

Anna Schimke\*

# Arbeit und Einfluss der Venedig-Kommission des Europarats

## Die Gutachten der Venedig-Kommission in der Rechtsprechung des EGMR

*Die Venedig-Kommission berät als Einrichtung des Europarates Staaten in verfassungsrechtlichen Um- und Aufbausituationen bei ihrer Gesetzgebung. Ihre Gutachten sind rechtlich unverbindlich, haben aber, wie dieser Beitrag aufzeigt, in verschiedener Hinsicht große Bedeutung für die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.*

### I. Die Bedeutung der Venedig-Kommission als Beratungsorgan mit Expertenwissen

Die Europäische Kommission für Demokratie durch Recht, auf die in der Regel als Venedig-Kommission Bezug genommen wird<sup>1</sup>, ist eine Einrichtung des Europarats, die rechtliche Politikberatung im Bereich des Verfassungsrechts betreibt. Zu Beginn ihrer Tätigkeit lag ihre Hauptaufgabe darin, mittel- und osteuropäische Staaten in ihrem Bestreben zu unterstützen, Demokratien aufzubauen, die im Einklang mit den Prinzipien des Europarats stehen.<sup>2</sup> Zu diesem Zweck stellte die Venedig-Kommission als Expertenkommission rechtlichen Rat zur Verfügung, der sich unter anderem an den Maßstäben der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) in Gestalt ihrer Auslegung durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) orientierte. Mittlerweile umfasst die Arbeit der Venedig-Kommission über die Beratung in verfassungsrechtlichen Um- und Aufbausituationen hinaus vor allem auch die Rechtsberatung betreffend derjenigen Gesetze ihrer Mitgliedsländer, die wesentlich sind für die Funktionsfähigkeit demokratischer Insti-

tutionen.<sup>3</sup> Nach wie vor sind die Maßstäbe der EMRK für die Arbeit der Venedig-Kommission von herausragender Bedeutung.<sup>4</sup> Obschon die Tätigkeit der Venedig-Kommission international verstärkt wahrgenommen wird, kommt ihr in der deutschen Öffentlichkeit verhältnismäßig wenig Aufmerksamkeit zu. Gleiches gilt für die Wahrnehmung der Kommission innerhalb der Rechtswissenschaft – zumal innerhalb der rechtswissenschaftlichen Ausbildung. Letzteres mag unter anderem damit zusammenhängen, dass die Handlungsformen der Venedig-Kommission keine klassischen Rechtsakte sind, sondern sich durch rechtliche Unverbindlichkeit auszeichnen. Als beratende Einrichtung bedient sich die Venedig-Kommission ‚weicher‘ Instrumente, die stark am Dialog mit verschiedenen Interessengruppen des jeweiligen Mitgliedslandes ausgerichtet sind.<sup>5</sup> Indes ist fehlende rechtliche Verbindlichkeit nicht mit fehlender rechtlicher Relevanz gleichzusetzen. So bieten weiche Instrumente für die Durchsetzung der EMRK-Standards bestimmte Vorteile. Beispielsweise können die Adressaten von weichen Handlungsformen auf die Freiwilligkeit der Befolgung einer Norm verweisen und damit einen Reputationsverlust vermeiden, der mit einer Sanktionierung gegebenenfalls einhergehen könnte.<sup>6</sup> Auch kann die Venedig-Kommission stärker auf Zwischenlösungen hinarbeiten, als dies bei einer rechtsverbindlichen, normgebundenen Entscheidung der Fall wäre. Hierdurch kann gegebenenfalls eine erhöhte Folgebereitschaft geschaffen werden.<sup>7</sup> Insgesamt haben die Gutachten der Venedig-Kommission das Potenzial, als funktionales Äquivalent für rechtlich verbindliche Entscheidungen zu fungieren.<sup>8</sup> Nicht nur wegen dieser Vorteile gewinnt die Venedig-Kommission an Bedeutung. Hinzu kommt, dass ein erhöhter Bedarf an Spezialwissen besteht, je vielschichtiger sich rechtliche Sachverhalte aufgrund des zunehmenden

\* M.A., studentische Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Informations- und Kommunikationsrecht, Gesundheitsrecht und Rechtstheorie an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg (Prof. Dr. Marion Albers). Der Beitrag beruht auf einer Seminararbeit, die die Verfasserin im Sommersemester 2012 bei Herrn Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem geschrieben hat und die mit „sehr gut“ bewertet wurde.

<sup>1</sup> Abkürzung als Venedig Kommission verdankt die Europäische Kommission für Demokratie durch Recht dem Umstand, dass ihre vierteljährlichen Treffen in der Scuola Grande di San Giovanni Evangelista in Venedig stattfinden.

<sup>2</sup> Eine ausführlichere Darstellung der Entstehungsgeschichte findet sich bei Rülke, Venedig-Kommission und Verfassungsgerichtsbarkeit, 2003, S. 8 ff; siehe ferner Bode-Kirchhoff, Why the road from Luxembourg to Strasbourg leads through Venice, in: Dzehtsiarou/Kanstantsin u. a. (Hrsg.), Human Rights Law in Europe: The influence, overlaps and contradictions of the EU and ECHR, i.E. 2014, Manuskript, II.1., der darauf hinweist, dass Antonio La Pergola, der Initiator für die Gründung der Venedig-Kommission, die Idee einer internationalen Assoziation von Richtern und Rechtsexperten zur Förderung von Menschenrechten und Demokratie bereits in den 70er Jahren entwickelt hat.

<sup>3</sup> Vgl. zu den Hauptaufgaben die Darstellung unter [http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01\\_Const\\_Assistance](http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Const_Assistance) (26.01.2013).

<sup>4</sup> Siehe dazu auch Bode-Kirchhoff, in: Dzehtsiarou/Kanstantsin u. a. (Hrsg.), Human Rights Law in Europe, i.E. 2014, II.3.

<sup>5</sup> Siehe dazu auch die Beschreibung der Arbeitsweise der Venedig-Kommission auf ihrer Homepage unter [http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01\\_Const\\_Assistance](http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Const_Assistance) (26.01.2013).

<sup>6</sup> Hoffmann-Riem, „Soft Law“ und „Soft Instruments“ in der Arbeit der Venedig-Kommission des Europarats, Zur Wirkungsmacht einer beratenden Einrichtung, in: Bäuerle/Dann/Wallrabenstein (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven, Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag, 2012, S. 595 (597).

<sup>7</sup> Müller-Graff, Das „Soft Law“ der europäischen Organisationen, in: EuR 2012, 18 (20).

<sup>8</sup> Hoffmann-Riem, in: Bäuerle/Dann/Wallrabenstein (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven, FS Brun-Otto Bryde, 2012, S. 595 (597).

Ineinandergreifens von nationalen, supranationalen und internationalen Normen gestalten.<sup>9</sup>

Der Beitrag will der wachsenden Bedeutung der Venedig-Kommission Rechnung tragen, indem er in einem ersten Schritt kurz auf ihre Zusammensetzung eingeht und sodann ihre Aufgaben und Handlungsformen vorstellt. Daran anschließend soll die Wirkungsweise ihrer Tätigkeit näher in den Blick genommen werden, da hierin der markanteste Unterschied zur Funktionsweise rechtsförmlich handelnder Institutionen liegt. Auf dieser Darstellung liegt der Schwerpunkt des Beitrags. Sie folgt der Leitfrage, unter welchen Bedingungen die rechtlich unverbindlichen Handlungen der Venedig-Kommission rechtlich relevante Wirkungen entfalten können. Dieser Frage soll beispielhaft anhand der Wirkungen der Gutachten der Venedig-Kommission in der Rechtsprechung des EGMR nachgegangen werden.

## II. Zusammensetzung und Aufgaben der Venedig-Kommission

Die Venedig-Kommission wurde als Einrichtung des Europarats aufgrund eines Teilabkommens zwischen 18 Mitgliedsstaaten<sup>10</sup> 1990 gegründet. Mittlerweile umfasst sie 58 Mitglieder, darunter die 47 Mitgliedsländer des Europarats.<sup>11</sup> Gemäß Art. 2 II ihres Revised Statute<sup>12</sup> setzt sich die Venedig-Kommission aus je einem Vertreter oder einer Vertreterin sowie einem Stellvertreter oder einer Stellvertreterin pro Mitgliedsland zusammen, die ihre Tätigkeit gemäß Absatz 1 weisungsunabhängig wahrnehmen und sich durch besondere Erfahrungen und Leistungen innerhalb von demokratischen Institutionen oder durch ihre rechts- oder politikwissenschaftliche Expertise auszeichnen sollen. In der Regel handelt es sich bei den Mitgliedern um ehemalige Richter/innen, Professor/innen oder ehemalige Mitglieder der nationalen Parlamente.<sup>13</sup> Deutsches Mitglied ist seit 2007 der ehemalige Bundesverfassungsrichter Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem. Das Ziel der Venedig-Kommission liegt in der Förderung von Demokratie, Menschenrechten und Rechtsstaatlichkeit (Art. 1 I Revised Statute).

<sup>9</sup> Vgl. zur Komplexität, die durch die Vielfalt und das Ineinandergreifen der verschiedenen Normen entsteht Sieber, *Rechtliche Ordnung in einer globalen Welt*, in: *Rechtstheorie* 41 (2010), 151 (151 ff., 168 ff.).

<sup>10</sup> Im Einzelnen zählten zu den Gründungsmitgliedern Belgien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, Malta, Norwegen, Österreich, Portugal, San Marino, Spanien, Schweden, Schweiz, Türkei, Zypern.

<sup>11</sup> <http://www.venice.coe.int/WebForms/members/countries.aspx> (26.01.2013).

<sup>12</sup> Abrufbar unter [http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01\\_01\\_Statute](http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_01_Statute) (26.01.2013).

<sup>13</sup> Van Dijk, *The Venice Commission on Certain Aspects of the Application of the European Convention on Human Rights Ratione Personae*, in: *Human rights, democracy and the rule of law: liber amicorum Luzius Wildhaber*, 2007, S. 183 (187).

Dabei erfüllt sie ihre Aufgaben eigenständig, das heißt unabhängig von den Organen des Europarates.<sup>14</sup>

## III. Handlungsformen der Venedig-Kommission

Der Venedig-Kommission stehen verschiedene Instrumente für ihre Aufgabenwahrnehmung zur Verfügung,<sup>15</sup> die sich in vier Kategorien einteilen lassen: Zum einen kann sie auf eigene Initiative hin Studien oder Berichte erstellen und Entwürfe für Richtlinien, Gesetze oder Resolutionen verfassen, welche jeweils auch von den Organen des Europarats diskutiert und verabschiedet werden können.<sup>16</sup> Zum anderen kann sie auf Anfrage unter anderem eines Mitgliedslandes, des Ministerkomitees und der parlamentarischen Versammlung des Europarats oder der Organe der Europäischen Union tätig werden<sup>17</sup> und Opinions zu einer konkreten Rechtsfrage verfassen. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit zur Kooperation mit anderen Institutionen in Form von Seminaren.<sup>18</sup> Schließlich erstellt die Venedig-Kommission einzelfallbezogene amicus curiae briefs auf Anfrage nationaler oder internationaler Gerichte, darunter auch der EGMR.<sup>19</sup>

Der EGMR bezieht sich allein auf die schriftlich verfassten Dokumente und unter diesen ganz überwiegend auf Studies, Reports, Guidelines und Opinions. Auf diese Dokumente, für die der Oberbegriff „Gutachten“ verwendet wird,<sup>20</sup> werden sich die folgenden Ausführungen daher konzentrieren.<sup>21</sup>

### 1. Opinions

Opinions sind unabhängige Rechtsmeinungen, die auf Anfrage erstellt werden.<sup>22</sup> Sie beziehen sich auf Verfassungsentwürfe, auf Entwürfe von Verfassungsergänzungen oder auf andere Gesetzesentwürfe im Bereich des Verfassungsrechts. Das Ziel der Opinions ist es „to provide a complete, precise, detailed and objective analysis not only of compatibility with European and internati-

<sup>14</sup> Ebd.

<sup>15</sup> Art. 3 Revised Statute.

<sup>16</sup> Art. 3 I Revised Statute.

<sup>17</sup> Art. 3 II Revised Statute.

<sup>18</sup> Art. 3 II und V Revised Statute.

<sup>19</sup> Vgl. zum Beispiel *Case of parti nationaliste Basque – Organisation régionale d’Iparralde v. France*, App. no. 71251/01, judgment of 7 June 2007, § 3; vgl. zur Bedeutung der amicus curiae briefs der Venedig-Kommission für die Rechtsprechung des EGMR Bode-Kirchhoff, in: Dzehtsiarou/Kanstantsin u. a. (Hrsg.), *Human Rights Law in Europe*, i.E. 2014, S. 8 ff.

<sup>20</sup> In Übernahme der Begrifflichkeit von Hoffmann-Riem, in: Bäuerle/Dann/Wallrabenstein (Hrsg.), *Demokratie-Perspektiven*, FS Brun-Otto Bryde, 2012, S. 595 (598).

<sup>21</sup> Vgl. zur Analyse der Bezugnahme des EGMR auf die Venedig-Kommission als amicus des EGMR Bode-Kirchhoff, in: Dzehtsiarou/Kanstantsin u. a. (Hrsg.), *Human Rights Law in Europe*, i.E. 2014, III.3.

<sup>22</sup> Eine Übersicht zum Verfahren findet sich im Dokument CDL(2010)109rev, S. 11, abrufbar unter <http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL%282010%29109rev-e.pdf> (12.08.2012).

onal standards, but also of the practicality and viability of the solutions envisaged by the states concerned.<sup>23</sup> Der Maßstab, an dem sich die Opinions orientieren, setzt sich aus verschiedenen Quellen zusammen. Dazu zählen sowohl Hard Law, wie etwa völkerrechtliche Verträge, als auch Soft Law.<sup>24</sup> Eine hervorgehobene Rolle kommt der EMRK und ihrer Konkretisierung durch Auslegung und Anwendung des EGMR zu, die für die Venedig-Kommission „den nicht unterbietbaren Mindeststandard“<sup>25</sup> umschreibt. Opinions werden durch zwei bis drei Mitglieder vorbereitet und – in der Regel nach einem Besuch im jeweiligen Mitgliedsland – in einer der viermal jährlich in Venedig stattfindenden Plenarsitzungen verabschiedet.

## 2. Studies, Reports, Guidelines

Studies, Reports und die auf sie zurückgehenden Guidelines beziehen sich auf Rechtsfragen von transnationaler Bedeutung und haben also einen allgemeinen Charakter.<sup>26</sup> Ihr Ziel besteht vor allem darin, Verfassungswerte innerhalb von Europa zu vergleichen und durch die Formulierung diesbezüglicher Standards zu deren Förderung beizutragen.<sup>27</sup> Häufig dienen die so entwickelten Standards auch der Venedig-Kommission selbst als Maßstab für andere Gutachten.<sup>28</sup> Genauso wie die Opinions werden Studies und Reports durch Berichtersteller vorbereitet und im Plenum verabschiedet. Obschon die Entscheidungen des Plenums grundsätzlich nur die Mehrheit der Stimmen erfordern, werden die Gutachten in der Regel einstimmig verabschiedet.<sup>29</sup>

## IV. Die Gutachten der Venedig-Kommission in der Rechtsprechung des EGMR

Die Venedig-Kommission wurde durch den EGMR zum ersten Mal am 12. Dezember 2001 in der Entscheidung *Banković and others vs. Belgium and 16 other Contracting States*<sup>30</sup> zitiert. Für die folgende Analyse wurden alle Zitate bis zum Frühjahr 2012 berücksichtigt, wobei die letzte ausgewertete Bezugnahme am 10. Mai 2012 im Fall *Albu and others v. Romania* erfolgte.<sup>31</sup> In diesem Zeitraum wurde die Venedig-Kommission insgesamt 71 Mal

zitiert. Obschon damit bereits von einer gewissen Regelmäßigkeit gesprochen werden kann, bleibt die Häufigkeit der Bezugnahmen im Vergleich zum Gesamtumfang der Rechtsprechungstätigkeit des EGMR – in diesem Zeitraum über 40.000 Judgments und Decisions<sup>32</sup> – noch gering. Der EGMR zieht sowohl Opinions als auch Guidelines und Reports heran, wobei die Verteilung ungefähr gleichwertig ist. Thematisch bezieht sich die überwiegende Zahl der Bezugnahmen auf Wahlanglegenheiten (40 Zitate), gefolgt von Bezugnahmen betreffend politische Parteien (16 Zitate) und Justizsysteme (15 Zitate). Die Bezugnahmen erfolgen regelmäßig an Stellen in den Urteilen, die die spezifische Urteiltstechnik des EGMR charakterisieren. Zum besseren Verständnis der Wirkungsweisen der Gutachten sollen diese Charakteristika kurz dargestellt werden. Vor diesem Hintergrund wird die Perspektive, die die Auswertung geleitet hat, erörtert und sollen schließlich die Wirkungsweisen im Einzelnen nachvollzogen werden.

## 1. Charakteristika der Rechtsprechung des EGMR

Zu den hier interessierenden Charakteristika der Rechtsprechung des EGMR zählen das Verständnis der Konvention als living instrument, das Verhältnismäßigkeitsprinzip sowie das Prinzip des margin of appreciation.

### a) Living instrument

Das Verständnis der Konvention als living instrument bedeutet, dass sich die Konventionsgewährleistungen dynamisch mit den Veränderungen von Recht und Gesellschaft entwickeln. Es gibt mit anderen Worten keinen statischen Inhalt der Konventionsrechte, der von Fall zu Fall aufgerufen wird. Vielmehr wird der Inhalt mit jeder Anwendung unter Berücksichtigung rechtlicher und gesellschaftlicher Entwicklungen aktualisiert. Die teleologische Auslegung erfolgt demnach in Ansehung des aktuellen Umfeldes der Konventionsrechte.<sup>33</sup> Eine stetige Aktualisierung des Umfeldes wird jedoch nicht nur in sachlicher, sondern auch in normativer Hinsicht vorgenommen. Diese Notwendigkeit ergibt sich aus der Besonderheit, dass sich die Konvention nicht in eine verfassungsrechtliche Struktur einfügt, aus der sich Orientierungspunkte für die Auslegung ergeben könnten. Der EGMR besitzt folglich kein klar bestimmtes normatives Umfeld. Ein solches muss vielmehr jeweils neu etabliert werden, um die Einzelheiten des Falles umfassend rechtlich würdigen zu können. Diese Öffnung hin zu Quellen, die die Rechtsprechung inspirieren<sup>34</sup>, wird ebenfalls über das Verständnis der Konvention als li-

<sup>23</sup> CDL(2010)109rev, S. 8 (Fn. 15).

<sup>24</sup> Siehe ausführlich zur Maßstababildung *Hoffmann-Riem*, in: Bäuerle/Dann/Wallrabenstein (Hrsg.), *Demokratie-Perspektiven*, FS Brun-Otto Bryde, 2012, S. 595 (599 ff.).

<sup>25</sup> *Hoffmann-Riem*, in: Bäuerle/Dann/Wallrabenstein (Hrsg.), *Demokratie-Perspektiven*, FS Brun-Otto Bryde, 2012, S. 595 (601).

<sup>26</sup> CDL(2010)109rev, S. 9 (Fn. 15).

<sup>27</sup> Ebd.

<sup>28</sup> *Hoffmann-Riem*, in: Bäuerle/Dann/Wallrabenstein (Hrsg.), *Demokratie-Perspektiven*, FS Brun-Otto Bryde, 2012, S. 595 (603).

<sup>29</sup> *Hoffmann-Riem*, in: Bäuerle/Dann/Wallrabenstein (Hrsg.), *Demokratie-Perspektiven*, FS Brun-Otto Bryde, 2012, S. 595 (605).

<sup>30</sup> *Banković and others vs. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom*, App. no. 52207/99, Grand Chamber decision of 21 December 2001.

<sup>31</sup> *Case of Albu and other v. Romania*, App. no. 34796/09 and 63 other cases, judgment of 10 May 2012.

<sup>32</sup> So das Ergebnis bei Recherche in der Datenbank des EGMR unter <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Decisions+and+judgments/HUDOC+database/> (26.01.2013).

<sup>33</sup> *Gebauer*, *Parallele Grund- und Menschenrechtsschutzsysteme in Europa?*, 2007, S. 231.

<sup>34</sup> Vgl. zu den Inspirationsquellen im Einzelnen *Rozakis*, *The European Judge as Comparatist*, in: *Tul. L. Rev.* 80 (2005/2006), 257 (268).

ving instrument vollzogen: „The Court [...] observes that it has always referred to the ‚living‘ nature of the Convention, which must be interpreted in the light of present-day conditions, and that it has taken account of evolving norms of national and international law in its interpretation of Convention provisions.“<sup>35</sup> Es folgt eine Aufzählung verschiedener Regelungen, die vom Gericht in diesem Kontext in Bezug genommen wurden. Dazu zählen neben internationalen Verträgen und Konventionen, den allgemeinen Prinzipien des Völkerrechts und dem Case-Law anderer internationaler Gerichte auch die Gutachten der Venedig-Kommission. So schreibt das Gericht: „These methods of interpretation have also led the Court to support its reasoning by reference to norms emanating from [...] Council of Europe organs [...]. In order to interpret the exact scope of rights and freedoms guaranteed by the Convention, the Court has, for example, made use of the work of the European Commission for Democracy through Law or ‚Venice Commission.‘“<sup>36</sup> Das Gericht verweist sodann auf Urteile, in denen unter anderem der „Code of Good Practices in Electoral Matters“<sup>37</sup> und die „Guidelines of Financing of Political Parties“<sup>38</sup> zitiert werden. Über das Prinzip des living instruments wird die Konvention also strukturell zu einem normativen Umfeld hin geöffnet, das jeweils für den Einzelfall etabliert wird und zu dem auch die Gutachten der Venedig-Kommission zählen.

### b) Verhältnismäßigkeitsprinzip

In der Konvention wird das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht explizit genannt.<sup>39</sup> Der EGMR sieht es jedoch als ein Prinzip an, das der Konvention inhärent ist. Ein Anknüpfungspunkt für diese Ansicht findet sich etwa in der Güterabwägung, die aufgrund der Schrankenformulierung – wie sie zum Beispiel Art. 8 II EMRK vorsieht – „necessary in a democratic society“ vorgenommen werden muss. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist zweistufig aufgebaut. In einem ersten Schritt ermittelt das Gericht den Zweck der Maßnahme und stellt dessen Vereinbarkeit mit den von der Konvention anerkannten Zwecken fest. Anschließend nimmt das Gericht eine Güterabwägung vor, die Elemente der Angemessenheitsprüfung aus der deutschen Dogmatik enthält, jedoch auch Erwägungen enthalten kann, welche die Erforderlichkeit einer Maßnahme betreffen.<sup>40</sup> Insbesondere für die Ermittlung der Schwere des Eingriffs bildet ein vom

Gericht zu ermittelnder „Standard europäischer Prägung“ den Vergleichspunkt.

### c) Margin of appreciation

Das Prinzip des margin of appreciation wird zumeist im Kontext der Verhältnismäßigkeitsprüfung relevant. Es beruht auf dem Gedanken der Subsidiarität der Rechtsschutzinstrumente der Konvention, wonach zunächst die Staaten – und erst an zweiter Stelle der EGMR – die Einhaltung der Konventionsrechte sicherzustellen haben. Der margin of appreciation lässt sich nicht abstrakt definieren, sondern ist ein Prinzip, das bei der Beurteilung des Einzelfalls seine jeweilige Ausgestaltung findet. Es nimmt Rücksicht auf die Souveränität der Einzelstaaten, indem es diesen die konkrete Ausgestaltung der Konventionsrechte überlässt. Hierdurch wird bewusst auf eine einheitliche Ausgestaltung der Konventionsrechte in allen Mitgliedsstaaten verzichtet.<sup>41</sup> Gleichzeitig behält sich der EGMR aber die „menschenrechtliche Letztentscheidung vor“<sup>42</sup>. Ein ausschlaggebender Punkt für die Beurteilung, ob ein margin of appreciation besteht und wie weit er zu ziehen ist, bildet der Vergleich mit der Rechtslage in anderen Vertragsstaaten. Je unterschiedlicher die nationalen Regeln, desto größer der Spielraum, und je deutlicher sich ein gemeinsamer europäischer Standard abbildet, desto geringer wird er.<sup>43</sup> Die Venedig-Kommission wird für den EGMR in diesem Kontext wichtig, wenn sie rechtsvergleichende Studien oder darauf basierende Guidelines erstellt hat, die dazu beitragen, einen gemeinsamen europäischen Standard zu ermitteln.<sup>44</sup>

Das Leitprinzip des margin of appreciation wird in der Literatur als Teil einer umfassenderen Strategie des EGMR gedeutet, die Durchsetzungskraft seiner Urteile zu stärken.<sup>45</sup> Zwar binden die Urteile die Beteiligten gemäß Art. 46 EMRK. Doch kommt dem EGMR nur die Befugnis zu, die Konventionsverletzung festzustellen. Die Aufhebung der innerstaatlichen Gesetze und Rechtsakte liegt in der Hand des betroffenen Staates. Insofern ist der EGMR auf die Zusammenarbeit mit den Vertragsstaaten angewiesen. Für die Akzeptanz und Durchschlagkraft der Urteile des EGMR ist es also notwendig, dass dieser Zurückhaltung und Respekt gegenüber den Staaten wahrt.<sup>46</sup>

<sup>41</sup> Gebauer, Parallele Grund- und Menschenrechtsschutzsysteme in Europa?, 2007, S. 250.

<sup>42</sup> Ebd.

<sup>43</sup> Ein weiter margin of appreciation wird beispielsweise angenommen in *Affaire Etxebarria Barrena Arza Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea et Aiarako et autres c. Espagne*, Requêtes n<sup>os</sup> 35579/03, 35613/03, 35626/03 et 35634/03, Arrêt du 30 juin 2009, § 80.

<sup>44</sup> So zum Beispiel *Case of Tănase v. Moldova*, App. no. 7/08, judgment of 27 April 2010, § 176.

<sup>45</sup> Gebauer, Parallele Grund- und Menschenrechtsschutzsysteme in Europa?, 2007, S. 250 f.

<sup>46</sup> Siehe dazu im Einzelnen Gebauer, Parallele Grund- und Menschenrechtsschutzsysteme in Europa?, 2007, S. 250 f.

<sup>35</sup> *Case of Demir and Baykara v. Turkey*, App. no. 34503/97, judgment of 12 November 2008, § 68.

<sup>36</sup> *Case of Demir and Baykara v. Turkey*, App. no. 34503/97, judgment of 12 November 2008, § 75.

<sup>37</sup> CDL-AD(2002)023rev.

<sup>38</sup> CDL-INF(2001)8.

<sup>39</sup> Siehe zum Verhältnismäßigkeitsprinzip und seiner Verankerung in der Konvention Gebauer, Parallele Grund- und Menschenrechtsschutzsysteme in Europa?, 2007, S. 244 ff.

<sup>40</sup> Gebauer, Parallele Grund- und Menschenrechtsschutzsysteme in Europa?, 2007, S. 246.



## 2. Zur Wirkungsweise der Rechtsprechung des EGMR und ihrer Bedeutung für die Gutachten der Venedig-Kommission

Über diese „Zurückhaltungsstrategie“ hinaus hat der EGMR weitere Mechanismen entwickelt, um den Konventionsrechten verstärkte Geltung zu verschaffen. Hierzu zählen vor allem die teilweise sehr umfangreichen allgemeinen Ausführungen zu einer Rechtsfrage, die es allen Mitgliedsstaaten ermöglicht, sich an der Rechtsprechung des EGMR auszurichten. Damit wird der Schutz der Konventionsrechte gewissermaßen vorverlagert.<sup>47</sup> Christoph Grabenwarter und Katharina Pabel sprechen in diesem Zusammenhang von einer faktischen Orientierungswirkung der Urteile.<sup>48</sup> Dieses kann wiederum für die Venedig-Kommission im Rahmen ihrer Maßstabsbildung Bedeutung erlangen. Der Einbezug der Venedig-Kommission in das normative Umfeld der EMRK auf der einen und die Wirkung der Urteile des EGMR auf der anderen Seite kann in einer ersten Annäherung als Wechselwirkungsverhältnis beschrieben werden. Pieter van Dijk bezieht sich auf *amicus curiae* briefs der Venedig-Kommission in der Rechtsprechung des EGMR und kommt zu dem Schluss, dass sich die Venedig-Kommission und der EGMR mit Blick auf die Interpretation der Konventionsrechte ergänzen.<sup>49</sup> In diesem Zusammenhang spricht er von einer „two-way-street“<sup>50</sup> sowie von „cross-fertilization“<sup>51</sup>. Diese Bilder suggerieren einen argumentativen Austausch auf einer Ebene. Mit Blick auf die hier interessierenden Gutachten der Venedig-Kommission kann dieses Bild nicht ohne weiteres übernommen werden.<sup>52</sup> Ein solcher „gleichwertiger“ Austausch auf einer Ebene gerät schon deshalb in Schieflage, weil die Venedig-Kommission für die Ermittlung ihrer Mindeststandards wohl erheblich mehr auf die Rechtsprechung des EGMR angewiesen ist, als der EGMR auf die Dokumente der Venedig-Kommission.<sup>53</sup> Aber auch die Logik der Entscheidungsdarstellung des EGMR weist nicht auf ein tatsächliches Austauschverhältnis hin.<sup>54</sup> So lässt sich in keinem der Urteile und Entscheidungen, die die Venedig-Kommission zitieren, eine diskursive Auseinandersetzung mit den Argumenten der Venedig-Kommission feststellen.<sup>55</sup> Dies wird in einem Sondervotum sogar ausdrücklich kritisiert: „It strikes us as rather odd that the Judgment fails, entirely, to have any regard to the findings in the actual Report itself.“<sup>56</sup>

mission feststellen.<sup>55</sup> Dies wird in einem Sondervotum sogar ausdrücklich kritisiert: „It strikes us as rather odd that the Judgment fails, entirely, to have any regard to the findings in the actual Report itself.“<sup>56</sup>

Diese Nicht-Auseinandersetzung weist darauf hin, dass die Entscheidungsdarstellung des EGMR einer tendenziell selbstbezüglichen Eigenlogik folgt, die sich dort für die Argumente anderer Institutionen öffnet, wo dies für sie eine spezifische Funktion erfüllt. Dieses Verfahren schließt nicht aus, dass Auseinandersetzungsprozesse jenseits des schriftlichen Urteils stattfinden und damit auch auf das Urteil Einfluss nehmen. Diese Austauschprozesse bilden sich jedoch – und das ist für den hier interessierenden Kontext von Bedeutung – nicht in der schriftlich fixierten Entscheidungsdarstellung ab.

Wenn das Verhältnis zwischen Venedig-Kommission und EGMR auf der Ebene der Entscheidungsdarstellung kein dialogisches ist, hat dies für die Gutachten der Venedig-Kommission zur Folge, dass sie nur dort wirksam werden können, wo sie eine Funktion in der Rechtsprechungstechnik des EGMR erfüllen. Im Folgenden soll dieser Zusammenhang von Entscheidungstechnik und Wirkungschancen genauer herausgearbeitet werden, wobei die Darstellung der regelmäßigen Gliederung eines Urteils des EGMR folgt.

## 3. Entscheidungstechnik und Wirkungschancen

Die Urteile des EGMR folgen einem stringenten chronologischen Aufbau, der insgesamt fünf Abschnitte umfassen kann: einen Überblick über den Ablauf des Verfahrens seit Einlegung der Beschwerde und Nennung der Verfahrensbeteiligten (Procedure), einen Teil zur Sachverhaltsdarstellung, einschließlich einer Darstellung der diesbezüglich relevanten nationalen, transnationalen und internationalen Rechtslage (The Facts), die rechtlichen Ausführungen der Parteien und des Gerichts (The Law) sowie den Tenor und die Sondervoten.

Die Gutachten der Venedig-Kommission werden im Bereich The Facts 57 Mal, im Bereich The Law 27 Mal und zweimal innerhalb der Sondervoten zitiert.

### a) The Facts

Die hohe Zahl der Bezugnahmen im Bereich The Facts gegenüber der geringeren Zahl im Bereich The Law ist damit zu erklären, dass der EGMR im ersten Abschnitt sämtliche Materialien anführt, die seines Erachtens relevant für den in Frage stehenden Sachverhalt haben

<sup>47</sup> Gebauer, Parallele Grund- und Menschenrechtsschutzsysteme in Europa?, 2007, S. 233.

<sup>48</sup> Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 2012, S. 106.

<sup>49</sup> Van Dijk, in: Human rights, liber amicorum Luzius Wildhaber, 2007, S. 183 (184); ähnlich und ebenfalls bezogen auf *amicus curiae* briefs Bode-Kirchhoff, in: Dzehtsiarou/Kanstantsin u. a. (Hrsg.), Human Rights Law in Europe, i.E. 2014, III.

<sup>50</sup> Van Dijk, in: Human rights, liber amicorum Luzius Wildhaber, 2007, S. 183 (202).

<sup>51</sup> Ebd.

<sup>52</sup> Vgl. auch Hoffmann-Riem, in: Bäuerle/Dann/Wallrabenstein (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven, FS Brun-Otto Bryde, 2012, S. 595 (611).

<sup>53</sup> Hoffmann-Riem, in: Bäuerle/Dann/Wallrabenstein (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven, FS Brun-Otto Bryde, 2012, S. 595 (614).

<sup>54</sup> Jedenfalls nicht auf der Ebene der Entscheidungsdarstellung. Austauschverhältnisse zum Beispiel im Vorfeld der Entscheidung sind dadurch nicht ausgeschlossen.

<sup>55</sup> Siehe dazu das Beispiel bei Hoffmann-Riem, in: Bäuerle/Dann/Wallrabenstein (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven, FS Brun-Otto Bryde, 2012, S. 595 (611 f.).

<sup>56</sup> *Case of McFarlane v. Ireland*, App. no. 31333/06, judgment of 10 September 2010, Joint dissenting opinion of Judges Gyulumyan, Ziemele, Bianku and Power, § 10.

könnten. Wenn ein Gutachten hier angeführt wird, bedeutet dies jedoch nicht, dass es zwangsläufig auch tatsächlich bei der Subsumtion herangezogen wird.

Der Bereich The Facts gliedert sich in der Regel in zwei Abschnitte. Im ersten (the circumstances of the case) erfolgt die Sachverhaltschilderung, während im zweiten Abschnitt zuerst die innerstaatliche Rechtslage und sodann die relevanten internationalen Rechtstexte und Entscheidungen internationaler Gerichte angeführt werden. Welche Bedeutung die zitierten Gutachten inhaltlich für die Rechtsprechung des EGMR haben, erschließt sich erst im Abschnitt The Law. Mit Blick auf die Entscheidungslogik des EGMR bzw. auf das Verfahren, durch das die Gutachten in diese Logik eingebunden werden, vollzieht sich aber mit der Aufnahme in den Bereich The Facts ein erster wichtiger Schritt. So werden die Gutachten der Venedig-Kommission hier in einen Zusammenhang mit anderen Normen gestellt, die je unterschiedliche Grade von rechtlicher Verbindlichkeit aufweisen. Teilweise werden hier beispielsweise völkerrechtliche Verträge angeführt, die der betreffende Staat nicht unterzeichnet hat und die daher zwar grundsätzlich Bindungswirkung entfalten, nicht aber gegenüber dem am Verfahren beteiligten Staat. Daneben stehen vom betroffenen Staat ratifizierte und also ihm gegenüber wirksame Verträge sowie reine Evaluierungen, denen keine normative Qualität zukommt.<sup>57</sup> Diese Unterschiede in der Bindungswirkung werden vom Gericht mit Blick auf sein eigenes Verfahren relativiert: „The Court observes [...] that in searching for common ground among the norms of international law it has never distinguished between sources of law according to whether or not they have been signed or ratified by the respondent State.“<sup>58</sup> Was das Gericht nur für die Ratifizierung von völkerrechtlichen Verträgen ausführt, gilt allgemein auch für sonstige Unterschiede in der Bindungswirkung. Denn dem Gericht geht es nicht darum, die betreffenden Regeln im Einzelfall doch als rechtsverbindlich anzusehen, sondern darum, ein für seine Wertungen notwendiges normatives Umfeld zu etablieren: „Being made up of a set of rules and principles that are accepted by the vast majority of States, the common international or domestic law standards of European States reflect a reality that the Court cannot disregard when it is called upon to clarify the scope of a Convention provision.“<sup>59</sup> Für die Relevanz der Bindungswirkung der herangezogenen Normen bedeutet diese Relativierung, dass diesbezügliche Unterschiede mit dem Eingang in den Bereich The Facts gewissermaßen neutralisiert werden. Die Wirkungen der

Rechtsakte und Normen im Allgemeinen sowie die der Gutachten der Venedig-Kommission im Besonderen, können sich nunmehr allein aus der Funktion ergeben, die sie für den EGMR im Bereich The Law oder auch in den Sondervoten übernehmen.

#### b) The Law

Der Abschnitt The Law ist geprägt von einem diskursiven Stil<sup>60</sup>, wobei die gerügten Konventionsverletzungen nacheinander erörtert werden. Die Darstellung beginnt jeweils mit der Rechtsauffassung der Parteien, die gegebenenfalls durch Rechtsauffassungen von Dritten im Sinne von Art. 36 EMRK ergänzt werden. Anschließend führt der EGMR seine Rechtsauffassung aus. Diese Ausführungen sind von den drei dargestellten Charakteristika der Rechtsprechung des EGMR geprägt: dem Verständnis der Konvention als living instrument, dem Prinzip des margin of appreciation und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Die Venedig-Kommission wird innerhalb dieses Aufbaus an drei Standorten zitiert. Zum einen wird – dies geschieht allerdings eher selten – von den Parteien darauf verwiesen, dass sie die Standards der Venedig-Kommission eingehalten haben bzw. dass die andere Partei sie nicht eingehalten habe.<sup>61</sup> Offensichtlich werden die Gutachten der Venedig-Kommission von den Parteien, aber auch von dem ihre Meinungen zusammenfassenden EGMR, als ein Maßstab angesehen, der jedenfalls nicht ohne Bedeutung für die Entscheidungsfindung des Gerichts ist.<sup>62</sup> Zum anderen wird die Venedig-Kommission als Drittbeteiligte gemäß Art. 36 II EMRK mit ihrer den Einzelfall betreffenden Rechtsauffassung zitiert.<sup>63</sup> Am häufigsten wird die Venedig-Kommission schließlich im Rahmen der Subsumtion durch den EGMR herangezogen. In diesem Kontext erfolgt die Bezugnahme auch in der Auslegung, vornehmlich jedoch innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Hier wiederum werden die Gutachten vor allem dort herangezogen, wo der EGMR seine Wertungen an dem gemeinsamen Standard europäischer Prägung ausrichtet.<sup>64</sup> Da der EGMR bei diesen Bezugnahmen die Venedig-Kommission – anders als im Rahmen der Parteivorträge – auf eigene Initiative hin in seine Rechtsprechung einbringt und diese Bezug-

<sup>60</sup> Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 2012, S. 95.

<sup>61</sup> *Case of Tănase v. Moldova*, App. no. 7108, judgment of 27 April 2010, §§ 138, 152.

<sup>62</sup> Gleichzeitig verdeutlichen die argumentativen Verweise, dass eine Entscheidung der Venedig-Kommission, die zunächst national gewirkt hat, über das Einbringen der Parteien im Kontext des internationalen Rechts bedeutsam werden kann. Es wäre sicherlich aufschlussreich, diese Wirkungszusammenhänge in einer umfassenderen Studie zu untersuchen.

<sup>63</sup> So etwa im Fall *Case of parti nationaliste Basque*, App. no. 71251/01, judgment of 7 June 2007, § 3.

<sup>64</sup> Vgl. etwa *Case of parti nationaliste Basque*, App. no. 71251/01, judgment of 7 June 2007, §§ 45–47.

<sup>57</sup> Vgl. die der Opinion zugrundeliegende Studie in *Case of parti nationaliste*, App. no. 71251/01, judgment of 7 June 2007, § 29.

<sup>58</sup> *Case of Demir and Baykara v. Turkey*, App. no. 34503/97, judgment of 12 November 2008, § 78.

<sup>59</sup> *Case of Demir and Baykara v. Turkey*, App. no. 34503/97, judgment of 12 November 2008, § 76.

nahme ferner den überwiegenden Teil zitierter Gutachten ausmachen, beziehen sich die folgenden Kategorisierungen allein auf solche Gutachten, die im Rahmen der Subsumtion in Bezug genommen worden sind. Ihre Wirkungsweisen lassen sich in die drei Kategorien „Orientierungswirkung“, „Legitimationswirkung“ und „Bindungswirkung“ einteilen.

#### aa) Orientierungswirkung

Gutachten kommt eine Orientierungswirkung zu, wenn der EGMR seine Wertungen an ihnen ausrichtet. Dies geschieht vor allem im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung. So zog der EGMR bei der Frage, ob ein Verbot der Parteienfinanzierung durch ausländische Parteien gegen Art. 11 EMRK verstößt<sup>65</sup>, die „Guidelines on the Financing of Political Parties“<sup>66</sup> gleich mehrfach als Orientierungspunkt für die eigene Wertung heran. Zunächst stellt das Gericht abstrakt fest, dass die Richtlinien festlegen, dass „donations from foreign States or enterprises must [...] be prohibited“<sup>67</sup>. Sodann nimmt er eine Einzelfallbewertung vor, die von diesem Maßstab ausgeht, und die sich auch im Weiteren an den Guidelines orientiert: „It is not so easily persuaded, however, with regard to the prohibition on funding by foreign political parties. It fails to see exactly how State sovereignty should be undermined by this factor alone. Moreover, it is striking, that the above-mentioned guidelines [...] do not indicate that there should be such a ban, whereas they emphasize the need to prohibit funding by ‘foreign enterprises’“<sup>68</sup>. Nicht immer richtet sich die Wertung des EGMR so deutlich an den Gutachten aus. Häufig erfolgt die Bezugnahme nur in Form eines kurzen Verweises, nicht selten werden die Gutachten der Venedig-Kommission auch mit denen anderer Institutionen zusammen herangezogen. Von den drei Wirkungsformen ist die Orientierungswirkung am häufigsten zu beobachten. Die Übergänge zur Legitimationswirkung sind indes nicht immer trennscharf zu ziehen.

#### bb) Legitimationswirkung

Eine legitimierende Wirkung kommt den Gutachten zum einen zu, wenn das Gericht seine Wertungen zunächst ohne Bezugnahme vornimmt und erst am Ende zu verstehen gibt, dass dieses Ergebnis auch von dem jeweiligen Gutachten der Venedig-Kommission gestützt wird. Dies kann etwa in Form eines kurzen Verweises geschehen, wobei dies teilweise zusammen mit einem Verweis auf andere Quellen erfolgt.<sup>69</sup> Mit diesem Verweis wird gleichzeitig deutlich gemacht, dass der EGMR

das Gutachten der Venedig-Kommission zur Kenntnis genommen und sich jedenfalls ein Stück weit an ihm orientiert hat. Insofern steckt in jeder legitimierenden Wirkung auch ein Anteil an Orientierungswirkung. Das Verhältnis von Orientierungswirkung und Legitimationswirkung ist daher kein Ausschließlichkeitsverhältnis. Dennoch ist eine Unterscheidung möglich. Diese kann sich an dem Grad der inhaltlichen Bezugnahme orientieren: je diskursiver die Argumentation ausgestaltet ist, desto mehr spricht dies für eine Orientierungswirkung, und – vice versa – je geringer die inhaltliche Bezugnahme ausfällt, desto mehr spricht für eine legitimierende Wirkung.

Legitimierende Wirkung erlangen die Gutachten zum anderen auch darüber, dass das Gericht schon häufiger auf sie Bezug genommen hat. So finden sich in der Rechtsprechung häufig Verweisketten, die unter anderem dazu dienen, die Konsistenz der eigenen Rechtsprechung aufzuzeigen. Sofern hierin die Gutachten der Venedig-Kommission in Bezug genommen werden, gehen diese in den Fundus der Selbstreferenzen des Gerichts ein. Dadurch werden sie als zuverlässige Quelle ausgezeichnet und legitimieren gleichzeitig weitere Bezugnahmen des Gerichts.<sup>70</sup>

#### cc) Bindungswirkung

Als Bindungswirkung können diejenigen Fälle beschrieben werden, in denen das Gericht keine eigenständigen Wertungen vornimmt, sondern unmittelbar unter die Maßstäbe der Venedig-Kommission subsumiert. Hierdurch gehen die Gutachten der Venedig-Kommission unmittelbar in das Urteil ein, wodurch sie gegenüber den Parteien Bindungswirkung entfalten. Die Bindungswirkung kann als verdichtete Orientierungswirkung beschrieben werden. Sie gewinnt dieser gegenüber jedoch eigenständige Bedeutung und lässt sich aufgrund der unmittelbaren Subsumtion unter die Maßstäbe der Venedig-Kommission eher als normähnliche Funktion kennzeichnen. Mit der normähnlichen Funktion korrespondiert eine normähnliche Wirkung insoweit, als die entstehende Bindungswirkung Ähnlichkeiten mit der normkonkretisierenden Wirkung eines Urteils aufweist. Diese verdichtete Wirkung tritt allerdings nur selten auf. So konnte sie bisher nur einmal, im Fall *Menchinskaya vs. Russia*, festgestellt werden.

### V. Wirkungsvoraussetzungen und Wirkungsweisen der Gutachten: Charakteristika und Ausblick

Die drei beschriebenen Wirkungsweisen der Gutachten innerhalb der Rechtsprechung des EGMR korrespon-

<sup>65</sup> *Case of parti nationaliste Basque*, App. no. 71251/01, judgment of 7 June 2007.

<sup>66</sup> Dokument Nr. CDL-INF (2001) 8.

<sup>67</sup> Dokument Nr. CDL-INF (2008) 8, A b 6.

<sup>68</sup> *Case of parti nationaliste Basque*, App. no. 71251/01, judgment of 7 June 2007, § 47.

<sup>69</sup> *Case of Republican Party of Russia v. Russia*, App. no. 12976/07, judgment of 15 September 2011, § 88.

<sup>70</sup> Vgl. hierzu etwa *Case of Menchinskaya v. Russia*, App. no. 42454/02, judgment of 15 April 2009.

dieren mit den drei Funktionen, die sie für den EGMR übernehmen: eine Orientierungsfunktion, eine Legitimationsfunktion sowie eine normähnliche Funktion. Diese Funktionen sind es, die Wirkungschancen für die Gutachten der Venedig-Kommission in diesem Kontext eröffnen. Insgesamt scheinen die Wirkungschancen der Gutachten zum einen von der Reputation der Venedig-Kommission abzuhängen. Dies zeigt sich etwa im Rahmen der Legitimationswirkung. Zum anderen erhöht sich die Wahrscheinlichkeit des Einbezugs mit der Qualität der Gutachten. So werden rechtsvergleichende Studien vor allem im Kontext des margin of appreciation bedeutsam. Da dieser Bereich Ausdruck der Achtung der Souveränität der Mitgliedsstaaten ist, kommt es darauf an, dass dem EGMR Informationen zur Verfügung stehen, die so aussagekräftig sind, dass auch der betroffene Staat sie respektieren kann. Schließlich können Guidelines und Studies vor allem dann die Orientierungsfunktion ausfüllen, wenn sie klar strukturierte Maßstäbe aufstellen und im besten Fall unmittelbar einleuchtend sind. So stellt Judge Caflisch, nachdem er in einem Sonder-votum differenzierende Beurteilungsmaßstäbe entwickelt hat, fest: „Two out of the above four elements are contained in the Code of Good Practice of the Venice Commission: I say this not because I consider that Code

71 *Case of Hirst v. United Kingdom (No. 2)*, App. no. 74025/01, Concurring opinion of Judge Caflisch, § 7.

to be binding but because, in the subject matter considered here, these elements make eminent sense.“<sup>71</sup>

Charakteristisch für die Wirkungsweise der Gutachten der Venedig-Kommission ist, dass die Wirkungen kontextspezifisch entstehen. Um sie verstehen und rechtlich einordnen zu können, ist es unerlässlich, auch die Funktionsweise des Kontextes, in dem sie ihre Wirkung entfalten – wie hier für den EGMR geschehen – zu berücksichtigen. Die Gutachten der Venedig-Kommission fordern den rechtlichen Blick heraus, weil dieser klassischerweise auf rechtsförmliche Handlungsformen gerichtet war, die unabhängig von ihren kontextspezifischen Wirkungen erkannt und eingeordnet werden konnten. Insofern die Gutachten rechtlich unverbindlich aber, wie gezeigt wurde, mit Wirkungschancen versehen sind, können sie als Soft Law qualifiziert werden.<sup>72</sup> Je mehr Bedeutung Akteure wie die Venedig-Kommission im nationalen und internationalen Kontext erlangen, desto wichtiger wird das Verständnis von Soft Law für die rechtswissenschaftliche Arbeit werden.

72 Vgl. einführend zu dem nicht unumstrittenen Begriff des Soft Law etwa Schwarze, *Soft Law im Recht der Europäischen Union*, EuR 2011, 3 ff.; d'Aspremont, *Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials*, EJIL 19/5 (2008), 1075 ff.; Mörth, *Introduction*, in: dies. (Hrsg.), *Soft Law in Governance and Regulation. An Interdisciplinary Analysis*, 2004, S. 1 ff.

Annika Haller/Malin Hüttmann/Merle Linn\*

## Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Ein Überblick über die zivilrechtlichen Regelungen

*Mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz hat der Gesetzgeber einen Diskriminierungsschutz geschaffen, der auch im Zivilrecht unmittelbare Anwendung findet. Verstöße gegen Benachteiligungsverbote können nunmehr auch zivilrechtliche Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche nach sich ziehen. Der Beitrag skizziert die europarechtlichen Grundlagen sowie die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und stellt die für das Zivilrecht maßgeblichen Regelungen im Einzelnen vor. Dabei wird auf Rechtsfolgenseite beim Vorliegen eines Benachteiligungsverbots ein aus dem Gesetz folgender Kontrahierungszwang befürwortet.*

\* Stud. iur. an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einem Seminarvortrag, den die Verfasserinnen im Wintersemester 2012/2013 im Seminar „Bürgerliches Recht für Anfänger – Forschendes Lernen“ bei Prof. Dr. Reinhard Bork und Jun.-Prof. Dr. Olaf Muthorst gehalten haben.

### I. Einführung

Für die meisten Menschen in der Europäischen Union ist es inzwischen eine Selbstverständlichkeit, in einer – zumindest auf dem Papier – toleranten und die Menschenrechte achtenden Gesellschaft zu leben. Dies vorausgesetzt stellt sich aber die Frage, wie Situationen zu beurteilen sind, in denen jemandem der Zutritt in eine Diskothek aufgrund der ethnischen Herkunft verweigert wird, gleichgeschlechtliche Paare wegen ihrer sexuellen Orientierung in Hotels abgewiesen werden, oder Behinderte aus einem Restaurant hinausgeworfen werden, weil sich andere Gäste gestört fühlen könnten. Ein solches Verhalten ist unserem grundsätzlichen Empfinden nach moralisch verwerflich, aber wird es auch rechtlich missbilligt? Zu denken wäre an einen Schutz durch das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 3 GG. Bei den