

JAHRBUCH
DES
ÖFFENTLICHEN RECHTS

NEUE FOLGE

DAS ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART

JAHRBUCH DES
ÖFFENTLICHEN RECHTS
DER GEGENWART

NEUE FOLGE / BAND 66

herausgegeben von

Susanne Baer, Oliver Lepsius,
Christoph Schönberger, Christian Waldhoff
und Christian Walter



Mohr Siebeck

Prof. Dr. Dr. h.c. SUSANNE BAER, LL.M., Humboldt Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. OLIVER LEPSIUS, LL.M., Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verfassungstheorie, Universität Münster, Bispinghof 24/25, D-48143 Münster

Prof. Dr. CHRISTOPH SCHÖNBERGER, Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Vergleichende Staatslehre und Verfassungsgeschichte, D-78457 Konstanz

Prof. Dr. CHRISTIAN WALDHOFF, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Finanzrecht, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. CHRISTIAN WALTER, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht, Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU), Prof.-Huber-Platz 2, D-80539 München

ISBN 978-3-16-155781-1 / eISBN 978-3-16-159057-3
ISSN 0075-2517

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

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, dass das Manuskript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließende Verlagsrecht. Das Verlagsrecht endet mit dem Ablauf der gesetzlichen Urheberschutzfrist. Der Autor behält das Recht, ein Jahr nach der Veröffentlichung einem anderen Verlag eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen. Bestandteil des Verlagsrechts ist das Recht, den Beitrag fotomechanisch zu vervielfältigen und zu verbreiten und das Recht, die Daten des Beitrags zu speichern und auf Datenträger oder im Online-Verfahren zu verbreiten.

Dieses Jahrbuch einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Bembo-Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Papier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Inhaltsverzeichnis

Schwerpunktthema: Einheitliches Recht und Vielfalt der einzelstaatlichen Rechtskulturen

ANGELIKA NUSSBERGER: „Schmelztiegel Europa“. Wie europäische Richter mit einer Stimme sprechen (oder auch nicht)	1
CHRISTOPH GRABENWARTER: Die Herausbildung europäischer Verfassungsstandards in der Venedig-Kommission	21
OLIVER JÜRGEN JUNGE: Vielfalt und Einheit von Recht und Verfassung in der Europäischen Union und imperialen Ordnungen	43
ANN-KATRIN KAUFHOLD: Einheit in Vielfalt durch umgekehrten Vollzug? Zur Anwendung mitgliedstaatlichen Rechts durch europäische Institutionen	85
FABIAN WITTRECK: Staatliche und geistliche Gerichtsbarkeit	111
KATHARINA REILING, MARIA DANIELA POLI, GUSTAVO MANUEL DÍAZ GONZÁLEZ und NADA PAUER: Richtlinienumsetzung in dezentralisierten Mitgliedstaaten	145

Abhandlungen und Aufsätze

THOMAS GROSS: Der Missbrauch der Menschenwürde als Schranke der Meinungsfreiheit	187
DAVID KUCH: Die Freiheit der Person: Grundrecht und Grundrechtsvoraussetzung	205
FERDINAND WEBER: Überstaatlichkeit als Kontinuität und Identitätszumutung. Eine historisch-dogmatische Grundlegung	237
PAULINA STARSKI und LEANDER BEINLICH: Der Amtshaftungsanspruch und Auslandseinsätze der Bundeswehr. Eine verfassungsrechtliche und rechtsvergleichende Betrachtung aus Anlass des Kunduz-Urteils des Bundesgerichtshofs	299

Debatte: Demokratie in Zeiten der Migration

ANUSCHEH FARAHAT: Inklusion in der superdiversen Einwanderungsgesellschaft. Verfassungsrechtliche Eckpunkte	337
MARKUS KOTZUR: We the People on the move. Wie Migrationsbewegungen demokratische Herrschaftsorganisation herausfordern und verändern	371
DIETRICH MURSWIEK: Staatsvolk, Demokratie und Einwanderung im Nationalstaat des Grundgesetzes	385
ASTRID WALLRABENSTEIN: Wahlrecht und Mobilität	431
ULRICH K. PREUSS: Migration und Demokratie. Das Volk, die Demokratie und die Fremden	459

Porträts und Erinnerungen

BERNHARD SCHLINK: Erinnerung an Adalbert Podlech	471
WOLFGANG CLEMENT: „Nec temere, nec timide“. Zum Gedenken an Horst Ehmke	483
PETER HÄBERLE: Gedächtnisblatt für Horst Ehmke	487
FRITZ W. SCHARPF: Horst Ehmke kontrafaktisch: Prinzipien der Verfassungsinterpretation im Europarecht?	495
KURT GRAULICH: Horst Ehmkes Aufsatz „Demokratischer Sozialismus und demokratischer Staat“ (1974) – Like a bridge over troubled water	509
FRIEDER GÜNTHER: „Renegatentum“ als Lebensprinzip. Horst Ehmke und die alte Bundesrepublik	521

*Entwicklungen des Verfassungsrechts**I. Gliedstaatliches Verfassungsrecht*

MARKUS MÖSTL: Innerbundesstaatliche Verfassungsvergleichung. Ein Bericht aus Deutschland	531
ARNO WETTLAUER: Zur Verfassungsreform in Hessen	565
WERNER REUTTER: Politik und Verfassung in Schleswig-Holstein	617

II. Verfassungsrecht in Europa

ADAM BODNAR: Protection of Human Rights after the Constitutional Crisis in Poland	639
MARTA BREICHOVÁ LAPČÁKOVÁ: Europäisches Recht in der Judikatur des Verfassungsgerichts der Slowakischen Republik	663
PETER BUSSJÄGER: Verfassungsrecht im Kleinstaat. Zur Entwicklung der Verfassungsrechtsdogmatik in Liechtenstein	683

III. Verfassungsrecht außerhalb Europas

ANDREAS TIMMERMANN: „Der Krausismus“ in Argentinien und die Radikalen um Hipólito Yrigoyen (1850–1933)	701
XIAODAN ZHANG: Die exekutive Rechtsetzung des Staatsrats der VRCh und ihre dialektische Funktion im sozialistischen Rechtsstaat Chinas	731

Schwerpunktthema: Einheitliches Recht und Vielfalt der einzelstaatlichen Rechtskulturen

„Schmelztiegel Europa“

Wie europäische Richter mit einer Stimme sprechen (oder auch nicht)

von

Prof. Dr. Dr. h.c. Angelika Nußberger M.A.
Vizepräsidentin des EGMR Straßburg/Köln*

Inhalt

I. <i>Argumentationsstil und Diskussionskultur als Teil des Beratungsgeheimnisses</i>	1
II. <i>Modelle richterlichen Entscheidens</i>	3
III. <i>Individuelle Vorprägungen</i>	5
1. <i>Berufliche Erfahrung</i>	5
2. <i>Alter und Erfahrungshorizont</i>	6
3. <i>Geschlecht</i>	7
4. <i>Politische Einstellung</i>	8
IV. <i>Rechtskulturelle Vorprägungen</i>	8
1. <i>Die Rolle des Richters – Teamplayer vs. Einzelkämpfer</i>	11
2. <i>Fokus der Entscheidung – Einzelfallgerechtigkeit vs. Stimmigkeit des Gesamtsystems</i>	14
3. <i>Juristischer Diskurs – die Bedeutung von Fußnoten und Verweisen</i>	17
V. <i>Schmelztiegeleffekte</i>	19

I. Argumentationsstil und Diskussionskultur als Teil des Beratungsgeheimnisses

Kleine Unterschiede in der Strichführung verraten, ob eine Handschrift aus deutscher, französischer oder englischer Feder stammt. Aus der Form und Geschmeidigkeit der Schriftzüge lassen sich auch Rückschlüsse auf das Alter des Schreibers ziehen,

* Die Autorin ist die seit 2011 für Deutschland gewählte Richterin und Vizepräsidentin des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR). Die folgenden Ausführungen geben ausschließlich ihre persönliche Meinung wieder und binden den Gerichtshof in keiner Weise. Intention ist, die in dem Band enthaltenen wissenschaftlichen Analysen zum Thema „Einheitliches Recht und Vielfalt der Rechtskulturen“ um einen subjektiven Erfahrungsbericht zu ergänzen.

nicht aber unbedingt darauf, ob das lateinische Alphabet das zuerst Erlernte war oder aber ob das Schreiben zunächst mit der kyrillischen, armenischen oder georgischen Schrift geübt worden ist. Auch kann man nicht sicher wissen, manches Mal aber raten, ob der Schreiber Rechts- oder Linkshänder ist. Was sind individuelle Charakteristika, was ist kulturbedingt? Es lässt sich nicht leicht zu trennen. Keine Handschrift gleicht der anderen, aber manche Handschriften sind einander erkennbar ähnlicher als andere.

So ist es auch mit dem Rechtsdenken. Konzepte, Strukturen, Ideen, Argumentationsweisen, Schlussfolgerungen, all das, was man unter den Oberbegriff „juristischer Stil“ fassen könnte,¹ ist ein Konglomerat aus Erlerntem, kulturell Vorgeprägtem und individuell Geformtem.

Am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte kommen die 47 Richterinnen und Richter aus 47 verschiedenen europäischen Staaten² und repräsentieren unterschiedliche Rechtskulturen.³ Dennoch können die 17 Richter der Großen Kammer oder die 7 Richter der Kammer als Kollektiv mit einer Stimme sprechen und gemeinsam „europäische Urteile“ verfassen.

Sie können es, aber sie wollen es nicht unbedingt. Kollektiv entscheiden ist nicht die einzige Option. Nicht selten zeigen die Urteile mehr Unterschiede als Gemeinsamkeiten, erweisen sich als eine Art Patchwork.

Daher wäre ein Blick hinter die Kulissen von großem Interesse. Wie sieht die Werkstatt aus? Wie ist es möglich, auch dann einen gemeinsamen Ansatz zu formulieren, wenn man eine Frage aus ganz unterschiedlichen Blickwinkeln, auf der

¹ Nach *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. Tübingen 1996, S. 62 ff., S. 67 ff., ist der „Stil“ einer Rechtsordnung der entscheidende Faktor, um verschiedene Rechtsordnungen in Rechtskreise zusammenzufassen. Als „stilbildende Faktoren“ sehen die Autoren die historische Herkunft und Entwicklung einer Rechtsordnung, die in ihr vorherrschende Denkweise, besondere kennzeichnende Rechtsinstitute, die Art der Rechtsquellen und ihrer Auslegung sowie ideologische Faktoren an. Im Folgenden wird nur das zweite Element, konkret die gerichtlichen Entscheidungen zugrunde liegende juristische Denkweise, herausgegriffen.

² In der gegenwärtigen Besetzung ist auch der Liechtensteiner Richter Schweizer Staatsbürger; mehrere Richter haben mehr als nur eine Staatsangehörigkeit. In der ursprünglichen Fassung der Konvention von 1950 war es ausgeschlossen, dass zwei Richter Staatsangehörige desselben Staates sind. Diese Regelung wurde aber mittlerweile abgeschafft.

³ In der Geschäftsordnung des Gerichtshofs (Rules of the Court) wird zwar nicht von verschiedenen „Rechtskulturen“, wohl aber von verschiedenen „Rechtssystemen“ gesprochen (Artikel 24 Abs. 2 (e), 25 Abs. 2 Rules of the Court), allerdings ohne zu klären, an welchen Kriterien die Unterschiede festgemacht werden und inwieweit sich die am Gerichtshof vertretenen nationalen Rechtsordnungen in verschiedenen „Systemen“ zusammenfassen lassen (siehe dazu unten IV). Gruppierungsversuche (als „Rechtskreis“, „Rechtsfamilie“, „Rechtstradition“) liegen der Rechtsvergleichung als Wissenschaft zugrunde; vgl. zu frühen Ansätzen *A. Esmein*, Le droit comparé et l'enseignement du droit, in: Congrès international de droit comparé, Procès-verbaux des séances et documents I (1905), 445 ff. 451, der den romanischen, germanischen, angelsächsischen, slawischen und islamischen Rechtskreis voneinander abgrenzt; aus neuerer Zeit *Patrick Glenn*, Legal Traditions of the World, Oxford, 4. Aufl. 2010 – hier sind die Unterkategorien Chthonic Law, Talmudic Law, Civil law, Islamic Law, Common Law, Hindu Law, Asian Law; ähnlich die „Klassiker“ *René David/Camille Joffret-Spinosi/Marie Goré*, Les grands systèmes des droit contemporains, 2. Aufl. Paris 2016 und *Zweigert/Kötz*, a.a.O. Fn. 1. Um die in der Wissenschaft strittige Gruppenbildung von Rechtskulturen oder Rechtssystemen soll es aber im Folgenden nicht gehen.

Grundlage unterschiedlicher Vorverständnisse betrachtet? Warum erreicht man in manchen Fällen ein einstimmiges Ergebnis, in anderen Fällen aber nicht?

Darüber, wie Urteile entstehen, ist aufgrund des Beratungsgeheimnisses der Mantel des Schweigens gebreitet.⁴ Dies ist grundsätzlich gut so, wird damit doch das Recht, frei nachzudenken und, wenn nötig, auch die Meinung frei zu ändern, gesichert. Nachteil ist, dass das Gericht wie eine Blackbox erscheint, in die auf der einen Seite die Argumente der Parteien – von Bürger und Staat – eingegeben werden und auf der anderen Seite die Urteile herauskommen. Dies gilt für nationale wie internationale Gerichte gleichermaßen. Für letztere aber ist es noch spannungsreicher, sind sie doch ein Schmelztiegel unterschiedlicher Rechtskulturen, bei denen es erst recht wichtig wäre zu verstehen, auf welche Weise sich die Engführung der verschiedenen Rechtstraditionen vollzieht.

Der über Argumentationsstil und Diskussionskultur gebreitetete Schleier wird allerdings am EGMR durch die Vielzahl von Sondervoten, die zu den Urteilen verfasst werden, etwas gelüftet. Aus den Sondervoten mag man Rückschlüsse, wenn nicht auf die Beratungen, so doch auf die für wichtig befundenen Argumente ziehen.

II. Modelle richterlichen Entscheidens

Die Frage nach der Meinungsbildung in Kollektiven stellt sich nicht nur mit Blick auf internationale oder nationale Gerichte, sondern ist ein allgemeiner Gegenstand der Forschung. Gerade bei Gerichtsentscheidungen aber gibt es grundsätzlich unterschiedliche Modelle, das mehr individualistisch geprägte „Seriaticum-Modell“ und das mehr kollektivistisch geprägte „Per Curiam-Modell“. Ersteres ist typisch für das Common Law, letzteres für das kontinentaleuropäische Recht.⁵ Beide Schulen sind am EGMR vertreten.⁶ Gerade auch vor diesem Hintergrund ist die Modellbildung und Überlagerung der verschiedenen Traditionen am Straßburger Gericht als Teil der historischen Entwicklung, in der sich die unterschiedlichen Formen immer wieder angenähert und voneinander abgegrenzt haben, bedeutsam.

Beim „Seriaticum-Modell“ in seiner Ursprungsform wird nicht der Versuch unternommen, aus verschiedenen Rechtsmeinungen eine gemeinsame Meinung zu formen und damit die Unterschiede einzuebnen und Kompromisse auszuhandeln, sondern vielmehr werden die einzelnen Stimmen in ihrer Eigenart belassen und lediglich aneinandergesetzt. Das „Urteil“ ist damit nichts anderes als eine Addition der sich aus den jeweiligen individuell verantworteten Rechtsanalysen ergebenden Resultate. Wolfgang Ernst fasst den Ausgangspunkt der angelsächsischen Rechtstradition folgendermaßen zusammen: „Jeder Richter ist hier für sich Träger der rechtspre-

⁴ Nach Art. 3 Rules of the Court hat jeder Richter vor Beginn seiner Arbeit am Gericht feierlich zu erklären, „die Beratungen geheim zu halten“.

⁵ Vgl. zu den historischen Hintergründen und Unterschieden zwischen den beiden Modellen *Wolfgang Ernst*, *Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten*, Tübingen 2016; *ders.*, *Abstimmen über Rechtserkenntnis*, JZ 2012, 637; *Gertrude Lübbe-Wolff*, *Cultures of Deliberations in Constitutional Courts*, in: P. Maraniello (Hg.), *Justicia Constitucional*, Buenos Aires 2016, S. 37, 42.

⁶ Das Vereinigte Königreich und Irland sind klassische Common Law Systeme, Malta und Zypern haben als ehemalige britische Kolonien Elemente des Common Law in ihre Rechtssysteme integriert.

chenden Gewalt, jeder Richter spricht den Parteien das Recht, wobei nur die Wirkung seines Spruchs auf den Streitgegenstand davon abhängt, wie die anderen Richter über denselben Streit urteilen.“⁷ Der britische Richter Tom Bingham sieht in dieser Form des Entscheidens wichtige Vorteile:

„... this practice fosters beneficial development of the law and avoids unsatisfactory compromises which result in a final judgment commanding the wholehearted support of no one.“⁸

Nach seiner Meinung gibt es allerdings zwei wichtige Voraussetzungen für ein positives Resultat. Zum einen müsse bei aller Verschiedenheit der einzelnen Stellungnahmen das Gesamtergebnis klar sein. Zum anderen dürfe die Rechtsfortbildung nicht über bestimmte Grenzen hinausgehen, da sonst die Rechtssicherheit und damit die Rechtsstaatlichkeit des Entscheidens gefährdet sei.⁹

Die Urteile des EGMR fügen sich dagegen *a priori* in die kontinentaleuropäische Rechtskultur ein und folgen dem „Per Curiam Modell“. Dies wird *ex negativo* aus der Bestimmung der Konvention zu Sondervoten (Art. 45 Abs. 2 EMRK) deutlich:

„Bringt ein Urteil ganz oder teilweise nicht die übereinstimmende Meinung der Richter zum Ausdruck, so ist jeder Richter berechtigt, seine abweichende Meinung darzulegen.“

Diese Normierung der Ausnahme setzt als „Normalfall“ voraus, dass ein Urteil „die übereinstimmende Meinung der Richter“ zum Ausdruck bringt. Grundannahme ist daher, dass die Richter in ihren Urteilen einen von allen getragenen Kompromiss formulieren.

Allerdings sind Ausnahmen vorgesehen, und damit nähert sich das „Per Curiam-Modell“ eben doch dem „Seriatim-Modell“ an. Wer nicht zustimmen will, kann dies explizit zum Ausdruck bringen. Dass in der Praxis des Gerichtshofs bei den Urteilen der Großen Kammer einstimmige Entscheidungen die Ausnahme und Entscheidungen mit Sondervoten die Regel sind, zeigt gleichermaßen die Tendenz weg vom kollektiven hin zum individuellen Entscheiden, eine Entwicklung, die man, je nach Perspektive, als Autoritätsverlust beklagen oder als Emanzipation der Mitglieder der Spruchkörper begrüßen kann.

Nun sind die Mechanismen, nach denen aus dem notwendigerweise im Ausgangspunkt vorliegenden Meinungspluralismus kohärente Urteile erarbeitet werden, die nicht nur alle Argumente aufnehmen, sondern sie auch noch zu einem schlüssigen Ganzen verarbeiten, subtil, teils explizit geregelt, teils von langer praktischer Übung geprägt, und doch immer wieder in Frage gestellt. Nicht darum aber soll es im Folgenden gehen; diese Mechanismen wurden an anderer Stelle ausführlich analysiert.¹⁰ Vielmehr ist hier von Interesse zu reflektieren, welche Faktoren die unterschiedlichen Ansätze bei der Entscheidungsfindung bedingen, einer Entscheidungsfindung, die nicht „frei“ ist, sondern das geschriebene Recht zur Anwendung bringen soll.

⁷ W. Ernst, Abstimmen über Rechtserkenntnis, S. 637 ff., S. 639.

⁸ T. Bingham, *The Rule of Law*, London 2010, S. 45.

⁹ Ebenda, S. 45.

¹⁰ Siehe Angelika Nußberger, *Designing collegiate courts' decision making processes – The fine-mechanics of judicial majoritarianism. The European Court of Human Rights*, in: Wolfgang Ernst, Beate Gsell, Birke Haecker, *Collective Judging in Comparative Perspective: Counting Votes and Weighing Opinions*, Cambridge 2018.

Die folgenden Beobachtungen sind nicht Ergebnis einer wissenschaftlichen Analyse, sondern sind – vergleichbar der „erlebten Geschichte“ – „erlebtes Recht“. Vorgestellt werden subjektive Beobachtungen während der siebenjährigen Arbeit am EGMR, wobei allerdings das Beratungsgeheimnis dem Erzählen und Reflektieren Grenzen zieht.¹¹

Zu unterscheiden sind individuelle und rechtskulturelle Vorprägungen des Entscheidenden, auch wenn trennscharfe Grenzziehungen nicht möglich sind.

III. Individuelle Vorprägungen

1. Berufliche Erfahrung

Niemand am EGMR wird Richter ohne ein langes „juristisches Vorleben“. Dementsprechend ist die „*déformation professionnelle*“ unverkennbar, ein Faktor, der auch bei anderen Höchstgerichten, insbesondere bei Verfassungsgerichten, sichtbar ist. Auch dort gibt es nicht einen „klassischen“ Karriereweg, vielmehr wird bei den Berufungen gerade auch Wert auf Vielfalt gelegt. Vergleichbar zum Bundesverfassungsgericht dominieren auch am EGMR zwei Berufsgruppen: Richter und Rechtswissenschaftler. Dies ergibt sich bereits aus der Konvention, die als Voraussetzung für das Richteramt normiert (Art. 21 Abs. 1 EMRK):

„Die Richter müssen hohes sittliches Ansehen genießen und entweder die für die Ausübung hoher richterlicher Ämter erforderlichen Voraussetzungen erfüllen oder Rechtsgelehrte von anerkanntem Ruf sein.“

Die Berufungskriterien sind allerdings offen formuliert. Es ist nicht Voraussetzung, Richter an einem Höchstgericht des Herkunftsstaats zu sein, um berufen zu werden, sondern lediglich, die dafür erforderlichen Voraussetzungen zu erfüllen. Dennoch waren und sind unter den Richtern am EGMR nicht wenige, die bereits Präsidenten an nationalen Verfassungsgerichten und Obersten Gerichten waren, bevor sie an den EGMR kamen.¹² Auch der Begriff „Rechtsgelehrte von anerkanntem Ruf“ ist offen formuliert und erfordert nicht zwingend eine universitäre Stellung. Darunter gefasst wird auch die dritte am EGMR vertretene Berufsgruppe der Rechtsanwälte, die oftmals, aber nicht nur aus kleinen Mitgliedsstaaten kommen, in denen es in der Regel keine eigenen Universitäten gibt und die Richterschaft zahlenmäßig sehr klein ist.¹³ Für die Auswahl kann auch das Ansehen der jeweiligen Berufsgruppe in den

¹¹ Vgl. zu weiteren subjektiven Berichten über die Arbeit am Gericht aus der Sicht ehemaliger Richter/Präsidenten *Jean-Paul Costa*, *La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges pour la liberté*, Paris 2013, *Loukis G. Loucaides*, *Reflections of a former European Court of Human Rights Judge on his Experiences as a Judge*, *Roma Rights Journal* 2010, S. 61 ff.

¹² So war etwa die finnische Richterin Pauliine Koskelo Präsidentin des finnischen Obersten Gerichts, der litauische Richter Egidius Kuris Präsident des litauischen Verfassungsgerichts, der aserbeidschanische Richter Khanlar Hadziev Präsident sowohl des Obersten Gerichts Aserbeidschans als auch des Verfassungsgerichts Aserbeidschans.

¹³ Vgl. z.B. den ehemaligen Präsidenten Dean Spielmann, der vor seiner Berufung an den EGMR Rechtsanwalt in Luxemburg war; ebenso kam der ehemalige Vizepräsident aus Andorra Josep Casadevall aus der Rechtsanwaltschaft. Dasselbe trifft für die aktuelle Richterin aus San Marino, Kristina

entsprechenden Entsendestaaten ausschlaggebend sein. Gerade in den so genannten „Neuen Demokratien“ hatte die Justiz oftmals einen eher schlechten Ruf, während man den Vertretern aus der Rechtsanwaltschaft eher Vertrauen entgegenbringt. In der Tat waren auch einige der an den EGMR berufenen Richter bereits als Menschenrechtsanwälte aktiv gewesen und hatten große Verfahren an den EGMR gebracht.¹⁴ Neben Richtern, Rechtsanwälten und Professoren gibt es noch einzelne, die zuvor in anderer Funktion, etwa als Regierungsvertreter oder als Vertreter einer internationalen Organisation, tätig waren.¹⁵ Die jeweilige berufliche Sozialisierung im Herkunftsstaat ist ein Faktor, dessen Bedeutung nicht unterschätzt werden sollte.¹⁶

2. Alter und Erfahrungshorizont

Prägend ist auch das Alter der an den EGMR Gewählten, nicht nur aufgrund der damit verbundenen Erfahrung, sondern vor allem aufgrund der Zugehörigkeit zu von historischen Ereignissen in Europa je unterschiedlich geprägten Generationen. Hatten die ersten Generationen von Richtern noch erfahren, was Krieg bedeutet – oftmals waren sie selbst in der einen oder anderen Funktion involviert gewesen¹⁷ –, war nach dem Beitritt der mittel- und osteuropäischen Staaten die Sozialisierung in den jeweiligen kommunistischen Regimen ausschlaggebendes Merkmal. Der erste für die Russische Föderation gewählte Richter Vladimir Tumanov, Jahrgang 1926, war jahrelang Inhaber des Lehrstuhls für „bourgeois Recht“, Autor von Büchern wie „Contemporary bourgeois legal thought. A Marxist evaluation of the basic concepts“ (1974) gewesen, danach aber Präsident des neu geschaffenen russischen Verfassungsgerichts geworden, bevor er als erster russischer Richter an den EGMR berufen wurde. Auch andere aus dieser Generation hatten nach der Wende in ihren Heimatländern wichtige neue Funktionen übernommen. Wieder andere – die Generation der nach 1970 Geborenen – waren so jung, dass die Erfahrung des Kommunismus nur noch ihre Kindheit und Jugend prägte.¹⁸ Unabhängig vom Alter hatten dagegen alle

Pardalos, zu. Vielfach kamen aus Kleinststaaten aber auch Richter (z.B. Pere Pastor-Villanova aus Andorra, Isabelle Berro-Lefèvre und Stéphanie Mourou-Vikström aus Monaco, Vincent de Gaetano aus Malta, Carlo Ranzoni aus Liechtenstein).

¹⁴ Ein Beispiel wäre der bulgarische Richter Yonko Grozev, der etwa im Fall Hasan und Chaush v. Bulgarien (Nr. 30985/86, 26. Oktober 2000) vor dem EGMR plädiert hatte.

¹⁵ Siehe z.B. den früheren Gerichtspräsidenten Nikolas Bratza, der Vertreter der Britischen Regierung vor dem Gerichtshof war, oder den aserbeidschanischen Richter Latif Huseynov, der Präsident des Europäischen Komitees zur Verhütung von Folter und unmenschlicher Behandlung war; kritisch zur Wahl der Richter an den EGMR *Norbert Paul Engel*, Mehr Transparenz für die Wahrung professioneller Qualität bei den Richterwahlen zum EGMR, *EuGRZ* 2012, S. 486 ff., *Koen Lemmens*, (S)electing Judges for Strasbourg: A (Dis)appointing Process, in: Michal Bobek, *Selecting European judges*, Oxford 2015, S. 95–119, *David Kosar*, *Selecting Strasbourg Judges: A Critique*, in: idem, S. 120–161.

¹⁶ Vgl. Zur Sozialisierung der Richter in ihrer jeweiligen „judicial community“ *John Bell*, *Judiciaries within Europe. A Comparative Review*, Cambridge 2006, S. 13–34.

¹⁷ Vgl. statt vieler etwa die eindruckliche Biographie eines der „Väter“ der Konvention und französischen Richters *Pierre-Henri Teitgen*, *Faites entrer le témoin suivant 1940–1958*, Rennes 1988, in der er seinen Weg von der Résistance zum Vorkämpfer für Menschenrechte beschreibt.

¹⁸ Siehe beispielsweise den albanischen Richter Ledi Biancu (Jahrgang 1971), die ukrainische Rich-

aus den Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawien stammenden Richter, wenn auch in unterschiedlichem Maß, Erfahrung mit Bürgerkrieg und Gewalt gemacht.

Alter und beruflicher Werdegang sind immer prägende Faktoren für an Höchstgerichte berufene Richter. Für ein europäisches Gericht wie den EGMR sind diese grundsätzlich neutralen Faktoren aber in besonderer Weise mit historischem und rechtskulturellem Kolorit angereichert. Eine Jugend in Island in den 60er Jahren ist nicht mit einer Jugend in Armenien zur selben Zeit vergleichbar. Ebenso wenig lässt sich richterliche Tätigkeit in einem Land wie etwa Großbritannien der richterlichen Tätigkeit in einem anderen Land – etwa Aserbeidschan oder Moldawien, aber auch Deutschland oder Frankreich – unbedingt gleichsetzen.

3. Geschlecht

Bis zur Einrichtung des ständigen Gerichtshofs wurden nur sehr wenige Frauen als Richterin an den EGMR berufen.¹⁹ In der ursprünglichen Zusammensetzung des Gerichtshofs im Jahr 1959 fand sich keine einzige Frau;²⁰ bei der Neubesetzung im Jahr 1998 wurden für zu diesem Zeitpunkt 39 Mitgliedsstaaten acht Frauen berufen.²¹ Um diesem Ungleichgewicht entgegenzuwirken, wurde die Regel eingeführt, dass die von den Regierungen der Mitgliedsstaaten vorgelegten Listen sowohl Kandidatinnen als auch Kandidaten enthalten müssen.²² Dies brachte manche, insbesondere kleine Mitgliedsstaaten, in die Verlegenheit, über längere Zeit überhaupt keine Liste vorlegen zu können²³ – legendär ist die zweijährige Verzögerung der Vorstellung einer Frauen und Männer enthaltenden Liste aus Malta – führte aber im Ergebnis doch im Laufe der Jahre zu einer ausgeglicheneren Besetzung des Gerichts; gegenwärtig (Stand 1.1.2018) stehen 15 Richterinnen 32 Richtern gegenüber, wobei allerdings das Präsidium des Gerichts fast paritätisch besetzt ist.²⁴

terin Ganna Yudkivska (Jahrgang 1973), die georgische Richterin Nona Tsotsoria (Jahrgang 1973) oder die estnische Richterin Julia Laffranque (Jahrgang 1974).

¹⁹ Helga Pedersen für Dänemark (1971–1980), Elisabeth Palm für Schweden (1988–2003) und Denise Blindschedler-Robert für die Schweiz (1975–1981).

²⁰ Zur Zusammensetzung des Gerichtshofs im Jahr 1959 vgl. *Ed Bates*, *The Evolution of the European Convention on Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford 2010, S. 182.

²¹ Siehe *Bates* (a.a.O. Fn. 20), S. 467.

²² Vgl. Empfehlung Nr. 1429 (1999) der Parlamentarischen Versammlung; die Bestimmung, dass beim Vorschlag der Regierung beide Geschlechter vertreten sein müssten, wurde in der Anordnung 558 (1999) an den Wahlausschuss nochmals hervorgehoben: „to make sure that in future elections to the Court member states apply the criteria which it has drawn up for the establishment of lists of candidates, and in particular the presence of candidates of both sexes“.

²³ Aufgrund der Negativerfahrungen erlaubten Resolutionen 1426 (2005) und 1627 (2008), nachdem die Regel ursprünglich zwingend war, Ausnahmen. Danach würden „single-sex lists of candidates“ dann akzeptiert, wenn das Geschlecht der auf der Liste genannten Kandidaten unterrepräsentiert ist (weniger als 40%) oder außergewöhnliche Umstände vorliegen.

²⁴ Vgl. auch Artikel 14 Rules of the Court: „In relation to the making of appointments governed by this and the following chapter of the present Rules, the Court shall pursue a policy aimed at securing a balanced representation of the sexes“; zu der Problematik vgl. auch die Erläuterungen bei *Kosar* (a.a.O. Fn. 15), S. 129 ff.

4. Politische Einstellung

Anders als bei manchen nationalen Verfassungsgerichten ist Parteizugehörigkeit kein Kriterium, nach dem die Richter ausgesucht würden. Zum einen kommen viele Richter aus Rechtssystemen, die aufgrund der Erfahrungen während der Zeit des Sozialismus Parteizugehörigkeit als Ausschlussgrund für die Berufung ins Richteramt ansehen; in jedem Fall wird sie negativ gewertet. Zum anderen wären aber Parteibestimmungen wie „links“ – „rechts“ bei der Vielzahl der im Europarat vertretenen politischen Kulturen sowieso nicht nur konturlos, sondern irreführend.

Regierungsnähe ist ebenso wie Parteizugehörigkeit ein Kriterium, das einer Berufung an den EGMR grundsätzlich entgegensteht. Dies ist allerdings ein Dilemma, müssen doch die Kandidaten für das Richteramt von der Regierung vorgeschlagen werden. Allerdings ist zwischen „von der Regierung akzeptiert“ und „die Positionen der Regierung vertretend“ doch ein großer Unterschied. Das Panel zur Überprüfung der Kandidaten hat jedenfalls zu denjenigen, die der Regierung allzu nahe standen, in der Regel ein negatives Votum abgegeben. Nicht immer konnten die entsprechenden Kandidaturen aber im Ergebnis verhindert werden.²⁵

Die der richterlichen Tätigkeit vorausliegenden, im weitesten Sinn als „politisch“ anzusprechenden Überzeugungen werden von einer Vielzahl von Faktoren bestimmt; im Ergebnis lassen sie sich mit Blick auf die Auslegung von Grund- und Menschenrechten auf einer Skala mit den Eckpunkten „besser mehr Staat“ – „besser weniger Staat“ verorten.

Wie Richter denken und abstimmen, ist aber grundsätzlich geheim. In den Urteilen angegeben wird nur das Abstimmungsergebnis.²⁶ Allerdings schreiben die dissentierenden Richter in aller Regel zu Urteilen eine abweichende Meinung und offenbaren so – ganz bewusst – ihre Position im spezifischen Fall. Ein derartiges „Bekennnis“ ist aber – wie auch beim Bundesverfassungsgericht – nicht zwingend vorgeschrieben; wer mit seinen Überlegungen anonym bleiben will, kann anonym bleiben.²⁷

IV. Rechtskulturelle Vorprägungen²⁸

Dass es geographische und rechtskulturelle Unterschiede zwischen den in der EMRK zusammengefassten Rechtssystemen gibt, wird in der Entscheidungspraxis des

²⁵ Vgl. die Kritik bei Kosar (a.a.O. Fn. 15), S. 159ff., der unter der Überschrift „The Ugly“ über die politischen Hintergründe bei der Wahl der Richter in der Parlamentarischen Versammlung berichtet.

²⁶ Bei Unzulässigkeitsentscheidungen wird nur zwischen „einstimmig“ und „mit einer Mehrheit“ unterschieden.

²⁷ Vgl. z.B. EGMR (GK) *Paradiso und Campanelli v. Italien* vom 24.1.2017, Nr. 25358/12: Hier wurde mit 11 zu 6 Stimmen festgestellt, dass Art. 8 EMRK nicht verletzt sei. Dennoch fügten nur fünf Richterinnen und Richter dem Urteil eine abweichende Meinung an.

²⁸ Wie bereits erwähnt (siehe oben Fn. 3), ist die Terminologie – „Rechtskultur“, „Rechtskreis“, „Rechtstradition“ nicht nur uneinheitlich, sondern spiegelt auch ein unterschiedliches wissenschaftliches Verständnis wider. Im Folgenden wird – abweichend von der Terminologie des Konvention – der Begriff „Rechtskultur“ (und nicht „Rechtssystem“ – „legal system, système de droit“) verwendet, da dies in der deutschen Rechtssprache weniger missverständlich erscheint.

EGMR keineswegs gelehnt. Vielmehr werden diese Faktoren in den Regelungen der Geschäftsordnung des Gerichtshofs ausdrücklich berücksichtigt. So wird zur Zusammensetzung der Sektionen bestimmt:

„The composition of the Sections shall be geographically and gender balanced and shall reflect the different legal systems among the Contracting Parties.“²⁹

Ähnlich ist auch die Bestimmung zum Losverfahren bei der Bestimmung der Zusammensetzung der Großen Kammer:

„The modalities for the drawing of lots shall be laid down by the Plenary Court, having due regard to the need for a geographically balanced composition reflecting the different legal systems among the Contracting Parties.“³⁰

Welche „unterschiedlichen Rechtssysteme“ damit gemeint sind, ist weder in der Konvention noch in der Geschäftsordnung des Gerichtshofs festgelegt. Zweifellos war man sich bei der Ausarbeitung der Konvention der Unterschiede zwischen den großen europäischen Rechtstraditionen, insbesondere zwischen dem Common Law und dem kontinentaleuropäischen Recht, sehr wohl bewusst.³¹ Allgemein anerkannt war auch die besondere Prägung der ehemals sozialistischen Staaten, die als „Transformationsstaaten“ dem Konventionssystem nach 1990 beitraten. Darüber ob, und wenn ja, in welcher Weise, weitere Untergruppen von Rechtssystemen zu bilden sind, besteht dagegen keine Einigkeit; anders als in der Wissenschaft³² ist es aber kein Gegenstand einer Grundsatzdiskussion am Gericht. Die „ausgeglichene Zusammensetzung“ sowohl bei den Sektionen³³ als auch beim Losverfahren für die Große Kammer³⁴ wird so eher nach pragmatischen als nach wissenschaftlich fundierten Kriterien erreicht. Zudem wird die Zusammensetzung alle drei Jahre geändert, um Verkrustungen entgegenzuwirken.³⁵

Von Interesse ist vor diesem Hintergrund, ob, und wenn ja, wie die individuelle bzw. die rechtskulturelle Vorprägung der Richterinnen und Richter auf die Entscheidungsfindung in Kammer und Großer Kammer Einfluss nimmt. Relevant kann dies zum einen sein bei der inhaltlichen Beurteilung von Rechtsinstituten, die für

²⁹ Vgl. Art. 25 Abs. 2 Rules of the Court.

³⁰ Art. 24 Abs. 2 (e) Rules of the Court.

³¹ Interessanterweise war die angebliche Dominanz des angelsächsischen Rechtsdenkens im Konventionssystem eines der Argumente Frankreichs, um die EMRK trotz der intensiven Beteiligung an der Ausarbeitung – im Gegensatz zu allen anderen Gründungsstaaten des Europarats – zunächst nicht zu ratifizieren (die Ratifikation der 1950 zur Zeichnung aufgelegten Konvention erfolgte erst 1974); vgl. *Bates* (a.a.O. Fn. 20), S. 177 Fn. 24.

³² Siehe die Nachweise Fn. 3.

³³ Die 47 Richterinnen und Richter des Gerichtshofs sind in fünf Sektionen mit neun oder zehn Mitgliedern eingeteilt, innerhalb derer die Entscheidungsformationen, die Spruchkammern mit sieben Mitgliedern, gebildet werden; dazu im Einzelnen *Nußberger* (a.a.O. Fn. 10).

³⁴ Der Großen Kammer gehören *ex officio* der Präsident des Gerichtshofs, die beiden Vizepräsidenten sowie die drei Sektionspräsidenten und der „nationale Richter“ (der Richter aus dem Staat, gegen den sich die Beschwerde richtet) an. Die übrigen Richterinnen und Richter der Großen Kammer werden per Los aus verschiedenen Gruppen gezogen; die Einteilung dieser (nicht öffentlich bekannt gegebenen) Gruppen erfolgt auf der Grundlage von Geographie und Rechtssystemen.

³⁵ Siehe als Beispiel für eine ausgeglichene Zusammensetzung die fünfte Sektion des Gerichtshofs, in der die Richterinnen und Richter aus Deutschland, Frankreich, Österreich, Irland, Norwegen, Lettland, Bulgarien, Aserbeidschan und Georgien vertreten sind (Stand Januar 2018).

bestimmte Rechtskreise als charakteristisch anzusehen sind, aus der Außensicht aber möglicherweise befremdlich anmuten. Ein prominentes Beispiel wären etwa Entscheidungen von Geschworenengerichten, die in der Regel nicht begründet werden.³⁶ Rechtskulturell bedingt kann auch die Akzeptanz oder Ablehnung der strafrechtlichen Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten und das damit verbundene Vertretungsrecht der Rechtsanwälte sein.³⁷ Ähnliches gilt für die Regeln zur Zulassung der Aussagen von in der Hauptverhandlung abwesenden Zeugen.³⁸ Allerdings muss das Kriterium der Vertrautheit mit einem Rechtsinstitut nicht unbedingt auch zu einer bestimmten konventionsrechtlichen Beurteilung führen, hat doch die Rechtsprechung des Gerichtshofs gerade das Potential, lange gepflegte Traditionen in Frage zu stellen.³⁹ Der Anstoß dazu kann ebenso wie von „Insidern“ wie von „Außenstehenden“ kommen.

Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich daher auch nicht auf die Beurteilung bestimmter Rechtsinstitute, an denen sich die (rechtskulturellen) Geister scheiden mögen, sondern vielmehr auf Grundeinstellungen zur richterlichen Entscheidungsfindung als solcher. Relevant ist, inwieweit auf bestimmte – fast „philosophisch“ zu nennende – Grundfragen implizit oder explizit unterschiedliche Antworten gegeben werden. Dies gilt insbesondere für die Frage nach Rolle und

³⁶ Vgl. EGMR (GK) Urteil vom 16.11.2010 *Taxquet v. Belgien* (Nr. 926/05): hier entschied die Große Kammer, dass das faire Verfahren verletzt war, da der wegen Mordes Angeklagte nicht verstehen konnte, warum ihn die Geschworenenkammer schuldig fand; der Gerichtshof verweist dabei explizit auf die unterschiedlichen Modelle in Europa: „The member States may be divided into three categories: those without any form of jury trial or any model of lay adjudication in criminal matters; those using a collaborative court model of lay adjudicators sitting and deliberating alongside professional judges in criminal matters; and those which have opted for the ‚traditional‘ jury model in criminal matters.“ (§44). Die Regierung kritisiert, die Rechtsprechung des Gerichtshofs dürfe nicht zu einer Einebnung der Unterschiede der Rechtssysteme führen und betont: „The Government noted, firstly, that European legal systems were marked by considerable diversity: some did not have, or no longer had, a system of lay adjudication, while others did, but its operation, in particular the role entrusted to the jury and the way in which it functioned, differed from one State to another.“ (§ 67). Besonders deutlich die Stellungnahme der irischen Regierung: „In the Irish Government’s submission, the system of jury trial in Ireland was the unanimous choice of accused persons and human-rights advocates and was viewed as a cornerstone of the country’s criminal system. There had never been a complaint that the system lacked transparency or infringed on or inhibited the rights of the accused. The system inspired confidence among Irish people, who were very attached to it for historical and other reasons.“ (§ 76). Das Urteil war allerdings einstimmig.

³⁷ EGMR vom 8.11.2012 *Neziraj v. Deutschland* (Nr. 30804/07); vgl. dazu die Analyse von *Thomas Weigend*, „Das erledigt mein Anwalt für mich.“ – Hat der Angeklagte ein Recht darauf, sich in der Hauptverhandlung vertreten zu lassen?, in: FS für Kristian Kühl, 2014, S. 947–962.

³⁸ In dem Urteil EGMR (GK) vom 15.12.2011 *Al Khawaja und Tahery v. Vereinigtes Königreich* (Nr. 26766/05 22228/06) ändert der Gerichtshof seine Rechtsprechung aufgrund der Erläuterung des britischen Supreme Court, der ausführt, dass die Besonderheiten des Common Law nicht richtig verstanden worden seien: „The sole or decisive rule had been introduced into the Strasbourg case-law in Doorson (...) without discussion of the underlying principle or full consideration of whether there was justification for imposing the rule as an overriding principle applicable equally to continental and common-law jurisdictions. Indeed, the rule seemed to have been created because, in contrast to the common law, continental systems of criminal procedure did not have a comparable body of jurisprudence or rules governing the admissibility of evidence.“ (Urteil des Supreme Court, zitiert in § 58).

³⁹ Vgl. etwa die Rechtsprechung zur Konventionswidrigkeit der Unterscheidung zwischen ehelichen und unehelichen Kindern im Erbrecht; EGMR vom 13.6.1979 *Marckx v. Belgien* (Nr. 6833/74) sowie die Nachfolgefälle.