

Der Internationale Menschenrechtsschutz zwischen Konstitutionalisierung und Fragmentierung

*Christian Walter**

I.	Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Streikverbot im öffentlichen Dienst vom 27.2.2014	754
1.	Hintergrund in der neueren Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK und erste Reaktionen der deutschen Verwaltungsgerichte	754
2.	Die Grundaussagen des Bundesverwaltungsgerichts und ihre Bewertung	756
a)	Der EGMR als "authentischer Interpret" der EMRK	756
b)	Zum Verhältnis von Gesetzgeber und Rechtsprechung bei der Befolgung der EMRK	757
c)	Fehlende Abhilfe im konkreten Fall	758
II.	Zur verfassungsgerichtlichen Dimension der Rechtsprechung des EGMR	761
III.	Die <i>Sarrazin</i> -Entscheidung des Rassendiskriminierungsausschusses und das Problem der Fragmentierung des internationalen Menschenrechtsschutzes	765
IV.	Schlussbemerkung	768

“Konstitutionalisierung” und “Fragmentierung” sind Metadiskurse des Völkerrechts. Sie liefern die Vogelperspektive, den Blick auf das große Ganze. Es gehört zu den bleibenden Lehren meiner Zeit am Heidelberger Max-Planck-Institut, dass der Blick aus den luftigen Höhen der Vogelperspektive geschärft wird, wenn man sein Auge zunächst an der Nähe eines konkreten Problems schult. Unter den vielen Teilaspekten des internationalen Menschenrechtsschutzes, mit denen *Jochen Frowein* sich beschäftigt hat, nehmen die innerstaatlichen Wirkungen der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) und der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) eine besondere Stellung ein.¹ Außerdem geht es bei den innerstaatlichen Wirkungen oft um konkrete

* Prof. Dr. *iur.*, Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität, München. Vortrag beim Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstags von Prof. Dr. *Jochen Abr. Frowein*.

¹ Viele Veröffentlichungen ließen sich nennen. Es mag genügen, auf den programmatischen Beitrag in der FS Zeidler (*J. A. Frowein*, Das Bundesverfassungsgericht und die Europäische Menschenrechtskonvention, in: W. Fürst/R. Herzog/C. Umbach (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. II, 1987, 1763 ff.), den Vortrag auf dem Verwaltungsrichtertag des Jahres 2001 in München (*J. A. Frowein*, Der europäische Grundrechtsschutz und die deutsche Rechtsprechung, NVwZ 21 [2002], 29 ff.), sowie vor allem den Beitrag im Handbuch des Staatsrechts (*J. A. Frowein*, Übernationale Menschrechtsgewährleistungen und nationale Staatsgewalt, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 2. Aufl. 1992, § 180) hinzuweisen.

Fälle, mit denen sich die Probleme veranschaulichen lassen. Deshalb beginnen die nachfolgenden Überlegungen mit der Analyse einer aktuellen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts und versuchen von dort aus nach und nach die für die Vogelperspektive notwendige Flughöhe zu erreichen.

I. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Streikverbot im öffentlichen Dienst vom 27.2.2014

Am 27.2.2014 entschied das Bundesverwaltungsgericht über die Klage einer verbeamteten Lehrerin, die sich an einem Warnstreik der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft beteiligt hatte und daraufhin mit einer Disziplinarsanktion in Form einer Geldbuße von 1.500 € belegt worden war.² Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts markiert einen wichtigen Zwischenschritt auf dem Weg zur Auflösung einer komplexen Problemlage, die für die deutsche Rechtsordnung durch zwei Entscheidungen des EGMR in Verfahren gegen die Türkei entstanden war.

1. Hintergrund in der neueren Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK und erste Reaktionen der deutschen Verwaltungsgerichte

In den Verfahren *Demir und Baykara*³ sowie *Enerji Yapi Yol Sen*⁴ hatte der EGMR bekanntlich seine zurückhaltende Linie zu materiellen Gewerkschaftsrechten aus Art. 11 EMRK aufgegeben und neben einem Recht auf Kollektivverhandlungen ein Streikrecht angenommen, das auf den öffentlichen Dienst erstreckt wurde. Den Entscheidungen liegt zudem ein Verständnis von Art. 11 Abs. 2 EMRK zugrunde, das gegen ein statusbezogenes Streikverbot und für eine rein funktionale Betrachtung spricht.

Diese Rechtsprechung hat für ein kleines Erdbeben im deutschen Beamtenrecht gesorgt. Eine größere Zahl verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen⁵ und zahlreiche Publikationen, darunter ein Gutachten des ehemaligen

² BVerwGE 149, 117 ff.

³ EGMR, Appl. Nr. 34503/97, Urt. v. 12.11.2008, *Demir und Baykara v. Türkei*; deutsche Übersetzung in NZA 27 (2010), 1425 ff.

⁴ EGMR, Appl. Nr. 68959/01, Urt. v. 21.4.2009, *Enerji Yapi Yol Sen v. Türkei*; deutsche Übersetzung in NVwZ 29 (2010), 1018 ff.

⁵ Vgl. etwa die Vorinstanz im hier betroffenen Verfahren: VG Osnabrück, ArbuR 59 (2011), 375; nachfolgend OVG Lüneburg, NdsVBl. 2012, 266 ff. (im Folgenden werden die

Bundesverfassungsrichters *Udo Di Fabio*, belegen die Dimension der Sache.⁶ Materiell stehen die “hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums” in Art. 33 Abs. 5 GG auf dem Spiel und formell ist erstmals ein echter Konflikt zwischen dem Grundgesetz und der EMRK zu besorgen. Wäre es tatsächlich so, dass die deutsche Verfassung gerade ein statusbezogenes Streikverbot für Beamte zwingend verlangt, und die EMRK in Art. 11 ein solches ebenso zwingend verbietet, so wären heikle Vorrangfragen zu beantworten. Die mit entsprechenden Verfahren befassenen Verwaltungsgerichte hatten sehr unterschiedliche Ansätze gewählt, welche von einem “distinguishing” der deutschen von der türkischen Rechtslage, über eine Beant-

Randnummern der bei juris dokumentierten Fassung zitiert, Urt. v. 12.6.2012, Az. 20 BD 7/11, wonach die EMRK grundsätzlich bereits kein Streikrecht für Beamte verbürge; jedenfalls es aber aufgrund der bloßen *inter partes*-Wirkung an der erforderlichen Entscheidung des EGMR gegenüber Deutschland fehle und die vorhandenen Entscheidungen nicht übertragbar seien bzw. sich daraus kein generelles Streikrecht für Beamte ableiten lasse [Rn. 188 ff.]; in jedem Fall gehörten die “Treuepflicht der Beamtenschaft [...] und das dieser Treuepflicht [...] korrespondierende Alimentationsprinzip [...] zu dem Kernbestand an verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien, die die Funktionalität des deutschen Staates sicherstellen sollen und die einer anderen inhaltlichen Ausgestaltung durch bloße [fachgerichtliche] Auslegung entzogen sind” [Rn. 234 ff.]; in die gleiche Richtung auch VG Berlin, Urt. v. 18.12.2012, Az. 80 K 16.12 OL – juris (Rn. 56: einer “völkerrechtsfreundlichen Auslegung [von Art. 33 GG] sind durch den verfassungsrechtlich geschützten Kernbestand des Art. 33 Abs. 4 und 5 GG Grenzen gesetzt”). Demgegenüber jedoch VG Kassel, ZBR 59 (2011), 386 ff. Urt. v. 27.7.2011, Az. 28 K 574/10.KS.D – juris (Rn. 28: “durch die für die Bundesrepublik Deutschland verbindliche Auslegung der EMRK durch den EGMR [hat sich] der hergebrachte Grundsatz des Berufsbeamtentums, der zuvor einen Streik ausnahmslos verbot, [...] gewandelt”); ebenso VG Düsseldorf, ArbuR 59 (2011), 74 ff. Urt. v. 15.12.2010, Az. 31 K 3904/10.O – juris (Rn. 32: “Es entspricht [...] der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, dass die Gerichte im Rahmen ihrer Bindung an Gesetz und Recht auch die Gewährleistungen der EMRK und die Entscheidungen des EGMR zu berücksichtigen haben. Dies hat in methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung zu geschehen.”).

⁶ *U. Di Fabio*, Das beamtenrechtliche Streikverbot, 2012; *M. Kutscha*, Beamtenstreikrecht – Leipziger Verbeugung vor Straßburg, RUP 50 (2014), 206 ff.; *R. von Steinau-Steinrück/S. Sura*, (Noch) kein Streikrecht für Beamte – Der öffentliche Dienst im Spannungsfeld zwischen Verfassungsrecht und EMRK, NZA 31 (2014), 580 ff.; *R. Brinktrine*, Hat das grundgesetzliche Streikverbot für Beamte eine europäische Zukunft?, ZG 28 (2013), 227 ff.; *A. v. Ungern-Sternberg*, Die Konsensmethode des EGMR, AVR 51 (2013), 312 ff.; *J. Polakiewicz/A. Kessler*, Das Streikverbot für deutsche BeamtInnen – Die Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR für deutsche Gerichte, NVwZ 31 (2012), 841 ff.; *U. Widmaier/S. Alber*, Menschenrecht auf Streik auch für deutsche Beamte?, ZEuS 15 (2012), 387 ff.; *P. Fütterer*, Das Koalitions- und Streikrecht im EU-Recht nach dem Wandel der Rechtsprechung des EGMR zur Koalitionsfreiheit gemäß Art. 11 EMRK (*Demir und Baykara und andere*), EuZA 4 (2011), 505 ff.; *M. Schlachter*, Beamtenstreik im Mehrebenensystem, RdA 64 (2011), 341 ff.; *M. Franzen*, Arbeitskampf und Europa, EuZA 3 (2010), 453 ff.; *K. Lörcher*, Das Menschenrecht auf Kollektivverhandlung und Streik – auch für Beamte, ArbuR 57 (2009), 229 ff.

ZaöRV 75 (2015)

wortung der Rangfrage zulasten der EMRK bis zu einer weitgehenden Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR reichen.⁷

2. Die Grundaussagen des Bundesverwaltungsgerichts und ihre Bewertung

Das Bundesverwaltungsgericht wählt in seiner Entscheidung nun einen Weg, der unter drei Aspekten bemerkenswert ist. Der erste (die Beschreibung der Rolle des EGMR als “authentischer Interpret” der EMRK) verdient uneingeschränkte Zustimmung, der zweite (die Betonung der Verantwortung des Gesetzgebers bei der Umsetzung der Konventionspflichten) ist in seinem Grundanliegen durchaus zu begrüßen, wengleich die bestehenden Interpretationsmöglichkeiten wohl nicht ganz ausgeschöpft werden. Beim dritten Aspekt (den Konsequenzen für den konkreten Fall) ist dem Bundesverwaltungsgericht zu widersprechen.

a) Der EGMR als “authentischer Interpret” der EMRK

Uneingeschränkt zuzustimmen ist dem Bundesverwaltungsgericht in den Teilen seiner Entscheidung, welche Grundsatzfragen der Bindung Deutschlands und deutscher Staatsorgane an die EMRK betreffen. Die entsprechenden Passagen sind erkennbar von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in seinen Entscheidungen in *Görgülü* und zur Sicherungsverwahrung beeinflusst.⁸ Die große Klarheit, mit der das Bundesverwaltungsgericht den EGMR als “authentischen Interpreten” der EMRK anerkennt, verdient aber noch einmal besondere Hervorhebung, weil die Gefolgschaft gerade beim Bundesverwaltungsgericht nicht immer so uneingeschränkt war. Bei der Ausdehnung des Schutzes aus Art. 3 EMRK auf nicht-staatliche Verfolgung hatte das Gericht 1997 dem EGMR ausdrücklich die Gefolgschaft verweigert.⁹ Nun heißt es zur Rechtsprechung zum Streikrecht im öffentlichen Dienst wörtlich:

⁷ Siehe nochmals die Nachweise aus der Rechtsprechung in Anm. 5.

⁸ BVerfGE 111, 307 ff. – *Görgülü*; BVerfGE 128, 326 ff. – *Sicherungsverwahrung*.

⁹ BVerwGE 104, 265, 268 f. und 272 ff.; dazu die kritischen Besprechungen von J. A. Frowein, Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, DÖV 51 (1998), 806 ff.; J. A. Frowein, Der europäische Grundrechtsschutz und die deutsche Rechtsprechung, NVwZ 21 (2002), 29 ff.

“Die dargestellten Aussagen des EGMR zum Bedeutungsgehalt von Art. 11 Abs. 1 und 2 EMRK sind für das Verständnis dieser Regelungen maßgeblich, weil der EGMR die Stellung eines authentischen Interpreten der Europäischen Menschenrechtskonvention innehat.”¹⁰

Es ist sicherlich richtig, dass die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in ihren praktischen Ergebnissen oft gar nicht so konventionsunfreundlich war, wie dies die sehr scharfen Formulierungen aus dem Jahr 1997 nahe legen.¹¹ Dennoch darf man es wohl als den Erfolg einer ganzen Generation von Völkerrechtlern ansehen (neben *Jochen Frowein* sind vor allem *Rudolf Bernhardt*, *Eckart Klein*, *Georg Ress*, und *Christian Tomuschat* zu nennen), dass das Bundesverwaltungsgericht nun ein klares Bekenntnis zur besonderen Bedeutung des EGMR bei der Auslegung und Anwendung der EMRK abgibt.

b) Zum Verhältnis von Gesetzgeber und Rechtsprechung bei der Befolgung der EMRK

Ein zweiter interessanter Aspekt der Entscheidung betrifft das Verhältnis von Legislative und Judikative bei der Umsetzung von Konventionspflichten. Hinsichtlich des zentralen Streitpunkts, nämlich der Einordnung der Teilnahme am Streik als Dienstvergehen, nimmt sich das Bundesverwaltungsgericht sehr weit zurück. Es ordnet das beamtenrechtliche Streikverbot den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums zu¹² und hält eine Änderung dieses “Traditionsbestands” durch Auslegung (und damit durch die Rechtsprechung) für unzulässig.¹³ Es soll hier dahinstehen, ob diese Einordnung verfassungsrechtlich uneingeschränkt überzeugt und ob nicht doch auch für die Rechtsprechung hier Interpretationsspielräume bestanden hätten, den Vorgaben von Art. 11 EMRK im geltenden Beamtenrecht Rechnung zu tragen.¹⁴ Das Grundanliegen des Bundesverwaltungsgerichts, die Verantwortung des Gesetzgebers für die Beseitigung des Konventionsverstößes in den Vordergrund zu rücken, verdient durchaus Zustimmung, denn es kann doch kein Zweifel bestehen, dass es sich beim Beamtenstatus um ein komplexes “Gesamtpaket” aus Rechten und Pflichten handelt,

¹⁰ BVerwG (Anm. 2), Rn. 45.

¹¹ BVerwG (Anm. 9), 272 ff.

¹² BVerwG (Anm. 2), Rn. 31 f.

¹³ BVerwG (Anm. 2), Rn. 57 f.

¹⁴ In diese Richtung geht etwa das Urteil des erstinstanzlichen VG Düsseldorf (Anm. 5), Rn. 22 ff.

bei dem ein richterrechtliches Herausbrechen einzelner Teile zwangsläufig zu Ungleichgewichten führen muss. Es scheint mir deshalb zumindest gute rechtspolitische Gründe dafür zu geben, dass das Bundesverwaltungsgericht die Grundsatzfrage der Einführung eines Streikrechts im öffentlichen Dienst nicht selbst in die Hand nimmt, sondern den Gesetzgeber einerseits in die Pflicht nimmt (denn die konventionswidrige Lage wird klar benannt), ihm andererseits damit aber auch die Ausgestaltungsmöglichkeit überlässt.

c) Fehlende Abhilfe im konkreten Fall

Problematisch ist dann allerdings (gerade weil die Beseitigung des Konventionsverstößes dem Gesetzgeber überlassen wird), dass das Bundesverwaltungsgericht an der Durchsetzung der Disziplinarstrafe festhält. Auf den ersten Blick scheint diese Lösung durchaus konsequent: Das beamtenrechtliche Streikverbot gilt nach dem gewählten Ansatz nun einmal solange fort, wie der Gesetzgeber die bestehende Regelung nicht geändert hat. Entsprechend sind alle Beamten nach nationalem Recht am Streiken gehindert. Tun sie es doch, so greifen die dafür vorgesehenen disziplinarrechtlichen Sanktionen. Entsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht die Abwägung bei der Bemessung der Höhe der Geldbuße überprüft (und unter Berücksichtigung des Bemühens der Klägerin um Begrenzung des aus ihrem Streik entstehenden Schadens von 1.500 € auf 300 € reduziert), an der Zulässigkeit der Sanktion aber keinen Zweifel gelassen.¹⁵

Liest man den Beitrag von *Jochen Frowein* im Handbuch des Staatsrechts zu den "Übernationalen Menschenrechtsgewährleistungen", so kann man das zunächst plausibel erscheinende Ergebnis doch noch einmal hinterfragen. Dort heißt es zur Bindungswirkung von Entscheidungen des Gerichtshofs für Parallelverfahren:

"Eine Bindungswirkung der Entscheidungen des Gerichtshofs kann sich auch für Parallelfälle ergeben. Wo aus einem Urteil etwa eindeutig die Konventionswidrigkeit eines staatlichen Gesetzes folgt, führt die Konventionsverpflichtung aus Art. 53 EMRK [heute: Art. 46 Abs. 1 EMRK, C.W.] dazu, dass die Konventionswidrigkeit in zukünftigen Parallelfällen beachtet werden muss. Das geschieht nur, wenn nicht erneut durch eine Entscheidung eine Konventionsverletzung erfolgt. Da Art. 53 EMRK auch eine deutsche Rechtspflicht erzeugt, sind deutsche Gerichte in diesem Sinn verpflichtet, eine Konventionsverletzung in Parallelverfahren zu vermeiden."¹⁶

¹⁵ BVerwG (Anm. 2), Rn. 74.

¹⁶ J. A. Frowein, *Übernationale Menschenrechtsgewährleistungen* (Anm. 1), Rn. 20.

Im Hintergrund der Überlegungen von *Jochen Frowein* stand die Entscheidung des Gerichtshofs, dass Dolmetscherkosten im Strafprozess auch bei einer Verurteilung nicht dem Angeklagten auferlegt werden dürfen. Hier beschränkt sich die Bindungswirkung des Art. 46 Abs. 1 EMRK auf den konkret vom Gerichtshof entschiedenen Fall. Dies hätte an sich zur Konsequenz, dass bis zu einer Änderung der entsprechenden deutschen Regelung durch den Gesetzgeber verurteilten Tätern weiterhin Dolmetscherkosten auferlegt werden können. Genau dem tritt *Frowein* in seinem Beitrag entgegen. Mit der Erstreckung der Wirkungen von Art. 46 Abs. 1 EMRK auf künftige Parallelfälle werden weitere Konventionsverletzungen vermieden, *bevor* der Gesetzgeber die Ursache des Konventionsverstößes beseitigt hat. Nun geht es bei der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts nicht um ein Parallelverfahren zu den türkischen Fällen. Dennoch lässt sich der Gedanke übertragen. Warum? Das Bundesverwaltungsgericht hat eine klare Verpflichtung aus der EMRK zur Einführung eines Streikrechts jedenfalls für Beamte wie die Klägerin angenommen. Es hat also an der normativen Vorgabe der EMRK keinen Zweifel gelassen. Lediglich bei der konkreten Umsetzung sieht es (mit guten Gründen) den Gesetzgeber gefordert. Damit liegt aber eine den Parallelfällen vergleichbare Konstellation vor. Die normative Vorgabe der EMRK steht fest – in den Dolmetscherfällen durch eine Entscheidung des Straßburger Gerichtshofs, beim Streikrecht durch die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts selbst. In beiden Fallkonstellationen kann nur der Gesetzgeber eine entsprechende Neuregelung schaffen. Dies ändert aber – wiederum in beiden Fallkonstellationen gleichermaßen – nichts daran, dass sonstige nachteilige Wirkungen des Konventionsverstößes nach Möglichkeit durch eine entsprechende Auslegung des einfachen Rechts vermieden werden müssen. Das entspricht auch der Logik der *Görgülü*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.¹⁷ Da die Verhängung der Geldbuße eine zusätzliche Belastung im konkreten Fall darstellt, hätte versucht werden müssen, diese Belastung durch eine entsprechende Auslegung des einfachen Rechts zu vermeiden. Das Landesdisziplinarrecht von Nordrhein-Westfalen gestaltet die Verhängung der Geldbuße als Ermessensentscheidung aus.¹⁸ Deshalb wäre es ohne Weiteres möglich gewesen, im konkreten Fall ganz auf die Sanktionierung zu verzichten, so wie dies das Verwaltungsgericht (VG) Düsseldorf in seiner schlanken erstinstanzlichen Entscheidung vorgedacht hatte.¹⁹

¹⁷ BVerfG (Anm. 8) – *Görgülü*.

¹⁸ § 7 LDG NW.

¹⁹ VG Düsseldorf (Anm. 5), Rn. 34.

Selbstverständlich ist das Gegenargument nicht völlig von der Hand zu weisen, dass mit dem Wegfall der Sanktionierung *de facto* eine Streikmöglichkeit geschaffen und das fortbestehende Streikverbot ohne Durchsetzungsmöglichkeit ein rechtlicher Torso ist. Dem stehen aber gewichtige rechtsstaatliche Argumente gegenüber: In seiner *Görgülü*-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht das Rechtsstaatsprinzip stark betont, wenn es hervorhebt, dass zur in Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz (GG) statuierten Bindung an Gesetz und Recht “auch die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Entscheidungen des Gerichtshofs im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung [gehört]”.²⁰ Es will nicht recht einleuchten, dass eine solche methodisch vertretbare Auslegung hier ausgeschlossen ist. Selbst wenn man mit dem Bundesverwaltungsgericht annimmt, dass hier zwei Verfassungsnormen kollidieren, weil das Streikverbot als hergebrachter Grundsatz von Art. 33 Abs. 5 GG erfasst wird und die Rechtsposition unter der EMRK über Art. 20 Abs. 3 GG rezipiert wird, dann wäre immer noch im Wege praktischer Konkordanz nach einem schonenden Ausgleich zu suchen. Dabei hätte man berücksichtigen können und müssen, dass die hergebrachten Grundsätze ausdrücklich der Fortentwicklung durch den Gesetzgeber zugewiesen sind.²¹ Man muss dazu gar nicht so weit gehen wie das VG Kassel, das eine Fortentwicklung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums durch die Rechtsprechung des EGMR für möglich hielt, weil der Gesetzgeber mit dem Beitritt zur EMRK und der Anerkennung des EGMR als authentischem Interpreten implizit eine solche Möglichkeit eröffnet habe.²² Es

²⁰ BVerfGE (Anm. 8) – *Görgülü*, 323.

²¹ Für das Bundesverwaltungsgericht ist Zuweisung der Aufgabe zum Gesetzgeber das zentrale Argument gegen eine modifizierende Auslegung durch die Fachgerichte (BVerwG [Anm. 2], Rn. 57). Dabei bleibt aber unbeantwortet, warum es Art. 33 Abs. 5 GG verbietet, im Einzelfall im Wege fachgerichtlicher Auslegung einen konventionskonformen Zustand herzustellen.

²² So die Tendenz beim VG Kassel (Anm. 5), Rn. 28 ff: “Zur Überzeugung der Kammer hat diese Rechtsprechung des EGMR nicht nur zur Folge, dass die konkrete Streikteilnahme einzelner Beamtinnen und Beamter, die im nicht hoheitlichen Bereich tätig sind, nicht disziplinarisch geahndet werden kann [...], vielmehr hat sich *durch die für die Bundesrepublik Deutschland verbindliche Auslegung der EMRK durch den EGMR der hergebrachte Grundsatz des Berufsbeamtentums, der zuvor einen Streik ausnahmslos verbot, dergestalt gewandelt*, dass nunmehr unter bestimmten Voraussetzungen auch die Streikteilnahme von Beamten als mit ihren Beamtenpflichten vereinbar angesehen werden muss. [...] Hiervon ausgehend hat die EMRK auch Ausstrahlungswirkungen auf Art. 33 Abs. 5 GG, wonach das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln ist. Art. 33 Abs. 5 GG ermächtigt den Gesetzgeber, die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln, aber auch, wie durch die Grundgesetzänderung durch Gesetz vom 28.08.2006 (BGBl. I S. 2034) klargestellt wurde, fortzuentwickeln. *Diese Fortentwicklung ist durch Übernahme der EMRK dahingehend er-*

reicht, die rechtsstaatliche Dimension der Zuerkennung eines Streikrechts durch die EMRK zu berücksichtigen. Unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten ist es nicht akzeptabel, der Klägerin einerseits ausdrücklich ein Konventionsrecht auf Beteiligung an einem Warnstreik zuzusprechen (was das Bundesverwaltungsgericht ja ausdrücklich tut), andererseits aber dessen Inanspruchnahme gleichwohl disziplinarrechtlich zu sanktionieren. Es mag Extremfälle geben, in denen das Interesse an einem vorübergehenden Vollzug der konventionswidrigen Rechtslage überwiegt.²³ Im konkreten Fall des Bundesverwaltungsgerichts ist aber nichts dergleichen erkennbar. Kurz: Man muss rechtlich unterscheiden zwischen einerseits dem Konventionsverstoß, der aus der fehlenden Streikmöglichkeit resultiert und andererseits der disziplinarrechtlichen Sanktionierung der (nach deutschem Recht rechtswidrigen) Teilnahme an einem Streik. Es ist richtig, die Neugestaltung des Beamtenrechts mit Streikmöglichkeit insgesamt dem Gesetzgeber zu überlassen. Es ist aber falsch, wenn bis dahin Verstöße gegen das konventionswidrige, aber weiterhin gültige Streikverbot disziplinarrechtlich sanktioniert werden.

II. Zur verfassungsgerichtlichen Dimension der Rechtsprechung des EGMR

Verlassen wir nun aber die konkrete Ebene der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts und fragen nach Konstitutionalisierungsprozessen im Völkerrecht (Hier ist die Formulierung im Plural wichtig: Es ist bewusst nicht von Konstitutionalisierung des Völkerrechts die Rede.). Besonders bemerkenswert dürfte die Anerkennung des EGMR als "authentischer Interpret" der EMRK durch das Bundesverwaltungsgericht²⁴ (und zuvor das Bundesverfassungsgericht²⁵) vor allem in institutioneller Hinsicht sein. Erst

folgt, dass das ursprünglich für alle Beamtinnen und Beamten geltende Streikverbot nunmehr – unter Berücksichtigung des Art. 11 EMRK – allenfalls noch für eine bestimmte, abgrenzbare Gruppe von Beamtinnen und Beamten Geltung beanspruchen kann, nämlich lediglich für diejenigen, die den in Art. 11 Abs. 2 Satz 2 EMRK genannten Gruppen von Beamten (Mitglieder der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung) angehören." (Hervorhebungen vom Verf.).

²³ Hieran könnte man in bestimmten Konstellationen der Sicherungsverwahrung denken; zu den unterschiedlichen Reaktionsmöglichkeiten von EGMR und nationaler Verfassungsgerichtsbarkeit bei der Notwendigkeit Übergangsregelungen zur Bewältigung grund- oder menschenrechtswidriger Rechtslagen siehe näher C. Grabenwarter, Die deutsche Sicherungsverwahrung als Treffpunkt grundrechtlicher Parallelwelten, EuGRZ 39 (2012), 507 ff. (512).

²⁴ BVerwG (Anm. 2), Rn. 45.

²⁵ BVerfG (Anm. 8) – *Sicherungsverwahrung*, Rn. 89.

ZaöRV 75 (2015)

durch das Zusammenwirken von Konvention und einem institutionell stark ausgestalteten Interpreten werden die besonderen Wirkungen der EMRK erzeugt. Es lohnt sich, hierzu noch einmal einen genaueren Blick in die den Ausgangspunkt bildende Entscheidung der Großen Kammer in *Demir und Baykara* zu werfen.

Die Türkei hatte vor der Großen Kammer unter anderem damit argumentiert, die Kammer habe zur Auslegung von Art. 11 EMRK Bestimmungen aus einem anderen völkerrechtlichen Vertrag, der Europäischen Sozialcharta, herangezogen, an welche die Türkei in dem entscheidenden Punkt nicht gebunden sei.²⁶ Der Gerichtshof reagiert hierauf mit grundsätzlichen Ausführungen zu seiner Methode bei der Auslegung der EMRK. Dabei wird deutlich, dass er die EMRK nicht nur als ein "lebendiges Instrument" versteht, das im Lichte der jeweils aktuellen Lebensverhältnisse zu interpretieren sei,²⁷ sondern dass die Vertragsparteien eine auf Grundrechtsintegration angelegte Konventionsgemeinschaft gegründet haben, in der die allgemeine nationale und internationale Rechtsentwicklung in Europa dazu herangezogen werden kann, einzelne Konventionsbestimmungen auszulegen.²⁸ Dies kann im Einzelfall dazu führen, dass rechtlich unverbindliche Dokumente oder Bestimmungen aus Verträgen, denen die verklagte Konventionspartei selbst gar nicht angehört, über eine Konventionsbestimmung mittelbar doch verbindlich werden. Noch einmal in den Worten des Gerichtshofs:

"In this context, it is not necessary for the respondent State to have ratified the entire collection of instruments that are applicable in respect of the precise subject matter of the case concerned. It will be sufficient for the Court that the relevant international instruments denote a continuous evolution in the norms and principles applied in international law or in the domestic law of the majority of member States of the Council of Europe and show, in a precise area, that there is common ground in modern societies [...]."²⁹

²⁶ EGMR (Anm. 3) – *Demir und Baykara*, Rn. 61 f.

²⁷ Grundlegend: EGMR, Appl. Nr. 5856/72, Urt. v. 25.4.1978, *Tyrer v. Vereinigtes Königreich*, Rn. 31.

²⁸ EGMR (Anm. 3) – *Demir und Baykara*, Rn. 85: "The consensus emerging from specialised international instruments and from the practice of Contracting States may constitute a relevant consideration for the Court when it interprets the provisions of the Convention in specific cases."

²⁹ EGMR (Anm. 3) – *Demir und Baykara*, Rn. 86; dt. Übersetzung (NZA): "Dabei ist es nicht erforderlich, dass der beklagte Staat alle völkerrechtlichen Vereinbarungen ratifiziert hat, die auf den Gegenstand des gegen ihn anhängigen Falls anwendbar sind. Es genügt, dass die einschlägigen internationalen Instrumente eine kontinuierliche Entwicklung der anwendbaren Vorschriften und Grundsätze des Völkerrechts oder des staatlichen Rechts der Mehrheit der

Die Beschreibung seines methodischen Ansatzes durch den Gerichtshof selbst dürfte in ihrer Bedeutung kaum zu überschätzen sein. Der Gerichtshof hat die methodische Frage bewusst vor die Klammer gezogen und sie so prominent seinen weiteren Entscheidungsgründen vorangestellt.³⁰ Er hat es für notwendig gehalten, immerhin sechsundzwanzig Randnummern der Entscheidungsgründe auf diese methodische Frage zu verwenden. Die Entscheidung ist einstimmig ergangen und sie enthält – gestützt auf den vom Gerichtshof eingehend begründeten methodischen Ansatz – eine Rechtsprechungsänderung zu konkreten Einzelrechten der Koalitionsfreiheit.³¹

Mit diesem Ansatz wird der Gerichtshof zum Verdichter und Beschleuniger des europäischen Grundrechtsschutzes insgesamt. Die EMRK fängt danach Entwicklungen ein, die zunächst einmal disparat und isoliert voneinander erscheinen und dies vielleicht sogar tatsächlich sind (Tendenzen in einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, „*soft law*“ des Europarats, Entwicklungen im internationalen Menschenrechtsschutz insgesamt, selbst dann, wenn der betreffende Staat diese Entwicklungen gerade nicht akzeptiert hat). Diese Entwicklungen werden sodann durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs zusammengeführt, bevor ihnen normative Verbindlichkeit verliehen wird, indem sie zum Bestandteil der Konventionsgarantien gemacht und damit der Überwachung und Durchsetzung durch den Gerichtshof unterworfen werden.

Es ist ganz unmöglich, diesen Ansatz mit den klassischen Kategorien des Koordinations- oder auch Kooperationsvölkerrechts als einem zwischenstaatlichen Recht zu erklären. In dem Vortrag von *Jochen Frowein* zur Konstitutionalisierung des Völkerrechts auf der Kieler Tagung der Gesellschaft für Völkerrecht im Jahr 1999 wird aber genau diese Entgegensetzung zum konsensbasierten Völkerrechtsverständnis zum Charakteristikum des im Übrigen ja durchaus schillernden Konzepts der „Konstitutionalisierung“ gemacht.³² Legt man diesen Maßstab an, dann kann gar kein Zweifel bestehen, dass wir es hier mit einem Konstitutionalisierungsprozess zu tun haben. Das *Lotus*-Prinzip³³ und die von ihm verlangte Zustimmung jedes Staats zum Entstehen rechtlicher Bindungen³⁴ sind fast vollständig ver-

Mitgliedstaaten des Europarats zeigen und beweisen, dass bei einer bestimmten Frage eine übereinstimmende Auffassung der modernen Gesellschaften besteht ...”.

³⁰ EGMR (Anm. 3) – *Demir und Baykara*, Rn. 60 ff.

³¹ EGMR (Anm. 3) – *Demir und Baykara*, Rn. 153 ff.

³² *J. A. Frowein*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, BerDGIR 39 (2000), 427 ff.

³³ PCIJ, Series A, No. 10.

³⁴ Dazu statt anderer *M. Herdegen*, Völkerrecht, 14. Aufl. 2015, 29 ff.

drängt zugunsten der Herausbildung, Konkretisierung und Durchsetzung gemeinsamer Werte durch ein Gericht.³⁵

Durch dieses Selbstverständnis des Gerichtshofs ändert sich auch der Charakter der EMRK und ihre Bedeutung für die Mitgliedstaaten als Vertragsparteien. Die Konvention ist nicht mehr nur ein einfacher völkerrechtlicher Vertrag, sondern sie formt die Vertragsparteien zu einer Grundrechtsgemeinschaft, in der auch das Verhalten der anderen Mitglieder sich auf die Fortentwicklung der gemeinsamen Standards auswirkt. Rechtliche Bindungen entstehen nicht mehr nur durch die freie, souveräne Entscheidung eines einzelnen Mitgliedstaats, sondern sie können auch durch das Verhalten der Gemeinschaft insgesamt vermittelt werden. Der Begriff der "Konventionsgemeinschaft" erhält hierdurch einen eigenen Sinn.³⁶

Damit ist der Vergleich mit der innerstaatlichen Verfassungsgerichtsbarkeit angesprochen und zugleich der Akzent auf die Institution gesetzt. Die beschriebene Entwicklung wäre ohne ein Organ wie den EGMR überhaupt nicht denkbar. Selbstverständlich liefert der Konventionstext die normative Basis. Aber wesentliche Inhalte sind durch die Rechtsprechung der letzten mehr als 60 Jahre geschaffen worden. Letztlich hat der EGMR damit in ganz ähnlicher Weise wie das Bundesverfassungsgericht seine Zuständigkeit zur Auslegung der Grund- respektive Menschenrechte genutzt, um die Ausgestaltung der innerstaatlichen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten maßgeblich zu beeinflussen. Wir haben über den Vergleich zwischen EGMR und innerstaatlicher Verfassungsgerichtsbarkeit ausführlich auf dem Kolloquium zum 65. Geburtstag diskutiert.³⁷ Das bedarf keiner Wiederholung. Aber man kann sicherlich feststellen, dass die Entwicklung der letzten 15 Jahre und namentlich das in der Entscheidung *Demir und Baykara* zum Ausdruck kommende Selbstverständnis des EGMR die damalige Analyse bestätigen: Bei der Gesamtentwicklung der EMRK handelt es sich um einen Konstitutionalisierungsprozess.

³⁵ Siehe hierzu, mit kritischer Tendenz, N. Weiß, Von Paukenschlägen und steten Tropfen – Anmerkungen zur Bedeutung und Wirkung von EGMR-Urteilen aus staats- und völkerrechtlicher Sicht, EuZA 3 (2010), 457 ff.

³⁶ S. C. Walter, Die Europäische Menschenrechtskonvention als "Konventionsgemeinschaft": Praktische Wirkungen in der deutschen Rechtsordnung, in: C. Spénlé (Hrsg.), Die Europäische Menschenrechtskonvention und die nationale Grundrechtsordnung, 2007, 53 (63 ff.); G. Ress, Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge, in: W. Fürst/R. Herzog/C. Umbach (Hrsg.), FS für Wolfgang Zeidler, Bd. II, 1987, 1775 ff. (1790 ff.).

³⁷ C. Walter, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess, ZaöRV 59 (1999), 961 ff. (962 ff. m. w. N.); siehe auch C. Grabenwarter, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL, Bd. 60, 2000, 290 ff. (294 ff.).

III. Die *Sarrazin*-Entscheidung des Rassendiskriminierungsausschusses und das Problem der Fragmentierung des internationalen Menschenrechtsschutzes

Nun ist aber der EGMR ja keineswegs das einzige Vertragsorgan zur Überwachung des internationalen Menschenrechtsschutzes. Damit stellt sich die Frage, was diesen Gerichtshof eigentlich von den anderen vertraglichen Überwachungsgremien unterscheidet. Könnten alle anderen “treaty bodies” ihren Vertrag in vergleichbarer Weise dynamisch interpretieren? In der Tat lassen sich entsprechende Tendenzen durchaus erkennen. So verwenden die Ausschüsse ungeachtet des rechtlich unverbindlichen Charakters ihrer “Auffassungen”³⁸ bzw. “Vorschläge und Empfehlungen”³⁹ zunehmend Formulierungen, die an bindende Urteile erinnern. Auch die von praktisch allen Ausschüssen verfassten “General Comments” zu den ihrer Arbeit zugrundeliegenden Verträgen haben ihre Rolle nachhaltig gestärkt.⁴⁰

Dennoch verbleiben zentrale Unterschiede. Abgesehen von der fehlenden Verbindlichkeit der Entscheidungen der menschenrechtlichen Vertragsorgane dürfte der wichtigste darin liegen, dass bislang kein zentralisierter Mechanismus mit universellem Anspruch geschaffen werden konnte. Überlegungen zu einem “Unified Standing Treaty Body”⁴¹ oder gar einem “Weltmenschenrechtsgerichtshof”⁴² sind bislang Theorie geblieben. Hiermit verbinden sich Probleme der Fragmentierung, die anhand der Stellungnahme des Rassendiskriminierungsausschusses im Verfahren *Türkischer Bund Berlin-Brandenburg* (im Folgenden: *Sarrazin*-Fall) thematisiert werden sollen.⁴³

³⁸ Art. 5 Abs. 4 1. Fakultativprotokoll IPbPR; Art. 22 Abs. 7 Übereinkommen gegen Folter.

³⁹ Art. 14 Abs. 7 lit. b) Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung; Art. 7 Abs. 3 Fakultativprotokoll zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau.

⁴⁰ Siehe näher *M. Ruffert/C. Walter*, Institutionalisiertes Völkerrecht, 2. Aufl. 2015, Rn. 545 m. w. N.

⁴¹ A/59/2005/Add.3 v. 26.5.2005; s. dazu Concept Paper on the High Commissioner’s Proposal for a unified standing treaty body, Report by the Secretariat, HRI/MC/2006/2 v. 22.3.2006; kritisch dazu *C. Tomuschat*, Human Rights Committee, MPEPIL, <<http://www.mpepil.com>>, Rn.36.

⁴² *M. Nowak*, Ein Weltgerichtshof für Menschenrechte, VN 56 (2008), 205 ff.; *J. Kozma/M. Nowak/M. Scheinin*, A World Court of Human Rights: Consolidated Statute and Commentary, 2010.

⁴³ CERD Opinion v. 26.2.2013, Communication No. 48/2010 v. 4.4.2013, UN Dok. CERD/C/82/D/48/2010.

Es ist hier weder möglich noch notwendig, die Einzelheiten des Verfahrens zu berichten.⁴⁴ Einige wenige Aspekte mögen genügen. Der Rassendiskriminierungsausschuss hat in seiner Entscheidung vom April 2013 eine doppelte Verletzung der Verpflichtungen Deutschlands aus der Rassendiskriminierungskonvention festgestellt, weil Ermittlungsverfahren gegen den früheren Berliner Finanzsenator *Thilo Sarrazin* wegen bestimmter Äußerungen in Interviews eingestellt worden waren. Für den konkreten Fall wird in der Einstellung des Strafverfahrens ein Verstoß gegen die Rassendiskriminierungskonvention gesehen.⁴⁵ Darüber hinaus hält der Ausschuss aber auch die Regelung in § 130 Abs. 1 Strafgesetzbuch (StGB) insgesamt für eine nur unzureichende Umsetzung der Verpflichtung aus Art. 2 Abs. 1 lit. d) und Art. 4 lit. a) Rassendiskriminierungskonvention.⁴⁶ Die Entscheidung ist unter verschiedenen Gesichtspunkten kritisiert worden, zu denen die sehr großzügige Bejahung der Zulässigkeit⁴⁷ und die nicht hinreichend sorgfältige Ermittlung der konkreten Aussagen *Sarrazins* gehören.⁴⁸

Das zentrale Problem des Falles und auch der Entscheidung des Rassendiskriminierungsausschusses liegt aber beim Verhältnis von Meinungsäußerungsfreiheit und Diskriminierungsverbot. Hier ist dem Ausschuss überzeugend vorgeworfen worden, sich mit der Problematik gar nicht ernsthaft auseinandergesetzt zu haben.⁴⁹ In der Tat überrascht, wie der Ausschuss die Sache in kaum mehr als zwei Zeilen zugunsten des Diskriminierungsverbots entscheidet. Schon die Art und Weise, wie die sog. “*due regard*”-*clause* (jener Teil des Chapeaus von Art. 4 Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), in dem statuiert wird, dass die zu ergreifenden unmittelbaren und positiven Maßnahmen “unter gebührender Berücksichtigung der in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte niedergelegten Grundsätze” stehen) eingeführt wird, weckt Zweifel an der Herangehensweise. Die Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für die politische Debatte in einer demokratischen Gesellschaft wird gar nicht erst entfaltet, sondern die Meinungsäußerungsfreiheit wird gleich mit dem Hinweis eingeführt, dass sie “besondere Pflichten und Verantwortlichkeiten” mit sich

⁴⁴ S. die ausführlichen Besprechungen von *M. Payandeh*, Die Entscheidung des UN-Ausschusses gegen Rassendiskriminierung im Fall *Sarrazin*, JZ 68 (2013), 980 ff. und *C. Tomuschat*, Der “Fall *Sarrazin*” vor dem UN-Rassendiskriminierungsausschuss, EuGRZ 40 (2013), 262 ff.

⁴⁵ CERD (Anm. 43) – *Sarrazin*, Rn. 12.4.

⁴⁶ CERD (Anm. 43) – *Sarrazin*, Rn. 12.9.

⁴⁷ *M. Payandeh* (Anm. 44), 982.

⁴⁸ *C. Tomuschat* (Anm. 44), 262 ff.

⁴⁹ *M. Payandeh* (Anm. 44), 983.

bringe.⁵⁰ Der Rest ist dann mit einem Halbsatz erledigt. Dort wird ein formales Bekenntnis zur Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit formuliert (“*While acknowledging the importance of freedom of expression*”), das aber im zweiten Halbsatz sofort dadurch überspielt wird, dass diese hinter dem rassistischen Charakter der Äußerungen von *Thilo Sarrazin* zurücktreten müsse. Wer sich auch nur ein bisschen mit der Herangehensweise des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte an die Abgrenzung zwischen Meinungsäußerungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz beschäftigt⁵¹ oder sich gar rechtsvergleichend unterschiedliche nationale Vorstellungen zum Verhältnis von Meinungsäußerungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz angesehen hat, der kann eigentlich nur den Kopf darüber schütteln, wie einfach es sich der Ausschuss an dieser zentralen Stelle macht.

Im vorliegenden Zusammenhang ist die Entscheidung unter dem Gesichtspunkt der Fragmentierung interessant. Die wohl plausibelste Erklärung für die einseitige Behandlung der Problematik durch den Rassendiskriminierungsausschuss liegt in seiner inhaltlichen Spezialisierung auf die Bekämpfung von Diskriminierung. Anders als Vertragsgremien eines allgemeinen Menschenrechtsschutzvertrages, wie der EGMR für die EMRK oder der Menschenrechtsausschuss für den Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR), hat der Rassendiskriminierungsausschuss eben eine spezifische “Mission”: die Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (wie es im vollständigen Titel des Übereinkommens heißt).⁵² Diese “Mission” macht ihn vielleicht nicht direkt blind für andere Schutzanliegen, aber man kann wohl doch zumindest von einer “strukturellen Voreingenommenheit” sprechen.⁵³

Die Entscheidung des Rassendiskriminierungsausschusses im Fall *Sarrazin* macht damit darauf aufmerksam, dass mit der zunehmenden Zahl von Vertragsgremien im internationalen Menschenrechtsschutz neben dem institutionellen Problem der Vervielfachung von Berichtspflichten und Beschwerdemöglichkeiten⁵⁴ auch die Gefahr sich widersprechender materieller Anforderungen einhergeht. In dieser Hinsicht unterscheiden sich jedenfalls die spezialisierten Vertragsorgane des internationalen Menschenrechtsschutzes derzeit grundlegend vom EGMR, bei dem aufgrund der umfassenden Breite der Konventionsgarantien und der zentralen Stellung des Ge-

⁵⁰ CERD (Anm. 43) – *Sarrazin*, Rn. 12.7.

⁵¹ Vgl. etwa zuletzt EGMR, Appl. Nr. 27510/08, Urt. v. 17.12.2013, *Perinçek v. Schweiz* Rn. 98 ff.; noch nicht rechtskräftig (derzeit anhängig vor der Großen Kammer).

⁵² International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UNTS 660, 195.

⁵³ Überzeugend *M. Payandeh* (Anm. 44), 989.

⁵⁴ Siehe dazu nochmals *M. Ruffert/C. Walter* (Anm. 40), Rn. 543 ff.

richtshofs im System des Menschenrechtsschutzes im Rahmen des Europarats solche Fragmentierungsgefahren innerhalb des regionalen Menschenrechtsschutzes weitgehend ausgeschlossen sind. Ein weiterer wesentlicher Unterschied liegt in der unterschiedlichen Rolle, welche die Verträge dem jeweiligen Überwachungsorgan zuweisen. Während Art. 32 Abs. 1 EMRK dem Gerichtshof die Verantwortung für "alle die Auslegung und Anwendung dieser Konvention und der Protokolle dazu betreffenden Angelegenheiten" zuweist, fehlt es an entsprechenden Bestimmungen bei den universellen Vertragsgremien.

Alles in allem sind die Entwicklungen zur Konstitutionalisierung unter der EMRK damit nicht ohne Weiteres in den universellen Kontext übertragbar. Dort steht derzeit vielmehr das Problem der institutionellen Heterogenität im Vordergrund, das – wie die *Sarrazin*-Entscheidung zeigt – zumindest potenziell auch zu einer Fragmentierung der materiellen Maßstäbe führen kann. Entgegenwirken lässt sich dem nur, indem die institutionelle Eigenlogik und strukturelle Voreingenommenheit insbesondere der spezialisierten Mechanismen irgendwie ausbalanciert werden. Es ist aber derzeit nicht recht erkennbar, wie genau das geschehen könnte.

IV. Schlussbemerkung

Zum Schluss sei noch einmal der Vergleich mit der Verfassungsgerichtsbarkeit angesprochen. Gerade aus deutscher Sicht mag man bei diesem Vergleich zögern und stattdessen die Unterschiede hervorheben, die sich auch beim EGMR (und natürlich erst recht bei den Vertragsgremien des universellen Menschenrechtsschutzes) gegenüber der besonders starken Stellung des Bundesverfassungsgerichts in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes ergeben. Manch einer mag auch in so einem Vergleich den Versuch sehen, den internationalen Menschenrechtsschutz durch einen terminologischen Trick zu überhöhen. Darum geht es hier aber nicht. Der Vergleich soll vielmehr darauf aufmerksam machen, dass im Rahmen der Individualbeschwerde durch die Organe des internationalen Menschenrechtsschutzes funktionell eine ganz ähnliche Aufgabe wahrgenommen wird, wie dies bei einem Verfassungsgericht bei der Verfassungsbeschwerde der Fall ist. Soweit Behörden- oder Gerichtsentscheidungen betroffen sind, ist eine Korrektur durch ein (höheres) Gericht nichts Ungewöhnliches. Exekutive und Judikative sind es gewöhnt, durch Entscheidungen von (höheren) Gerichten korrigiert zu werden. Sowohl bei der *Sarrazin*-Entscheidung (hinsichtlich des dort als unzureichend angesehenen § 130 Abs. 1 StGB) als auch beim

Streikverbot für Beamte sind aber nicht nur Exekutive oder Judikative Adressaten, sondern es werden von den völkerrechtlichen Durchsetzungsmechanismen Vorgaben für die innerstaatliche Legislative gemacht.

Unter dem Gesichtspunkt demokratischer Legitimation ist dies besonders rechtfertigungsbedürftig, denn immerhin wird das gewählte Parlament in die Pflicht genommen, nicht etwa (nur) Exekutive oder Judikative. Allerdings ist das Völkerrecht für eine solche Differenzierung zwischen den verschiedenen innerstaatlichen Gewalten bislang weitgehend blind. Bei rein völkerrechtlicher Betrachtungsweise macht es zunächst einmal keinen Unterschied, welche innerstaatliche Gewalt einen Konventionsverstoß begangen hat. Entscheidend ist allein, dass die Verletzung einem vertraglich gebundenen Völkerrechtssubjekt zugerechnet werden kann. Die nach außen einheitliche Völkerrechtssubjektivität überlagert funktionale Differenzierungen zwischen den Staatsgewalten im Inneren.

Bei der Verfassungsgerichtsbarkeit ist das ganz anders. Von *Marbury v. Madison*⁵⁵ über die Debatten in der Paulskirche⁵⁶ bis zur Weimarer Staatsrechtslehre⁵⁷ war man sich der Ambivalenzen eines "richterlichen Prüfungsrechts", wie man damals die Prüfung der Vereinbarkeit von Parlamentsgesetzen mit der Verfassung nannte,⁵⁸ sehr bewusst. Beim EGMR scheint ein solches Bewusstsein inzwischen auch heranzuwachsen.⁵⁹ Die Entscheidung des Rassendiskriminierungsausschusses erweckt dagegen den Eindruck, als ob man sich im Überschwang der Diskriminierungsbekämpfung die Frage nach Gestaltungsspielräumen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers gar nicht gestellt hat. Hieraus ergibt sich eine unerwartete Pointe der Debat-

⁵⁵ 5 U.S. 137 (1803); allgemein zum Problem der "counter-majoritarian difficulty" von Verfassungsgerichtsbarkeit im amerikanischen Verfassungsrecht A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2. Aufl. 1986, 16 ff.; rechtsvergleichend U. Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Mißtrauen*, 1998.

⁵⁶ Dazu J. Wieland, Art. 93 Rn. 10, in: H. Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz*, Bd. II, 2. Aufl. 2008.

⁵⁷ Ausführlich zu den verschiedenen Positionen, H. Wendenburg, *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*, 1984.

⁵⁸ R. Thoma, *Das richterliche Prüfungsrecht*, AöR 43 (1922), 267 ff.; siehe auch E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 3, 3. Aufl. 1988, 1055 ff.

⁵⁹ Etwa in der Entscheidung zum französischen Burkaverbot, EGMR, Appl. Nr. 43835/11, Urt. v. 1.7.2014, *S.A.S. v. Frankreich*, Rn. 129 und v. a. Rn. 154: "Unter diesen Bedingungen ist der Gerichtshof verpflichtet, seine Prüfung der Konventionsmäßigkeit zu beschränken, da eine solche Prüfung dazu führt, dass der Gerichtshof eine Abwägung bewertet, die in einem demokratischen Prozess innerhalb der betreffenden Gesellschaft vorgenommen wurde." (Hervorhebung vom Verfasser; zitiert nach der deutschen Übersetzung in EuGRZ, 42 (2015), 16 ff. (26)); zum Ganzen auch C. Grabenwarter/K. Struth, *Das französische Verbot der Vollverschleierung – Absolutes Verbot der Gesichtsverhüllung zur Wahrung der "Minimalanforderungen des Lebens in einer Gesellschaft"?*, EuGRZ 42 (2015), 1 ff.

te über die Konstitutionalisierung des Völkerrechts: Durch die verfassungsrechtliche Perspektive werden die Institutionen des internationalen Menschenrechtsschutzes nicht etwa einseitig zu Lasten innerstaatlicher Institutionen gestärkt, sondern vielmehr – im besten demokratischen Interesse – an ihre Grenzen erinnert.