./. Griechenland.

38 N. Althoff, Diskriminierungsschutz aus den Menschenrechten – Chance und Verantwortung für die Anwaltschaft, in diesem Band oder in Anwaltsblatt 6/2011, 482ff.



schaft für Menschenrechte und Vielfalt“ am Deutschen Institut für Menschenrechte mit einem besonderen Fokus auf das Arbeitsrecht entwickelt.³⁹ Eine Auseinandersetzung lohnt sich.

39 www.institut-fuer-menschenrechte.de.

Das Verbot rassistischer Diskriminierung nach Art. 3 Abs. 3 GG

Ein Handlungsfeld für die anwaltliche Praxis am Beispiel von „Racial Profiling“*

Dr. Hendrik Cremer

Niemand darf wegen seiner „Rasse“ benachteiligt werden, so heißt es in Art. 3 Abs. 3 GG. Welche Bedeutung dieses Verbot hat, was es genau besagt, ist in der Regel kein Bestandteil der juristischen Ausbildung. Dabei handelt es sich bei dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG um eine Fundamentalnorm der Verfassung. Der Beitrag erläutert einige inhaltliche Aspekte des Verbots rassistischer Diskriminierung, die für die anwaltliche Tätigkeit von Bedeutung sein können. Im Zentrum steht dabei das Verbot von „Racial Profiling“ im Rahmen anlassloser Personenkontrollen durch die Bundespolizei.

I. Einleitung: § 22 Abs. 1 a BPolG

Der Aufsatz hat sich zum Ziel gesetzt, die grund- und menschenrechtliche Unzulässigkeit von Polizeikontrollen aufzuzeigen, die auf einer Methode basieren, die gewöhnlich als „Racial Profiling“ oder auch „Ethnic Profiling“ bezeichnet wird. Es wird erörtert, warum die Polizei keine unveränderlichen Merkmale, die das äußere Erscheinungsbild eines Menschen prägen, als Auswahlkriterium für anlasslose Personenkontrollen heranziehen darf. In diesem Zusammenhang wird am Beispiel von § 22 Abs. 1 a BPolG erläutert, dass Gesetzesbestimmungen gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen, wenn sie – obwohl dem Anschein nach neutral – zu rassistischen Diskriminierungen führen. § 22 Abs. 1 a BPolG ermächtigt die Bundespolizei zum Zweck der Migrationskontrolle, Personen in Bahnhöfen, Zügen und Flughäfen ohne konkreten Anlass und ohne konkreten

* Aktualisierte Version des unter demselben Titel veröffentlichten Aufsatzes in Anwaltsblatt 12/2013, 896.

Verdacht zu kontrollieren. Demnach darf die Bundespolizei jede Person anhalten, befragen und deren Ausweispapiere verlangen sowie mitgeführte Sachen in Augenschein nehmen.¹ Das Potenzial, welches das Verbot rassistischer Diskriminierung für die anwaltliche Arbeit bietet, erschöpft sich nicht allein darin, eine Grundrechtsverletzung im Einzelfall geltend zu machen. Im Falle von Bestimmungen wie § 22 Abs. 1 a BPolG ist primär eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht anzustreben.

II. Verbot rassistischer Diskriminierung grund- und menschenrechtlich verbrieft

Das Verbot rassistischer Diskriminierung ist ein elementarer Bestandteil der europäischen und internationalen Menschenrechtssysteme. Rassistische Diskriminierung verbieten etwa Art. 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)², Art. 2 Abs. 1 und Art. 26 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR)³ sowie die Konvention gegen rassistische Diskriminierung (ICERD)⁴ als spezielle Konvention zur Bekämpfung von Rassismus. Sämtliche Verträge sind von Deutschland ratifiziert worden und damit gemäß Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG innerstaatlich geltendes Recht, an das Polizei und Gerichte gebunden sind (Art. 20 Abs. 3 GG).⁵

Die Gewährleistungen der von Deutschland ratifizierten Menschenrechtsverträge sind nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG auch bei der Auslegung deutschen Rechts zu berücksichtigen. Dabei dienen die Gewährleistungen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen

1 Siehe genauer Cremer, „Racial Profiling“ – Menschenrechtswidrige Personenkontrollen nach § 22 Abs. 1 Bundespolizeigesetz, Deutsches Institut für Menschenrechte 2013, S. 16 ff.
2 BGBl. 2002 II, S. 1054 (Neufassung).
3 BGBl. 1973 II, S. 1534.
4 BGBl. 1969 II, S. 962.
5 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 19.9.2006, 2 BvR 2115/01, Ziffer 52; BVerfG, Beschluss vom 23.3.2011, 2 BvR 882/09, Ziffer 52.

für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten.⁶ Dies gilt auch für die Entscheidungen von Konventionsorganen, zu denen neben dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) auch der UN-Ausschuss für bürgerliche und politische Rechte und der UN-Ausschuss gegen rassistische Diskriminierung gehören, da sich in ihnen der Entwicklungsstand der jeweiligen Konvention widerspiegelt.⁷

1. Schutz vor Ungleichbehandlung nach unveränderlichen äußerlichen Merkmalen

Art. 3 Abs. 3 GG schützt vor spezifischen Ungleichbehandlungen, indem er rassistische Diskriminierungen verbietet. Dazu zählen Ungleichbehandlungen, die an dem phänotypischen Erscheinungsbild eines Menschen anknüpfen. Wählt die Bundespolizei unveränderliche Merkmale, die das äußere Erscheinungsbild eines Menschen prägen, wie Hautfarbe oder Gesichtszüge, als Auswahlkriterium für anlasslose Personenkontrollen, liegt eine solche Ungleichbehandlung vor.

Das Verbot von Ungleichbehandlungen wegen des phänotypischen Erscheinungsbildes als eine Ausprägung rassistischer Diskriminierung ist ein wesentlicher Bestandteil der europäischen und internationalen Menschenrechtsschutzsysteme. Alle genannten Bestimmungen der EMRK und des IPbPR wie auch die Konvention gegen rassistische Diskriminierung verbieten eine Ungleichbehandlung aufgrund der Merkmale „Rasse“⁸ und „Hautfarbe“.⁹ Dabei ist der Bezug auf diese Merkmale so zu lesen, dass sie sich auf die dahinterstehende rassistische soziale Konstruktion von Men-

6 BVerfG, Beschluss vom 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, Ziffer 32; BVerfG, Beschluss vom 23.3.2011, 2 BvR 882/09, Ziffer 52.

7 Vgl. zum EGMR BVerfGE 111, 307 (317); vgl. zum UN-Ausschuss für bürgerliche und politische Rechte, BVerfG, Urteil vom 2.9.2009, in: NVWZ 2010, S. 389, S. 391 f.

8 Siehe zur Problematik dieses Begriffs H. Cremer, Ein Grundgesetz ohne „Rasse“, Berlin 2010.

9 Ohne dass es vorliegend für das Ergebnis darauf ankäme, sei erwähnt, dass die Diskriminierungsverbote in ihrer Konstruktion Unterschiede aufweisen. Bei Art. 14 EMRK wie auch Art. 2 Abs. 1 IPbPR handelt es sich um unselbständige akzessorische Diskriminierungsverbote im Schutzbereich einschlägiger Konventionsrechte; bei Art. 26 IPbPR und Art. 3 Abs. 3 GG handelt es sich hingegen um selbständige Diskriminierungsverbote, die für die Eröffnung ihrer Schutzbereiche rechtliche oder faktische Ungleichbehandlungen ausreichen lassen.

schengruppen beziehen. Insofern ist es unerheblich, dass Art. 3 Abs. 3 GG „Hautfarbe“ nicht explizit als spezielles Diskriminierungsmerkmal nennt. Es wird durch das Differenzierungsmerkmal der „Rasse“ in Art. 3 Grundgesetz miterfasst.¹⁰

Schließlich gehen rassistische Konzepte – Ungleichbehandlungen aufgrund der „Rasse“ – historisch auf die Idee zurück, Menschen anhand biologistischer Kriterien – wie etwa Hautfarbe oder Gesichtszüge – zu klassifizieren.¹¹ Dabei werden aus einer Vielzahl visuell sichtbarer körperlicher Eigenschaften einzelne Merkmale herausgegriffen und Grenzen zwischen den variierenden körperlichen Merkmalen von Menschen gezogen. Auf dieser Grundlage werden Menschen unterschieden und ihnen pauschal bestimmte Eigenschaften oder Verhaltensmuster zugeschrieben. Im Falle von anlasslosen Personenkontrollen geht es etwa darum, dass Menschen nach ihrem phänotypischen Erscheinungsbild unterschieden und verdächtigt werden, sich irregulär im Land aufzuhalten.

Für die Frage, ob eine staatliche Handlung eine Ungleichbehandlung gemäß Art. 3 Abs. 3 GG darstellt, ist es irrelevant, aus welchen Motiven heraus – nach dem Gesetz und/oder im Einzelfall die Ungleichbehandlung – erfolgt. Für das Vorliegen einer Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG und menschenrechtlicher Diskriminierungsverbote ist einzig entscheidend, ob eine benachteiligende Behandlung durch staatlich zu-rechenbares Handeln gegeben ist.

2. Ungleichbehandlung auch bei weiteren Kriterien

Eine Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG und menschenrechtlicher Diskriminierungsverbote liegt vor, wenn sie an ein Diskriminierungsmerkmal anknüpft. Es kommt nicht darauf an, ob daneben noch

¹⁰ Jarass/Pieroth 2011, Art. 3, Rn. 123 m. w. N.

¹¹ Ebenso EGMR, Urteil vom 13.12.2005, Antragsnummer 55762/00 u. 55974/00 (Timishev gegen Russland), Ziffer 55.

andere Kriterien maßgeblich sind.¹² Ob etwa von der Bundespolizei weitere Kriterien als das phänotypische Erscheinungsbild bei einer anlasslosen Personenkontrolle herangezogen werden, ist für das Vorliegen einer Ungleichbehandlung irrelevant. Eine Ungleichbehandlung liegt auch dann vor, wenn weitere Kriterien – wie etwa das Reisen mit Gepäck – für die Auswahl existieren. Eine gegenteilige Auffassung, etwa der Bundesregierung,¹³ ist grund- und menschenrechtlich nicht haltbar. In diesem Fall werden zwar nicht alle Personen, die nach dem physischen Erscheinungsbild ins Raster fallen, kontrolliert. Es werden aber weiterhin nur Personen kontrolliert, die diese Voraussetzung (auch) erfüllen. Folglich bleibt es bei einer Ungleichbehandlung aufgrund des phänotypischen Erscheinungsbilds.

3. Schutz vor faktischen Diskriminierungen

Art. 3 Abs. 3 GG und die menschenrechtlichen Diskriminierungsverbote schützen nicht nur vor Gesetzesbestimmungen, die schon nach ihrem Gesetzeswortlaut unmittelbar an ein Diskriminierungsmerkmal anknüpfende Ungleichbehandlungen vorsehen. Sie kommen auch dann zum Tragen, wenn Gesetzesbestimmungen nicht unmittelbar ersichtlich zu Diskriminierungen führen.¹⁴

Aus der Perspektive der Betroffenen – auf die es beim Grund- und Menschenrechtsschutz ankommt – ist es unerheblich, ob Diskriminierungen direkt aus dem Gesetz ablesbar sind, oder ob sie erst in der Ausführung durch die Exekutive ersichtlich werden. Auch solche Bestimmungen sind anerkanntermaßen grund- und menschenrechtswidrig. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH),¹⁵ des

12 Siehe etwa BVerfG, Beschluss vom 18.6.2008, 2 BvL 6/07, Ziffer 48; BVerfGE 89, 276 (288 f.); BVerfGE 85, 191 (206).

13 BT-Drs. 17/11971 vom 20.12.2012, S. 2 ff. und S. 7.

14 BVerfG, Beschluss vom 18.6.2008, 2 BvL 6/07, Ziffer 49; Jarass (2011), Art. 3, Rn. 119; EGMR, Große Kammer, Urteil vom 13.11.2007, Antragsnummer 57325/00 (D. H. und andere gegen Tschechien); König/Peters, Kapitel 21, 2006, Rn. 65 f.

15 Siehe etwa EuGH, Urteil vom 15.9.2005, C-258/04, Ioannidis, Rn. 26; EuGH, Urteil vom 12.2.1974, C-152/73, Sotgiu, Rn. 11.

BVerfG¹⁶ wie auch des EGMR¹⁷ trifft den Gesetzgeber eine Ergebnispflicht zum Schutz vor faktischer Diskriminierung. Auch nach der Konvention gegen rassistische Diskriminierung kommt es ausdrücklich darauf an, ob Gesetze Diskriminierungen „bewirken“.¹⁸ § 22 Abs. 1 a BPolG ist vor diesem Hintergrund nicht mit Art. 3 Abs. 3 GG in Einklang zu bringen.

III. Diskriminierungen auf der Grundlage von § 22 Absatz 1 a BPolG

Dem Wortlaut von § 22 Abs. 1 a BPolG lässt sich ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG nicht explizit entnehmen. Er spricht nicht etwa von Personen mit einem bestimmten Aussehen, etwa von Personen mit „dunkler Hautfarbe“, sondern von „jeder Person“, die kontrolliert werden kann. Ob § 22 Abs. 1 a BPolG mit Art. 3 Abs. 3 GG vereinbar ist, richtet sich indes nicht allein nach einer reinen, isolierten Wortlautbetrachtung der Norm. Entscheidender sind hier vielmehr der Zweck der Norm und seine Auswirkungen in der Praxis.

In der Gesetzesbegründung wie auch in der Literatur ist davon die Rede, dass die Personenkontrollen der Bundespolizei gemäß § 22 Abs. 1 a BPolG „stichprobenartig“ erfolgen.¹⁹ Dieser Terminus ist insofern missverständlich, als man damit assoziieren könnte, die Kontrollen würden einem bestimmten, durch die Bundespolizei festgelegten System folgen, von dem grundsätzlich jede Person erfasst werden kann. Dies ist indes nicht der Fall. Die Befugnis, jede Person anhalten und kontrollieren zu können, ermächtigt die kontrollierenden Bundespolizistinnen und Bundespolizisten vielmehr dazu, in einem Zug, in einem Bahnhof oder Flughafen frei auszuwählen, welche Personen sie kontrollieren.

16 Siehe etwa BVerfG, Beschluss vom 18.6.2008, 2 BvL 6/07, Ziffer 48 f., m. w. N.

17 EGMR (Fußnote 14), insbesondere Ziffer 175, 185, 193, m. w. N.

18 Art. 2 Abs. 1 c) ICERD.

19 BT-Drucksache 13/10790, S. 4; Müller-Terpitz, DÖV 1999, S. 335.

§ 22 Abs. 1 a BPolG ermächtigt die Beamtinnen und Beamten der Bundespolizei demnach dazu, selektiv vorzugehen, ohne dabei das Verhalten einer Person zum Anlass ihrer Kontrolle nehmen zu müssen. Es soll vielmehr Ausschau gehalten werden nach Personen, die sich unerlaubt im Land aufhalten. Bei einem solchen Gesetzesauftrag ist es naheliegend, dass die Bundespolizei die Personen in erster Linie nach phänotypischen Merkmalen aussucht. Es kann ja in der Realität im Wesentlichen nur um (solche) äußerliche Merkmale gehen, wenn die Auswahl allein durch Inaugenscheinnahme geschehen kann und soll.²⁰ Das Gesetz suggeriert folglich, dass sich der Aufenthaltsstatus von Menschen auf der Grundlage von phänotypischen Merkmalen festmachen ließe. Vor diesem Hintergrund ergibt sich bereits aus der Norm selbst, aus ihrem Zweck, dass sie auf Diskriminierungen angelegt ist.

Anzunehmen, dass die Bundespolizei in Anwendung der Regelung nicht nach einer Profilbildung vorgeht, bei denen unveränderliche äußerliche Merkmale eine zentrale Rolle spielen, erschiene überdies lebensfremd. In welchem Umfang die Praxis diskriminierender Personenkontrollen auf der Grundlage von § 22 Absatz 1 a BPolG geschieht, lässt sich statistisch zwar nicht erfassen. Für die Beamtinnen und Beamten der Bundespolizei bilden unveränderliche äußerliche Merkmale aber regelmäßig einen Verdacht auslösendes Kriterium, das sie bei den Kontrollen als Auswahlkriterium heranziehen. So wird die Vorgehensweise der Bundespolizei in der Literatur auch als „Alltäglichkeit“²¹ oder „Klassiker“²² eingeordnet.

Diese Einschätzung wird durch den Vorsitzenden der Deutschen Polizeigewerkschaft (DPolG) bestätigt. Dieser kommentierte die Klarstellung des OVG Rheinland-Pfalz,²³ demzufolge Kontrollen nach der „Hautfarbe“ von Personen untersagt sind, unter anderem wie folgt: „Man sieht wieder einmal, die Gerichte machen schöngeistige Rechtspflege, aber richten sich

20 Siehe auch Seebode, Deutscher Bundestag, Sitzung des Innenausschusses am 15. Juni 1998, Öffentliche Anhörung von Sachverständigen zu dem Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesgrenzschutzgesetzes, Drucksache 13/10790, S. 111.

21 Tischbirek/Wieth, JZ 2013, S. 219.

22 Drohla, ZAR 2012, S. 411, S. 412.

23 OVG Rheinland-Pfalz, 29.10.2012, 7 A 10532/12, Pressemitteilung Nr. 30/2012, Ausweiskontrolle eines dunkelhäutigen Deutschen durch die Bundespolizei: Verfahren nach Entschuldigung beendet.

nicht an der Praxis aus.“²⁴ Dass es regelmäßig zu Diskriminierungen durch die Bundespolizei kommt, untermauern auch zahlreiche Erfahrungsberichte und Beschwerden von Einzelpersonen, die angeben, Ziel von diskriminierenden Personenkontrollen durch die Bundespolizei in Zügen, an Bahnhöfen und Flughäfen geworden zu sein. Zunehmend zeigen Medienberichte auf, dass selektive Personenkontrollen für die Bundespolizistinnen und Bundespolizisten wesentlicher Bestandteil ihrer Arbeit sind. Sie lassen keinen Zweifel, dass es sich um eine regelmäßige Praxis handelt.²⁵

IV. Keine Rechtfertigung

Die Diskriminierungen, die § 22 Abs. 1 a BPolG auslöst, führen zu einer grund- und menschenrechtlichen Eingriffsintensität der Regelung, die einer Rechtfertigung grundsätzlich nicht zugänglich ist. Selektive Personenkontrollen, die auf Kriterien wie der Hautfarbe oder anderen physischen Merkmalen eines Menschen basieren, sind grund- und menschenrechtlich absolut verboten. Es geht im Falle selektiver Personenkontrollen um den Kern des grund- und menschenrechtlich verbrieften Diskriminierungsschutzes, der im engen Zusammenhang zum Ausgangspunkt der Menschenrechte steht: dem Schutz der individuellen Menschenwürde²⁶.

Der selektiven Personenkontrolle liegt ein Pauschalverdacht zugrunde. Ein solcher Verdacht wiegt schwer, so dass es auch nicht darauf ankommt, ob sich die betroffene Person dieses Verdachts durch Vorlage von Ausweispapieren wieder schnell entledigen kann. Ohne dass sie durch ihr Ver-

24 Die Welt (30.10.2012); siehe außerdem Deutsches Institut für Menschenrechte, 29.10.2013, Pressemitteilung: Institut fordert Verankerung der Abschaffung rassistischer Personenkontrollen durch die Bundespolizei im Koalitionsvertrag.

25 Siehe zu alledem genauer mit zahlreichen Hinweisen, Cremer (Fußnote 1), S. 27 ff.; ebenso DAV Magazin, Racial Profiling, Polizeikontrollen wegen Hautfarbe abschaffen, 1.12.2013; Monitor, ARD, 20.2.2014, 21:45 Uhr; Westpol, WDR, 22.6.2014, 19:30 Uhr.

26 Vgl. ebenso Jarass/Pieroth 2011, Art. 3, Rn. 114; Human Rights Committee, Entscheidung vom 27.7.2009, UN-Dokument CCPR/C/96/D/1493/2006, Communication No. 493/2006 (Williams Lecraft gegen Spanien), Ziffer 7.2; Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (FRA), Für eine effektivere Polizeiarbeit, Diskriminierendes „Ethnic Profiling“ erkennen und vermeiden, Luxemburg 2010, S. 19.

halten einen Anlass gegeben hat, wird die betroffene Person in einen kriminellen Zusammenhang gestellt. Grund ist die Zuordnung zu einer Gruppe, die über nicht veränderliche äußerliche Merkmale wie Hautfarbe definiert wird. Mit dem Anknüpfen einer belastenden hoheitlichen Maßnahme an ein unveränderliches Merkmal wird der persönliche Achtungsanspruch Betroffener negiert. Daher ist ein solches Anknüpfen im Grundgesetz (Art. 3 Abs. 3) und in internationalen Menschenrechtsabkommen besonders verpönt.

Abgesehen davon, dass das Handeln von Polizisten in solchen Fällen auf Stereotypen basiert, hat ihr Handeln – als Staatsgewalt – eine Außenwirkung, die bestehende Stereotype in der Gesellschaft in besonderem Maße bekräftigen kann. Denn die Betroffenen werden öffentlich sichtbar in einen kriminellen Kontext gestellt.²⁷ Dies gilt umso mehr, als die Polizei in der Regel nur dann Personen kontrollieren darf, wenn ein konkreter Anlass besteht. In der Regel können Außenstehende also davon ausgehen, dass sich eine Person verdächtig gemacht hat, wenn sie kontrolliert wird.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG dürfen die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale „nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden. Das gilt auch dann, wenn eine Regelung nicht auf eine nach Artikel 3 Absatz 3 GG verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist, sondern in erster Linie andere Ziele verfolgt.“²⁸ Selektive Kontrollen, die auf rassistischen Kriterien wie der Hautfarbe oder anderen physischen Merkmalen wie die Gesichtszüge eines Menschen basieren, knüpfen an dem in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmal der „Rasse“ an. Sie sind demnach absolut verboten.

Auch der EGMR wertet rassistische Diskriminierung als besonders schwerwiegende und verletzende Form der Diskriminierung mit tiefgreifenden Gefahren für die Gesellschaft. Das Verbot rassistischer Diskriminierung ist demnach von herausragender Bedeutung; die Bekämpfung von Rassismus

27 Siehe ebenso Court of Quebec (Criminal Division), Urteil vom 27.1.2005, No. 500-01-004657-042-001 (The Queen v. Campbell, Alexer), Ziffer 30 f.; FRA (Fußnote 26), S. 19 f.

28 BVerfGE 85, 191 (2006).

ein wichtiges öffentliches Interesse.²⁹ Dementsprechend hat der EGMR wiederholt darauf hingewiesen, dass eine unmittelbare rassistische Differenzierung in einer modernen, demokratischen und pluralistischen Gesellschaft nicht sachlich gerechtfertigt werden kann.³⁰

Zum gleichen Ergebnis kommt der UN-Ausschuss für bürgerliche und politische Rechte. In seiner Entscheidung, in der es um die selektive Kontrolle der Aufenthaltsberechtigung einer Spanierin im Bahnhof der spanischen Stadt Valladolid ging, hat er ausgeführt, dass selektive Personenkontrollen, die sich an spezifischen körperlichen Merkmalen orientieren, nicht nur die Würde der Betroffenen beeinträchtigen, sondern auch zur Verbreitung rassistischer Einstellungen in der allgemeinen Öffentlichkeit beitragen und einer wirksamen Politik zur Bekämpfung von Rassismus zuwiderlaufen.³¹ Dementsprechend fordert der UN-Ausschuss gegen rassistische Diskriminierung, dass die Vertragsstaaten präventiv tätig werden und Maßnahmen ergreifen, um „Racial Profiling“ grundsätzlich zu verhindern.³²

Selektive Kontrollen sind nach alledem auch deswegen nicht zu rechtfertigen,³³ weil sie auch gesamtgesellschaftlich negative Folgen haben: für das friedliche Zusammenleben³⁴, für das Vertrauen in die Polizei³⁵ und für die Zugehörigkeit und Teilhabe betroffener Gruppen³⁶ in Deutschland. Eine auf Menschenrechten gründende Staats- und Gesellschaftsordnung wird untergraben, wenn Staatsorgane den auf der Menschenwürde beru-

29 EGMR (Fußnote 14), Ziffer 204, m. w. N.

30 EGMR (Fußnote 14), Ziffer 176; EGMR, Urteil vom 05.06.2008, Antragsnummer 32526/05 (Sampanis gegen Griechenland), Ziffer 69.

31 Human Rights Committee (Fußnote 26), Ziffer 7.2.

32 CERD, General Comment (Recommendation) No 31 on the prevention of racial discrimination in the administration and functioning of the criminal justice system, 2005, Ziffer 20; siehe außerdem CERD, General Comment (Recommendation) No. 30, Discrimination Against Non Citizens, 2004, Ziffer 7 und 9 f.

33 Siehe ebenso Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI), Allgemeine Empfehlung Nr. 11 vom 29.06.2007, Bekämpfung von Rassismus und rassistischer Diskriminierung in der Polizeiarbeit.

34 FRA (Fußnote 26), S. 19.

35 United States Department of Justice, Racial Profiling Fact Sheet, TDD (202) 514-1888, 17.6.2003, S. 1;

FRA (Fußnote 26), S. 19 f.

36 Court of Quebec (Fußnote 27), Ziffer 30 f.; FRA (Fußnote 26), S. 19 f.

henden persönlichen Achtungsanspruch von Menschen missachten und sie aufgrund unveränderlicher Merkmale pauschal verdächtigen.

V. Fazit

Das Verbot rassistischer Diskriminierung bietet ein weitgehend noch ungenutztes Handlungsfeld für die Rechtspraxis.³⁷ Es kann grundsätzlich für alle Lebensbereiche und Rechtsgebiete von Relevanz sein. Der Beitrag hat am Beispiel von § 22 Abs. 1 a BPolG aufgezeigt, dass auch scheinbar neutrale Gesetzesbestimmungen gegen Art. 3 Abs. 3 GG verstoßen können. § 22 Abs. 1 a BPolG ist darauf angelegt, dass die Beamtinnen und Beamten der Bundespolizei unveränderliche äußerliche Merkmale bei der Auswahl von Personen heranziehen und demzufolge regelmäßig diskriminierende Personenkontrollen vornehmen.

Im Falle einer rassistischen Personenkontrolle auf der Grundlage von § 22 Abs. 1 a BPolG empfiehlt es sich für die anwaltliche Praxis, eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG anzustreben. Hier wäre darzustellen, dass § 22 Abs. 1 a BPolG gegen Art. 3 Abs. 3 GG verstößt. Außerdem wird für diesen Fall empfohlen, in den anwaltlichen Schriftsätzen auch eine Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und des verfassungsrechtlichen Gebots der Normenklarheit und -bestimmtheit durch § 22 Abs. 1 a BPolG darzulegen.³⁸

Sofern das jeweilige Gericht keine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht vornehmen wird, bleibt für den Einzelfall das Klagebegehren, eine Verletzung von Art. 3 Abs. 3 GG durch das Gericht feststellen zu lassen. Hier wäre darzulegen, dass § 22 Abs. 1 a BPolG unter Verletzung von Art. 3

37 Ein spezifisches Fortbildungs- und Informationsangebot für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte zu Menschenrechten und Diskriminierungsschutz wurde im Rahmen des Projekts „Anwaltschaft für Menschenrechte und Vielfalt“ am Deutschen Institut für Menschenrechte entwickelt:
<http://www.institut-fuer-menschenrechte.de>.

38 Siehe dazu genauer *Cremer* (Fußnote 1), S. 16 ff.

Abs. 3 GG ermessensfehlerhaft angewendet worden ist. Die Erläuterungen zu § 22 Abs. 1 a BPolG in diesem Beitrag sind beispielhaft zu verstehen, da es weitere Gesetzesbestimmungen auf Bundes- und Landesebene gibt, die vergleichbar weitreichende polizeiliche Ermächtigungen zu anlasslosen Personenkontrollen beinhalten. Die Praxis des „Racial Profiling“ ist in der Polizeiarbeit in Deutschland weit verbreitet. Sie aufzubrechen, muss ein Kernanliegen des freiheitlichen und auf Menschenrechten basierenden Rechtsstaates sein. Dazu können Anwältinnen und Anwälte einen wichtigen Beitrag leisten.

Reform des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – eine Dauerbaustelle

Handlungsfähigkeit des Gerichts sichern – auch eine Aufgabe für die Anwaltschaft*

Dr. Petra Follmar-Otto

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) steht unter Druck: Einerseits ist er durch eine immense Zahl von Beschwerden extrem überlastet. Andererseits nutzen einige Vertragsstaaten die Reformdiskussion zu mehr oder weniger unverhohlenen Angriffen auf die Befugnisse des Gerichtshofs. Der Beitrag fasst die Diskussion zusammen, stellt aktuelle verfahrensrechtliche Änderungen für Beschwerden vor dem EGMR vor, erläutert ihre Auswirkungen auf die anwaltliche Praxis und spricht Empfehlungen aus, wie die Anwaltschaft zur Stärkung des Gerichtshofs beitragen kann.

I. Reformdiskussionen im Europarat

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) mit seinem Individualbeschwerdeverfahren stellt das Kernstück des regionalen Menschenrechtsschutzes in Europa dar. Seit 1998 ist der EGMR als ständiger Gerichtshof eingesetzt; er ist für Individualbeschwerden aus mittlerweile 47 Vertragsstaaten zuständig. Ebenso wie sich die Rechtsprechung des Gerichtshofes beständig weiterentwickelt und ausdifferenziert, befindet sich das System der Konvention in einem Entwicklungsprozess, der oft kurz als „Reform des Gerichtshofs“ bezeichnet wird.

Während das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) sich bis Mitte der 1970er Jahre in einer Art Dornröschenschlaf befand, kam es seit den 1990er Jahren, auch als Folge des

* Aktualisierte Version des unter demselben Titel veröffentlichten Aufsatzes in Anwaltsblatt 4/2014, 307.

Beitritts mittel- und osteuropäischer Staaten, zu einem dramatischen Anstieg der Zahl von Individualbeschwerden.¹ Dies führte zu einem immensen Rückstau anhängiger Fälle beim Gerichtshof, der seinen Höchststand im August 2011 mit rund 160.000 Fällen erreichte.²

Das 2010 in Kraft getretene Protokoll Nr. 14 brachte mit der Einführung von Einzelrichterentscheidungen über offensichtlich unzulässige Beschwerden, der Ausweitung der Entscheidungsbefugnisse des Richterausschusses und der Aufnahme des Zulässigkeitskriteriums des „erheblichen Nachteils“ in Art. 35 Abs. 3 b) EMRK wesentliche verfahrensrechtliche Neuerungen. Diese Neuerungen sowie eine veränderte Gerichtspraxis, etwa durch Pilotverfahren bei strukturellen Konventionsverletzungen und eine Priorisierung von Verfahren, haben laut dem Gerichtshof zu einer Trendwende bei den Verfahrenszahlen geführt³: So habe sich der Rückstau anhängiger Verfahren Ende 2013 auf unter 100.000 Fälle reduziert.⁴

Bereits vor Inkrafttreten des Protokolls Nr. 14 ging die Reformdiskussion jedoch mit dem Bericht der Gruppe der Weisen 2006⁵ weiter. Eine Serie von Spitzenkonferenzen der Vertragsstaaten, beginnend mit der Interlaken-Konferenz 2010, gefolgt von Izmir 2011 und Brighton 2012, schloss sich an.⁶ In mittlerweile sieben intergouvernementalen Unterarbeitsgruppen des Lenkungsausschusses Menschenrechte im Europarat werden unterschiedliche Aspekte der Reform diskutiert und Vorschläge entwickelt.

Insbesondere bei den Spitzenkonferenzen trat bei einigen Staaten, darunter dem Vereinigten Königreich und Russland, mehr oder weniger unverhohlen die Absicht zutage, unter dem Deckmantel des Abbaus der Überlast

1 Peukert in Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar, 3. Auflage 2009, Art. 34 Rz. 3.

2 European Court of Human Rights, Analysis of statistics 2010, January 2011.

3 European Court of Human Rights, Preliminary opinion of the Court in preparation for the Brighton Conference, 20.02.2012, Ziff. 7 ff., URL: http://www.coe.int/t/dgi/brighton-conference/documents/Court-Preliminary-opinion_en.pdf (aufgerufen am 28.5.2014).

4 European Court of Human Rights, Analysis of statistics 2013, January 2014.

5 Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, CoE-Dok. CM(2006)203, 15. November 2006.

6 Abschlusserklärungen der Interministeriellen Konferenzen und weitere Dokumente <http://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=court/reform&c=> (aufgerufen am 28.5.2014).

und mit den Begriffen „Subsidiarität des Gerichtshofs“ und „Beurteilungsspielraum der Staaten“ die Befugnisse des Gerichtshofs zu beschränken, die sie als übermäßigen Eingriff in nationale Entscheidungen bewerten. Insbesondere in Großbritannien ist der EGMR seit Mitte des letzten Jahrzehnts, ausgelöst durch Urteile zum Wahlrechtsausschluss für Strafgefangene,⁷ Gegenstand einer heftigen öffentlichen, medial befeuerten und politisch aufgegriffenen Diskussion.⁸ Angesichts dieser Lage ist es bemerkenswert, dass – nicht zuletzt durch den Einsatz Deutschlands – das Recht auf eine Individualbeschwerde und die Kompetenzen des Gerichtshofs verteidigt werden konnten. Dennoch ist die Reformdiskussion damit noch lange nicht am Ende.

II. Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK

Parallel zu diesen heftigen Diskussionen im Rahmen des Europarats wurde der durch den Vertrag von Lissabon in Art. 6 Abs. 2 EU-Vertrag verpflichtend vorgegebene Beitritt der Europäischen Union (EU) zur EMRK zwischen Vertretern der EU und der Mitgliedsstaaten des Europarates verhandelt. Dieser Beitritt stellt einen weiteren Schritt der Verschränkung des Grundrechtsschutzes im europäischen Mehrebenensystem dar und stärkt die individuellen Rechte. Denn mit dem Beitritt können Einzelpersonen, Gruppen und Verbände die Handlungen, Maßnahmen und Unterlassungen der Organe der Europäischen Union der externen Kontrolle durch den Europäischen Menschenrechtsgerichtshof unterwerfen. Die Europäische Kommission hat das Gesamtpaket zum Beitrittsübereinkommen⁹ im Sommer 2013 dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) mit der Gutachtensfrage vorgelegt, ob der Entwurf des Vertrags über den Beitritt

7 EGMR (GK), Hirst gegen das Vereinigte Königreich, Nr. 74025/01, Rep. 2005 IX, 187.

8 Anschaulich zur britischen Debatte und ihrem Hintergrund im britischen Parlamentarismus: Baade, Björnstjern: „Eine Charta für Kriminelle“, Zur demokratietheoretischen Kritik am EGMR und dem aktiven Wahlrecht von Strafgefangenen, in: Archiv des Völkerrechts, Bd. 51 (2013), 339–368.

9 Finaler Entwurf der Beitrittsvereinbarung und weitere Dokumente: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1%282013%29008rev2_EN.pdf (aufgerufen am 28.5.2014).

der Europäischen Union zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten mit den EU-Verträgen vereinbar ist.¹⁰

III. Wichtige Neuerungen im Verfahren vor dem EGMR

1. Deutsches Recht: Kostenhilfe für Drittbetroffene in EGMR-Verfahren eingeführt

Im April 2013 ist das EGMR-Kostenhilfegesetz in Kraft getreten, das die Kostenhilfe für Drittbetroffene bei Verfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland einführt.¹¹ Die Verfahrensordnung des EGMR sieht Prozesskostenhilfe nur für Beschwerdeführer vor.¹² Dies führt dazu, dass gerade in Fällen von Grundrechtskollisionen mehrerer Grundrechtsträger die Drittbeteiligten strukturell benachteiligt sind, wenn sie wirtschaftlich nicht in der Lage sind, ihre nach Art. 36 Abs. 2 EMRK bestehenden Beteiligungsrechte vor dem EGMR tatsächlich wahrzunehmen. Der EGMR ist hier herausgefordert, in Fällen mehrpoliger Grundrechtsverhältnisse die Belange aller Beteiligten im Verfahren adäquat zu berücksichtigen.¹³

Das Bewilligungsverfahren richtet sich nach den Regeln des deutschen Prozesskostenhilferechts, wobei der Antrag auf Kostenhilfe vom Bundesamt für Justiz entschieden wird. Die Höhe der Erstattungsbeträge ist an die Prozesskostenhilfe für Beschwerdeführer nach der Verfahrensordnung des EGMR angelehnt und damit gering. Auch der Gesetzgeber geht davon aus, dass die entsprechenden Erstattungsbeträge nicht kostendeckend sind und hat daher den Begriff der „Kostenhilfe“ gewählt.¹⁴

10 EuGH, Gutachten 2/13.

11 Behrens, Hans-Jörg/Hilker, Judith in EuGRZ 2013, S. 247.

12 Vgl. Art. 100 ff VerfO-EGMR.

13 Vgl. zur Problematik mehrpoliger Rechtsverhältnisse vor dem EGMR auch BVerfGE 111, 307 (325) [Görgülü-Beschluss], sowie Witting-Vogel, Almut: Die Beteiligung Dritter in Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: Leutheusser-Schnarrenberger, Sabine (Hrsg.): Vom Recht auf Menschenwürde, 60 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention, 2013, S.241 (250 ff).

14 Gesetzesbegründung, BT-Drs 17/11211, S. 7.

2. Pflicht zur Vorlage vollständiger Beschwerde in der Sechsmonatsfrist seit 1.1.2014

Anfang 2014 ist eine für die Praxis bedeutsame Straffung des Antragsverfahrens in Kraft getreten, die durch eine Änderung der Verfahrensordnung durch den Gerichtshof selbst eingeführt wurde: Während bislang zur Wahrung der sechsmonatigen Beschwerdefrist aus Art. 35 Abs. 1 EMRK lediglich eine summarische Beschwerde eingelegt werden musste und Dokumente aus dem innerstaatlichen Verfahren später nachgereicht werden konnten, muss nunmehr innerhalb von sechs Monaten nach der endgültigen innerstaatlichen Entscheidung dem EGMR eine entsprechend Art. 47 Verfo-EGMR vollständige Beschwerde mit allen relevanten Dokumenten vorgelegt werden. Unvollständige Beschwerden werden vom Gerichtshof ohne Prüfung zurückgewiesen. Ein neues, an die verschärften Voraussetzungen angepasstes Beschwerdeformular sowie Hinweise dazu stehen auf der Website des Gerichtshofs zur Verfügung.¹⁵

3. Protokoll 15¹⁶: Verankerung der Subsidiarität und Verschärfung der Verfahrensregeln

Ein Ergebnis des erheblichen Drucks einiger Mitgliedstaaten, welche die Kontrolldichte durch den Gerichtshof zurückdrängen wollen, ist die explizite Aufnahme der Grundsätze der Subsidiarität des Gerichtshofs sowie der vom Gerichtshof entwickelten Doktrin des Beurteilungsspielraums der Vertragsstaaten bei der Gewährleistung der Konventionsrechte in die Präambel der Konvention durch Protokoll Nr. 15. Hiermit wurde eine Lösung gefunden, welche die Befugnisse des Gerichtshofs und das Recht auf Individualbeschwerde nicht einschränkt.

Von den Änderungen im Text der Konvention ist besonders die Verkürzung der Beschwerdefrist in Art. 35 Abs. 1 EMRK auf vier Monate her-

¹⁵ http://www.echr.coe.int/Documents/Application_Form_2014_1_ENG.pdf (aufgerufen am 28.5.2014).

¹⁶ Protocol No. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS Nr. 213.

vorzuheben. Ferner wird die Altersgrenze für Richterinnen und Richter am Gerichtshof angehoben und es entfällt das Widerspruchsrecht der Parteien gegen die Entscheidung der Kammer, eine Sache an die Große Kammer abzugeben (Art. 30 EMRK). Diese drei Änderungen gehen auf einen Vorschlag des Gerichtshofs selbst im Vorfeld der Brighton-Konferenz zurück.¹⁷

Protokoll 15 ist ein Änderungsprotokoll, das erst nach Ratifikation durch alle 47 Vertragsstaaten der Konvention in Kraft treten wird. Bislang ist es von 31 Staaten gezeichnet und von acht Staaten ratifiziert worden,¹⁸ es besteht aber die Erwartung, dass die vollständige Ratifikation bis Ende 2014 erreicht wird.

4. Protokoll Nr. 16: Vorab-Gutachtenverfahren

Im Oktober 2013 wurde auch das 16. Zusatzprotokoll zur Konvention zur Zeichnung aufgelegt, das den Vertragsstaaten die Möglichkeit eröffnet, für ihre höchsten Gerichte ein Vorab-Gutachten-Verfahren vor dem EGMR zu nutzen.¹⁹ Die höchsten Gerichte können dann in einem anhängigen Verfahren eine gutachterliche Stellungnahme zu Grundsatzfragen der Auslegung der Konvention und ihrer Protokolle an den Gerichtshof richten. Das vorliegende Gericht ist an die Feststellungen des Gutachtens – anders als etwa beim Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH – nicht gebunden. Der Vertragsstaat riskiert aber bei einer Nichtberücksichtigung des Gutachtens, in einem möglichen anschließenden Individualbeschwerdeverfahren vor dem EGMR verurteilt zu werden.

Da es sich um ein Zusatzprotokoll zur Konvention handelt, wird das neue Verfahren nur für diejenigen Staaten zur Anwendung kommen, die das Protokoll ratifizieren; das Protokoll tritt nach zehn Ratifikationen in Kraft.²⁰

17 European Court of Human Rights (Fußnote 3), Ziff. 25 ff.

18 Stand 27.6.2014.

19 Protocol No. 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS Nr. 214.

20 Bislang wurde es von nur 13 Staaten gezeichnet, Deutschland ist nicht darunter. (Stand 27.6.2014).

IV. Nach der Reform ist vor der Reform: Die langfristige Zukunft des Konventionssystems

Bis Ende Januar 2014 lief im Rahmen des Europarates ein öffentliches Konsultationsverfahren zur langfristigen Zukunft des Systems der EMRK und des EGMR.²¹ Neben nationalen Menschenrechtsinstitutionen und Nichtregierungsorganisationen hat auch die Bundesrechtsanwaltskammer die Gelegenheit zur Stellungnahme genutzt,²² während der Deutsche Anwaltverein mit einem Vertreter (Rechtsanwalt Stefan von Raumer) in einem Standing Committee im Rat der Europäischen Anwaltschaften (CCBE) die Reform begleitet.

Der Verfahrensrückstau beim EGMR führte bislang zu einem Fokus auf die Erhöhung der Bearbeitungskapazität des Gerichtshofs und auf die Verschärfung der Zulässigkeitskriterien von Beschwerden bis hin zum Vorschlag, das Recht auf Individualbeschwerde abzuschaffen. Dennoch muss es in den nächsten Jahren vor allem um die Verbesserung der Umsetzung der EMRK und der EGMR-Urteile auf nationaler Ebene gehen. Um mit den Worten des Gerichtshofs zu sprechen: „Das Überleben des Konventionssystems hängt von der Verbesserung der Implementierung auf der nationalen Ebene ab.“²³

Die Ursachen der Beschwerdelast sind – neben der schlichten Ausweitung des räumlichen Anwendungsbereichs auf 47 Konventionsstaaten mit zum Teil äußerst schwieriger Menschenrechtssituation – vor allem Mängel in den Vertragsstaaten: Durch die strukturelle Verletzung von Menschenrechten (zum Beispiel die konventionswidrigen Haftbedingungen in einigen Staaten) und die mangelnde Gewährung effektiven nationalen Rechtsschutzes gegen eine Verletzung der Konventionsrechte aufgrund dysfunktionaler Rechtsschutzsysteme, die zugleich eine Verletzung des Rechts auf Beschwerde aus Art. 13 der Konvention darstellen.

21 Überblick über die Eingaben: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/GT-GDR-F/Online%20table_all%20contributions.asp (aufgerufen am 28.5.2014).

22 Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme 1/2014, Januar 2014.

23 European Court of Human Rights (Fußnote 3), Ziff. 26 (Übersetzung der Verf.).

Daneben tritt ein Versagen von Staaten bei der Befolgung von Urteilen (Art. 46 EMRK). Ob der verurteilte Staat die jeweiligen individuellen und generellen Maßnahmen durchführt, zu denen ein Urteil des Gerichtshofs ihn verpflichtet, überwacht das Ministerkomitee durch seine Abteilung für die Durchsetzung von Urteilen (*department for the execution of judgements*).²⁴ Vor dem Gerichtshof ist eine erhebliche Zahl von *repetitive cases* (Wiederholungsfällen) anhängig. Vielfach sind dies Fälle, in denen es trotz erfolgreicher Verurteilung strukturelle Missstände an der Urteilsumsetzung auf genereller Ebene – etwa durch Gesetzesänderung – gibt. So schuf beispielsweise auch Deutschland erst nach einer Serie von Wiederholungsfällen, in denen der Gerichtshof die Verletzung von Art. 6 EMRK aufgrund überlanger Verfahrensdauer festgestellt hatte, mit dem 2011 erlassenen Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren²⁵ Abhilfe.

V. Fazit: Aufgaben für die Anwaltschaft

Zur Stärkung des Systems der EMRK und des Gerichtshofs kann die Anwaltschaft einen wichtigen Beitrag leisten, und zwar sowohl in der Vertretung von Einzelfällen als auch durch die Tätigkeiten ihrer Organisationen und Kammern.

So können Anwältinnen und Anwälte in Einzelfällen

- in Verfahren vor deutschen Gerichten die Konventionsrechte im Lichte der Rechtsprechung des EGMR explizit heranziehen, um für eine konventionskonforme Auslegung des nationalen Rechts bereits durch die deutschen Gerichte zu sorgen.

²⁴ http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/default_EN.asp? (aufgerufen am 28.5.2014).
²⁵ BGBl. I, 2302 v. 2.12.2011.

- den Weg vor den EGMR in Fällen prüfen, in denen nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs mutmaßlichen Konventionsverletzungen nicht abgeholfen wurde. Dabei sind die verschärften Voraussetzungen für die Einlegung einer fristgerechten Beschwerde (oben III.2) zu berücksichtigen.
- für die zügige Umsetzung stattgebender Urteile des Gerichtshofs gegen Deutschland auf individueller und genereller Ebene auch das Verfahren der Überwachung der Umsetzung von Urteilen des Gerichtshofs (oben IV.) nutzen.

Die Anwaltschaft insgesamt kann darüber hinaus durch ihre Organisationen und Kammern

- für die Wahrung des Individualbeschwerderecht eintreten und die Bundesregierung darin bestärken, ihre wichtige Rolle als „Freund des Gerichts“ weiter fortzusetzen und keine weiteren Zugeständnisse bei der Verschärfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen zu machen,
- zur Verbesserung der Information und Fortbildung der Anwaltschaft über die Konvention und die Spruchpraxis des Gerichtshofs beitragen
- und in der transnationalen Kooperation mit Anwaltsverbänden in anderen Staaten für die Stärkung der EMRK innerstaatlich und die Aufrechterhaltung des Individualbeschwerdeverfahrens beim EGMR werben.

Autorinnen und Autoren

Dr. iur. Valentin Aichele, LL.M. (Adelaide) ist Leiter der Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention. Er hat im Völkerrecht über das Thema Nationale Menschenrechtsinstitutionen promoviert. Seine Arbeitsschwerpunkte sind die UN-Behindertenrechtskonvention, wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte und Nationale Menschenrechtsinstitutionen.

Dr. iur. Nina Althoff leitet das Projekt „Anwaltschaft für Menschenrechte und Vielfalt“ am Deutschen Institut für Menschenrechte. Die Volljuristin mit Promotion zur Bekämpfung von Diskriminierungen in der EU war zuvor Projektkoordinatorin „Diskriminierungsschutz: Handlungskompetenz für Verbände“. Ihre Arbeitsschwerpunkte sind Diskriminierungsschutz, Zugang zu Recht, Internationale Menschenrechtsschutzsysteme und -verfahren.

Dr. iur. Hendrik Cremer ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Deutschen Institut für Menschenrechte. Er ist in der Abteilung Menschenrechtspolitik Inland/Europa mit den Themen Asyl und Migration, Rassismus und Kinderrechte beschäftigt. Er studierte Rechtswissenschaften in Marburg und Hamburg. Anschließend war er als Rechtsanwalt mit den Schwerpunkten Aufenthalts- und Sozialrecht tätig.

Dr. iur. Petra Follmar-Otto ist Leiterin der Abteilung Menschenrechtspolitik Inland/Europa am Deutschen Institut für Menschenrechte. Sie studierte Rechtswissenschaften in Saarbrücken und Hamburg. Seit 2003 ist sie Mitarbeiterin am Institut mit den Themen Folterprävention, Diskriminierungsschutz, Rechte von Migrantinnen und Migranten, moderne Formen der Sklaverei.

Dr. iur. Claudia Mahler ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Deutschen Institut für Menschenrechte. Zu ihren Themenschwerpunkten zählen die Justiziabilität der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte und die Menschenrechte Älterer. Sie studierte Rechtswissenschaften in Innsbruck und spezialisierte sich auf Völkerrecht und Europäisches Recht.

Prof. Dr. iur. Beate Rudolf ist Direktorin des Deutschen Instituts für Menschenrechte. Zuvor lehrte sie sechs Jahre als Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Gleichstellungsrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin. Ihre Forschungsschwerpunkte sind Grund- und Menschenrechte sowie Staatsstrukturprinzipien nach Völkerrecht, Europarecht und deutschem Verfassungsrecht sowie in rechtsvergleicher Perspektive.

Stefan von Raumer ist Rechtsanwalt in Berlin mit einem Spezialgebiet im Recht der Europäischen Menschenrechtskonvention. Er studierte Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg i.Br. mit Schwerpunkt internationales Recht und ist Mitglied im DAV-Menschenrechtsausschuss, im DAV-Verfassungsrechtsausschuss sowie im Human Rights Committee des Rates der Europäischen Anwaltschaften (CCBE).



In der **Schriftenreihe Anwaltsblatt** sind bisher erschienen:

Band 1

Anwälte und Ihre Geschichte

Eine Ausstellung von Dokumenten aus dem 18. bis 20. Jahrhundert
ausgewählt von

Universitätsprofessor Dr. Hinrich Rüping
Hannover

Band 2

Die Aufgaben der Rechtsanwaltskammern

Rechtsstellung der Rechtsanwaltskammern und der
Bundesrechtsanwaltskammer in der Verfassungs- und
Verwaltungsrechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland

Prof. Dr. Dirk Ehlers

Wetsfälische Wilhelms-Universität Münster und
Marc Lechleitner

Ministerium des Inneren des Landes Brandenburg



Band 3

Das Berufsbild des (Anwalts-)Notars in Gegenwart und Zukunft

Dokumentation des DAV-Forums Anwaltsnotariat
am 6./7. März 2009 in Berlin

Internationale und europäische Menschenrechte werden für die deutsche Rechtsordnung immer bedeutender. Sie sind in allen Rechts- und Fachgebieten zu berücksichtigen. Einfaches Recht wie Grundrechte sind im Lichte der Menschenrechte auszulegen. Sie können eingeklagt werden vor deutschen Gerichten ebenso wie im Rahmen von internationalen Beschwerdeverfahren zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte oder zu den UN-Fachausschüssen. Dieses Buch versammelt zwölf aktualisierte Aufsätze, die ursprünglich im Anwaltsblatt erschienen sind. Die Beiträge zeigen, wie die Menschenrechte in der Anwaltspraxis fruchtbar gemacht werden können und welches Potenzial die Europäische Menschenrechtskonvention und die verschiedenen UN-Menschenrechtsverträge dafür bieten. Ziel ist es, die Menschenrechte stärker in den Fokus der anwaltlichen Praxis zu rücken.

Informationen zur Arbeit des
Deutschen Instituts für Menschenrechte unter
www.institut-fuer-menschenrechte.de