

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	124 (2005)
Artikel:	Grundrechtsschutz in Europa : globale Perspektive
Autor:	Thürer, Daniel
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-895761

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 25.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Grundrechtsschutz in Europa – Globale Perspektive

DANIEL THÜRER*

«No one should be so bold or presumptuous as to declare finished the process of articulating the contours of rights. The aspirational quality inherent in the concept of human rights would suggest that this process can never be complete.»

LOUISE ARBOUR, UN High Commissioner for Human Rights¹

«Les nations doivent se servir de guide les unes aux autres.»

Madame DE STAËL²

Das mir aufgegebene Thema ist unermesslich weit: Ich soll den Grundrechtsschutz in Europa in eine globale Perspektive setzen. Auf den ersten Blick läge es nahe, Entscheide von europäischen und internationalen Rechtsprechungsorganen zu analysieren. Allein die Entscheidfülle, vor allem auf europäischer Ebene, macht eine Auswahl wenn nicht unmöglich, so doch sehr schwierig. Ich habe mich, Konzept und Orientierung suchend, von einem Slogan leiten lassen, den revoltierende Studenten 1968 in den Strassen von Paris erklingen liessen: «Sous les cailloux, la plage.»³ Durch die Oberfläche hindurch will ich nach den Strukturen forschen, die diese tragen. Die Frage beschäftigt mich, ob Normenbilder, die nach aussen flächendeckend gleichförmig erscheinen, in ihrer Essenz wirklich auch gleichartig sind und wirken. Im Folgenden soll daher nicht *das* relevante Recht in seinen Einzelheiten dargestellt oder *die* kaum überblickbare Akkumulation von Spruchpraxis als solche erschlossen werden, sondern *über* das Recht der Menschenrechte nachgedacht werden: seine Funktionsweisen, Strukturen, dynamischen Entwicklungen.

* Prof. Dr. iur., LL. M. (Cambridge), Dr. rer. publ. h. c., Lehrstuhl für Völkerrecht, Europarecht, öffentliches Recht und vergleichendes Verfassungsrecht an der Universität Zürich und Leiter des Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht an der Universität Zürich.
– Ich danke Rechtsanwalt lic. iur. Thomas Burri für seine wertvolle Mitarbeit.

1 Remarks delivered at the opening of the 61st session of the Commission on Human Rights, 14 March 2005.

2 Aus: «De l'Allemagne», zit. bei UDO SCHÖNING, Einleitung, in: Udo Schöning und Frank Seemann (Hrsg.), Madame de Staël und die Internationalität der europäischen Romantik, Göttingen 2003, S. 21.

3 Vgl. PROSPER WEIL, Toujours le même et toujours recommandé: les thèmes contrastés du changement et de la permanence du droit international, in: ders., Écrits de droit international, Paris 2000, S. 14.

gen und seine Kontextabhängigkeiten.⁴ Drei Themenfelder werden primär aufgegriffen: die nach dem Zweiten Weltkrieg errichtete neue Plattform des internationalen Menschenrechtsschutzes, vor allem die Allgemeine Menschenrechtserklärung; die aus diesen Anfängen hervorgegangenen Menschenrechtssysteme der UNO und Europas, die trotz gleicher Wurzeln eine verschiedene Gestalt angenommen haben; und schliesslich suche ich nach Wegen, über die Erfahrungen vom einen Bereich in den anderen übertragen werden könnten.

I. Die Allgemeine Menschenrechtserklärung als Ausgangspunkt

Die Genese der modernen Menschenrechtssysteme liegt in den Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg. Die Alliierten erarbeiteten 1946, noch unter dem «Schock»⁵ der Grausamkeiten des Krieges stehend, die Nürnberger Prinzipien, in denen sich in Form von völkerrechtlichen Strafnormen negativ ein Kern des internationalen Gerechtigkeitsgedankens herauskristallisierte, darunter auch Verbrechen gegen die Menschheit.⁶ Am 9. Dezember 1948 verabschiedete die Generalversammlung der UNO das Genozidabkommen und einen Tag später auch als Ausdruck des «Gewissens der Menschheit»⁷, die Allgemeine Menschenrechtserklärung. «Shortly after the Declaration's adoption», so kommentierte MARY ANN GLENDON im Hinblick auf den sich damals ankündigenden Kalten Krieg, «the window of opportunity closed, to remain shut for forty years.»⁸ Obwohl als Glücksfall der Geschichte entstanden, erwies sich die Menschenrechtserklärung in der Folge als ein Dokument von überdauernder, überragender moralischer, politischer und rechtlicher Bedeu-

4 Vgl. zum Ganzen auch DAVID KENNEDY, *The Dark Sides of Virtue – Reassessing International Humanitarianism*, Princeton 2004.

5 Vgl. die 1998 ausdrücklich ins Römer Statut zur Schaffung eines Internationalen Strafgerichtshofs aufgenommene Wendung «Mindful that during this century millions of children, women and men have been victims of unimaginable atrocities that deeply shock the conscience of humanity».

6 Zu Recht betonte HANNAH ARENDT, dass «crimes against humanity» bzw. «crimes contre l'humanité» auf Deutsch richtigerweise mit «Verbrechen gegen die Menschheit» und nicht mit «Verbrechen gegen die Menschlichkeit» übersetzt werden sollte. Dies aus der Überlegung, dass die Essenz dieser Taten nicht im Modus ihrer Begehung liege, sondern darin, dass sie in letzter Konsequenz gegen die Existenz der Menschheit als solcher und gegen die Grundwerte der menschlichen Zivilisation gerichtet seien.

7 Vgl. die Präambel der Allgemeinen Menschenrechtserklärung.

8 MARY ANN GLENDON, *A World Made New – Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, New York 2001, S. XIX.

tung. Sie proklamierte positive Basisprinzipien der Gerechtigkeit, auf denen die internationale Ordnung inskünftig beruhen sollte.⁹

Dass ich die UNO-Erklärung der Menschenrechte zum Ausgangspunkt meiner Überlegungen nehme, mag vielleicht banal erscheinen. Denn gewiss: Bestrebungen, nach unverbrüchlichen Prinzipien zu suchen, auf die das menschliche Zusammenleben gründen soll, sind uralt, so alt wohl wie die menschliche Zivilisation. So soll, wie etwa THOMAS MANN in seiner Erzählung «Das Gesetz» anschaulich schilderte, schon Mose auf dem Berg Sinai in Form der zehn Gebote von Gott das «Ewig-Kurzgefasste, das Bündig-Bindende» diktieren worden sein: das «A und O des Menschenbenehmens», das Mose, in zwei Tafeln gemeisselt, zum Volk Israel herniedertrug, und zwar in Sigeln, mit denen man notfalls alle Sprachen der Völker schreiben kann.^{10/11} Auch haben die Gedanken der politischen Freiheit und der Toleranz, die der modernen Menschenrechtsentwicklung vorausgingen und ihr zugrunde liegen, eine lange Tradition und tiefe Wurzeln in den westlichen und nicht-westlichen Kulturen, genauso wie die gegenteiligen Philosophien der totalen Macht von Kollektiven über die einzelnen Menschen, was AMARTYA SEN in der Harvard International Review eindrücklich darlegte.^{12/13}

Wenn ich der Allgemeinen Menschenrechtserklärung trotz den vielgestaltigen Vorläufern ihrer Inhalte eine fundamentale Bedeutung beimesse, so geschieht dies zunächst deswegen, weil sie die Vision einer internationalen Ordnung reflektiert, die durch gemeinsame, universelle Werte inspiriert ist

9 Zum Ganzen: GUDMUNDUR ALFREDSSON/ASBJØRN EIDE (Hrsg.), *The Universal Declaration of Human Rights – A Common Standard of Achievement*, The Hague/Boston/London 1999; EIBE RIEDEL, *Die Universalität der Menschenrechte – Philosophische Grundlagen, Nationale Gewährleistungen, Internationale Garantien*, hrsg. von Christian Koenig und Ralph Alexander Lorz, Berlin 2002.

10 THOMAS MANN, *Das Gesetz*, in: DERS., *Die Erzählungen*, Frankfurt am Main 2005, S. 838, 872 ff.

11 Näher würde wohl ein Hinweis auf die verschiedenen Naturrechtsbewegungen liegen mit den von ihnen verkündeten geschichtslosen abstrakten Gesetzen der menschlichen Vernunft. Auch die Figur der internationalen Gemeinschaft als konstitutiver Einheit des Menschengeschlechts hat eine lange Geschichte; bereits im ausgehenden XV. Jahrhundert sprach etwa der spanische Scholastiker VITORIA vom «*Totus orbis, qui aliquo modo est una res publica*».

12 AMARTYA SEN, *Universal Truths: Human Rights and the Westernizing Illusion*, in: *Harvard International Review*, Vol. 20, No. 3 (Summer 1998), S. 40–43. Zum Ganzen vgl. H. PATRICK GLENN, *Legal Traditions of the World*, 2nd ed., Oxford 2004.

13 Die *Struktur der Menschenrechte*, als allen Menschen gleicherweise zustehende Ansprüche verstanden, hatte sich bereits im Zeitalter der Aufklärung in Philosophie und in Verfassungswerken Amerikas und Frankreichs herausgebildet, wobei ein Universalisierungsanspruch geltend gemacht wurde. Thomas Paine forderte «*Rights of Man*» als Rechte einer universellen Zivilisation und führte zu den Verfassungsentwicklungen in Amerika aus: «*She made a stand, not for herself only, but for the world and looked beyond the advantages which she would receive.*» Vgl. THOMAS PAINE, *Rights of Man – Part II* (1792), in: Bruce Kuklick (Hrsg.), *Paine – Political writings*, Cambridge 1997, S. 162.

und gemeinsame Ziele verfolgt; die verbindende Idee ist der Glaube an eine «shared humanity». Sodann scheint mir, zweitens, ihre völkerrechtliche Qualität interessant zu sein. Die Deklaration wurde zwar 1948 von der Generalversammlung bloss in Form einer unverbindlichen Resolution verabschiedet. Ihr Inhalt ist meines Erachtens aber mittlerweile zu einer Gruppe von Allgemeinen Rechtsprinzipien erstarkt und Bestandteil des universellen «corpus iuris» geworden.¹⁴ Das ist vielleicht nicht die allgemeine Auffassung von Lehre und Praxis. Es gibt aber meines Erachtens drei Gründe, die für eine solche Qualifizierung sprechen: (1) Die internationale Praxis – von der Wiener Konferenz von 1993 bis etwa jüngst zu den vielfältigen internationalen Protesten gegen das Verbot durch die Malediven, die Menschenrechtserklärung zu verbreiten – geht von der spontanen Annahme eines in sich geschlossenen Kernkonzepts unteilbarer Menschenrechte aus, wie es der UNO-Menschenrechtserklärung zugrunde liegt. (2) Viele Staaten (und internationale Organisationen) haben, vor allem in der Dritten Welt und in Transitionssituationen, die Deklaration in ihre Verfassungswerke inkorporiert. Sie bringen damit zum Ausdruck, dass Allgemeine Rechtsprinzipien nicht nur aus den innerstaatlichen Rechtsräumen auf die internationale Ebene gehoben werden können, sondern auch umgekehrt, auf der internationalen Ebene formuliert, innerstaatliche Akzeptanz, also gleichsam auch staatsrechtlich ihr «imprimatur» erfahren können. (3) Aus systematischen Gründen, d. h. aus Gründen des Rechts als eines in sich geschlossenen Systems von Normen, ist eine moderne internationale Rechtsordnung nicht vorstellbar, die – der alten Lotus-Doktrin folgend – positivistisch nur den Willen der Staaten als die massgebliche Rechtsquelle anerkennt; vielmehr werden die Allgemeinen Rechtsprinzipien, die bisher von den Völkerrechtlern stiefmütterlich behandelt wurden, in einer sich globalisierenden Welt sowohl universell wie auch in sektoriellen Bereichen einen viel bedeutsameren Platz einnehmen. Man könnte, in Anlehnung an eine Formulierung, die MIREILLE DELMAS-MARTY in ihrer Antrittsvorlesung am Collège de France geprägt hatte, sagen, die Allgemeinen Rechtsprinzipien stellten eine Art «grammaire commune»¹⁵ der internationalen Gemeinschaft dar. Das gilt in besonderem Masse für die Grund- und Menschenrechte, die typischerweise nicht immer durch die Prozesse der Verfassungs- und Gesetzgebung oder der völkerrechtlichen Vertragsgebung fest-

14 Zum Ganzen vgl. BRUNO SIMMA/PHILIP ALSTON, The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles, in: Australian Year Book of International Law 1992, S. 82 ff.; ECKART KLEIN (Hrsg.), Menschenrechtsschutz durch Gewohnheitsrecht, Kolloquium 26.–28. September 2002 in Potsdam, Berlin 2003; RICHARD B. LILICH, Towards the Harmonization of International Human Rights Law, in: Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Festschrift für Rudolf Bernhardt, Berlin u. a. 1995, S. 453 ff.

15 MIREILLE DELMAS-MARTY, Études juridiques comparatives et internationalisation du droit – Leçons inaugurales du Collège de France, Paris 2003, S. 32.

geschrieben wurden, sondern innerstaatlich und auf der internationalen Ebene zwar nicht, wie gesagt wurde, «from nowhere» stammen, aber doch in hohem Masse informell durch den Richter und die Lehre entwickelt werden, wie dies etwa – für die Schweiz, aber auch weit über die Schweiz hinaus – von JÖRG PAUL MÜLLER dogmatisch innovativ und anschaulich dargetan worden ist.¹⁶

II. Fortentwicklungen im universalen und europäischen Raum

Die Fortentwicklung der Menschenrechte nach dem Zweiten Weltkrieg nahm komplexe Formen an. Im universalen und europäischen Raum zeichneten sich verschiedene Muster ab. Zwei sozialwissenschaftliche Doktrinen könnten zu deren Einordnung und Bewertung nützlich sein:

- Die vor allem von amerikanischen Politologen entwickelte Theorie von «Regimen», die bezeichnet werden als «sets of implicit and explicit principles, norms, rules and decision making procedures around which actors' expectations converge in a given area of international relations»^{17/18}.
- PIERRE BOURDIEU «Feldertheorie»¹⁹: Ein Feld versteht BOURDIEU als ein System sozialer Positionen, das intern nach Machtverhältnissen struktu-

16 JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, 3. Aufl., Bern 1999, mit dem Ergänzungsband von MARKUS SCHEFER, Bern 2005.

17 STEPHEN KRASNER (Hrsg.), International Regimes, Ithaka, N. Y. (Cornell University Press) 1983, S. 2.

18 Zu der verwandten völkerrechtlichen Theorie von «self-contained regimes» vgl. den vorläufigen Bericht, den MARTTI KOSKENNIELI, Präsident der zuständigen Arbeitsgruppe der Völkerrechtskommission, 2003 verfasste, über «Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law», abrufbar unter http://www.un.org/law/ilc/sessions/55/fragmentation_outline.pdf.

19 Vgl. PIERRE BOURDIEU, Soziologische Fragen, Frankfurt am Main 1993, S. 107 ff.; JEN WEBB/TONY SHIRATO/GEOFF DANAHER, Understanding Bourdieu, London 2002, S. 86.

19 Zum innerstaatlichen, juristischen Feld beobachtet PIERRE BOURDIEU: «... c'est-à-dire l'existence d'un univers social relativement indépendant par rapport aux demandes externes, à l'intérieur duquel s'exerce l'autorité juridique, forme par excellence de la violence symbolique légitime dont le monopole appartient à l'État et qui peut s'assortir de l'exercice de la force physique. Les pratiques et les discours juridiques sont en effet le produit du fonctionnement d'un champ dont la logique spécifique est doublement déterminée: d'une part, par les rapports de force spécifiques qui lui confèrent sa structure et qui orientent les luttes de concurrence ou, plus précisément, les conflits de compétence dont il est lieu et, d'autre part, par la logique interne des œuvres juridiques qui délimitent à chaque moment l'espace des possibles et, par là, l'univers des solutions proprement juridiques.» Und weiter: «Le champ juridique est le lieu d'une concurrence pour le monopole du droit de dire le droit, c'est-à-dire la bonne distribution (nomos) ou le bon ordre, dans laquelle s'affrontent des agents investis d'une compétence inséparablement sociale et technique consistant pour l'essentiel dans la

riert ist, wobei die verschiedenen Felder komplexer Gesellschaften autonom voneinander bestehen können. BOURDIEUS Überlegungen beziehen sich zwar, soweit sie sich auf das Recht beziehen, primär auf das innerstaatliche juristische Feld²⁰ und können nicht ohne weiteres auf die zwischenstaatliche Ebene übertragen werden.²¹ Dennoch könnte BOURDIEUS Theorie helfen, die «Felder» des universellen und europäisch regionalen Menschenrechtsschutzes in ihrer jeweiligen Struktur, Funktionsweise, Dynamik und Identität zu verstehen und gegeneinander abzugrenzen.

1. Instrumente eines universellen Menschenrechtsschutzes

Der Schutz der Menschenrechte gehört, gemäss Satzung, zu den Zielen der UNO.²² Generalsekretär KOFI ANNAN verabschiedete nunmehr am 25. Mai 2005 den UNO-Reformbericht «In larger freedom»²³ und konkretisierte diesen Titel mit der Erläuterung: «towards development, security and human rights for all». Der Schutz aller Menschenrechte für alle Menschen überall auf der Welt zählt also, neben Entwicklung und Sicherheit, noch 60 Jahre nach der Gründung der Vereinten Nationen zu deren drei prioritären Zielen.

Die UNO hat auf dem langen Weg ihrer Menschenrechtspraxis ein reichhaltiges Programm entwickelt. Sie errichtete 1946, als Unterorgan des Wirtschafts- und Sozialrates, die Menschenrechtskommission, die – als bedeutsamsten Akt ihres «standard-setting» – die Allgemeine Menschenrechtserklärung schuf, und sie rief 1993 das Amt des Hochkommissars für Menschenrechte ins Leben. Auch richtete die Menschenrechtskommission im Verlaufe ihrer Arbeit beson-

capacité socialement reconnue d'*interpréter* (de manière plus ou moins libre ou autorisée) un corpus de textes consacrant la vision légitime, droite, du monde social.» PIERRE BOURDIEU, *La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique*, in: *Actes de la recherche en sciences sociales*, Paris, Nr. 64, September 1986, S. 3 ff., Zitat S. 3 und 4. Siehe auch: DERS., *Habitus, code et codification*, in: *Actes de la recherche en sciences sociales*, Paris, Nr. 64, September 1986, S. 40 ff.

21 Im internationalen Bereich hätte das juristische Feld nicht nur ausgeprägtere externe Verbindungen, namentlich zum Feld der internationalen Politik, sondern auch eine andere interne Struktur, bedingt durch den flachen, im Wesentlichen hierarchielen Aufbau der internationalen Gemeinschaft. Dennoch eröffnet die Denkweise in Feldern, auch und besonders in den internationalen Beziehungen, neue Perspektiven und schärft das Bewusstsein für Zusammenhänge, seien dies nun Zusammenhänge zwischen Feldern (externe, also beispielsweise zwischen dem Feld der Politik und jenem des Rechts) oder im Feld selbst (interne oder, in BOURDIEUS Terminologie: zwischen den einzelnen «Agenten» des Feldes). Dies gilt umso mehr, als die Struktur des Völkerrechts nach wie vor Gegenstand grundlegender methodologischer und substanzialer Debatte ist.

22 Art. 1 Zif. 3 sowie Art. 55 und 56 der Satzung.

23 KOFI ANNAN, *In larger freedom: towards development, security and human rights for all – Report of the Secretary-General*, General Assembly of 26 May 2005 (A/59/2005/Add. 3).

dere Verfahren («Special Procedures» wie die Einsetzung von Sonderberichterstattern, von «Working Groups» oder von Experten) zur Aufklärung und zur Bekämpfung von systematischen und gravierenden Menschenrechtsverletzungen ein. Normatives Kernstück des Menschenrechtswerkes der UNO bilden sieben rechtsverbindliche Abkommen, in deren Zentrum die UNO-Pakte von 1966 zum Schutze der wirtschaftlichen und sozialen und kulturellen Rechte (Pakt I) sowie der politischen und bürgerlichen Rechte (Pakt II) stehen.²⁴ Alle Staaten der Welt haben zurzeit zumindest einen der sieben Verträge ratifiziert, und mehr als 75 Prozent der Staaten sind vier oder mehr Abkommen beigetreten, die beiden Menschenrechtspakte eingeschlossen.²⁵ In allen Verträgen sind Expertengremien als Überwachungsmechanismen vorgesehen, deren Aufgabe es ist, von den Staaten periodisch einzureichende Rechenschaftsberichte zu prüfen sowie (allfällige) Staatenbeschwerden und, in einzelnen Fällen, auch Individualbeschwerden zu behandeln, dies allerdings nur in quasi-richterlichen Verfahren und in nicht rechtsverbindlicher Weise.²⁶

Die *normative* Bilanz des UNO-Menschenrechtsprogramms ist beeindruckend. Aus den (zunächst rechtlich nicht verbindlichen) Sätzen der Allgemeinen Menschenrechtserklärung ist ein komplexes Werk von Standards und (rechtsverbindlichen) Regelungen herausgewachsen, wobei die Proliferation der Instrumente als Stärke, aber auch als Schwäche angesehen werden kann. Der Blick bloss auf die formalen Normenbestände vermittelt uns aber kein Bild der Normenwirklichkeit. Hat das UNO-Menschenrechtsregime in unserer Welt stossender sozialer Ungerechtigkeit – eine Milliarde Menschen lebt unter der Armutsgrenze! –, in einer zerklüfteten Welt voller Diskriminierungen, Repressionen, Gewalt und bewaffneter Konflikte seine Ambition effektiv auch nur annähernd erfüllt, alle Menschenrechte für alle Menschen zu schützen? In ihrem «Plan of Action», der KOFI ANNANS Bericht «In larger Freedom» beigefügt ist, gesteht die UNO-Hochkommissarin für Menschenrechte zu, dass,

«globally, the implementation of human rights lags far behind their articulation. Our objective must be to help bridge the gap between the lofty rhetoric of human rights in the halls of the United Nations and the sobering realities on the ground.»²⁷

24 Vgl. hierzu WALTER KÄLIN/GIORGIO MALINVERNI/MANFRED NOVAK, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel/Brüssel 1997.

25 Vgl. allerdings die zahlreichen Vorbehalte und auslegenden Erklärungen, welche Konventionsstaaten anlässlich ihres Beitritts abgegeben haben, beispielsweise betr. Todesstrafe, Gleichheitssatz, Appellationsrecht in Strafverfahren, Strafvollzug für Jugendliche, Immigrationsrecht, Notstandsrecht usw.

26 Zum Verhältnis zwischen der Individualbeschwerde an den Menschenrechtsausschuss und jener an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte siehe P. VAN DIJK/G. J. H. VAN HOOF, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Den Haag 1998, S. 65 ff.

27 Plan of action submitted by the United Nations High Commissioner for Human Rights – Annex (A/59/2005/Add. 3), Abschnitt I/2.

Man könnte sich skeptisch fragen, ob das UNO-Menschenrechtsregime die Opfer von Tötungen, Folter, Entwürdigungen, schweren Freiheitsverletzungen, Unterdrückung, Hunger, Obdachlosigkeit oder Krankheit faktisch überhaupt zu erreichen vermochte. Konnte es deren Schicksale gestalten und verbessern? Mit anderen Worten: Wären tatsächlich spürbare Verbesserungen der Lebenswirklichkeit nicht auch unabhängig von völkerrechtlichen Vorschriften eingetreten (z. B. durch den Zerfall der Kolonialreiche und des Sowjetimperiums, durch rein innerstaatliche Akte oder Interventionen von aussen oder durch technologische oder wirtschaftliche Entwicklung)? Jedenfalls scheinen die Staaten ihre Pflicht zur Berichterstattung nicht sehr ernst zu nehmen: Die Vertragsausschüsse erhalten zurzeit lediglich 40 % der fälligen Berichte und insgesamt über 1200 Berichte sind überfällig. Viele Staatenberichte sind zu lang, befolgen die Richtlinien der Ausschüsse nicht oder beschränken sich auf «pro forma»-Beschreibungen des staatlichen Rechts. Augenfällig ist auch, dass bei den vier Vertragsausschüssen, an die insgesamt 1.7 Milliarden Menschen (26 % der Weltbevölkerung) theoretisch mit Individualbeschwerden gelangen können, lediglich 150 bis 160 solche Beschwerden pro Jahr eingehen.^{28/29} Auch wäre zu prüfen, welche Wirkungen Resolutionen der Menschenrechtskommission oder Berichte von «Special Rapporteurs» in Wirklichkeit haben, so wohl-fundiert und überzeugend formuliert sie in den meisten Fällen auch sind. Solche kritische Fragen nach dem «law in action» sind wichtig. Denn der rein normativ-positivistische Ansatz ist m. E. zu eng. Bei allem ist aber auch zu bedenken, dass sich die Bedeutsamkeit völkerrechtlicher Akte wie der vorliegenden natürlich nicht an ihrer Umsetzung allein bemessen lässt. Ein solch formales Denken, das für die Evaluierung von Rechtsvorgängen im innerstaatlichen Bereich besser angemessen ist, greift hier zu kurz. Für völkerrechtliche Vertragswerke, gerade im Bereich des universellen Menschenrechtsschutzes, sind die «Sichtbarkeit» des Normensystems, ihre symbolische Ausstrahlung und die moralisch-politische Appellwirkung von oft grösserer Bedeutung als die technisch-mechanische Implementierung.

Die Quintessenz unserer Überlegungen zu den Instrumenten des universellen Menschenrechtsschutzes ist, dass es – das hat der grosse Völkerrechtler HERSCHE LAUTERPACHT schon in den Nachkriegsjahren mit allem Nachdruck festgehalten³⁰ – illusorisch wäre, die Geltungskraft des Rechts allein anhand

28 So eine Untersuchung der Internationalen Juristenkommission (International Commission of Jurists). Vgl. zum Ganzen die Analysen von JACK L. GOLDSMITH/ERIC A. POSNER, *The Limits of International Law*, Oxford 2005, S. 119 ff.

29 Sehr gering sind auch die personellen, finanziellen und sachlichen Ressourcen, die der UNO für ihre Menschenrechtsarbeit zur Verfügung stehen.

30 Vgl. MARTTI KOSKENNIEMI, Hersch Lauterpacht (1897–1960), in: Jack Beatson and Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Jurists Uprooted*, Oxford 2004, S. 601, 643 ff.

seiner substanziellen Normen bemessen zu wollen. Vielmehr ist der institutionelle Apparat, der zu deren Umsetzung zur Verfügung steht, mit in die Evaluierung einzubeziehen. Die Bedeutung der institutionellen Infrastruktur für die Qualität normativer Rechtssysteme wird ohne weiteres deutlich anhand der genannten «Regimetheorie». Auch das politisch-rechtliche System, das ein Normengebilde trägt – in casu die noch immer horizontal strukturierte Staatenwelt der Vereinten Nationen – und weitere Faktoren wie politisches Klima und Anwendungskontext sind mitbestimmend für die Realisierungschancen von Prinzipien, Standards und Normen. Diese Einbettung des universellen Menschenrechtsregimes in die Strukturen der UNO und die Autonomie, die es in diesem Rahmen nach aussen geniesst, wird vielleicht auch besser verständlich, wenn man sich das UN-Menschenrechtssystem als «Feld» im schon beschriebenen Sinne PIERRE BOURDIEUS vorstellt und dieses von anderen Feldern abhebt.

Insgesamt stehen wir vor dem Paradox, dass zwar die Weltbevölkerung im Begriff ist, zu einer Weltgemeinschaft zusammenzuwachsen³¹, wir aber noch weit von der Verwirklichung universaler Gerechtigkeit entfernt sind. Das UNO-Menschenrechtssystem ist noch immer schwach und fragil, weil es keine eigentliche, derjenigen eines Staates vergleichbare juristische Weltordnung gibt. Diese Tatsache zu erkennen und unverhüllt auszusprechen ist gerade für Juristen geboten, die alles daran setzen sollen, den lamentablen Status Quo mit allen diesem innewohnenden Ungerechtigkeiten und Gefahren zu überwinden. Lassen sich für einen solchen Prozess aus den Erfahrungen Europas Einsichten, Anhaltspunkte und Ideen gewinnen?

2. Menschenrechtsschutz und europäische Integration

In der Tat ist Europa zu einem faszinierenden Laboratorium für die Entwicklung und Erprobung staatsübergreifender und staatendurchdringender Integrationsmodelle geworden. Nach dem Zusammenbruch der alten europäischen Staatenwelt in den beiden Weltkriegen setzten Prozesse der Mutation der öffentlichen Rechtsräume ein, die in der Geschichte präzedenzlos dastehen. Es wurden supranationale Netzwerke der «Governance» und der «Regulation» geschaffen, die einen gemeinsamen Markt und neue Kontakt- und Bewusstseinsformen der «civil society» entstehen liessen. Foren der europäischen Integration sind die Europäische Union, aber auch der Europarat und die OSZE. Eine wesentliche Grundlage des Integrationsprozesses war die

31 Vgl. CLAUDE LÉVI-STRAUSS, *Race et histoire*, Paris 1952, S. 52: «... l'existence d'une civilisation mondiale est un fait probablement unique dans l'histoire ...».

Herausbildung eines modernen europäischen Menschenrechtssystems, allen voran die Europäische Menschenrechtskonvention.

Vergleicht man die EMRK mit dem UNO-Pakt über die bürgerlichen und politischen Rechte, stellt man fest, dass die Kataloge der Gewährleistungen weitgehend deckungsgleich sind.³² Einzig in den Bereichen des allgemeinen Gleichheitssatzes und des Minderheitenschutzes wies die EMRK gegenüber dem Pakt II zunächst bedeutende Defizite auf³³: Lücken, die aber weitgehend gefüllt wurden, sei dies durch das (am 1. April 2005 in Kraft getretene) 12. Zusatzprotokoll zur EMRK und die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte oder sei dies durch das Rahmenübereinkommen des Europarates über den Schutz nationaler Minderheiten und eine weiterführende Resolutionspraxis der OSZE.

Trotz solch inhaltlicher Kongruenz hat der europäische Menschenrechtschutz indessen einen anderen Gang genommen als auf der universellen Ebene und in den anderen Weltregionen. Grund und treibende Kraft für diese Entwicklung ist vor allem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, der sich von einem einfachen Kontrollmechanismus mit beschränkter Zuständigkeit zu einer Art «Verfassungsgericht» Europas entwickelt hat.³⁴ Er ist mit obligatorischer Jurisdiktion ausgestattet und kann von Staaten und – in praxi vorab bedeutsam – von Einzelnen zur Rüge von Konventionsverletzungen durch Mitgliedstaaten angerufen werden. Der Gerichtshof absorbierte auch «soft law», das von anderen Organen des Europarates wie etwa der Europäischen Kommission gegen Rassismus und Intoleranz geschaffen wurde.³⁵ Er entwickelte eine dichte, sich laufend differenzierende Praxis, die in die Rechtsprechung der Mitgliedstaaten aufgenommen wurde und deren Gesicht zum Teil massgeblich geprägt und verändert hat. In Österreich etwa führte der Beitritt zur EMRK zu einem fundamentalen Wandel der Grundrechtsdoktrin, in der Schweiz – gleichsam auf dem «kalten Wege» – zu einer historischen

32 Für einen Vergleich zwischen den Rechten im Pakt II und in der EMRK siehe den Expertenbericht zuhanden des Ministerkomitees des Europarates «Problems arising from the co-existence of the United Nations Covenants on Human Rights and the European Convention on Human Rights», Strassburg 1970.

33 Vgl. dazu: SARAH JOSEPH/JENNY SCHULTZ/MELISSA CASTAN, *The International covenant on civil and political rights: cases, materials, and commentary*, New York, 2000, Zu Art. 2, 3 und 26: S. 519 ff. und zu Art. 27: S. 573 ff.

34 Vgl. hierzu etwa DANIEL THÜRER, EMRK – Zu ihren Entwicklungen und zu ihren Umrissen, in: DERS. (Hrsg.), EMRK: Neuere Entwicklungen, Zürich 2005, S. 1 ff.

35 Vgl. etwa DANIEL THÜRER, *L'Europe, une expérience – l'ECRI, une illustration*, in: Benoît Bovay et Minh Son Nguyen (Hrsg.), *Théorie du droit, Droit administratif, Organisation du territoire*, Bern 2005, S. 543 ff.; DANIEL THÜRER und BEAT DOLD, *Rassismus und Rule of Law – Erstmalige Verurteilung wegen Rassendiskriminierung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*, in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 21. Februar 2005, 32. Jahrgang, Heft 1–3, S. 1 ff.

Ausweitung der Verfassungsgerichtsbarkeit, und in Deutschland ist die Rechtsprechung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofes zur Zeit Katalysator grundlegender Diskurse über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht. Auch hat jedes Land seine eigene Verfassungstradition. In Ungarn etwa, wo die Bürger – so PÉTER ESTERHÁZY³⁶ – in den Jahren der Diktatur den Staat als Feind erfahren hatten, der, wo immer sich eine Möglichkeit bot, hintergangen werden musste, sollte die Menschenrechtskonvention dazu beitragen, Vertrauen in die öffentlichen Institutionen zu schaffen; in Großbritannien sollte das Parlament seine Souveränität nur nach Massgabe der Menschenrechte der Einzelnen ausüben und in der Schweiz wurde die Souveränität des Volkes mit einschneidenden Menschenrechtskontrollen durch den Richter konfrontiert.

Die Rechtsprechung des Strassburger Gerichtshofes also verdichtete und differenzierte das Netz des europäischen Menschenrechtsschutzes fortlaufend und hatte tiefgreifende Wirkungen auf die Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten. Was sind die besonderen Charakterzüge? Welches sind die Errungenschaften und Potenziale des Strassburger Gerichtshofes? Dekan CARBONNIER vom Collège de France bemerkte: «La Cour de Strasbourg est sorti de son lit; l'ennui est que l'on ne voit pas comment l'y faire rentrer.»³⁷ Ist der Gerichtshof noch unterwegs und sein Bett noch immer leer? Wird er und wo und wann wird er eine neue Ruhestätte finden? Ist es so schlimm, wenn sich die Strassburger Rechtsprechung dynamisch bewegt? Gebieten ihm Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit sowie das Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip, das Augenmerk auf Stabilität und Konsolidierung zu legen?

Aus der Vielfalt faszinierender Phänomene sollen an dieser Stelle nur vier Aspekte hervorgehoben werden: zwei, die den besonderen «modus operandi», und zwei, die mögliche fruchtbare Fortentwicklungen betreffen.

a) Der vielleicht interessanteste und originellste Grundzug der Strassburger Menschenrechtspraxis liegt in den vielfältigen Prozessen stetiger *Rechtsvergleichung*, welche die Rechtsprechung des Gerichtshofes prägen. Das «Schweifenlassen des Blicks» zwischen den Rechtssystemen bildet die besondere Methode, ja wohl die Wesensform des «judicial reasoning» des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte. Die EMRK bezieht ihre Lebendigkeit zu einem wesentlichen Teil aus der unablässigen Suche nach Konvergenzen (und Divergenzen) nationaler Regelungen, also gleichsam aus Gesprächen zwischen nationalen und europäischen Richtern. So ermittelte

36 PÉTER ESTERHÁZY, How Big is the European Dwarf? In: Daniel Levy, Max Pensky and John Torpey (Hrsg.), *Old Europe, New Europe, Core Europe*, London/New York, 2005, S. 75.

37 Zitiert bei DELMAS-MARTY (FN 15), S. 22/3.

der Gerichtshof beispielsweise – worauf LUZIUS WILDHABER in seinem Beitrag zur Festschrift für GEORG RESS hinwies³⁸ – anhand von subtilen Recherchen in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, ob die Konvention so zu interpretieren sei, dass sie etwa ein Höchstalter für den Strafvollzug³⁹ oder ein Mindestalter für die Straffähigkeit⁴⁰ impliziere oder dass ein Geschlechtswandel von den staatlichen Behörden anzuerkennen sei und, wenn ja, in welcher Form⁴¹ oder dass es in den Mitgliedstaaten einen Konsens betreffend die Anerkennung eines Rechts von homosexuellen Paaren auf Adoption von Kindern gäbe.⁴²

b) Ein zweiter Wesenszug der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte liegt in der *Spannung zwischen dem Ziel der einheitlichen Rechtsgewährleistung und der Respektierung pluralistischer Ordnungssysteme*.⁴³ Solche Abwägungsprozesse zwischen gebotener Uniformität und legitimer Variabilität sind typisch für viele Prozesse der Rechtssetzung und Rechtsanwendung im Rahmen des europäischen Integrationssystems. Beim Strassburger Gerichtshof spricht man von einer «marge d’appréciation», einem Kunstgriff also, um trotz Einheitlichkeit des europäischen Menschenrechtsstandards Vielfalt der Gestaltungsformen zu bewahren und das nationale «droit à la différence» zu achten. Es ist dies eine der wichtigsten, sensibelsten Aufgaben des Gerichtshofes: die Linie zwischen den unverzichtbaren Kerngehalten der Konvention und ihren variablen Elementen richtig zu ziehen. Es ist – so scheint es – eine Hierarchie zu bilden zwischen Gewährleistungselementen, die einer Relativierung im Sinne einer «marge d’appréciation» nicht zugänglich sind, und solchen, die nationale Eigenge-

38 LUZIUS WILDHABER, The Role of Comparative Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights, in: Jürgen Bröhmer/Roland Bieber/Christian Calliess/Christine Langenfeld/Stefan Weber/Joachim Wolf (Hrsg.), Festschrift für Georg Ress, Köln/Berlin/München 2005, S. 1101 ff.

39 Fall *Papon* gegen Frankreich, Beschwerde-Nr. 54 210/00, Entscheidung vom 7. Juni 2001.

40 Fall *T und V* gegen das Vereinigte Königreich, Beschwerde-Nr. 24 724/94, Urteil vom 16. Dezember 1999.

41 Fall *Christine Goodwin* gegen das Vereinigte Königreich, Beschwerde-Nr. 28 957/95, Urteil vom 11. Juli 2002.

42 Fall *Fretté* gegen Frankreich, Beschwerde-Nr. 36 515/97, Urteil vom 26. Februar 2002.

43 Vgl. die bemerkenswerten Reflexionen von LÉVI-STRAUSS (FN 31), S. 83: «Car la mission des institutions internationales est double; elle consiste pour une part dans une liquidation, et pour une autre part dans un éveil. Elles doivent d’abord assister l’humanité, et rendre aussi peu douloureuse et dangereuse que possible la résorption de ces diversités mortes, résidus sans valeur de modes de collaboration dont la présence à l’état de vestiges purifiés constitue un risque permanent d’infection pour le corps international. Elles doivent élaguer, amputer s’il est besoin, et faciliter d’autres formes d’adaptation.» Und S. 85: «C’est le fait de la diversité qui doit être sauvé, non le contenu historique que époque lui a donné et qu’aucune ne saurait perpétuer au-delà d’elle-même.»

staltungen zulassen.⁴⁴ Zur Gruppe der absolut zu respektierenden Prinzipien gehören wohl etwa das Recht auf Leben, das Folterverbot sowie Kerngehalte der Freiheits- und Justizgarantien. Die Kategorien von Kerngehalten des klassisch-liberalen Menschenrechtsschutzes liessen sich, «mutatis mutandis», dogmatisch auch auf andere Gewährleistungen und Typen von Grundrechten (z. B. den Kerngehalt eines Rechts auf Nahrung, Obdach, Gesundheit und dgl.) übertragen. Wo also sind Schneisen in das Dickicht des Gehölzes der nationalen Rechtstraditionen richtigerweise zu schlagen und offen zu halten? Die Staaten haben ja – das dürfen wir Völkerrechtler nicht vergessen – gelegentlich auch den legitimen Wunsch zu opponieren, sich zu unterscheiden und sich selber zu sein.

c) Bei den Potenzialen der Fortentwicklung der Menschenrechtsdogmatik sei zunächst der *Schutz der Menschen vor nichtstaatlichen Machträgern* genannt: die Bedrohung der Menschen etwa durch Wirtschaftsunternehmungen, wie beispielsweise Medienkonzerne, oder durch Religionsgemeinschaften, die etwa die Rechte von Frauen und Kindern missachten, rückt zusehends ins Blickfeld des Gerichtshofes. Dieser scheut sich grundsätzlich nicht, die Menschenrechte auch in privaten Beziehungen zur Geltung zu bringen und den Einzelnen zu schützen. Im Rahmen der EMRK hat sich der Begriff der Schutzpflichten des Staates eingebürgert, während man im Schweizer Recht gemeinhin von der Drittirkung der Menschenrechte spricht. Gemäss dem Konzept der Schutzpflicht lautet die Frage: inwieweit ist der Staat verpflichtet, für den Schutz der Grundrechte auch im Verhältnis zwischen Privaten («Störer gegen Opfer») zu sorgen?⁴⁵ Die Drittirkung fragt hingegen nach der Geltung der Grundrechte in den Beziehungen zwischen Privaten (also gegenüber «Dritten», in Abgrenzung zum Staat als dem klassischen Adressaten). Die Schutzpflicht hebt den prozessualen Aspekt, dass der Staat der Beschwerdegegner ist, stärker hervor, und sie gelangt auch zur Anwendung, wenn es einzig um eine Unterlassen des Staates geht (also unabhängig von Beziehungen zwischen Privaten). Die Schutzpflicht des Staates umfasst demnach im Allgemeinen die Fallkonstellationen, die in die Kategorie der mittelbaren Drittirkung fallen, mithin jene Fälle, in denen Grundrechte bei der Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe bezüglich des Verhältnisses zwischen Privaten zu berücksichtigen sind.⁴⁶

44 Dazu siehe EYAL BENVENISTI, Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards, 31 New York University Journal of International Law and Politics, S. 843 ff.

45 Siehe CHRISTOPH GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., München 2005, S. 119, Rz. 7.

46 Von einer unmittelbaren Drittirkung in dem Sinne, dass ein Privater Adressat eines Grundrechts ist und ein anderer Privater gegen ihn auf dieser Grundlage allein einen (Abwehr-) Anspruch hat, geht unter der EMRK, wie im Schweizer Recht, niemand aus.

Deutliche Fälle mittelbarer Drittirkung sind vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eher selten. Während es im Fall *Jersild*⁴⁷ um die Interpretation eines strafrechtlichen Verbots der Rassendiskriminierung im Lichte der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) ging (das Verhältnis zwischen Privaten also gar nicht unmittelbar berührt wurde), hat Italien im Fall *Guerra*⁴⁸ nach Ansicht des Gerichtshofes die positive Verpflichtung, das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) zu gewährleisten, dadurch verletzt, dass die Behörden die beschwerdeführenden Anwohner nicht vollständig über das von einer privaten Fabrik ausgehende Risiko informiert hatten. Im bekannten *Caroline*-Fall⁴⁹ entschied der Strassburger Gerichtshof inhaltlich letztlich eine Streitigkeit zwischen zwei Privaten (und zog damit das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens der Pressefreiheit vor).⁵⁰ Er führte in Ziffer 57 aus:

«Der Gerichtshof machte wiederholt deutlich, dass Artikel 8, auch wenn es sein grundsätzliches Ziel ist, den Einzelnen vor willkürlichen Eingriffen zu schützen, sich nicht darauf beschränkt, dem Staat aufzuerlegen, sich solcher Eingriffe zu enthalten: zu diesen negativen können *positive Verpflichtungen* hinzukommen, die Bestandteil einer wirksamen Achtung des Privat- und Familienlebens sind. Diese Verpflichtungen können Massnahmen erforderlich machen, die der Achtung der Privatsphäre dienen und *bis in die Beziehungen zwischen den Einzelnen untereinander hineinreichen.*» (Hervorhebungen durch den Verfasser)

Die Entscheidung des Strassburger Gerichtshofs im *Caroline*-Fall ist in der Sache zwar begrüßenswert. Dennoch offenbart sie das Fehlen klarer Abgrenzungen in Bezug auf das Verhältnis des Strassburger Gerichtshofes zu den nationalen Gerichten. Bis zu welcher Grenze spielen die in der EMRK verbürgten Rechte in den Beziehungen zwischen Privaten? Sind Grundrechte überhaupt geeignet, das subtile national-privatrechtliche Gleichgewicht privater Ansprüche, das sich in langer Tradition eingependelt hat, sachgerecht zu gestalten? Und daraus folgend: Wo findet die Überprüfung der nationalen Rechtsprechung bezüglich privatrechtlicher Verhältnisse durch den Gerichtshof ihre Grenze?⁵¹ Denn man sollte sich immer vor Augen halten, dass der

47 Fall *Jersild* gegen Dänemark, Urteil vom 23.9.1994 (Grosse Kammer), Serie A 298.

48 Fall *Guerra* gegen Italien, Urteil vom 19.2.1998 (Grosse Kammer), Beschwerde Nummer 14 967/89.

49 Fall *Caroline von Hannover* gegen Deutschland, Urteil vom 24. Juni 2004, Beschwerde Nummer 593 200/00; siehe auch den Kommentar zum Urteil von MARTIN SCHEYLI, Konstitutioneller Anspruch des EGMR und Umgang mit nationalen Argumenten, EuGRZ 2004, S. 628 ff.

50 Siehe CHRISTOPH GRABENWARTER, Medienfreiheit und Bildnisschutz nach der Menschenrechtskonvention, in: Jürgen Bröhmer, Roland Bieber, Christian Calliess, Christine Langenfeld, Stefan Weber und Joachim Wolf (Hrsg.), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift Georg Ress, Köln/Berlin/München 2005, S. 979 ff.

51 Siehe dazu auch JÖRG PAUL MÜLLER, Subsidiarität und Menschenrechtsschutz, in: Martin Morlok (Hrsg.), Die Welt des Verfassungsstaates, Baden-Baden 2001, S. 35 ff.

EMRK-Mechanismus so angelegt ist, dass der Weg an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte grundsätzlich immer (d. h. auch in rein privatrechtlichen Angelegenheiten) offen steht: Die Rüge, der beschwerdegegnerische Staat verletze durch die Rechtsprechung des letztinstanzlichen Gerichts seine Pflicht, die Grundrechte des Beschwerdeführers (im Verhältnis zu einem anderen Privaten) zu schützen, öffnet diesen Weg. So lautet denn die Frage: Wo endet die Zuständigkeit des Gerichtshofes? Der erläuternde Bericht zum 12. Zusatzprotokoll zur EMRK (bezüglich allgemeines Diskriminierungsverbot) meint zur Frage der «indirect horizontal effects»:

«While such positive obligations cannot be excluded altogether, the prime objective of Article 1 is to embody a negative obligation for the Parties: the obligation not to discriminate against individuals ...

... On the other hand, it cannot be totally excluded that the duty to secure under the first paragraph of Article 1 might entail positive obligations. For example, this question could arise if there is a clear lacuna in domestic law protection from discrimination. Regarding more specifically relations between private persons, a failure to provide protection from discrimination in such relations might be so clear-cut and grave that it might engage clearly the responsibility of the State and then Article 1 of the Protocol could come into play ...

... These considerations indicate that any positive obligation in the area of relations between private persons would concern, at the most, relations in the *public sphere* normally regulated by law, for which the state has a certain responsibility (for example, arbitrary denial of access to work, access to restaurants, or to services which private persons may make available to the public such as medical care or utilities such as water and electricity, etc.) ... it is understood that *purely private matters* would not be affected.»⁵² (kursive Hervorhebungen vom Autor)

Ob die Grenze für die Zuständigkeit des Strassburger Gerichtshofes grundsätzlich durch Abstellen auf eine «öffentliche Sphäre» einerseits und «rein private Angelegenheiten» andererseits gezogen werden kann, könnte als fragwürdig erscheinen. Eine Rückbesinnung auf die Grundfunktion der Menschenrechte dürfte unter Umständen hilfreich sein. Hält man sich nämlich vor Augen, dass die Grundrechte zunächst als Schutzschild des Bürgers dienen, der nötig ist, weil ein *Machtgefälle* zwischen Staat und Bürger besteht, und demnach die Überprüfung staatlichen Handelns auf etwaiges missbräuchliches Ausnützen dieses Machtgefälles geboten erscheint, wird deutlich dass ein derartiges Machtgefälle in den Beziehungen zwischen Privaten nicht ohne Weiteres gegeben ist. Vor allem in Fällen von Akkumulierungen privater Macht, die der früheren Herrschaft staatlicher und parastataler Autoritäten und Gewalthaber vergleichbar sind, sollte also der Menschenrechtsschutz wohl auch auf der horizontalen Ebene zur Anwendung gelangen.

52 Explanatory Report on Protocol No. 12 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Ziffer 24, 26 und 28; einsehbar unter: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm>.

d) Die momentan vielleicht grösste Herausforderung für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ist wohl der *Schutz marginaler Gruppen*, d. h. von Personengruppen, welche weitgehend ausserhalb des Schutzes innerstaatlicher rechtlicher Institutionen stehen wie beispielsweise Dissidenten, die sog. Sans-Papiers, Asylanten oder Immigranten oder zugewanderte, sog. Neue Minderheiten. Gerade für diese marginalen Gruppen gilt es, ein effektives Minimum an Rechten im demokratischen Rechtsstaat zu sichern.

Die Praxis des Strassburger Gerichtshofes ist natürlich auch in die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft eingeflossen. Das Luxemburger Gericht hat sich unter diesem Einfluss zu einem wirkungsvollen Grundrechtsgaranten entwickelt.⁵³ Von dessen Wirken inspiriert, ist es gelungen, eine europäische Grundrechtscharta zu erstellen. Auch wenn diese noch rechtlich unverbindlich ist⁵⁴, erweist sie sich als ein synthetisches Gefüge, als eine Zusammenführung der verschiedenen Grundrechts-Kategorien, nämlich der Würde des Menschen, der Freiheiten, der Gleichheit, der Solidarität, der Bürgerrechte und der justiziellen Rechte. Auf europäischer Ebene scheint also die Menschenrechtsentwicklung jener auf der Ebene der UNO geradezu entgegenzulaufen, welche im Verlauf ihrer Fortbildung eine starke Proliferation der Instrumente erfahren hat.

Was ist nun die Quintessenz meiner Überlegungen zu den Entwicklungen des Menschenrechtsschutzes im universalen und europäischen Raum? Zusammenfassend kann gesagt werden, dass sich im Rahmen der verschiedenen europäischen Institutionen, allen voran des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, eine Verdichtung, ja ein eigentlicher Wandel des Menschenrechtsschutzes vollzogen hat. Basis sind zwar auch hier die Prinzipien der Allgemeinen Menschenrechtserklärung. In Europa gelang es aber in den Jahrzehnten nach dem Zweiten Weltkrieg, supranationale Strukturen des Grund- und Menschenrechtsschutzes aufzubauen. Diese sind mittlerweile zu soliden Stützwerken des Menschenrechtsschutzes erstarkt: sie sorgen dafür, dass dieser Menschenrechtsschutz – wie er in der UNO-Erklärung proklamiert wurde – in Europa effektiv Wirklichkeit wird.

53 Vgl. MEINHARD HILF, Europäische Union und Europäische Menschenrechtskonvention, in: Ulrich Beyerlin, Michael Bothe, Rainer Hofmann und Ernst-Ulrich Petersmann (Hrsg.), Recht zwischen Umbruch und Bewahrung – Festschrift für Rudolf Bernhardt, Berlin u. a. 1995, S. 1193 ff.

54 Eines der Ziele des mittlerweile gescheiterten Europäischen Verfassungsvertrages war, der Menschenrechtscharta der Europäischen Union formelle Verbindlichkeit zu verleihen.

III. Von Pyramiden und von Netzen

Vor dem Hintergrund der Errungenschaften der Allgemeinen Menschenrechtserklärung haben sich also, im Rahmen der UNO und der europäischen Institutionen, in verschiedenen Geschwindigkeiten und in verschiedener Dichte menschenrechtliche Regime herausgebildet, die zwar nicht hermetisch von einander getrennt sind, die aber – so scheint es – relativ autonom, unverbunden und selbstgenügsam nebeneinander stehen. Neben den stark verrechlichten Schutzsystemen in Europa stehen im Rahmen der Vereinten Nationen als lose strukturiertes «Ensemble» die Hochkommissarin für Menschenrechte, die Menschenrechtskommission, die Menschenrechtsverträge und die anderen Einrichtungen und Arrangements des Menschenrechtsschutzes. Die verschiedenen Ausgestaltungen sind ein Produkt der geschichtlichen Entwicklung und der Konstellationen der diesen Regimen zugrunde liegenden politischen Realitäten und Kräfte, was auch qualitativ Folgen für die Menschenrechtskonzepte hat. Die Vorstellung eines einheitlichen völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes jedenfalls scheint, wenn wir die «Regimestrukturen» und «Normfelder» betrachten, nicht adäquat zu sein. Verschiedene Schlosser bedürfen verschiedener Schlüssel. Eines ist gewiss, nämlich dass die Entwicklung, wie sich die Hochkommissarin für Menschenrechte ausdrückte, nie abgeschlossen ist⁵⁵; sie befindet sich vielmehr im ständigen Fluss der Erneuerung, und es gibt keinen Endpunkt. Was steht nun heute auf der politischen Agenda? Und: Wie würde – so seinerzeit die radikale Frage von THOMAS PAIN – ein fremder Beobachter, der ohne Vorkenntnisse und Eigeninteressen unsere Welt beträte, die bestehenden Arrangements und Linien zu ihrer Fortentwicklung beurteilen?

a) Kurzfristig geht es vor allem um die Bestrebungen von Generalsekretär KOFI ANNAN zur Reform der Vereinten Nationen, über die ja die Staats- und Regierungschefs anlässlich der Eröffnung der 60. Generalversammlung beraten und Beschluss fassen sollten. Die Reform des Menschenrechtssystems sieht etwa vor, dass das Hochkommissariat jedes Jahr einen Menschenrechtsbericht vorlegen soll und dass die Verfahren der Treaty-based-Bodies konsolidiert werden sollen. Im Zentrum der Reform steht aber der Vorschlag, die Menschenrechtskommission durch einen Menschenrechtsrat zu ersetzen. Die Menschenrechtskommission hatte im Laufe ihres Bestandes stark an Glaubwürdigkeit verloren, denn Staaten suchten die Mitgliedschaft in der Kommission oft nicht, um die Menschenrechte zu stärken, sondern um sich selbst gegen Kritik zu schützen oder um andere zu kritisieren. Von der geplanten

55 Vgl. das Zitat zu Beginn dieses Textes.

Reform darf man natürlich keine Wunder erwarten: Auch wenn der neue Rat, im Unterschied zur Kommission, von der Generalversammlung und nicht vom Wirtschafts- und Sozialrat gewählt würde, permanent und nicht blass während sechs Wochen tagen würde und allenfalls aus weniger Mitgliedern (30–50?) bestünde, würde es sich nach wie vor um ein zwischenstaatliches Gremium handeln. Die Staaten würden auch hier fortfahren, politische Akte der anderen Staaten zu kritisieren, und zwar so – um SERGIO VIEIRA DE MELLO zu zitieren – wie Fische, die sich gegenseitig vorwerfen, nass zu sein.⁵⁶

b) Was die weite Perspektive betrifft, fällt auf, wie gross auf der UNO-Ebene die Kluft zwischen den normativen Regimen und ihrer Umsetzung ist. Es besteht kein effektives, glaubwürdiges System des «follow-up», um die Einhaltung und Ausführung von Akten der internationalen Organe zu überprüfen. Zu Recht wurde kritisiert: «Every one is in check, but no one is in charge.» Dabei darf man nicht vergessen, dass ein effektiver Menschenrechtschutz letztlich nur *in* den Staaten und *durch* die Staaten zum Tragen kommen kann. *Hier* gilt es, funktionskräftige Institutionen des «rule of law» zu schaffen und zu stützen und den Einzelnen den Zugang zu diesen Institutionen zu sichern. Wichtig sind in den Staaten Massnahmen des «capacity building» und (individuelles und institutionelles) «empowerment». Nur repräsentative und leistungsfähige Parlamente und funktionsfähige, nicht korrupte Richter, Polizeiapparate und andere Verwaltungsträger vermögen den Boden für einen effektiven Menschenrechtsschutz zu schaffen.

Kann das UNO-System auf lange Sicht von den Erfahrungen und Errungenschaften aus dem europäischen Raum lernen? Hierzu nur zwei Bemerkungen:

- Ein Welt-Menschenrechtsgerichtshof (mit der Befugnis zur Prüfung von Individualbeschwerden) wäre zurzeit wohl noch nicht denkbar. Für die Verwirklichung eines so ambitionären Projektes ist die Weltgemeinschaft noch zu wenig konsolidiert. Es müssten sich zunächst, dem europäischen System vergleichbar, wirkungsvolle Institutionen auch in den andern Kontinenten herausbilden.⁵⁷ Reformen müssten realistischerweise wohl evolutiv aus den bestehenden Regimen herauswachsen. Hierzu sind Loyalitäten erforderlich, die nur in einer gemeinsamen Wertekultur gedeihen können.

56 Der mittlerweile mit der Reform befasste UN-Weltgipfel vom 14.–16. September 2005 beschränkte sich im Wesentlichen darauf, die Generalversammlung der UNO zu beauftragen, Mandat, Grösse, Zusammensetzung und Arbeitsmethoden eines zukünftigen Menschenrechtsrates auszuarbeiten (vgl. 2005 World Summit Outcome, A/60/L.1). Die Verhandlungen darüber scheinen relativ zäh zu verlaufen (vgl. Neue Zürcher Zeitung vom 24. November 2005, Ungewissheiten um UNO-Menschenrechtsrat).

57 Vgl. STEFAN TRECHSEL, A World Court for Human Rights? In: Northwestern University Journal of International Human Rights 2004, Vol. 1, S. 3 ff.

Ein Gerichtshof für Menschenrechte ist aber dennoch nicht bloss Utopie: Als Leitidee und als Fokus der Imagination und Inspiration ist ein solcher Plan sehr attraktiv. Auch ist ein Weltgerichtshof für Menschenrechte als mittelfristiges Ziel der Rechtsentwicklung durchaus anzustreben. Er könnte sich, ähnlich dem (früher zweistufigen) Strassburger Rechtsschutzsystem aus den «Treaty Bodies» des UNO-Menschenrechtsschutzsystems entwickeln. Auch den vielfältigen Ausgestaltungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in verschiedenen Ländern könnten – z. B. betreffend Annahmeverfahren – wichtige Anregungen und Aufbauelemente entnommen werden.

- Der vielleicht interessanteste Vorschlag KOFI ANNANS zur Reform des UNO-Menschenrechtssystems ist die Schaffung einer «peer review»: Eine periodisch neu zu bestellende Gruppe von Staaten soll die Menschenrechtslage in anderen Staaten prüfen. Für die Ausgestaltung der Prozeduren könnten Verfahren wegleitend und inspirierend sein, die im Rahmen der «Europäischen Kommission gegen Diskriminierung und Intoleranz» herausgebildet wurden.⁵⁸

Eines ist klar, wenn wir uns Gedanken machen zum «droit désiré» im Gegensatz zum «droit établi»: eine Verlängerung, also lineare Fortführung, Extrapolation von staatlichen Systemen ist nicht möglich. Es gilt zu bedenken, dass es zwei Formen der Organisation von Rechtsgemeinschaften gibt: diejenige der «Pyramide» und diejenige des «Netzes».⁵⁹ Das (klassische) Modell der Pyramide geht davon aus, dass das Recht in Form von Befehlen unilateral von der Spitze der Hierarchie bis zur Basis geschaffen, angewendet und kontrolliert wird. Hinter diesem monistischen, vertikalen, geschlossenen System stehen etwa die Rechtstheorie von HANS KELSEN oder die soziologischen Lehren über die staatliche Bürokratie von MAX WEBER. Das (moderne) netzförmige, pluralistische, offene Modell beruht auf den Gedanken der flexiblen Koordination, Interaktion und Harmonisierung zwischen komplexen, gleichgeordneten, interdependenten Systemen, des Ansatzes «von unten nach oben» und nicht des «Imperiums» zentralisierter Macht. Die Handlungsprinzipien des Netzes sind die Dialektik und Verhandlung. Beide Systeme – Pyramide und Netz – finden sich in staatlichen Organisationen und im internationalen Bereich nebeneinander. Es versteht sich, dass in den Staaten das Modell der Hierarchie und auf der internationalen Ebene, die nicht staatsförmig organisiert ist, das Modell der Koordination vorherrscht. Beim internati-

58 Näheres hierzu etwa bei DANIEL THÜRER, L’Europe, une expérience – l’ECRI, une illustration, in: BOVAY/SON NGUYEN (FN 35), S. 543 f.

59 Vgl. FRANÇOIS OST und MICHEL VAN DE KERCHOVE, De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit, Bruxelles 2002.

onalen Menschrechtsschutz gilt es, nicht ausser Acht zu lassen, dass dessen Institutionen und Verfahren grossenteils polyzentrisch, dialektisch, eben netzförmig funktionieren. Internationale Menschenrechtsnormen, die sich aus der internationalen Sicht nicht auf feste Umsetzungsinstitutionen stützen können, sind oft nicht viel mehr als Impulse, die erst durch die Aufnahme nationaler Instanzen eine volle rechtliche Wirksamkeit erlangen können. Im Gegensatz hierzu treten im europäischen Menschenrechtsschutz pyramidenförmige Organisationsstrukturen viel stärker hervor.

Gestatten Sie mir, meine Damen und Herren, zwei abschliessende Bemerkungen, die vielleicht keinen streng wissenschaftlichen Charakter haben.

Erstens: Als ich diesen Vortrag vorbereitete, dachte ich an drei grosse Gestalten aus der Geistesgeschichte, die zufällig alle schweizerischer Herkunft waren, die alle gegen Ende des 18. und anfangs des 19. Jahrhunderts schrieben, lehrten und literarisch und politisch agierten, die alle gebildet-schöpferische, kämpferische Persönlichkeiten waren, die – vielleicht den amerikanischen Founding Fathers vergleichbar – mit ihrem aufklärerischen Geist und mit ihrer institutionellen Imagination eine Art Vordenker und Begründer einer modernen Staatstradition in Europa waren, für die alle der Genfer Raum (für zwei von ihnen das Schloss Coppet) ein Lebenselement war und die alle die Themen, mit denen wir uns am 3. Europäischen Juristentag befassen, in ihren grossen Linien gleichsam vorgespurt haben. Ich denke an:

- JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1712–1778), den leidenschaftlichen Demokraten und Verkünder der Lehre von der Volkssouveränität.
- BENJAMIN CONSTANT (1767–1830)⁶⁰, der als Liberaler den «déspotisme de tous» der Jakobiner und den «déspotisme d'un seul» Napoleons gleicherweise bekämpfte und über den RENÉ-JEAN DUPUY schrieb, man spekuliere nicht über die Ursprünge der Freiheit: «On la savoure».⁶¹
- Mme GERMAINE DE STAËL (1766–1817)⁶², die – eine begeisterte Verehrerin ROUSSEAU und mit diesem verwandt und schicksalhaft mit CONSTANT verbunden – mir für unsere Konferenz besonders inspirierend erscheint, denn sie war es, die mit Neugier, Intuition und grossem Talent den Franzosen die Augen für die Literatur- und Geistesgeschichte anderer Länder öffnete:

60 Vgl. etwa BENJAMIN CONSTANT, *De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne* – Présentation et notes René-Jean Dupuy, Paris 1992.

61 CONSTANT (FN 60), S. 13.

62 Vgl. UDO SCHÖNING und FRANK SEEMANN (Hrsg.), *Madame de Staël und die Internationalität der deutschen Romantik*, Göttingen 2003; OLGA GRÄFIN TAXIS-BORDOGNA, *Madame de Staël*, Hildesheim/Zürich/New York 1999.

von England, Italien, vor allem aber von Deutschland. Gewiss: Sie hat keine Rechts-, sondern europäische Kulturvergleichung betrieben. Der geistige Hintergrund ist aber für beide Disziplinen derselbe: die Idee des Anderen, die – jeder Hegemonie abhold – durch den Transfer und Austausch von Ideen und Erfahrungen Impulse für eine Neubelebung des Bildes von sich selbst zu vermitteln vermag. Mme DE STAËL schrieb, auf die Spannung von Eigenständigkeit und übergeordneter Einheit anspielend, in ihrem vielleicht berühmtesten Werk «De l’Allemagne»: «Les nations doivent se servir de guides les une aux autres».

Ist der kosmopolitische Habitus dieser drei grossen Denker, die Europa rastlos durchreisten, nicht auch prägend für alle, die sich inmitten einer pluralistischen Welt die Förderung und den Schutz universaler Menschenrechte zur Aufgabe gemacht haben?

Zweitens: Ich frage mich, ob sich die horizontale Vernetzung und vertikale Wirkungsweise der Menschenrechte, von denen wir gesprochen haben, nicht allenfalls zusammenfassend mit einer einfachen Metapher veranschaulichen liesse. Solche Bilder sind natürlich umso gefährlicher und missverständlicher, je einfacher und einprägsamer sie sind. Und sie sind wohl für ein so anspruchsvolles Publikum wie Sie, das abstrakt denkt und keiner bildhaften Gedankenstützen bedarf, kaum von Nutzen. Dennoch will ich Ihnen eine mögliche Metapher nicht vorenthalten, so unbedarf sie Ihnen erscheinen mag. Das Bild ist durch meine Herkunft aus den Alpen geprägt. Liesse sich – so frage ich mich – die universalen und europäischen Menschenrechtsordnungen nicht allenfalls mit einem System von Stauseen vergleichen, von denen die einen (tiefen und klaren) die anderen (weiten und flachen) überlagern, und die miteinander durch ein System von Kanälen verbunden sind oder verbunden sein sollen? Bergen die Stauseen nicht potentielle Energie, die den Menschen in den Städten und Dörfern Licht bringt, wenn es dunkel wird, und Wärme, wenn es kalt wird? Werden uns solche Errungenschaften der Zivilisation aber nicht – so fragen Sie sich als Demokraten – von oben herab aufoktroyiert? Nein, ist die Antwort, denn das Wasser der Seen wird zum Teil aus der Tiefe emporgepumpt, und Sie haben ja diese Werke als Bürger gewollt und beschlossen und als «technical» und «legal engineers» geplant, gebaut und in Betrieb gesetzt.

