

## EDITORIAL

### In wessen Namen? Eine Schicksalsfrage für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte steht unter Beobachtung. Die Konventionsstaaten legen in Paragraf 41 ihrer Kopenhagener Erklärung vom April 2018 fest, dass seine neuere Rechtsprechung evaluiert werden soll, um im Jahre 2019 über weitere Reformschritte zu entscheiden.<sup>1</sup> Es fällt nicht schwer, darin eine Mahnung, ja eine Drohung zu lesen.

Wie sollte eine solche Bewertung stattfinden? Nahe liegen zum einen der Blick auf die Quelle seiner demokratischen Legitimation, zum anderen auf seine Aufgaben und Herausforderungen. Beides läuft 2019 zusammen: Der Gerichtshof entscheidet, so die hier vertretene These, im Namen des europäischen Clubs rechtsstaatlicher Demokratien, und die größte Herausforderung besteht darin, dass dies weiterhin glaubwürdig ist.

Die Urteile des Europäischen Gerichtshofs benennen, anders als deutsche, französische oder polnische Gerichte, die Quelle ihrer Legitimation nicht. Was könnte dort stehen? Man könnte denken an: *Im Namen der Konvention*, entsprechend einem *Im Namen des Gesetzes*. Dies würde aber erkennen, dass nicht das Gesetz, sondern der ihm zugrunde liegende parlamentarische Beschluss die eigentliche Quelle bildet. Mit einem klassischen völkerrechtlichen Verständnis könnte man daher überlegen: *Im Namen der streitenden Staaten*, die den Vertrag ratifiziert haben. Das macht für den Straßburger Gerichtshof aber offensichtlich keinen Sinn, da die regelmäßige Streitkonstellation zwischen einem Staat und einem seiner Bürger ist. Eine passende Formel lautet vielmehr *Im Namen des europäischen Verbunds rechtsstaatlicher Demokratien*.

Die demokratische Legitimation des Gerichtshofs beruht auf der Ratifikation der Konvention durch alle Vertragsparteien. Er entscheidet also *Im Namen aller Konventionsstaaten*. Das holistische *alle* ist wichtig: Seine Rechtsprechung betrifft nicht nur den konkret verklagten Staat, sondern dient einem gemeinsamen Anliegen. Die Kopenhagener Erklärung spricht von „Menschenrechten und Rechtsstaatlichkeit in Europa“.

Die EMRK lässt nicht nur den traditionellen Bilateralismus des Völkerrechts weit hinter sich, sondern auch seinen traditionellen Wertes relativismus. Die Konventionsstaaten qualifizieren sich durch ihre Teilnahme im Sys-

<sup>1</sup> <http://rm.coe.int/copenhagen-declaration/16807b915c>.

tem als *europäisch* sowie, weit wichtiger, als *rechtsstaatlich* und *demokratisch*; dies ist die Quintessenz der Anforderungen sowohl der Konvention als auch der Satzung des Europarates. Diese Anforderungen gewinnen Kontur in ihrer dreifachen Entgegenseitung gegen die totalitären Systeme der Achsenmächte, den Sowjetkommunismus und autoritäre konservative Regime. Verlangt sind neben wirksamem Grundrechtsschutz politischer Pluralismus sowie ein funktionstüchtiges System der Gewaltenteilung, nicht zuletzt unabhängige Gerichte. Insoweit entscheidet der Gerichtshof *Im Namen europäischer demokratischer Rechtsstaaten*.

Nun interessiert sich die Konvention nicht nur für den Staatsapparat, die formale Organisation öffentlicher Gewalt. Sie ist auch deshalb ein wegweisender Vertrag, weil sie, den traditionellen Horizont des Völkerrechts überwindend, das Individuum, den Bürger in den Blick nimmt. Die Präambel der Konvention spricht von „wahrhaft demokratischer politischer Ordnung“, die Sicherung demokratischer Rechte ist eine der wichtigsten Rechtsprechungslinien des Gerichtshofs. Diese Dimension sollte in der Formel zum Ausdruck kommen, wie es auch der nationale Kontext nahelegt, wo Gerichte eben nicht *Im Namen des Staates*, sondern *des Volkes* entscheiden. Dieses breitere, die Bürgerinnen und Bürger einschließende Verständnis kann man dadurch ausdrücken, dass man die beiden zentralen Begriffe dreht: *Im Namen europäischer rechtsstaatlicher Demokratien*. Man beachte den Plural: Der Gerichtshof spricht nicht im Namen einer abstrakten Idee politischer Ordnung. Die Formel unterstreicht vielmehr, dass die demokratische Legitimation des Gerichtshofs maßgeblich von den demokratisch organisierten Völkern der Konventionsstaaten stammt.

Schließlich sollte die Formel zum Ausdruck bringen, dass die demokratische Legitimation des Gerichtshofs eine bedeutende kollektive Dimension hat. Dies erklärt den Begriff *Verbund*. Die europäischen rechtsstaatlichen Demokratien haben sich unter der Satzung des Europarates und der Konvention zusammengefunden, um Ziele zu verfolgen, die sie alleine nicht erreichen können. Das wichtigste Ziel ist ein kontinentales Menschenrechtssystem, welches ihre entsprechenden verfassungsrechtlichen Entscheidungen absichert. Zu diesem Zweck haben die Konventionsstaaten ihre jeweilige Souveränität gebündelt und gemeinsame, verselbständigte, mit öffentlicher Gewalt versehene Institutionen eingerichtet. Und nicht nur das: Es ist besonders bemerkenswert, dass die Amtswalter dieser Institutionen in einem gemeinsamen überstaatlichen Verfahren mit demokratischer Legitimation versehen werden, Art. 22 EMRK. Dies alles erklärt die Formel: *Im Namen des europäischen Verbunds rechtsstaatlicher Demokratien*.

Gewiss wird der Begriff *Verbund* zumeist für das Phänomen Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten verwandt. Für die Relevanz eines Begriffs ist es jedoch wichtig, dass er mehr als einen Anwendungsfall hat. Natürlich ist die öffentliche Gewalt der Straßburger Organe, sind die Kompetenzen des EMRK-Verbunds nicht mit denen der Europäischen Union zu vergle-

chen. Doch auch seine Kompetenzen haben es in sich, nicht nur die der Rechtsprechung, sondern auch die der Richterwahl.

Dass die Formel *Im Namen des europäischen Verbunds rechtsstaatlicher Demokratien* eine Schicksalsfrage des Verbunds bezeichnet, sei zunächst anhand der Richterwahl erklärt. Art. 22 EMRK legt die Wahl der Richter in die Hände der Parlamentarischen Versammlung des Europarates. Diese Bestimmung zielt auf einen wahren Durchbruch für die internationale Justiz: Internationale Richter sollen durch einen internationalen demokratischen Prozess demokratisch legitimiert werden, da ihre Wahl maßgeblich auf einer Mehrheitsentscheidung eines internationalen parlamentarischen Organs beruht. Hierin liegt eine der wichtigsten Manifestationen des Verbunds.

Damit aber der Club dieser Aufgabe und der damit verbundenen Erwartung gerecht werden kann, bedarf es Politiker, die diese Norm beachten und mit Leben erfüllen. Nicht wenige demokratische Projekte sind gescheitert, weil nicht genügend Politiker dazu bereit waren. Die Kopenhagener Erklärung bringt deutlich zum Ausdruck, dass es hier massive Probleme gibt (Para. 55 ff.). Rechtsstaatliche Demokratie ist keine legitimatorische *carte blanche* für einen Mehrheitsbeschluss parlamentarischer Organe. Prinzipien, Regeln und Verfahren sind zu beachten. Konkret: Es gibt keinerlei Rechtfertigung, dass die Parlamentarische Versammlung einen Kandidaten, den eine Gruppe anerkannter Experten aufgrund seines Lebenslaufs im Lichte von Art. 21 EMRK als ungeeignet befunden hat, nach einem 30-minütigen Interview doch zum Richter wählt.

Entsprechendes Verhalten ist relevant für die Bewertung, für Kritik am Gerichtshof. Gute Richter und Richterinnen sind essenziell für eine überzeugende Rechtsprechung. Wenn ein Konventionsstaat seiner Pflicht unter Art. 22 EMRK, der parlamentarischen Versammlung *drei* geeignete Kandidatinnen oder Kandidaten zu unterbreiten, nicht genügt, so trifft seine Kritik an dem Gerichtshof auf den Einwand des *venire contra factum proprium* und des Grundsatzes von Treu und Glauben. Die Anforderung in Art. 22 EMRK, dass *alle* Kandidaten geeignet sein müssen, ist ein fundamentaler Schutzmechanismus gegen problematische Dynamiken, die sich in jedweden parlamentarischen Prozessen der Personalauswahl ereignen können.

Dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte heute *Im Namen des europäischen Verbunds rechtsstaatlicher Demokratien* einen wirklichen Beitrag für die rechtsstaatliche Demokratie in Europa leistet, war ihm nicht in die Wiege gelegt. Über lange Zeit hatte er keine aktive Aufgabe. Erst langsam, ab den späten siebziger Jahren, entwickelte er eine Aufgabe in der Unterstützung dessen, was in den Vereinigten Staaten als *rights revolution* gilt: einen substanziellem Schutz grundlegender individueller Rechte als notwendigen Standard rechtsstaatlicher Demokratien. Viele Konventionsstaaten hatten dafür aber keine adäquate positivrechtliche und institutionelle Basis. Dies war das *window of opportunity*, das der Gerichtshof erfolgreich nutzte und so eine Schlüsselrolle für viele rechtsstaatliche Demokratien gewann.

Eine Schlüsselrolle kommt ihm aber auch für Staaten zu, die, wie Deutschland oder Italien, über eine funktionstüchtige Verfassungsgerichtsbarkeit verfügen. Gewiss bedurfte der Individualrechtsschutz hier nicht wirklich der Straßburger Hilfe. Die Straßburger Schlüsselrolle gestaltet sich entsprechend etwas anders: Sie liegt in der europäischen Einbettung, die auch diese Staaten zu *europäischen* rechtsstaatlichen Demokratien macht. Nur dank dieser Einbettung gibt es ein wahrhaft europaweites Menschenrechtssystem, das über ein gemeinsames Vokabular, eine gemeinsame Dogmatik und Ansätze einer gemeinsamen Rechtskultur verfügt. Dies erzeugt gewiss einen spezifischen Konflikttypus, da die europäische Einbettung eine sichtbare Straßburger Kontrolle auch der Verfassungsgerichte jener Länder verlangt.

Nach dem Fall der Berliner Mauer verstärkte der Straßburger Gerichtshof seine Bedeutung für den Verbund, indem er mittel- und osteuropäische Länder auf ihrem Weg zu rechtsstaatlichen Demokratien begleitete. Dies führte zu neuen Rechtsprechungslinien, etwa zur Struktur der nationalen Gerichtsbarkeit, zur *transitional justice* oder zu strukturellen Defiziten. Sie halfen dem Verbund, ein gutes Stück des Weges zu einer öffentlich-rechtlichen Konstellation zu gehen, die zum ersten Mal Immanuel Kant in seiner Schrift *Zum ewigen Frieden* artikulierte.

Auf diesem Weg stehen der Verbund und sein Gerichtshof jetzt jedoch an einer Wegscheide. Sie müssen zwischen zwei Pfaden wählen, die beide in schwieriges Gelände führen. Fast jeder Club hat schwierige, eigentlich zum Club nicht passende Mitglieder, ohne dass dies seine Identität zwingend gefährdet. Ab einem bestimmten Punkt aber beginnen solche Mitglieder, die gemeinsame Identität mit zu prägen: wegen ihrer Anzahl, ihrer Sichtbarkeit, ihres Gewichts, ihrer Strategie oder ihres Einflusses auf die Außenwahrnehmung des Clubs. Konkret: Der Moment scheint nicht allzu weit entfernt, dass es schlichtweg unplausibel wird, dass der Straßburger Gerichtshofs weiterhin *Im Namen des europäischen Verbunds rechtsstaatlicher Demokratien* entscheidet.

Konkret zeigt sich die Wegscheide so, dass der Club einerseits als weiteren Pfad wählen kann, seine Identität als ein Verbund rechtsstaatlicher Demokratien zu verteidigen. Auch hierbei dürfte er seine Identität modifizieren: Seine bisherige Konsenskultur wäre kaum zu halten. Andererseits könnte er es aber auch hinnehmen, dass jene problematischen Mitglieder seine Identität mitbestimmen. In diesem Fall würde der Club sich wahrscheinlich nicht auflösen, sondern sich auf dem Weg zu einer neuen Identität befinden. Der Straßburger Verbund könnte weiterhin durchaus nützlich sein: Der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, der Menschenrechtsrat oder der Internationale Gerichtshof sind nützliche Institutionen, aber ganz sicher kein Club rechtsstaatlicher Demokratien.

Was ist zu tun, um den Weg eines europäischen Verbunds rechtsstaatlicher Demokratien erfolgreich weiter zu gehen, und was sind entsprechende Kriterien für eine Evaluierung der Straßburger Rechtsprechung? Hierzu ist wissenschaftlich nur wenig Belastbares zu sagen, man wandelt im unsicheren

Feld der Mutmaßungen. Wahrscheinlich sollte der Gerichtshof, will er weiterhin glaubwürdig *Im Namen des europäischen Verbunds rechtsstaatlicher Demokratien entscheiden*, entschieden rote Linien ziehen. Seine Rechtsprechung muss in einer, auch der allgemeinen Öffentlichkeit vermittelbaren Weise klarmachen, wo die äußereren Grenzen des Verbunds liegen. Aus dieser Perspektive sind heute insbesondere die neuere Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Beschwerden in kritischen Situationen, zu den Fundamentalgarantien, zum Wesensgehalt der Konventionsrechte, zu strukturellen Defiziten, zu *bad faith* Maßnahmen im Sinne von Art. 18 EMRK, aber auch die einheitliche Anwendung aller Standards auf alle Konventionsstaaten zu prüfen.

Entsprechende Entscheidungen, die sich autoritären Entwicklungen in den Weg stellen, sind nicht am Maßstab der *Compliance* zu bewerten. Wohlgermt: Der Rechtsgehorsam bleibt ein, ja *das entscheidende Kriterium* zur Bewertung jener Staaten, daran lässt auch die Kopenhagener Erklärung keine Zweifel (Para. 19 ff.). Wäre die *Compliance* aber der dominierende Maßstab zur Bewertung der einschlägigen Rechtsprechung, so würde man die Bewertung letztlich in die Hände solcher Regierungen legen und den Gerichtshof entmutigen, die wohl größte Herausforderung an die europäische öffentliche Ordnung anzugehen.

Andere Kriterien als die *Compliance* sollten im Mittelpunkt stehen, zwei erscheinen von besonderer Bedeutung. Einerseits sollte die Straßburger Rechtsprechung dem Verbund erlauben, seine Identität als Club *rechtsstaatlicher Demokratien* glaubwürdig zu bewahren. Andererseits sollte sie innerstaatliche Kräfte stützen, die sich für rechtsstaatliche Demokratie in den schwierigen Staaten einsetzen. Wie das aussehen kann? Man schaue zum Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte.

*Armin von Bogdandy*