

# zeitschrift für menschenrechte

JOURNAL FOR HUMAN RIGHTS

## Menschenrechte im Ausnahmezustand

Jahrgang 13  
2019 Nr. 2

### Thema

Gerd Oberleitner: Das bedrohte Leben der Nation. Begriff, Begründung und Funktion des Staatsnotstands in menschenrechtlichen Verträgen

Christina Binder: Human Rights in Times of Emergency. An Inter-American Perspective with Special Focus on the Defence of the Rule of Law

Claudia Zilla und David Keseberg: Venezuela: Menschenrechte im Ausnahmezustand

Thomas Demmelhuber: Ausnahmezustand als Herrschaftstechnik? Ägypten und die politischen Umbrüche seit 2011

Radley Henrico and Sarah Fick: The State of Emergency under the South African Apartheid System of Government: Reflections and Criticisms

M. Ehteshamul Bari: The Impact of Declarations of Emergency on Human Rights. A Perspective from the Indo-Pak-Bangladesh Subcontinent

### Hintergrund

### Forum

zfmr



WOCHEN  
SCHAU  
VERLAG

---

**zeitschrift für  
menschenrechte**  
journal for  
human rights

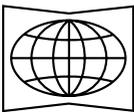
# Menschenrechte im Ausnahmestand

Mit Beiträgen von

M. Ehteshamul Bari  
Heiner Bielefeldt  
Christina Binder  
Thomas Demmelhuber  
Sarah Fick  
Radley Henrico

David Keseberg  
Michael Krennerich  
Jörg Maywald  
Gerd Oberleitner  
Claudia Zilla

**zfmr herausgegeben von  
Michael Krennerich (Leitung),  
Christina Binder, Tessa Debus,  
Elisabeth Holzleithner, Regina Kreide,  
Arnd Pollmann, Stefan Weyers**



---

**WOCHENSCHAU VERLAG**

**Herausgeber:** **Christina Binder** (*Universität der Bundeswehr München*)  
**Tessa Debus** (*Wochenschau Verlag*)  
**Elisabeth Holzleithner** (*Universität Wien*)  
**Regina Kreide** (*Justus-Liebig-Universität Gießen*)  
**Michael Krennerich** (*Nürnberger Menschenrechtszentrum sowie  
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg*)  
**Arnd Pollmann** (*Alice Salomon Hochschule Berlin*)  
**Stefan Weyers** (*Johannes Gutenberg Universität Mainz*)

**Rubrik Buchbesprechungen:** **Marco Schendel** (*Univ. Erlangen-Nürnberg*)

**Wissenschaftlicher Beirat:** **Zehra Arat** (*Univ. of Connecticut, Storrs, CT*); **Seyla Benhabib** (*Yale Univ.*); **Samantha Besson** (*Univ. de Fribourg*); **Heiner Bielefeldt** (*Friedrich-Alexander-  
Univ. Erlangen-Nürnberg*); **Marianne Braig** (*Freie Univ. Berlin*); **Rainer Forst** (*Johann Wolfgang  
Goethe-Univ. Frankfurt/M.*); **Karl-Peter Fritzsche** (*Otto-von-Guericke-Univ. Magdeburg*);  
**Brigitte Hamm** (*Inst. für Entwicklung und Frieden, Duisburg*); **Rainer Huhle** (*Nürnberger  
Menschenrechtszentrum*); **Georg Lohmann** (*Otto-von-Guericke-Univ. Magdeburg*); **Anja Mihr**  
(*Humboldt-Viadrina Governance Center Berlin*); **Rainer Schmalz-Bruns** (*Leibniz Univ.  
Hannover*); **Susanne Zwingel** (*Florida International University, Miami, FL*)

**Redaktions-  
anschrift:** Redaktion zeitschrift für menschenrechte, c/o Nürnberger Menschenrechts-  
zentrum, Hans-Sachs-Platz 2, 90403 Nürnberg, zfmnr@menschenrechte.org

**Redaktion:** Michael Krennerich und Corinne Venema-Tucker

**Reviewverfahren:** Die eingereichten Beiträge durchlaufen ein Reviewverfahren.

**Bezugsbedingungen:** Es erscheinen zwei Hefte pro Jahr. Preise: Einzelheft € 24,90; Jahresabopreis  
€ 38,-; Sonderpreis für Referendare/Studierende (gegen Vorlage einer entsprechenden Bescheini-  
gung): Jahresabo: € 19,-; alle Preise zzgl. Versandkosten. Kündigung: Acht Wochen (bis 31.10.) vor  
Jahresschluss. Bankverbindung: Volksbank Weinheim, IBAN DE59 6709 2300 0001 2709 07, BIC  
GENODE61WNM. Zahlungsweise: Lieferung gegen Rechnung oder Lastschrift; gewünschte Zah-  
lungsweise angeben.

Erscheint im Wochenschau Verlag, Dr. Kurt Debus GmbH, Verleger: Bernward Debus, Dr. Tessa  
Debus, Geschäftsführung: Bernward Debus, Dr. Tessa Debus, Silke Schneider

© Wochenschau Verlag, Dr. Kurt Debus GmbH

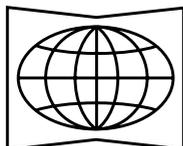
**Anzeigen:** Christiane Klär, Tel. 069/7880772-23, christiane.klaer@wochenschau-verlag.de

ISSN 1864-6492

Digitale Ausgabe: ISBN 978-3-7344-0920-2

[www.zeitschriftfuermenschenrechte.de](http://www.zeitschriftfuermenschenrechte.de)

The journal is available at EBSCO.



**WOCHEN  
SCHAU  
VERLAG**

Wochenschau Verlag • Eschborner  
Landstr. 42–50 • 60489 Frankfurt/M.  
Tel: 069/7880772-22 • Fax: 069/7880772-20  
[info@wochenschau-verlag.de](mailto:info@wochenschau-verlag.de)  
[www.wochenschau-verlag.de](http://www.wochenschau-verlag.de)

# INHALT

Editorial .....	4
-----------------	---

## Menschenrechte im Ausnahmezustand

Gerd Oberleitner: Das bedrohte Leben der Nation: Begriff, Begründung und Funktion des Staatsnotstandes in menschenrechtlichen Verträgen .....	6
Christina Binder: Human Rights in Times of Emergency. An Inter-American Perspective with Special Focus on the Defence of the Rule of Law .....	22
Claudia Zilla und David Keseberg: Venezuela: Menschenrechte im Ausnahmezustand.....	38
Thomas Demmelhuber: Ausnahmezustand als Herrschaftstechnik? Ägypten und die politischen Umbrüche seit 2011 .....	57
Radley Henrico and Sarah Fick: The State of Emergency under the South African Apartheid System of Government: Reflections and Criticisms .....	71
M. Ehteshamul Bari: The Impact of Declarations of Emergency on Human Rights. A Perspective from the Indo-Pak-Bangladesh Subcontinent .....	98

## Hintergrund

Jörg Maywald: Menschenrechte für Kinder. 30 Jahre UN-Kinderrechtskonvention – ein Blick zurück nach vorn .....	115
Michael Krennerich: Straight 18 – und die menschenrechtliche Kritik an Minderjährigen in der Bundeswehr.....	132

## Forum

Heiner Bielefeldt: Moyn's World. Menschenrechtskritik als Orakel .....	157
--	-----

## Buchbesprechungen

Cécile Laborde: Liberalism's Religion (Tine Stein) .....	174
Philipp Gisbertz: Menschenwürde in der angloamerikanischen Rechtsphilosophie (Bernd Ladwig) .....	178

<b>Autorinnen und Autoren</b> .....	184
-------------------------------------	-----

## EDITORIAL

---

„Menschenrechte im Ausnahmezustand“ lautet das Schwerpunktthema der vorliegenden Ausgabe der Zeitschrift für Menschenrechte (zfmr). Angesichts der Defensive, in die die Menschenrechte vielerorts geraten sind, klingt der Titel (nicht ganz unbeabsichtigt) nach einem Wortspiel – und doch geht es im eigentlichen Wortsinne um Menschenrechte in Not- und Ausnahmezuständen. Als Reaktion auf die tatsächliche oder behauptete Bedrohung der nationalen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung wurden und werden in nicht wenigen Staaten mittels Notstandsgesetzen die Befugnisse der Regierung ausgeweitet und die Rechte der dort lebenden Menschen eingeschränkt. Doch wie wird dies begründet, und welchen rechtsstaatlichen Anforderungen haben Notstandsbegründungen zu genügen? Welche Risiken und Folgen für die Menschenrechte gehen mit Not- und Ausnahmezuständen einher? Inwiefern wurden und werden diese als Macht- und Repressionsinstrumente in Ländern wie Venezuela, Ägypten und dem einstigen südafrikanischen Apartheid-Regime missbraucht? Welche Sicherungsmaßnahmen sehen Menschenrechtsabkommen und Verfassungen vor – und inwieweit greifen diese? Mit diesen und weiteren Fragen befassen sich im Schwerpunktteil der *zfmr* – mit Gerd Oberleitner, Christina Binder, Claudia Zilla und Devid Keseberg, Thomas Demmelhuber, Radley Henrico und Sarah Fick sowie M. Ethteshamus Bari – renommierte Rechts- und Politikwissenschaftler\*innen, allgemein und bezogen auf einzelne Länder und Regionen.

Der Hintergrundteil wiederum steht ganz im Zeichen der Kinderrechtskonvention (KRK), die vor 30 Jahren verabschiedet wurde. Der ausgewiesene Kinderrechtsexperte Jörg Maywald zieht Bilanz, zeigt Erfolge der Kinderrechtskonvention auf und mahnt zugleich die Weiterentwicklung der Kinderrechte an, und zwar sowohl international als auch in Deutschland. Der zweite Beitrag bezieht sich auf eines der drei Zusatzprotokolle der KRK, namentlich auf das vor 20 Jahren verabschiedete Protokoll hinsichtlich der Beteiligung von Kindern in bewaffneten Konflikten. Thematisiert werden die menschenrechtlichen Problematik der Rekrutierung von freiwilligen Minderjährigen durch die Bundeswehr, entsprechende Werbemaßnahmen und Schutzanforderungen

Der Forumsteil enthält eine – längst überfällige – Kritik an den international weithin rezipierten Schriften zu Menschenrechten des US-amerikanischen Historikers Samuel Moyn, der es mit steilen Thesen zu Weltruhm brachte. Dessen Kritik an den

Menschenrechten unterzieht Heiner Bielefeldt wiederum selbst der Kritik und dekonstruiert wortgewaltig „Moyn’s World“ der Menschenrechte.

Abgeschlossen wird das Heft mit zwei anspruchsvollen Rezensionen von Tine Stein und Bernd Ladwig zu den Schriften *Liberalism’s Religion* von Cécile Laborde und *Menschenwürde in der angloamerikanischen Rechtsphilosophie* von Philipp Gisbertz.

Wir wünschen eine anregende Lektüre!

**Gerd Oberleitner**

## **Das bedrohte Leben der Nation**

### **BEGRIFF, BEGRÜNDUNG UND FUNKTION DES STAATSNOTSTANDES IN MENSCHENRECHTLICHEN VERTRÄGEN**

Der Beitrag geht anhand der Analyse der Staatenpraxis und Spruchpraxis menschenrechtlicher Überwachungsorganen der Frage nach, von welchem Begriff des Staatsnotstandes oder Ausnahmezustands menschenrechtliche Verträge ausgehen, wenn sie Einschränkungen von Menschenrechten in Situationen erlauben, die das Leben der Nation bedrohen. Als notstandsbegründende Voraussetzungen für die Ausrufung eines Notstandes als völkerrechtliche *self-judging clause* werden dabei Bedrohungen der physischen Existenz des Staatsvolkes, der Integrität des Staatsgebietes oder der Beeinträchtigung der Staatsgewalt im Sinne einer schweren Funktionsstörung des funktionierenden Staatswesens, seiner verfassungsmäßigen Grundordnung und wesentlichen Organe oder des organisierten Gemeinschaftslebens gesehen, wobei diese Bedrohung unmittelbar und derart massiv sein muss, dass ihr zwingend nicht anders als durch die Ausrufung eines Notstandes begegnet werden kann. Auch wenn dabei der Begriff des beeinträchtigten organisierten Gemeinschaftslebens unbestimmt bleibt, können zwei zentrale Anforderungen an die unvollkommene völkerrechtliche Notstandsdogmatik gestellt werden: zum einen müssen sich Begriff und Begründung des Notstandes an den zugrundeliegenden funktionalen Erfordernissen orientieren, dass einer Bedrohungssituation nur durch eine Notstandsgesetzgebung und Notstandsmaßnahmen begegnet werden kann, und zum zweiten müssen menschenrechtliche Überwachungsorgane in der Lage sein, solche Situationen verfahrensrechtlich zu begleiten und damit in Sinne der Wahrung von Rechtsstaatlichkeit einzuschränken.

#### **1. Extremis malis extrema remedia?**

*Extremis malis extrema remedia* (außergewöhnliche Umstände erfordern außergewöhnliche Maßnahmen): an diesem Motto hat (zumindest der Legende nach) Hippokrates, der berühmteste griechische Arzt des Altertums, seine medizinische Behandlung ausgerichtet. Auch in Recht und Politik ist diese Sichtweise weit verbreitet, dass nämlich bei Vorliegen eines Ausnahmezustandes in Abweichung vom gewöhnlich geltenden Recht besondere Maßnahmen ergriffen werden können. Die meisten nationalen Rechtsordnungen kennen denn auch den Begriff des Notstands, Staatsnotstandes, öffentlichen Notstandes oder Ausnahmezustandes (*state of emergency*), in dem als Reaktion auf eine Bedrohung *üblicherweise* mittels Notstandsgesetzgebung die Befugnisse der Exekutive ausgedehnt und damit zugleich die Rechte der Rechtsunterworfenen eingeschränkt werden.

Der scheinbar logischen Korrelation zwischen außergewöhnlichen Zeiten und außergewöhnlichen Maßnahmen zum Trotz bleibt dabei aber die Frage offen, worin eigentlich im Einzelfall jene Außergewöhnlichkeit zu bestehen hat, die ein Abweichen vom Normalen erlaubt. Aus (völker)rechtlicher und insbesondere aus menschenrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, wie Bedrohungen beschaffen sein müssen, um die Preisgabe gewöhnlicher Rechtsstandards zu rechtfertigen. Im Folgenden soll es daher nicht um die Frage nach der (Un)zulässigkeit konkreter Maßnahmen im Ausnahmezustand (*jus in tumultu*), sondern vielmehr um die eigentliche Begründung eines Notstandes unter dem Völkerrecht gehen (*jus ad tumultum*) (Criddle/Fox-Decent 2012: 39 ff.). Von welchem Begriff (oder Begriffen) des Notstandes geht das Völkerrecht eigentlich aus, und gibt es ein kohärentes völkerrechtliches Notstandsrecht und eine begleitende völkerrechtliche Notstandsdogmatik über verschiedene Bedrohungsszenarien hinweg? Welche Konturen für ein völkerrechtliches Notstandsrecht zeichnen sich dabei insbesondere in Menschenrechtsverträgen ab, und was ist dabei aus der Staatenpraxis und insbesondere der Rechtsprechung internationaler Menschenrechtsorgane zu gewinnen? Eine derartige Analyse des Notstandsbegriffs scheint (über den beschränkten Rahmen dieses Beitrages hinaus) notwendig, um einer in vielen Staaten beobachtbaren Tendenz entgegenzutreten, das Bestehen eines behaupteten permanenten Notstandes zunehmend als den Normalzustand zu erachten (Neocleous 2006: 191 ff.).

## 2. Staatsnotstand als Behauptung: die Zulässigkeit von self-judging clauses

Drei allgemeine Überlegungen zum Staatsnotstand scheinen vorweg notwendig. Zum einen ist der Notstand im Völkerrecht ebenso wie im Staats- und Verfassungsrecht ein hinsichtlich seiner Begründung rechtstheoretisch widersprüchliches Phänomen, geht es doch um die Einschreibung einer Anomalie (nämlich der Suspendierung von zumindest Teilen der Rechtsordnung) in eben diese Rechtsordnung. Dabei stellt sich mit Carl Schmitt die Frage, ob sich im Notstand tatsächlich der wahre Souverän über die Rechtsstaatlichkeit erhebt und diese zurückzutreten hat oder ob in einer mit Hans Kelsen in Verbindung stehenden Konzeption des Notstands staatliches Handeln zwar *in extremis* aber dennoch innerhalb der rechtsstaatlichen Ordnung stattfindet und daher insbesondere auch weiterhin gerichtlicher Kontrolle unterliegt (Zwitter 2012: 30 ff.). Derogationsklauseln in menschenrechtlichen Verträgen und die Spruchpraxis internationaler Menschenrechtsorgane versuchen diesen Zwiespalt aufzulösen und Notstandssituationen auf Basis menschenrechtlicher Erwägungen und unter Rückgriff

auf rechtsstaatliche und demokratische Erfordernisse zu überprüfen und damit letztlich den Notstand einzuhegen, ohne dieses Dilemma völlig auflösen zu können (Sheeran 2013: 491 ff.).

Zum zweiten muss im Völkerrecht (wie auch im innerstaatlichen Recht) der Notstand als abstrakter Begriff weitgehend unbestimmt bleiben, weil die Vielfalt und Natur potenzieller Bedrohungen eine Einschränkung weder verfassungs- noch völkerrechtlich angezeigt erscheinen lässt (Gross/Ní Aoláin 2006: 247 ff.). So unterschiedliche Ereignisse wie Aufstände, Chemieunfälle, Generalstreiks, Erdbeben, Epidemien oder Terrorangriffe werden innerstaatlich zwar manchmal auch taxativ in einer Notstandsomenklatur abgehandelt, als Übergriff muss der Ausnahmezustand aber vage bleiben, bezieht er sich doch gerade auf das Unerwartete (Zwitter 2012: 22 f.). Und zum dritten sei daran erinnert, dass der ausgerufene Staatsnotstand nicht gleichzusetzen ist mit der ihn begründenden tatsächlichen Situation, sondern die rechtliche Reaktion darauf darstellt. Das Vorliegen eines Staatsnotstandes ist Behauptung und nicht Faktum. Auch gleich gelagerte faktische Situationen können zu unterschiedlichen Behauptungen hinsichtlich des Vorliegens (oder Nichtvorliegens) eines Staatsnotstandes und damit zu unterschiedlichen Folgen führen.

Aus völkerrechtlicher Sicht kann die Behauptung eines Notstandes damit als eine Selbstbeurteilungsklausel (*self-judging clause*) gesehen werden, mit welcher das Vorliegen einer Situation ausschließlich vom Betroffenen zu bestätigen ist, während anderen grundsätzlich keine derartige Kompetenz zukommt. Auszurufen ist stets der eigene Notstand, nicht der des anderen. Die Verkündigung eines Notstandes in dem einen Staat durch einen anderen Staat wäre nicht nur völkerrechtlich verboten, sondern auch sinnwidrig, geht es doch um die Feststellung der eigenen Betroffenheit. Grundsätzlich werden solche Selbstbeurteilungen als Ausdruck der Wahrung des eigenen staatlichen Interesses und als Ausdruck staatlicher Souveränität im Völkerrecht als zulässig angesehen, solange sie in gutem Glauben vorgenommen werden oder wenn die näheren Umstände völkervertragsrechtlich (üblicherweise einschränkend) formuliert sind (Briese et al. 2009: 308 ff.). Im Hinblick auf Notstandsbegründungen ist die Staatenpraxis allerdings inkonsistent und bestätigt diese beschränkende Sichtweise nicht unbedingt. Das Völkerrecht gesteht dem Staat grundsätzlich einen breiten Beurteilungsspielraum zu und schafft damit einen Ausgleich zwischen internationalen kooperativen Verpflichtungen, wie etwa dem Schutz der Menschenrechte, und staatlicher Souveränität – „*a safety valve for reconciling international cooperation and for state's occasional preference for unilateralism within cooperative regimes*“ (Schill/Briese 2008: 67). Allerdings haben sich der Internationale Gerichtshof und Schiedsgerichte regelmäßig vorbehalten, als Korrektiv gegen von Staa-

ten vorgebrachte Behauptungen zumindest die in solchen Selbstbeurteilungen enthaltenen objektiven Elemente nachprüfen zu dürfen (Reinisch 2006: 33).

Es kann nun eingewandt werden, Notstands begründungen seien keine Selbstbeurteilungsklauseln im eigentlichen Sinn, da ein Notstand ja objektiv vorliege (Schill/Briese 2008: 75 f.). Selbst dann wird allerdings dem betroffenen Staat in der Bewertung einer möglicherweise notstandsauslösenden Situation regelmäßig ein Beurteilungsspielraum zugestanden, der effektiv einer Selbstbeurteilung gleichkommt. So hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) im Fall *Ireland v. United Kingdom* (hinsichtlich behaupteter Misshandlungen von IRA-Gefangenen durch das Vereinigte Königreich unter der Notstandsgesetzgebung) festgehalten: „[i]t falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for ‘the life of [its] nation’, to determine whether that life is threatened by a ‘public emergency’.“<sup>1</sup> Dies spiegelt sowohl die Selbstbeschränkung des Gerichtshofs im Sinne seiner Doktrin der *margin of appreciation* als auch die dem Vertragsstaat zukommende Selbstbeurteilungskraft wider.

Auch das Erfordernis der amtlichen Verkündung eines Notstandes durch einen Formalakt zuständiger staatlicher Behörden kann als Ausdruck einer derartigen Selbstbeurteilungskraft gesehen werden. Damit soll nicht zuletzt das Bestehen eines *de facto*-Notstandes ebenso wie die Feststellung einer Notstandssituation von dritter Seite ausgeschlossen werden. Innerstaatlich steht hinter dieser Regel das Bedürfnis nach einer rechtsstaatlichen Begründung von Notstandssituationen im Sinne von Rechtsstaatlichkeit und Gewaltenteilung (in den Worten des UN-Menschenrechtsausschusses: „the requirement is essential for the maintenance of the principles of legality and rule of law at times when they are most needed“).<sup>2</sup> *Völkerrechtlich ist die Wahrung staatlicher Souveränität und das Gebot der Nichteinmischung durch andere Staaten handlungsleitend* (Heintze 2012: 62).

Allerdings enthält nur der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) eine explizite Verpflichtung der Staaten zur Proklamation eines Notstandes.<sup>3</sup> Für die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und die Amerikanische Menschenrechtskonvention (AMRK) wird eine solche durch die Spruchpraxis der jeweiligen Überwachungsorgane aber implizit als gefordert gesehen (Kretzmer 2008: Abs. 18). Ein derartiger Formalakt soll insbesondere auch inhaltlich den

1 European Court of Human Rights, *Ireland v. United Kingdom*, Application No. 5301/71 (18 January 1978), Abs. 207.

2 UN Human Rights Committee, General Comment No. 29, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (31 August 2001), Abs. 2.

3 Art. 4(1) IPbPR: „In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed ...“

Staatsnotstand von anderen, rhetorisch gemeinten Notstandsproklamationen absetzen. Aus der innerstaatlichen Proklamationspflicht erwächst völkerrechtlich zudem eine notwendige Notifikationspflicht gegenüber anderen Staaten, ohne welche es der Staatengemeinschaft unmöglich oder zumindest erschwert wäre, das Vorliegen eines innerstaatlich proklamierten Notstands auch zu erkennen. Auch eine solche Pflicht ergibt sich unmittelbar nur aus dem IPbPR.<sup>4</sup> im Fall *Lawless v. Ireland* aus 1961 (hinsichtlich der Inhaftierung eines IRA-Angehörigen unter Notstandsrecht) hat der EGMR aber bestätigt, dass trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Verpflichtung in der EMRK eine unverzügliche Notifikation zu geschehen habe.<sup>5</sup>

Wenn Selbstbeurteilungen damit grundsätzlich erlaubt sind, welche Elemente müssen sie unter dem Völkerrecht zumindest enthalten? Dazu lassen sich einige Erkenntnisse aus völkerrechtlichen Verträgen zum Menschenrechtsschutz gewinnen, wo Regeln zum Staatsnotstand systematisch eingebettet sind in Derogationsbestimmungen, also Bestimmungen zur zeitweiligen Aussetzung bestimmter Menschenrechte (Hafner-Burton et al. 2016: 83 ff., Maslaton 2001). Zugleich muss aber darauf hingewiesen werden, dass viele menschenrechtliche Verträge keine Derogationsbestimmungen enthalten und damit Einschränkungen einzelner Menschenrechte zwar durch konkrete Klauseln möglich sind (wie etwa die Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit zur Verhinderung der Verhetzung), nicht aber generell aufgrund eines behaupteten Staatsnotstandes (Cowell 201: 149 ff.). Die Afrikanische Charter der Rechte der Menschen und der Völker sei beispielhaft genannt. Sie enthält keine Derogationsbestimmungen und damit auch keinen Verweis auf einen Staatsnotstand (Sermet 2007: 142 ff.). Die Afrikanische Kommission der Rechte der Menschen und der Völker hat denn auch festgehalten, dass unter der Charter Einschränkungen unter eine allgemeine Berufung auf Notstandssituationen nicht möglich sind.<sup>6</sup> Andererseits enthält die Charter durchaus die Möglichkeit zur Einschränkung konkreter Rechte, etwa aufgrund Bedrohungen der nationalen Sicherheit, womit etwa eine restriktive Antiterrorgesetzgebung (wie in Kenia 2003 oder Zimbabwe 2002) unter Berufung auf Limitierungsklauseln möglich ist (Gross/Ní Aioláin 2006: 252 ff.).

4 Art 4(3) IPbPR: „Any State Party to the present Covenant availing itself of the right of derogation shall immediately inform the other States Parties to the present Covenant ...“

5 European Court of Human Rights, *Lawless v Ireland* (No. 3), Application No. 332/57 (1 July 1961).

6 African Commission on Human and Peoples' Rights, *Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project*, Comm. No. 105/93, 128/4, 130/94, 152/96, 12th Annual Activity Report 1998-1999, Abs. 67-70.

### 3. Bedrohung des Lebens der Nation: staatliches Existenzrecht und Krieg

Der zentrale Begriff im Hinblick auf einen behaupteten Staatsnotstand ist die Bedrohung des „Lebens der Nation“; sowohl der IPbpr als auch die EMRK verwenden diesen Begriff zur Beschreibung eines öffentlichen Notstandes („*public emergency*“).<sup>7</sup> Nachdem Nationen offensichtlich kein physisches Leben haben, lässt der metaphorische Begriff verschiedene Deutungen zu (Provost 2005: 273). Art. 4(1) IPbpr gibt darüber hinaus allerdings keine weiteren Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Notstandssituation, während Art. 15(1) EMRK „Krieg“ als Beispiel einer Notstandssituation anführt. Art. 27(1) AMKR nennt „Krieg“ und „öffentliche Gefahr“, ergänzt durch eine Generalklausel („*other emergency*“), als Notstandssituationen und umschreibt die Bedrohung der Nation mit den beiden Begriffen „Unabhängigkeit“ und „Sicherheit“ des Staates.<sup>8</sup>

Damit liegt ein breites Spektrum an möglichen Notstandssituationen vor. Zum einen kann ein Notstand im Rückgriff auf die Rechtsfigur der *self-preservation* – also dem weithin als völkerrechtlichen Grundsatz gesehenen Recht des Staates auf seine eigene Existenz – als Reaktion auf den drohenden Untergang der eigenen Staatlichkeit bzw. als souveränes Völkerrechtssubjekt gesehen werden. Setzt man den Nationsbegriff gleich mit dem dreigliedrigen völkerrechtlichen Staatsbegriff, bedeutet dies Bedrohungen der physischen Existenz des Staatsvolkes, der Integrität des Staatsgebietes sowie des Bestehens der Staatsgewalt. Nur die AMRK nennt allerdings ausdrücklich zumindest eines dieser Elemente (staatliche Unabhängigkeit), welches die Interamerikanische Menschenrechtskommission im sogenannten Martins-Bericht aus 1964 ausführlicher untersucht hat.<sup>9</sup>

7 Art. 4(1) IPbpr: „In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin.“ Art. 15(1) EMRK: „In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.“

8 Art. 27(1) AMRK: „In time of war, public danger, or other emergency that threatens the independence or security of a State Party, it may take measures derogating from its obligations under the present Convention to the extent and for the period of time strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law and do not involve discrimination on the ground of race, color, sex, language, religion, or social origin.“

9 Inter-American Commission of Human Rights, The Protection of Human Rights in Connection with

Derart existentielle Fragen des staatlichen Überlebens scheinen sich vor allem in Hinblick auf bewaffnete Konflikte zu stellen. EMRK und AMRK konstruieren denn scheinbar auch den archetypischen Fall des Notstandes als Korrelat eines Krieges („*in time of war*“). Dabei ist allerdings zu bemerken, dass unter Rückgriff auf die Figur der Bedrohung des Lebens der Nation nicht jeder Krieg automatisch eine Notstandssituation darstellt. Eine Erheblichkeitsschwelle wird selbst in einer solchen Situation überschritten sein müssen, wie der unter dem IPbpR eingerichtete UN-Menschenrechtsausschuss in seinem „General Comment“ Nr. 29 zum Art. 4 des Paktes festgehalten halt: „*The Covenant requires that even during an armed conflict measures derogating from the Covenant are allowed only if and to the extent that the situation constitutes a threat to the life of the nation.*“<sup>10</sup>

Zum Zweiten wird in der Praxis die Anwendung des Notstandsbegriffs im Krieg in eine Diskussion über das Vorliegen oder Nichtvorliegen der Kriterien eines bewaffneten internationalen bzw. nicht-internationalen Konfliktes umschlagen und damit die Antwort auf dessen Vorliegen oder Nichtvorliegen im Bereich des humanitären Völkerrechts zu suchen sein. Und zum Dritten bleibt zu bedenken, dass bei zwischenstaatlicher ebenso wie bei innerstaatlicher Gewaltanwendung dem Sicherheitsrat der Vereinten Nationen eine Feststellungskompetenz hinsichtlich Bedrohungen des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit im Rahmen seines Mandates zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit zukommt. Beides – die Anwendbarkeit humanitären Völkerrechts und die Rolle des Sicherheitsrates – können die unilaterale Feststellung eines „Krieges“ als Notstand beeinflussen. Zwischen- und innerstaatliche bewaffnete Konflikte können damit eine Notstandssituation nur darstellen, wenn diese Einflüsse auf Selbstbeurteilungen bedacht werden und die Auswirkungen des Konflikts eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschreiten.

#### 4. Funktionieren des Staatswesens und organisiertes Leben der Gemeinschaft

Eine Bedrohung des Lebens der Nation kann aber auch abstrakt als Beeinträchtigung des öffentlichen Lebens im Sinne einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verstanden werden. Dies setzt den Begriff der Nation interpretativ eher mit

---

the Suspension of Constitutional Guarantees, OEA/Ser.L/V/II.9, doc 14 (13 April 1964).

10 UN Human Rights Committee, General Comment No. 29, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (31 August 2001), Abs. 3.

der Bevölkerung eines Staates gleich. Damit steht nicht mehr die Gefahr eines Untergangs abstrakter völkerrechtlicher Staatlichkeit im Vordergrund, sondern die Beeinträchtigung der Lebensbedingungen einer als Nation organisierten Gesellschaft. Allerdings nennt nur die AMRK die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung („*public danger*“) explizit als Begründung eines Staatsnotstands, für die EMRK und den IPBPR erschließt sich dies aus Staatenpraxis und Judikatur (Vollmer 2009: 53). Hinzuweisen ist dabei insbesondere auf den bereits genannten Fall *Lawless v. Ireland* und den Griechenland-Fall (hinsichtlich der Machtübernahme der Generäle in Griechenland 1967) vor dem EGMR.<sup>11</sup> Aus beiden ergibt sich, dass eine Bedrohung nicht auf den Staat als abstraktes Rechtsgebilde, sondern auf die tatsächlich davon Betroffenen, also die Bevölkerung, einwirken muss und dabei eine Massivität aufzuweisen hat, welche die Weiterführung des organisierten Lebens derart gefährdet, dass die Lage ohne die formelle Erklärung eines Notstandes nicht bewältigbar wäre (Nowak 1993: 85).

Offen bleibt dabei, wie massiv (substantiell, räumlich und zeitlich) die Folgen für das Funktionieren des Staatswesens und das organisierte Leben der Gemeinschaft sein müssen, und wie diese beiden Elemente – die für das Funktionieren des Staatswesens notwendigen Staatsorgane und die als Gemeinschaft organisierte Staatsbevölkerung – zusammenwirken. Der EGMR hat erst jüngst wieder (in *A. and Others v. UK* hinsichtlich der terroristischen Bedrohung Großbritanniens) daran erinnert, dass er wiederholt Notstandssituationen anerkannt habe, auch ohne dass staatliche Institutionen in Gefahr gewesen seien.<sup>12</sup> Felix Ermacora hatte dies in seiner *dissenting opinion* in *Lawless* noch bestritten und den völligen Zusammenbruch auch der verfassungsmäßigen staatlichen Ordnung verlangt.<sup>13</sup> Offensichtlich kann durch den Verlust der Funktionsfähigkeit staatlicher Institutionen (einschließlich der Gewaltenteilung) die Gesellschaft in Mitleidenschaft gezogen werden, es stellt sich allerdings die Frage, ob die bloße Beeinträchtigung staatlicher Institutionen ausreicht, selbst wenn das öffentliche Leben davon nicht massiv beeinträchtigt wäre. Die Ausrufung eines Notstandes wegen der drohenden Abwahl einer Regierung fiele wohl nicht darunter, ein *coup d'état* sehr wohl (Grossman 1986: 46f.). Diese Fragen haben Eingang gefunden in die von

11 European Commission of Human Rights, Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v Greece, Application Nos. 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67 (31 May 1968).

12 European Court of Human Rights, A and Others v. UK, Application No. 3455/05 (19 February 2009), Abs. 179.

13 European Commission on Human Rights, Lawless v. Ireland (No. 3), Application No. 332/57, Report of the Commission (19 December 1959), Dissenting Opinion Ermacora, Abs. 96 ff.

Experten erarbeiteten sogenannten Pariser Minimalstandards (1984)<sup>14</sup> und Siracusa-Leitlinien (1985)<sup>15</sup> zum Umgang mit Notstandssituationen, die den Staaten als rechtsunverbindliche Richtlinien dienen sollen. Dabei wird in den Pariser Minimalstandards eine Notstandssituation allgemein als Bedrohung des organisierten Lebens der Gemeinschaft gesehen, während in den Siracusa-Prinzipien die körperliche Integrität der Bevölkerung, die politische Unabhängigkeit oder territoriale Integrität des Staates oder die Existenz bzw. das grundlegende Funktionieren unabdingbarer Staatseinrichtungen betroffen sein müssen.

Als vom normalen legislativen und exekutiven Vorgänge abweichende Reaktion muss der Notstand zudem eine über das Normale hinausgehende Situation kennzeichnen, er muss schwerwiegend sein. Dieses zentrale Charakteristikum wurde insbesondere von der Interamerikanischen Menschenrechtskommission wiederholt bestätigt, die nur „*extremely grave situations*“ als notstandsauslösend anerkennt.<sup>16</sup> Dabei muss es um das physische Überleben des Volkes, die Integrität und Unabhängigkeit des Staatsgebiets und die Achtung der verfassungsmäßigen Ordnung und ihrer Organe gehen (Vollmer 2009: 51). Gemeint ist mit schwerwiegend auch, dass alle anderen Mittel im Rahmen ordentlicher Gesetzgebung und -vollziehung (einschließlich der Einschränkung von Menschenrechten ohne eine Notstandsausrufung) nicht ausreichen, um dem Notstand zu begegnen (Grossman 1986: 45 ff.). Zudem muss die Bedrohung tatsächlich vorliegen, also wirklich und unmittelbar und nicht bloß antizipiert oder imaginiert sein (ebd.: 42). Die Inter-Amerikanische Menschenrechtskommission hat dementsprechend ausgeführt, außergewöhnliche Maßnahmen „*may only be justified in the face of real threats to the public order or the security of the state*“.<sup>17</sup>

14 Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in Emergency Situations.

15 Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights.

16 Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr. (22 October 2002), Abs. 51.

17 Inter-American Commission on Human Rights, Annual Report of the Inter-American Commission of Human Rights 1980-81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc.9, rev.1 (16 October 1981), S. 115.

## 5. Nationale Sicherheit, Terrorismus und Migration

Damit scheinen insbesondere drei oft herangezogene Begründungen für das Vorliegen eines Notstandes hinterfragbar. Zum einen wird ein allgemeiner Verweis auf Abstraktionen wie „nationale Sicherheit“ nicht ausreichen zur Begründung eines Notstandes im Sinne der genannten menschenrechtlichen Verträge. Insbesondere der UN-Menschenrechtsausschuss hat derartige Verweise auf nationale Sicherheit oder latente Bedrohungen immer kritisch beurteilt (Vollmer 2009: 48). Dasselbe gilt, zum Zweiten, für allgemein formulierte Bedrohungen durch internationalen Terrorismus (McGoldrick 2004: 426 ff.). Frankreich etwa nannte als die Begründung für die als Reaktion auf die terroristischen Anschläge vom November 2015 vorgenommene Inkraftsetzung des entsprechenden Notstandsgesetzes (durch Dekret No. 2015-1475) lapidar die terroristische Bedrohung („*la menace terroriste*“).<sup>18</sup> Und zum Dritten sind Verweise auf sich aus transnationalen Migrationsbewegungen ergebende gesellschaftliche Verwerfungen oder Ressourcenknappheiten nicht in allgemeiner Form als Notstand ausweisbar, auch wenn gerade in diesem Bereich ein Rückgriff auf eine Notstandsrhetorik sichtbar wird, so etwa in der inneramerikanischen Debatte über den von der Exekutive behaupteten und zumindest von Teilen der Legislative bestrittenen Migrationsnotstand an der US-mexikanischen Grenze oder die Ausrufung des „Asylnotstandes“ durch die vormalige österreichische Innenministerin vor dem Sonderministerrat der EU am 20. Juni 2015.<sup>19</sup> Aus *völkerrechtlicher Sicht* bedarf es im Rückgriff auf die Spruchpraxis der Menschenrechtsorgane wohl des Nachweises einer über bloße Kapazitätsengpässe hinausgehende massive unmittelbare schwere Bedrohungen staatlicher Einrichtungen oder des organisierten Lebens der Gemeinschaft im Sinne der *Lawless-Kriterien*.

Unklar bleibt auch, ob sich die Bedrohung des Lebens der Nation auf das gesamte Territorium und/oder die gesamte Bevölkerung beziehen muss. Ungarn etwa hat am 15. September 2015 im Rahmen der Verabschiedung neuer Grenz- und Immigrationsgesetze einen sechsmonatigen Notstand nur in Teilen des Landes (Bacs Kiskun und Csongra) erklärt.<sup>20</sup> Dass der Notstand stets die Gesamtheit der Nation („*the whole of*

18 Note verbale vom 25. November 2015, mit der der Generalsekretär des Europarates informiert wird, dass das aus 1955 datierende französische Notstandsgesetz für drei Monate in Kraft getreten sei und dass einige sich darauf stützende administrativen Maßnahmen möglicherweise zu einer Derogation einzelner EMRK-Rechte führen könnten („*sont susceptible d’impliquer une derogation*“).

19 <https://www.nytimes.com/2019/02/14/us/politics/trump-national-emergency-border.html>; <http://www.nachrichten.at/nachrichten/politik/innenpolitik/Oesterreich-koennte-Asylnotstand-ausrufen;art385,1912449>.

20 <http://www.unian.info/world/1124037-hungary-declares-state-of-emergency-in-two-counties.html>.

*the nation*“) betreffen muss, wie der EGMR dies insbesondere im Griechenland-Fall festgehalten hat, sollte nach Meinung der meisten Kommentatoren nicht zu wörtlich genommen werden; eine geographische Einschränkung muss möglich sein (Kretzmer 2008: Abs. 11). Umgekehrt sind dann aber Notstandsmaßnahmen in anderen, vom Notstand nicht betroffenen Gebieten unzulässig, wie dies der EGMR in Fällen betreffend die Türkei wiederholt festgestellt hat.<sup>21</sup>

## 6. Kausalität und Verschulden: wirtschaftlicher Notstand und demokratische Verfasstheit

Ein besonderes Problem wirft die weitgehend ungelöste Frage auf, ob eine mögliche selbstverschuldete Herbeiführung eines Notstandes zu berücksichtigen wäre, womit nicht die Faktizität des Notstandes, sondern Fragen von Kausalität im Vordergrund stünden. Dies betrifft insbesondere behauptete wirtschaftliche Notstände. Das Bundesverfassungsgericht in Deutschland hatte sich mit dieser Frage zuletzt am 3. Juli 2019 zu beschäftigen, wobei es um die von Argentinien behauptete Einrede des Staatsnotstandes ging, mit der 2002 ein Zahlungsmoratorium für argentinische Staatsschulden gerechtfertigt wurde.<sup>22</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat dabei festgehalten, dass es keine allgemeine völkerrechtliche Regel gäbe, die einen Staat zur Verweigerung von Zahlungsverpflichtungen gegenüber privaten Gläubigern (mit der Einrede des staatlichen Notstandes unter Art. 25 des Entwurfs zur Staatenverantwortlichkeit der UN-Völkerrechtskommission) berechtigen würde. Wie schon in dem Siracusa-Prinzip 41 festgeschrieben, können wirtschaftliche Schwierigkeiten alleine tatsächlich nicht notstands begründend sein. Jedoch bejaht die Staatenpraxis extreme finanzielle Schwierigkeiten als Rechtfertigungsgrund für das Aussetzen von Zahlungsverpflichtungen, wenn die Erheblichkeitsschwelle des Notstands überschritten ist und die Vertragserfüllung selbsterstörerisch wäre, dies jedoch nur dort, wo völkerrechtliche Rechtsbeziehungen zumindest konstruiert werden können, also etwa auf Basis bilateraler Investitionsschutzabkommen (Reinisch 2006: 10 f. und 23 ff.). Schon der Ständige Internationale Gerichtshof hatte aber 1939 im Fall SOCOBEL (*Société Commerciale de Belgique*) akzeptiert, dass die Pflicht eines Staates, seine wesentlichen öffentlichen Dienstleistungen zu garantieren, jener der Schuldenzahlung vorgehe (Reinisch 2006:

21 European Court of Human Rights, Sakik and Others v. Turkey, Sakik and Others v. Turkey, Application no. 87/1996/67/897-902 (26 November 1997), Abdülsamet v. Yaman v. Turkey, Application no. 32446/96 (2 November 2004).

22 Bundesverfassungsgericht, Beschl. v. 3.7.2019, Az. 2 BvR 824/15.

17). Über die Frage der Rangordnung der Interessen privater und staatlicher Gläubiger besteht dabei Uneinigkeit (Dolzer 1989: 531 ff.), eine wirtschaftliche Notlage wäre jedenfalls grundsätzlich nur einzuwenden, wenn die Erheblichkeitsschwelle eines Notstandes überschritten sei (Kämmerer 2005: 657 ff.).

In einem weiteren und über wirtschaftliche Notstände hinausgehenden Sinn ist durch die Bezugnahme auf selbstverschuldete Notstände auch eine mögliche Korrelation zwischen der Legitimität der Staatsgewalt und der von dieser verfügbaren Notstandsgesetzgebung angesprochen. Steht die Inanspruchnahme von Selbstbeurteilungsklauseln Staaten ohne Berücksichtigung deren demokratischer Verfasstheit zu? Claudio Grossman hat etwa 1986 im Hinblick auf lateinamerikanische Notstandsgesetzgebungen unter Bezugnahme auf die AMRK argumentiert, dass eine Regierung, die aufgrund ihres illegitimen Charakters selbst eine Bedrohung der Bevölkerung darstellt, gar nicht in der Lage sein dürfe, einen Notstand auszurufen: „*a national legal order which contravenes these fundamental principles is incompatible with the requirements of the American Convention*“ (Grossman 1986: 47). Damit wäre Notstandsgesetzgebung überhaupt nur in demokratischen Grundordnungen im Einklang mit internationalen Menschenrechten. Mehr noch, nach Ansicht der Inter-Amerikanischen Menschenrechtskommission könne die Ausrufung des Notstands nur gerechtfertigt werden „*to preserve the highest values of democratic society*“.<sup>23</sup> Eine eindeutige Staatenpraxis dazu existiert nicht.

## 7. Die Katastrophe („disaster“) als Notstand

Naturkatastrophen wie Vulkanausbrüche, Tropenstürmen oder Erdbeben haben das Potenzial, massive Störungen des öffentlichen Lebens, der Sicherheit und des Funktionierens staatlicher Institutionen zu verursachen und können damit offensichtlich notstands begründend sein. Dabei wurde aber der Naturkatastrophe als notstands begründendem Rechtsbegriff bisher wenig Beachtung geschenkt. Dies ändert sich gerade, nicht zuletzt durch die Arbeiten der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen zum Entwurf für eine mögliche Konvention zum internationalen Katastrophenschutz, den die Generalversammlung der Vereinten Nationen in ihrer 75. Sitzung 2020 zu behandeln hat.<sup>24</sup> Der Begriff der Katastrophe hat die Kommission seit Beginn der Arbeiten 2007 beschäftigt. Art. 3 des Entwurfs bezeichnet als Katastrophe („*disaster*“)

23 Inter-American Commission of Human Rights, Advisory Opinion Habeas Corpus in Emergency Situations. Arts. 27(2) and 7(6) of the American Convention on Human Rights (30 January 1987), Abs. 20.

24 Siehe [http://legal.un.org/ilc/guide/6\\_3.shtml](http://legal.un.org/ilc/guide/6_3.shtml).

zunehmend *„a calamitous event or series of events resulting in widespread loss of life, great human suffering and distress, mass displacement, or large-scale material or environmental damage, thereby seriously disrupting the functioning of society.“*<sup>25</sup>

In der Logik dieser Bestimmung begründen demnach die Katastrophe selbst genauso wie deren Folgen den Notstand, wobei Naturkatastrophen ebenso umfasst sind wie menschengemachte Katastrophen. Das Vorliegen einer Katastrophe steht damit aber weitgehend in der Deutungshoheit des jeweiligen Staates. Nach Meinung der Völkerrechtskommission muss jedenfalls das Funktionieren der Gesellschaft beeinträchtigt sein; ob dies etwa auch Schäden nur an der Tier- oder Pflanzenwelt umfasst, bleibt dabei offen. Innerstaatliche Vorkommnisse sind ebenso umfasst wie grenzüberschreitende Katastrophen, nicht aber das bloße Risiko einer Katastrophe oder sogenannte *slow-onset disasters* wie Klimaänderungen. Der Begriff der Gesellschaft bleibt undefiniert und muss erst mit der Idee der Nation im Sinne menschenrechtlicher Verträge abgeglichen werden. Auch der Entwurf der Völkerrechtskommission ist aber grundsätzlich von einem funktionalen Verständnis des Notstandsbegriffes getragen, der zur Anwendung kommt, wenn der Staat nicht mehr in der Lage ist, die Katastrophe oder deren Folgen ohne Notstandsmaßnahmen zu beherrschen.<sup>26</sup>

Wie weit die hier vorgenommene mehrgliedrige Qualifikation des eintretenden Schadens, der allein in der Lage zu sein scheint, eine Störung des organisierten Lebens der Gesellschaft auszulösen, in eine völkerrechtliche Begründungsdogmatik für Ausnahmezustände aufgenommen wird, bleibt abzuwarten. Während der Entwurf der Völkerrechtskommission als Ausgangspunkt für die Entwicklung eines eigenständigen völkerrechtlichen Katastrophenschutzrechts gedacht ist, könnte ihm zukünftig auch eine Leitfunktion für das Verständnis der Begründung von Staatsnotständen zukommen.

## 8. Schlussfolgerungen

Im Ergebnis sind als Notstandsvoraussetzungen daher eine Bedrohung der physischen Existenz des Staatsvolkes, der Integrität des Staatsgebietes oder der Beeinträchtigung der Staatsgewalt im Sinne einer schweren Funktionsstörung des funktionierenden Staatswesens, seiner verfassungsmäßigen Grundordnung und wesentlichen Organe oder des organisierten Gemeinschaftslebens zu verstehen, wobei diese Bedrohung unmittelbar und derart massiv sein muss, dass ihr zwingend nicht anders als durch die

<sup>25</sup> International Law Commission, Draft articles on the protection of persons in the event of disasters, Report of the International Law Commission, UN Doc. A/71/10 (2016), S. 12 ff.

<sup>26</sup> Ebd.

Ausrufung eines Notstandes begegnet werden kann. Insbesondere der Begriff des beeinträchtigten organisierten Gemeinschaftslebens bleibt dabei aber unbestimmt. Er kann sowohl eng als organisiertes Staatsleben im Sinne der Ausübung von Staatsgewalt oder breiter als das Funktionieren einer Gesellschaftsordnung gesehen werden, ebenso kann der Notstand räumlich eingeschränkt verstanden werden.

Zwei grundlegende Forderungen müssen damit aber jedenfalls an die offensichtlich noch unvollkommene völkerrechtliche Notstandsdogmatik gestellt werden: Zum einen müssen sich Begriff und Begründung des Notstandes an den zugrundeliegenden funktionalen Erfordernissen orientieren. Die Ausrufung eines Notstandes dient dabei einerseits der Sicherung des Existenzrechtes, der Stabilität und der Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Institutionen und muss andererseits dem Anspruch der Gesellschaft auf Sicherheit in einem rechtstaatlichen Rahmen gerecht werden. Dabei geht es letztlich auch um eine Bewertung und Interpretation des notorisch unscharfen Begriffs der Sicherheit als schützenswertes Gut. Der Notstand muss dabei einschränkend aus seiner Funktionalität heraus begründet werden, um Auswirkungen von Krisen effektiver bewältigen zu können. Nur dieses Effektivitätsargument (dass nämlich einer Krise nur mehr durch eine Notstandsgesetzgebung und Notstandsmaßnahmen begegnet werden kann) rechtfertigt letztlich den Notstand.

Zum Zweiten muss eine Notstandserklärung als *self-judging clause* zugleich von stärkerer internationaler (auch gerichtlicher) Kontrolle begleitet werden, um durch einen Rechtfertigungszwang des Notstands begründers Rechtsstaatlichkeit sicherzustellen. Im Hinblick auf den Charakter einer Notstands ausrufung als Selbstbeurteilung (oft auf Basis von nicht zugänglichen geheimdienstlichen Erkenntnissen) kommt der Prüfpflicht internationaler Gerichte und Organen daher eine besondere Rolle zu (Kotzur 2004: 353 ff.). Diese ist zurzeit nicht ausreichend. Insbesondere die Möglichkeiten menschenrechtlicher Überwachungsorgane im Hinblick auf die Behandlung von Notstandssituation sind unterentwickelt (Ní Aoláin 2016: 144 ff.). Nirgends scheint etwa die Doktrin der *margin of appreciation* des EGMR weitergehend als in Fragen der Derogation aufgrund terroristischer Bedrohungen. In der schon erwähnten Entscheidung im Fall *A. and Others v. The United Kingdom* aus 2009 (Großbritannien hatte dabei Art. 5(1)(f) zum Recht auf Freiheit und Sicherheit derogiert, um ausländische Terrorverdächtige unbegrenzt inhaftieren zu können) zeigte sich der Gerichtshof zwar erstaunt, dass Großbritannien als (damals) einziges europäisches Land aufgrund terroristischer Anschläge Menschenrechte beschränkte, beließ aber das Urteil über die Schwere der Bedrohung des Lebens der Nation ausschließlich dem Vereinigten Königreich. Der UN-Menschenrechtsausschuss zeigt sich hier robuster und sieht

es als in seiner Kompetenz liegend, die Gründe eines behaupteten Notstandes zu prüfen und verlangt dazu regelmäßig zumindest „*full and comprehensive information*“ vom betroffenen Staat.<sup>27</sup> Allgemein muss eine solche vertiefte Nachprüfung der Begründung eines Notstandes stets eingefordert werden (Sheeran 2013: 557).

Beides – der Rückgriff auf die Funktionalität des Notstandes (um ihn substantiell zu beschränken) und die Kontrolle durch Staatengemeinschaftsorgane (als verfahrensrechtliche Begleitung) – scheint nötig, um den von Giorgio Agamben in seinem Werk *State of Exception* (2005) beschriebenen und von manchen Staaten sichtlich herbeigewünschten Notstand als permanenten Alarmzustand in Vorbereitung auf antizipierte und imaginierte Bedrohungen nicht Wirklichkeit werden zu lassen.

## Literatur

- Agamben, Giorgio 2005: *The State of Exception*, Chicago: University of Chicago Press.
- Briese, Robyn/Schill, Stephan 2009: *Djibouti v France: Self-judging Clauses before the International Court of Justice*, in: *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 10, Issue 1, 308-328.
- Cowell, Frederick 2013: *Sovereignty and the Question of Derogation: An Analysis of Article 15 of the ECHR and the Absence of a Derogation Clause in the ACHPR*, in: *Birkbeck Law Review*, Vol. 1, Issue 1, 135-162.
- Criddle, Evan J./Fox-Decent, Evan 2012: *Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law*, in: *Human Rights Quarterly*, Vol. 34, Issue 1, 39-87.
- Dolzer, Rudolf 1989: *Staatliche Zahlungsunfähigkeit: zum Begriff und zu den Rechtsfolgen im Völkerrecht*, in Jekewit, Jürgen/Klein, Karl-Heinz/Kühne, Detlef/Petersmann, Hans/Wolfrum, Rüdiger (Hg.): *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung. Festschrift für Karl-Josef Partsch zum 75. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 531-554.
- Gross, Owen/Ní Aoláin, Fionnuala 2006: *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Grossman, Claudio 1986: *A Framework for the Examination of States of Emergency under the American Convention on Human Rights*, in: *American University International Law Review*, Vol. 1, No. 1, 35-55.
- Hafner-Burton, Emilie M./Helfer, Laurence R./Fariss, Christopher J. 2016: *Emergency and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties*, in: Criddle, Evan J. (ed.): *Human Rights in Emergencies*, Cambridge: Cambridge University Press, 83-123.
- Heintze, Hans-Joachim 2012: *Völkerrechtliche Aspekte des Notstandsrechts*, in: Zwitter, Andrej (Hg.): *Notstand und Recht*, Baden-Baden: Nomos, 47-81.
- Kämmerer, Jörn 2005: *Der Staatsbankrott aus völkerrechtlicher Sicht*, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)* 65, 657-658.
- Kotzur, Marks 2004: *Die Weltgemeinschaft im Ausnahmezustand?*, in: *Archiv des Völkerrechts*, Bd. 42, Nr. 4, 353-388.

<sup>27</sup> UN Committee of Human Rights, Landinelli Silva et al. v Uruguay, Communication No. 34/1978, UN Doc. CCPR/C.12/D/34/1978 (8 April 1981), Abs. 8.3.

- Kretzmer, David 2008: Emergency, State of, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e786?print=pdf>.
- Maslatoň, Matthias 2001: Notstandsklauseln im regionalen Menschenrechtsschutz: eine vergleichende Untersuchung der Art. 15 EMRK und Art. 27 AMRK, Berlin: Lang.
- McGoldrick, Dominic 2004: The Interface between Public Emergency Powers and International Law, in: International Journal of Constitutional Law, Vol. 2, No. 2, 380-429.
- Neocleous, Mark 2006: The Problem with Normality: Taking Exception to „Permanent Emergency“, in: Alternatives: Global, Local, Political, Vol. 31, Issue 2, 191-213.
- Ní Aoláin, Fionnuala 2016: The Cloak and Dagger Game of Derogation, in: Criddle, Evan J. (ed.): Human Rights in Emergencies, Cambridge: Cambridge University Press, 124-147.
- Nowak, Manfred 1993: Commentary on the U.N. Covenant on Civil and Political Rights, Kehl: Engel.
- Provost, René 2005: International Human Rights and Humanitarian Law, Cambridge: Cambridge University Press.
- Reinisch, August 2006: Sachverständigengutachten zur Frage des Bestehens und der Wirkung des völkerrechtlichen Rechtfertigungsgrundes „Staatsnotstand“, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 68, 3-43.
- Schill, Stephan/Briese, Robyn 2009: „If the State Considers“: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement, in: Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 14, 61-140.
- Sermet, Laurent 2007: The Absence of a Derogation Clause from the African Charter on Human and Peoples' Rights: A Critical Discussion, in: African Human Rights Law Journal, Vol. 7, Issue 1, 142-161.
- Sheeran, Scott P. 2013: Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law: Theory, Legal Doctrine, and Politics, in: Michigan Journal of International Law, Vol. 34, Issue 3, 491-557.
- Vollmer, Bettina 2009: Die Geltung der Menschenrechte im Staatsnotstand. Eine völkerrechtliche Analyse der Rechtslage in Deutschland, Spanien und dem Vereinigten Königreich, Baden-Baden: Nomos.
- Zwitter, Andrej 2012: Rechtstheoretische Erläuterungen zur Begrifflichkeit und Theorie des Staatsnotstandsrechts, in Zwitter, Andrej (Hg.): Notstand und Recht, Baden-Baden: Nomos, 47-81.

**Christina Binder**

## Human Rights in Times of Emergency

### AN INTER-AMERICAN PERSPECTIVE WITH SPECIAL FOCUS ON THE DEFENCE OF THE RULE OF LAW<sup>1</sup>

In times of emergency, states may be required to take extraordinary measures to cope with the emergency. At the same time, the exercise of a state's emergency powers risks to encroach upon human rights, rule of law guarantees and lends itself to abuse. A balance must therefore be struck. International human rights instruments attempt to strike this balance between a necessarily increased room for action by states and limits to any reliance on emergency powers by means of the respective derogation provisions. This contribution argues that the Inter-American human rights system, and more specifically Article 27 of the American Convention on Human Rights, in its interpretation by the Inter-American Court of Human Rights, is a particularly good example of how this balance may be achieved. The established non-derogability from judicial guarantees appears especially important to uphold basic human rights and rule of law guarantees both generally and in times of emergency. Thus, the Inter-American system and its vast experience with emergency regimes may serve as a model and provide inspiration for the European system too.

### 1. Introduction

Times of emergency, be it during natural disasters, civil unrest or terrorist threats, may require states to take extraordinary measures. As stated by the Venice Commission in the Rule of Law Checklist on Emergencies (VC Rule of Law Checklist):

*“The security of the State and of its democratic institutions, and the safety of its officials and population, are vital public and private interests that deserve protection and may lead to a temporary derogation from certain Human Rights and to an extraordinary division of powers.”<sup>2</sup>*

Emergency powers, however, are also prone to abuse. They may be used by authoritarian governments to silence the opposition and restrict fundamental rights and freedoms.<sup>3</sup> A

1 The author thanks Ass. iur. Verena Jackson and Mag. Philipp Janig for valuable research assistance and Dr. Jane Hofbauer for useful comments on an earlier draft of this contribution.

2 Council of Europe, European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Rule of Law Checklist, Venice, 11-12 March 2016, CDL-AD(2016)007 para 51.

3 Ibid.

current example is Venezuela, where President Maduro declared a state of emergency in May 2016,<sup>4</sup> which has since served as a means to suppress protests and opposition movements against his government.<sup>5</sup>

The use of a state's emergency powers usually includes a shift in power to the executive; faster decision making as well as limitations of human rights and fundamental freedoms such as the freedom of expression and assembly, freedom of movement and the right to liberty and security of person. In doing so, emergency regimes tend to threaten, by their very nature, basic components of the rule of law and human rights. A balance has to be struck accordingly between the necessary action taken by a state which faces an emergency and the danger of an excessive reliance on emergency powers. Where are the limits of legitimate state action to be drawn?

The following argues that human rights and rule of law guarantees are major yardsticks to measure relevant state action. This is most clearly put to light in the Inter-American Human Rights system for several reasons: Latin America has a history of emergencies in the course of past dictatorships, where exceptional measures have served on many occasions to abolish the constitution and to overthrow legitimate governments in order to usurp power.<sup>6</sup> Also, Latin American states continue to declare states of emergency: A list of derogations dating back to 2014<sup>7</sup> illustrates the relative frequency of suspensions with, e.g., Peru, Jamaica and Ecua-

4 Under Title VII (Protection of the constitution) of the Venezuelan Constitution, the President has (under certain, in Art 337 established, circumstances), the power to declare a temporary state of emergency. This must be approved by the National Assembly within eight days (Art 339) and may not restrict certain rights as the right to life, right to due process and other non-derogable human rights (Art 337).

5 For details see Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Año CXLIII- Mes VIII, No. 6.227 Extraordinario, 13 May 2016, Decreto No. 2.323. In this decree a state of emergency was declared for internal reasons, such as *inter alia* "a hostile and destabilizing attitude by certain private business sectors" (para 4), causing an economic and social crisis. As well as reasons caused by an anti-Venezuelan "intervention" policy by the USA (para 7). Of interest is Art 6, in which state authorities are given the right to take any measures necessary to guarantee "social peace" and "public order" besides "sovereignty" and "national defense". Emphasizing the "strict observance of human rights" at all times. In Art 7, the judiciary and public prosecution are given the power to (further) reinforce the fight against crime and the execution of measures stipulated in this decree. This, in addition to more concrete measures in Art 2 -5, gives the government a wide range of possibilities to take action against opposition supporters and government opponents.

6 Also, states of emergency have often been used to conceal a military coup or as a curtain to hide the early stages of tyrannical regimes. See Burgogue-Larsen/Úbeda de Torres 2011b: 168 f.; citing Gros Espiell, Hector 1989: La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'Homme – Analyse comparative, in: *Recueil des cours*, Vol. 218, 167-411 (296).

7 List of suspensions of the Organization of American States Department of Public International Law, [http://www.oas.org/en/sla/dil/inter\\_american\\_treaties\\_suspension\\_guarantees.asp](http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_suspension_guarantees.asp), last accessed on 10 September 2019.

dor derogating at least once from their guarantees under the American Convention on Human Rights (ACHR) in 2018 and 2019.<sup>8</sup> There is thus considerable experience with emergency regimes in the Americas. Likewise, to uphold essential human rights and rule of law guarantees seems particularly necessary in the region: many Latin American countries appear vulnerable to abuse in times of emergency given the general predominance of the executive over the legislative and the judiciary; limited institutional checks and balances in some of the still young democracies; and the generally diminished trust in institutions (Burgorgue-Larsen/Úbeda de Torres 2011b: 168 f.). At the same time, Article 27 ACHR, the basis of the Inter-American system's emergency framework, has some specific features which provide a particularly strong protection of human rights and the rule of law in times of emergency. As will be explored in this contribution, the case law of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) has considerably contributed to uphold and solidify this protection.

The contribution begins with providing some general thoughts on emergencies and the rule of law (part 2). This is supplemented by references to the emergency constitution of international human rights law (part 3). Emphasis is then placed on the specifics of the Inter-American system, and in particular on its focus on judicial guarantees as essential safeguards to defend the rule of law; in general (part 4) as well as in the case law of the IACtHR (part 5). A brief appreciation concludes (part 6).

## 2. Emergencies and the Rule of Law

Any consideration of the defence of the rule of law in times of emergency has to start with its very definition. Indeed, there are various approaches to the rule of law.<sup>9</sup> Literature generally distinguishes between formal and substantive theories (Chesterman

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> See in general Peerenboom 2005: 30 f.; VC Rule of Law Checklist, para 9f with references to the Preamble to the Statute of the Council of Europe. Historically, the concepts and definitions of rule of law differ slightly; from a Continental European understanding (mainly influenced by Kant, Kelsen and Montesquieu) to an Anglo-American and an Islamic law influenced one. (Chesterman 2007: 4-11) Even in present times, there is no universal understanding of rule of law. (BIIJ 2010: 8) Key elements are: the state's power may not be used arbitrarily, the state's administration does not stand above the law, the law applies equally to all persons. (Chesterman 2007: 2) For a summary of (possible) key elements of an international rule of law see BIIJ 2010: 41.

2007: 12). Especially in substantive – or thick<sup>10</sup> – theories, human rights guarantees are considered as essential elements of the rule of law.<sup>11</sup>

For the purpose of this contribution, the definition of the rule of law as provided by the UN Secretary General in his 2004 Report on the Rule of Law will be adopted; as a widely shared and generally accepted denominator. It contains the following elements:

*“[...] a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency.”<sup>12</sup>*

Therewith, the Report of the Secretary General lists among the key elements of the rule of law formal requirements such as the supremacy of the law, separation of powers, checks and balances and the independence of the judiciary. At the same time, the Secretary General’s definition of the rule of law also refers to substantive elements, *i.e.* relevant international human rights standards. This understanding of the rule of law considers human rights as necessary elements of the very definition of the rule of law.

The abovementioned rule of law guarantees provide safeguards against abuse of power by the executive in times of national emergencies. This is echoed as follows in the VC Rule of Law Checklist:

*“51. [...] Strict limits on the duration, circumstance and scope of such powers is therefore essential. State security and public safety can only be effectively secured in a democracy which*

10 The denomination “thick” theories stems from the fact that substance is added as opposed to “thin” theories which adopt a rather formal understanding. See Chesterman 2007: 12: “[...] Analysis of its content [of the rule of law] often begins by parsing out formal and substantive understandings. Those that emphasize the formal aspects describe instrumental limitations on the exercise of State authority; they tend to be minimalist, positivist, and are often referred to as ‘thin’ theories, distinguishing them from the ‘thick’ theories that incorporate substantive notions of justice. The latter conceive the rule of law more broadly as a set of ideals, whether understood in terms of protection of human rights, specific forms of organized government, or particular economic arrangements such as free market capitalism.”

11 As reflected in the Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the Commission on Security and Cooperation in Europe (29 June 1990), para 2.

12 Report of the Secretary-General, The Rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, S/2004/616, <https://www.un.org/ruleoflaw/what-is-the-rule-of-law/>, last accessed on 10 September 2019. See also VC Rule of Law Checklist, para 15.

*fully respects the Rule of Law. This requires parliamentary control and judicial review of the existence and duration of a declared emergency situation in order to avoid abuse.*<sup>13</sup>

According to the Venice Commission, the rule of law must therefore be fully respected when a state of emergency has been declared, and certain safeguards must be in place. Among the key features against abuse are instruments of judicial review *i.e.* independent tribunals and relevant due process guarantees. Together with the necessary parliamentary control (the legislative), the judiciary is thus established as an essential guardian of the rule of law (including respect of relevant human rights) and should prevent abuse on the part of the executive accordingly.

Domestic tribunals are comparatively best placed and closest to the situation to assess whether relevant state measures to address an emergency are indeed necessary in light of the emergency or rather relied upon as pretext and abusive. This makes them crucial guardians of the rule of law at the domestic level and key actors to prevent and address excessive encroachments on human rights.<sup>14</sup> To uphold the separation of powers, relevant checks and balances and judicial control by independent tribunals, likewise in times of emergency is thus essential.

While rule of law requirements provide protection in times of emergency, the rule of law in itself is however also frequently threatened in these times. Indeed, as stated, a usual feature of emergencies is the shift of power to the executive, which often comes with a limitation of judicial control and restrictions of basic human rights guarantees. This is also the key message of the observation below which establishes the main characteristics of emergency regimes as follows:

*"[...] the executive gains additional competences to enact legal acts for which it would otherwise need parliamentary approval and is not subject to judicial scrutiny to the extent it normally is under non-emergency time."* (Istrefi/Salomon 2017: 15)

On this basis, a typology of emergency provisions in constitutions would include the following: 1. A shift from the legislative to the executive branch and reduced judicial review/control; 2. quicker and more flexible decision making; 3. rules that pertain to substantive limitations of norms. (Ibid.) Such limitations of norms generally include restrictions of the freedom of expression, freedom of assembly, freedom of movement and the right to liberty and security of persons. Therewith, emergency regimes pose an inherent threat to the rule of law.

<sup>13</sup> VC Rule of Law Checklist, para 51.

<sup>14</sup> The IACtHR refers to the relevance to uphold judicial guarantees during states of emergency. See Habeas Corpus in Emergency Situations, Advisory Opinion, IACtHR 30 January 1987, OC-8/87, para 23.

Taken together, it becomes clear that a tension exists between a state's need to resort to extraordinary measures in times of emergency and the risk of abusing this power. The question therefore emerges how a balance between legitimate state action in times of crisis and necessary limitations to prevent abuse may be struck. Also, how can core rule of law (including human rights) guarantees be protected all while upholding states' powers to address the crisis?

### 3. The International "Emergency Constitutions" of Human Rights Law as Protection of the Rule of Law

International human rights instruments – the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), the European Convention on Human Rights (ECHR), the ACHR – strike a balance between the necessarily increased room for states to adopt measures when facing an emergency and the danger of abuse.<sup>15</sup> More particularly, provisions in the respective instruments (Art 4 ICCPR, Art 15 ECHR, Art 27 ACHR), while allowing for state derogations from certain human rights guarantees, also provide a framework to defend the (international) rule of law in emergency regimes. They establish (minimum) conditions states have to comply with likewise in times of emergency; quasi an emergency constitution under international law.<sup>16</sup>

All three derogation provisions are framed in broadly similar terms.<sup>17</sup> They basically operate at two levels: On the one hand, they establish conditions for a state to enter into an emergency (*ius ad tumultum*) (Criddle/Fox-Decent 2012: 47). At the same time, the provisions also impose limits on relevant state action during the emergency (*ius in tumulto*) (Ibid.). In addition, a formal obligation to notify the emergency provides for international control.

The emergency constitution of international law therewith establishes some minimum rule of law requirements which must always be upheld and never transgressed; especially substantive elements, relevant human rights standards are put to the forefront.<sup>18</sup> In doing so, international human rights instruments set up clear criteria of what is permissible and restrict state action, in particular as regards to possible inter-

15 The African Charter on Human and Peoples' Rights does not incorporate a derogation provision for times of emergency.

16 For details on the emergency constitution under international law see E. Criddle, Human Rights, Emergencies and the Rule of Law, in Human Rights Quarterly, April 2010, <http://ssrn.com/abstract=1591970>.

17 As regards the specific features of Art 27 ACHR, see below.

18 As regards the difference to more formal guarantees, separation of powers, checks and balances, independent tribunals see below.

ferences with substantive rights. The broadening of a state's "elbow room", its leeway for action to address an emergency, may thus only take place within strict limits. This gives effect to the VC Rule of Law Checklist's reference to human rights guarantees as incorporated in relevant human rights treaties.<sup>19</sup>

The following will examine how this specifically looks in the case of the Inter-American system.

#### 4. The Emergency Constitution of the Inter-American Human Rights System: Art 27 ACHR

Art 27 ACHR is a particularly interesting and well-developed example of an international human rights emergency constitution. As mentioned above, it is structured in a broadly similar way as its "sister provisions", Art 4 ICCPR and Art 15 ECHR; likewise consisting of three parts.

The first paragraph contains the substantial elements for a declaration of a state of emergency; the conditions under which a state may suspend guarantees in accordance with Art 27 ACHR. Art 27(1) ACHR reads as follows:

*"In time of war, public danger, or other emergency that threatens the independence or security of a State Party, it may take measures derogating from its obligations under the present Convention to the extent and for the period of time strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law and do not involve discrimination on the ground of race, color, sex, language, religion, or social origin. [...]"*

Four conditions can thus be identified: First, there has to be a war, public danger, or other emergency that threatens the independence or security of the state. Second, the derogation from a human rights norm has to be proportionate; it must be strictly required by the exigencies of the situation as regards to the extent and the time of the suspension. Third, the derogation must not be inconsistent with other obligations under international law (e.g. consular, diplomatic law (immunities) or humanitarian law in case of armed conflicts). Fourth, the measures must be non-discriminatory; *i.e.* it must not involve discrimination on the grounds of race, colour, sex, language, religion, or social origin.

---

<sup>19</sup> VC Rule of Law Checklist, para 13 f.

The material conditions for an emergency of Art 27(1) ACHR are thus more permissive than the conditions in comparable provisions in the ICCPR and in the ECHR. More particularly, Art 27(1) allows suspension in case of “war, public danger, or other emergency” whereas in the ICCPR only “public emergency” is mentioned; in the ECHR “war” and “public emergency”. Also, the threshold in the ACHR is lower, since Art 27(1) only refers to “independence or security of a state”, whereas in the ICCPR and the ECHR the emergency has to threaten life of the nation and must, according to the ICCPR, also be officially proclaimed to be acceptable.

The IACtHR has however interpreted Article 27(1) ACHR in such a way as to raise the threshold and thereby restrict the state’s leeway of action (see also Oberleitner 2019: 3f.). In its Advisory Opinion on *Habeas Corpus in Emergency Situations*, the IACtHR described Art 27 ACHR as a „provision for exceptional situations only“ and thus affirmed the higher threshold of Art 27(1) ACHR compared to a purely literal reading.<sup>20</sup> The IACtHR also adopted a very strict view on the necessary proportionality of measures.<sup>21</sup> In *Zambrano v. Ecuador*, the emblematic case of the IACtHR in that respect, the Court established a violation of Art 27(1) ACHR on the basis that Ecuador’s declaration of emergency was overly broad and general.<sup>22</sup> The Court thus imposed rigorous conditions on the respective emergency and emphasised the absolute exceptionality of measures.<sup>23</sup>

Of most interest for this study seems the list of non-derogable rights contained in Art 27(2) ACHR, which is more extensive than the lists in other human rights instruments (Art 4(2) ICCPR<sup>24</sup> and Art 15(2) ECHR). It comprises, on the one hand, substantive rights: the right to juridical personality (Art 3), the right to life (Art 4), the right to humane treatment (Art 5), the freedom from slavery (Art 6), the freedom from *ex post facto* laws (Art 9), the freedom of conscience and religion (Art 12), the rights of the child (Art 19), the right to nationality (Art 20) as well as

20 *Habeas Corpus in Emergency Situations*, Advisory Opinion, IACtHR 30 January 1987, OC-8/87, paras 19 et seq.

21 *Ibid* paras 22, 39.

22 Ecuador had declared an emergency against the backdrop of insecurity and vandalism especially in the cities of Quito and Guayaquil (Decree Law No 86, 1992). Still, the emergency measures (intervention of the military) were not limited to these cities nor did the Decree law at stake specify which rights had been suspended. (*Zambrano Vélez et al. v. Ecuador*, Merits, Reparations and Costs, Judgment, IACtHR 04 July 2017, para 48).

23 See *ibid*, para 52.

24 See however UN Human Rights Committee (HRC), ICCPR General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency, 31 August 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 which has expanded the list of non-derogable rights. For respective details on the ICCPR in its interpretation by the HRC, the ECHR and the jurisprudence of the ECtHR, see part 6 below.

the right to participate in government (Art 23). At the same time, the „judicial guarantees essential for the protection of [these] rights“ (Art 27(2) ACHR) are explicitly affirmed as non-derogable. Especially the latter seems important in view of the crucial role of independent and impartial tribunals in the defence of the rule of law at domestic (as at international) level during emergencies.<sup>25</sup> A strong judiciary is a major safeguard to uphold human rights and acts as rampart against abuse. The respective guarantees of the ACHR thus reach further than those in the ICCPR and in the ECHR.<sup>26</sup>

Additional support for the strong role of domestic tribunals may be found in the notification requirement established in Art 27(3) ACHR, which imposes a certain transparency towards the international plane: In parallel with its “sister provisions”, Art 4 ICCPR and Art 15 ECHR, the third paragraph of Art 27 ACHR contains a state’s obligation to notify the other state parties of the ACHR through the Secretary General of the Organization of American States. The declaration must contain information on the provisions that should be suspended, the reasons for the suspension and the duration of the suspension, *i.e.* when the suspension will be terminated. It forces states to uphold minimum transparency requirements on action taken also in times of emergency.

The Inter-American Court has indeed affirmed the importance of notifications in line with Art 27(3) ACHR and found states in violation of said provision which had not complied with it. For example, in *Zambrano v. Ecuador*, the Court outlined the importance of Art 27(3) ACHR and the duty to notify in general terms:

*“70. The Court considers that the international obligation of States Parties to the American Convention under Article 27(3) constitutes a mechanism within the framework of the notion of collective guarantee underlying this treaty, which aim and purpose is the protection of human beings. Such obligation also constitutes a safeguard to prevent the abuse of the exceptional powers of the suspension of guarantees and allows other State Parties to evaluate if the scope of this suspension is consistent with the provisions of the Convention. Therefore, the non-compliance of this duty to inform implies a breach of the obligation set forth in Article 27(3). Even then, the State is not exempted from justifying the existence of an emergency situation and the adequacy of the measures therefore established, as set forth previously [...]”*<sup>27</sup>

25 See also the VC Rule of Law Checklist: “iv. [...] Are there parliamentary control and judicial review of the existence and duration of an emergency situation, and the scope of any derogation thereunder?”

26 For details, see Chapter 6 below.

27 *Zambrano Vélez et al. v. Ecuador, Merits, Reparations and Costs, Judgment, IACtHR 04 July 2017, para 70.*

On this basis, the IACtHR established a violation of Art 27(3) ACHR.<sup>28</sup> With this emphasis on the obligation to notify, the IACtHR requires transparency towards other state parties. In this regard, the international control may contribute to uphold the rule of law at domestic level in view of the scrutiny exercised from “above”.

Overall, the establishment of judicial guarantees as non-derogable seems important for the defence of the rule of law in times of emergency. Still the reference to judicial guarantees is not further defined in Art 27(2) ACHR. What remains to be examined in a next step, accordingly, is what exactly is meant by “judicial guarantees” in reliance on the IACtHR’s extensive case law.

## 5. The Case Law of the IACtHR on Art 27 ACHR – Judicial Guarantees in Defence of the Rule of Law

### 5.1 INTRODUCTION

The IACtHR has taken up the question of “judicial guarantees necessary to uphold such rights” in advisory opinions<sup>29</sup> as well as in its case law, especially in several cases against Peru.<sup>30</sup> In doing so, it has provided important insights on how to understand the reference to judicial guarantees through its interpretation of Article’s 27(2) ACHR. Given the variety of non-derogable rights contained in Art 27(2) ACHR, the exact scope of judicial guarantees differs necessarily depending on the right at stake (right to personal integrity or liberty versus right to nationality). However, one can also deduce more general guidelines from the Inter-American Court’s jurisprudence.

### 5.2 INTERPRETATION – JUDICIAL GUARANTEES

The IACtHR’s concretisation of “judicial guarantees” goes back to two advisory opinions issued in 1987. The first, *Advisory Opinion (No 8)*, was requested by the Inter-American Commission on Human Rights. The request concerned the specific remedy of *habeas corpus* (recourse to a court in case of deprivation of liberty to decide

28 See also *Caracazo v. Venezuela* where the IACtHR held that in addition to various other provisions, also the obligation to notify, Art 27(3) ACHR, had been violated since the other states parties had not been informed through the OAS Secretary General of the events in February and March 1989. (*Caracazo v. Venezuela*, Merits, IACtHR, 11 November 1999).

29 See eg *Habeas Corpus in Emergency Situations*, Advisory Opinion, IACtHR 30 January 1987, OC-8/87, para 38 ff.

30 See *Galindo Cárdenas et al. v. Perú*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, IACtHR 2 October 2015; *Castillo Petruzzi et al. v. Perú*, Merits, Reparations and Costs, IACtHR, 30 May 1999.

upon the lawfulness of arrest or detention (Art 7(6) ACHR)) and the general remedy of *amparo* (right to recourse in case of general violations of fundamental rights (Art 25(1) ACHR)). The second, *Advisory Opinion (No 9)*, was requested by Uruguay who wanted clarification about the possible suspension of the guarantees under Art 8 ACHR (right to a fair trial, due process guarantees) and Art 25(1) ACHR in times of emergencies. Both requests for advisory opinions inquired whether these remedies (*habeas corpus*, *amparo*, relevant due process guarantees) were non-derogable and included in the expression “judicial guarantees essential for the protection of such rights” mentioned at the end of Art 27(2) ACHR (see also Burgogue-Larsen 2011: 680).

This question was answered in the affirmative by the IACtHR. According to the Court, it was not possible in a system governed by the rule of law to suspend the judicial guarantees set forth in Articles 7(6), 8 and 25(1) ACHR as they were all necessary to ensure full and effective exercise of the rights and freedoms protected in Art 27 ACHR.<sup>31</sup> The remedies of *habeas corpus* (Art 7(6) ACHR) and of *amparo* (Art 25(1) ACHR) as well as the right to judicial protection (Art 8 ACHR) were thus all held to be non-derogable.<sup>32</sup>

Subsequent cases confirmed the IACtHR’s strong stand on judicial guarantees (Úbeda de Torres 2011: 650 f.).<sup>33</sup> In these cases, the IACtHR had to deal with ‘incomunicado’ detentions in the fight against the left-wing guerrilla Shining Path and the trial of persons by faceless military tribunals. The right to personal liberty, as contained in Art 7 ACHR and relevant judicial guarantees were at stake. Peru argued, *inter alia*, that it had declared a state of emergency under Art 27 ACHR and lawfully derogated from Art 7 ACHR in the context of the fight against Shining Path in the 1990s: according to Peru, the detentions (of more than 30 days without being shown to a judge) were thus lawful.<sup>34</sup> This argument, however, was rejected by the IACtHR. Instead,

31 Judicial Guarantees in States of Emergency, Advisory Opinion, IACtHR 6 October 1987, OC-9/87, para 41; Burgogue-Larsen 2011: 680.

32 See also Judicial Guarantees in States of Emergency, Advisory Opinion, IACtHR 6 October 1987, OC-9/87, para 27.

33 See Galindo Cárdenas et al. v. Perú, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, IACtHR 2 October 2015; Castillo Petrucci et al. v. Perú, Merits, Reparations and Costs, IACtHR, 30 May 1999.

34 Galindo Cárdenas et al. v. Perú, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, IACtHR 2 October 2015, para 180. In Peru, the Code of Military Justice authorized the trial of civilians by military courts in cases of alleged treason, but only in situations of external warfare. In 1992, this was extended to peacetime. Judges were anonymous (faceless). They had the right to try civilians in a summary procedure. Likewise in 1992, Decree laws allowed for the preventive detention of a person for a maximum of 15 days (with a possible prolongation of another 15 days) without a detained person having to be shown before a judge. See Rodríguez 2014: 10.

the Court confirmed that both the right to judicial protection (*amparo*) and *habeas corpus* were non-derogable.<sup>35</sup> Of specific interest for our considerations on the rule of law is the Court's reiteration that the respective judicial guarantees of Art 27(2) ACHR could not be exercised without the relevant due process guarantees (right to fair trial, Art 8 ACHR)<sup>36</sup> as well as its emphasis on the importance of independent and impartial tribunals.

More particularly, in *Castillo Petruzzi* (1999) the Court stated that while nothing justified terrorist violence and a state had the right to guarantee its own security, it had to always exercise this right within limits and according to procedures that preserved both public safety and fundamental rights of the human person (para 89).<sup>37</sup> Among others, the IACtHR affirmed the rights to legal counsel (paras 143 et seq) and to examine witnesses (paras 150 et seq) to conclude that faceless military tribunals did not qualify as tribunals in the meaning of Art 8 ACHR (para 134).<sup>38</sup> Likewise, in *J v. Peru* (2003), the IACtHR emphasised the importance of judicial controls in the context of deprivations of liberty and established according violations of Art 7(6) (*habeas corpus*), Art 8 (judicial protection/fair trial) and Art 25(1) (*amparo*) ACHR. It held that especially in cases where the initial detention had taken place without a judicial order, the subsequent possibility to see a judge was important.<sup>39</sup> Also, the IACtHR held that the suspension of certain aspects of the right to personal liberty could not mean that state actions would nullify jurisdictional controls over the way in which detentions were carried out.<sup>40</sup> On this basis, the IACtHR established a violation of Art 8(1, 2(b,c,d,f,h),

35 See eg Galindo Cárdenas v. Peru, where the IACtHR identified the norms which remained applicable during a state of emergency and established violations inter alia of the rights in Art 7(4), 8(2b), 8(2c) and 7(6) ACHR. In *Castillo Petruzzi*, the Court concluded that the time of detention without the victims being shown to a judge was generally excessive and in violation of the ACHR (*Castillo Petruzzi et al. v. Perú*, Merits, Reparations and Costs, IACtHR, 30 May 1999, paras 110f.; see also Cantoral Benavides v. Perú, Merits, Judgment, IACtHR, 18 August 2000, para 73. (The victims had been detained for 36 days.) See generally Burgogue-Larsen 2011: 680.

36 See Galindo Cárdenas et al. v. Peru, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, IACtHR 2 October 2015, para 168.

37 For the IACtHR: "A basic principle of the independence of the judiciary is that every person has the right to be heard by regular courts, following procedures previously established by law States are not to create „tribunals that do not use the duly established procedures of the legal process [...] to displace the jurisdiction belonging to the ordinary courts or judicial tribunals." (*Castillo Petruzzi et al. v. Perú*, Merits, Reparations and Costs, IACtHR, 30 May 1999, para 129). "Implicit in the conception [of judicial guarantees] is the active involvement of an independent and impartial judicial body having the power to pass on the lawfulness of measures adopted in a state of emergency." (*Ibid.* para 131).

38 See also Zambrano Vélez et al. v. Ecuador, Merits, Reparations and Costs, Judgment, IACtHR 04 July 2017, paras 67, 71.

39 *J. v. Perú*, Preliminary objections, Merits, Reparations and Costs, IACtHR, 27 November 2013, para 144.

40 *Ibid.*

3, 5); of Art 7(6) and of Art 25(1) ACHR; *inter alia*, with reference to the necessarily adequate means and time to prepare for the defence, to examine witnesses and to appeal.

In sum, the reference to judicial guarantees in Art 27(2) ACHR are confirmed and concretised in the case law of the IACtHR.

### 5.3 JUDICIAL GUARANTEES, INDEPENDENT TRIBUNALS AND THE RULE OF LAW

Judicial guarantees are upheld as essential by the IACtHR both on a general level as well as more specifically in cases of detention and deprivation of liberty. Not only are domestic tribunals strengthened vis-à-vis the executive, but they stand firm against violations of human rights, thereby functioning as guardians of the rule of law. This is especially important in view of the abovementioned characteristics of emergency regimes: the shift of powers to the executive, quicker and more flexible decision-making and restrictions on substantive Human Rights guarantees at national level. In light of this, the IACtHR's emphasis on judicial guarantees appears crucial to uphold certain basic values in times of emergency.

## 6. Conclusion

The Inter-American Human Rights system contains strong safeguards to protect basic values during times of emergencies. Most importantly, Art 27 ACHR, the emergency constitution of the Inter-American Human Rights system, provides for an extensive list of substantive guarantees such as: the prohibition of torture, the prohibition of slavery or the freedom of religion. It also requires states to uphold the judicial guarantees to protect these rights: therewith, the right to *amparo* in case of alleged violations of fundamental rights (Art 25(1) ACHR), *habeas corpus* (recourse to court in case of deprivations of liberty to decide about the legality of the arrest or detention, Art 7(6) ACHR) as well as general due process guarantees (Art 8(1) ACHR) are all established as non-derogable.

The Inter-American Human Rights system's emphasis on judicial guarantees focuses on an essential component of the rule of law: the judiciary. It indeed appears essential to uphold relevant checks and balances at domestic level, with independent tribunals in place to contain the executive and serve as watch-dogs during states of emergency. This becomes especially relevant in the Inter-American system with relatively young democracies still on the way to consolidation, a general predominance of the

executive in domestic institutional arrangements and partly limited separation of powers guarantees in place.

With this, Art 27 ACHR, the emergency constitution of the Inter-American Human Rights system, as interpreted by the IACtHR, provides for more stringent safeguards than the European system of Human Rights protection. The list of non-derogable rights is longer and the non-derogability of judicial guarantees to uphold these rights is provided for. The IACtHR confirmed this for the ACHR's variety of judicial guarantees, the remedies of *amparo* and of *habeas corpus* as well as for fair trial standards more generally speaking. At the universal level, in a similar move, likewise the Human Rights Committee has expanded the list of non-derogable rights in Art 4 ICCPR in General Comment No. 29 (2001) as to also comprise judicial guarantees.<sup>41</sup>

In Europe, conversely, states are given more leeway for action in times of emergency. This became evident in the context of the Northern Ireland conflict and related derogations. For example, the ECtHR accepted in *Lawless v. Ireland*, in relation to the right to liberty and security of person and according *habeas corpus* guarantees (Art 5 ECHR), that the detention of suspects without judicial control was necessary in the light of the conflict in Northern Ireland.<sup>42</sup> Also in *Brannigan & McBride v. UK (1993)*, the ECtHR found that the detention of terrorist suspects without involvement of a judge was acceptable.<sup>43</sup> This, in view of the additional safeguards, provided at the domestic level, *e.g.*, an independent commission with a judge and parliamentary control. The European Court thus left states certain leeway in the design of procedural safeguards. While this line of jurisprudence was not explicitly confirmed in more recent cases, it was not contradicted either.<sup>44</sup> Some cases against Turkey in the context

41 See HRC General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency, 2001: "15. It is inherent in the protection of rights explicitly recognized as non-derogable in article 4, paragraph 2, that they must be secured by procedural guarantees, including, often, judicial guarantees. The provisions of the Covenant relating to procedural safeguards may never be made subject to measures that would circumvent the protection of non-derogable rights. [...] 16. [...] The Committee is of the opinion that the principles of legality and the rule of law require that fundamental requirements of fair trial must be respected during a state of emergency. Only a court of law may try and convict a person for a criminal offence. The presumption of innocence must be respected. In order to protect non-derogable rights, the right to take proceedings before a court to enable the court to decide without delay on the lawfulness of detention, must not be diminished by a State party's decision to derogate from the Covenant."

42 *Lawless v. Ireland (No.3)*, Judgment, ECtHR, 01 July 1961, para 36. See also *Ireland v. the United Kingdom*, Judgment, ECtHR, 18 January 1978, para 220

43 *Brannigan & Mc Bride v. UK*, Judgment, ECtHR 25 May 1993, para 55 et seq. See generally Lukan 2013: para 19.

44 See also the Drafting Group on the Place of the European Convention on Human Rights in the European and International Legal Order, External voluntary contribution of the preparation of the draft chapter of Theme 2 (Challenge of the interaction between the convention and other international human

of the country's 2016 declaration of a state of emergency touched upon the question of *habeas corpus*, without however providing any explicit answers.<sup>45</sup>

Thus, non-judicial guarantees were also considered sufficient by the ECtHR, whereas the IACtHR, the emergency constitution of the Inter-American system, requires fully fledged judicial guarantees and the Human Rights Committee has at least developed these through interpretation; *i.e.* in General Comment No 29 (2001). That is why and though the Inter-American Human Rights protection system's strong mechanisms to defend the rule of law in times of emergency seem especially warranted given Latin America's past (and present), they might nevertheless provide inspiration for the European system too.

## Literature

- Brandeis Institute for International Judges (BIJ) 2010: *Toward an International Rule of Law*, Brandeis University.
- Burgorgue-Larsen, Laurence (2011): *The right to an effective remedy*, in: Burgorgue-Larsen, Laurence/Úbeda de Torres, Amaya (eds.): *The Inter-American Court of Human Rights Case Law and Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 673-693.
- Burgorgue-Larsen, Laurence/Úbeda de Torres, Amaya (eds.) 2011a: *The Inter-American Court of Human Rights Case Law and Commentary*, Oxford: Oxford University Press.
- Burgorgue-Larsen, Laurence/Úbeda de Torres, Amaya 2011b: „War“ in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, in: *Human Rights Quarterly*, Vol. 33, 148-174.
- Chesterman, Simon 2007: *Rule of Law*, in: Wolfrum, Rüdiger (ed.): *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition, available at: <https://opil.ouplaw.com/home/mpi>.
- Criddle, Evan J./Fox-Decent, Evan 2012: *Human Rights Emergencies, and the Rule of Law*, in: *Human Rights Quarterly*, Vol. 34, 39-87.

---

rights instruments to which the Council of European Member States pare parties), 15 January 2019, p. 8: “[...] the ECtHR ‘has never held that habeas corpus may not be suspended in times of emergency’ and has instead expressly accepted its derogability so far.” [footnotes omitted]. See however PACE Resolution 2209 (2018) “State of emergency: proportionality issues concerning derogation under Article 15 of the European Convention on Human Rights” where the PACE stated: “3. There can be no derogation at all from certain rights, as specified in Article 15; [...] or procedural guarantees in such a way as to circumvent the protection of non derogable rights. Fundamental safeguards of the rule of law, in particular legality, effective parliamentary oversight, independent judicial control and effective domestic remedies must be maintained even during a state of emergency. [...]” Note also that certain procedural safeguards may be derived from the procedural limb of non-derogable rights such as the prohibition of torture and the according obligation of states parties e.g. to investigate allegations of ill-treatment. (*Elçi and Others v. Turkey*, Judgment, ECtHR, 13 November 2003, paras 632, 648-649).

<sup>45</sup> See *Alparslan Altan v. Turkey*, Judgment, ECtHR, 16 April 2017, paras 147-148; *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, Judgment, ECtHR, 20 March 2018, para 140; *Şahin Alpay v. Turkey*, Judgment, ECtHR, 20 March 2018, para 119.

- Istrefi, Kushtrim/Salomon, Stefan 2017: Entrenched Derogations from the European Convention on Human Rights and the Emergence of Non-Judicial Supervision of Derogations, in: *Austrian Review of International and European Law*, Vol. 22, 7-28.
- Lukan, Matthias 2013: Artikel 15 EMRK, in: Kneih, Benjamin/Lienbacher, Georg (eds.): *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht*, Wien: Verlag Österreich.
- Oberleitner, Gerd 2019: Das bedrohte Leben der Nation: Begriff, Begründung und Funktion des Staatsnotstandes in menschenrechtlichen Verträgen, in: *Zeitschrift für Menschenrechte*, Jg. 2019, Nr. 2.
- Peerenboom, Randall 2005: Human Rights and Rule of Law: What's the Relationship? *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 36, UCLA School of Law Research Paper No. 05-31.
- Rodríguez, Gabriela 2014: Artículo 27, in: Steiner, Christian/Uribe, Patricia (ed.): *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Mexico City et al.
- Úbeda de Torres, Amaya, 2011: The Right to Due Process, in: Burgorgue-Larsen, Laurence/Úbeda de Torres, Amaya (eds.): *The Inter-American Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 642-671.

**Claudia Zilla und David Keseberg**

## Venezuela: Menschenrechte im Ausnahmezustand

Dieser Beitrag thematisiert die Beziehung zwischen Ausnahmezustand und Menschenrechten sowie dessen Relevanz für die Menschenrechtssituation in Venezuela. Seit Januar 2016 befindet sich das Land als Folge einer lückenlosen Verkettung von Dekreten im Ausnahmezustand. Ausgehend von dem geltenden Rechtsrahmen analysieren wir in einem ersten Schritt die rechtliche und politische Ausgestaltung der Ausnahmezustands-Dekrete. Diese zeichnen sich durch vage, von den verbotenen Kategorien abweichende Formulierungen sowie eine schwache parlamentarische wie verfassungsrechtliche Kontrolle aus; dadurch wird Raum für Menschenrechtsverletzungen geschaffen. In einem zweiten Schritt beleuchten wir ein breites Spektrum an Menschenrechtsverletzungen in Venezuela vor dem Hintergrund eines Krisenkomplexes: die kontinuierliche Verschlechterung der Lebensbedingungen (humanitäre Krise), die Gleichschaltung der Gewalten und der Abbau von Demokratie und Rechtsstaat (institutionelle Krise) sowie die aktive Rolle von staatlichen Akteuren bei der Begehung von Gewaltverbrechen (Gewaltkrise). Wenngleich die Ausgestaltung des Ausnahmezustandes in Venezuela aus verfassungsrechtlichen wie demokratischen Gesichtspunkten hoch problematisch ist, argumentieren wir, dass dessen Verhängung nicht als entscheidende Ursache für die massiven Menschenrechtsverletzungen zu bewerten ist. Hierfür sind eher andere Faktoren verantwortlich, die dem autokratischen Kontext entspringen.

### 1. Menschenrechtsschutz als Herausforderung

Im Juli 2019 machte der Bericht über die Menschenrechte in der Bolivarischen Republik Venezuela der Hohen Kommissarin der Vereinten Nationen für Menschenrechte, Michelle Bachelet, der internationalen Öffentlichkeit unmissverständlich deutlich, dass im südamerikanischen Land massive Verletzungen stattfinden und dabei die Regierung sowie staatliche Akteure eine zentrale Rolle spielen (OHCHR 2019).<sup>1</sup> Die bescheinigte kritische Menschenrechtslage ist jedoch kein junges Phänomen, das erst Anfang 2018 – zu Beginn des Berichtszeitraums – einsetzte. Vielmehr ist sie das Produkt einer stetigen Verschlechterung, die weit zurückreicht und sich spätestens ab dem Jahr 2015 – nicht zuletzt aufgrund der Verschränkung einer humanitären, institutionellen und Gewaltkrise – verschärfte.

1 Der Bericht, der vom Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen in Auftrag gegeben wurde, bezieht sich auf den Zeitraum von Januar 2018 bis Mai 2019 und basiert auf einem technischen Besuch in Venezuela im März 2019.

Wie die meisten Länder der Region weist Venezuela eine lange Geschichte von Menschenrechtsverletzungen auf,<sup>2</sup> die nicht erst unter der Präsidentschaft von Hugo Chávez (1999–2013) ihren Anfang nahm. Die umfassende und wachsende Liste von Rechten, zu denen sich die lateinamerikanischen Staaten in den Verfassungen sowie im Rahmen internationaler Verträge verpflichten, kontrastiert mit deren Unfähigkeit, diese wirksam zu schützen. Darüber hinaus werden Akteure und Institutionen des Staates in vielen Fällen zu wissenden bis vorsätzlichen Verletzern von Menschenrechten. Betroffen davon sind nicht nur wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, sondern auch bürgerliche und politische, wodurch die Qualität von Demokratie und Rechtsstaat – selbst nach minimalistischen Verständnissen – stark in Mitleidenschaft gezogen wird. Zugleich schafft der schleichende, aber kontinuierliche Abbau von Demokratie und Rechtsstaat wiederum eine erhöhte, doppelte Gefährdung der Menschenrechte: Einerseits finden mehr Verletzungen statt; andererseits werden die Möglichkeiten von Bürgerinnen und Bürgern, gegen den Staat zu klagen und dabei einen fairen Prozess zu bekommen, also der Zugang zur Justiz, zunehmend eingeschränkt. In diesem Zusammenhang kommt der Verhängung des Ausnahmezustands eine symbolische, rechtfertigende und instrumentelle Funktion zu: als Deutungsansatz für die besondere (Not)Lage der Nation, als Kompetenzerweiterung der Exekutive und als Aufhebung bestimmter Garantien.

In diesem Beitrag bildet der Ausnahmezustand den rechtlichen Ausgangspunkt, von dem aus wir die Situation der Menschenrechte in Venezuela zunächst betrachten. Der Blickwinkel wird sodann durch die Analyse des aktuellen Krisenkomplexes erweitert. In diesem zweiten Teil zeigen wir, wie die humanitäre, institutionelle und Gewaltkrise die Menschenrechte in Venezuela stark kompromittieren. Der Fokus der Untersuchung liegt auf der Regierung von Nicolás Maduro (seit 2013). Eine zusammenfassende Betrachtung, welche die Bedeutung des Ausnahmezustands für die Menschenrechte im Gesamtkontext bewertet, schließt diesen Beitrag ab.

## 2. Ausnahmezustand und Menschenrechte

Als Ausnahmezustand wird ein Zustand bezeichnet, in dem öffentliche Sicherheit und Ordnung als schwerwiegend gestört oder gefährdet erachtet werden. Es handelt sich

2 Allerdings behielt Venezuela seine zivil-demokratische Verfasstheit in den 1970er und 1980er Jahren, zu einer Zeit, als viele lateinamerikanische Staaten militärdiktatorisch regiert wurden; dabei nahm es zahlreiche Exilanten und Exilantinnen aus anderen Ländern der Region auf. Daher blieben in diesem südamerikanischen Land massive Menschenrechtsverletzungen aus, wie sie etwa in Argentinien, Brasilien, Chile und Uruguay begangen wurden.

also um eine Notsituation, in der die Existenz des Staates sowie die Erfüllung der staatlichen Grundaufgaben durch eine interne oder externe Instanz als akut bedroht angesehen werden. Wird der Ausnahmezustand im Sinne einer politisch-rechtlichen Bestimmung durch eine Staatsgewalt verhängt, so erlaubt er einem Staatsorgan, dem dabei erweiterte Kompetenzen bzw. Vollmachten erteilt werden, außerordentliche Maßnahmen zur Gefahrenabwehr zu ergreifen.

## 2.1 REGELUNG DES AUSNAHMEZUSTANDS

Der Ausnahmezustand ist in dreierlei Hinsicht limitiert: Erstens ist er zweckgebunden, indem er zur Wiederherstellung des verfassungsrechtlichen Normalzustands dienen soll. Zweitens ist er temporär und sollte daher mit dem Eintritt des *Status quo ante* erlöschen. Auch wenn die Verhängung des Ausnahmezustands die Aufhebung gewisser Menschenrechtsgarantien (insbesondere politischer Rechte) bedeutet, impliziert er drittens nicht die Erteilung uneingeschränkter Vollmachten an Staatsorgane oder die Aufhebung der Verfassung. Vielmehr ist der Ausnahmezustand verfassungs- wie völkerrechtlich verankert. Rechtsdokumente auf internationaler, regionaler und nationaler Ebene enthalten unterschiedlich lange Listen notstandsfester Rechte, die selbst im Ausnahmezustand weiterhin staatlichen Schutz genießen. Im Venezolanischen Fall sind hierfür einerseits der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (ICCPR bzw. Zivilpakt; UNGA 1966) und die Amerikanische Menschenrechtskonvention (AMRK bzw. Pakt von San José; OEA 1969)<sup>3</sup> sowie die Verfassung der Bolivarischen Republik Venezuela (CRBV; ANC 1999) und das ergänzende, regulierende Organengesetz, *Ley Orgánica sobre Estados de Excepción* (LOEE; AN 2001), maßgebend. Dabei sehen die venezolanischen Normen einen umfassenderen Menschenrechtsschutz im Ausnahmezustand als die internationalen und regionalen Vertragstexte vor.

Als Ausnahmezustände werden im Art. 337 der Verfassung Venezuelas jene Situationen bezeichnet, in denen aus sozialen, wirtschaftlichen, politischen, naturbedingten oder ökologischen Gründen die Sicherheit der Nation, der Institutionen und der Bürgerinnen und Bürger ernsthaft beeinträchtigt ist, sodass – mit einigen Ausnahmen – die Aufhebung der in der Verfassung verankerten Garantien zulässig wird. Im darauffolgenden Art. 338 wird eine Spezifizierung verschiedener Ausnahmezustände und

<sup>3</sup> Am 10. September 2013, ein Jahr nach der offiziellen Formalisierung seines Austrittsgesuches, trat Venezuela aus der AMRK (und damit der Jurisdiktion des Interamerikanischen Gerichtshofes für Menschenrechte) aus. Am 15. Mai 2019, inmitten der aktuellen politisch-institutionellen Krise, erklärte die von der Opposition kontrollierte Nationalversammlung die AMRK indes für gültig (AN 2019b).

deren Laufzeiten vorgenommen: (1) *Estado de Alarma*, Alarmzustand infolge von naturbedingten oder öffentlichen Katastrophen, für 30 Tage, (2) *Estado de Emergencia Económica*, Wirtschaftsnotstand aus ökonomischen Gründen, für 60 Tage, (3) *Estado de Comoción Interior o Exterior*, Zustand innerer oder äußerer Unruhe infolge innerer oder äußerer Konflikte, für 90 Tage. Alle drei Typen von Ausnahmezustand können nur einmal für eine identisch lange Periode von der Exekutive verlängert werden, was jedoch ein zusätzliches (Verlängerungs-)Dekret und die erneute Zustimmung des Parlaments (*Asamblea Nacional*, AN) erfordert (Art. 338, Art. 339).<sup>4</sup> Es sind gleichermaßen Exekutive wie Legislative, die den Ausnahmezustand aufheben können, wenn die Ursachen, die diesen gerechtfertigt haben, weggefallen sind (Art. 339).

Näher reguliert ist der Ausnahmezustand in Venezuela durch das Organgesetz (LOEE) des Jahres 2001. Darin wird die Präsidentin bzw. der Präsident als Instanz definiert, die im Falle eines Ausnahmezustands die außerordentlichen Vollmachten erhält. Hierzu gehören unter anderem die Rationierung von Dienstleistungen und zum Überleben notwendiger Güter (Art. 19), die Übernahme der Budgethoheit (Art. 20), die Mobilisierung der Streitkräfte (Art. 23) und die Beschlagnahmung von Privateigentum (Art. 24); weitere Befugnisse werden nicht spezifiziert. Der AN wird im Organgesetz zudem die Vorgabe erteilt, sich auch ohne Vorlage des Ausnahmezustands-Dekrets oder des Antrags auf Verlängerung durch die nationale Exekutive zu diesen auszusprechen (Art. 26). Derartige Dekrete und Anträge gelten jedoch nach einer bestimmten Frist<sup>5</sup> als durch die Legislative genehmigt, wenn diese infolge eines unvorhersehbaren Ereignisses oder höherer Gewalt nicht in der Lage ist, Stellung zu beziehen (Art. 27). Art. 33 stipuliert die einzige Ausnahme zu Art. 336, 6 der Verfassung zur Aussprache des Obersten Gerichtshofes (*Tribunal Supremo de Justicia*, TSJ) von Amts wegen: Ein Urteil des TSJ erübrigt sich, wenn das Parlament ein Dekret oder einen Antrag auf Verlängerung ablehnt.

## 2.2 AUSNAHMEZUSTAND ALS DAUERZUSTAND

Unter der seit 1999 geltenden Verfassung wurde bis einschließlich September 2019 mindestens 28 Mal der Ausnahmezustand per Dekret auf lokaler, regionaler oder nationaler Ebene verhängt. In 21 Fällen wurde er zudem verlängert, einer davon sogar – entgegen den verfassungsrechtlichen Bestimmungen – zweimal (Santana 2017, OVJ

<sup>4</sup> Laut Art. 31 des LOEE ist zudem ein erneutes Urteil des TSJ erforderlich.

<sup>5</sup> Laut Art. 27 des LOEE gelten die Dekrete und Anträge auf Verlängerung des Ausnahmezustandes als genehmigt, wenn die Legislative diese innerhalb von 48 Stunden nach ihrer Veröffentlichung bestätigt oder sich innerhalb von acht Tagen nach Vorlage durch die Exekutive diesbezüglich nicht äußert.

2019). Insbesondere seit August 2015 wurde der Gebrauch dieses Instruments intensiviert: Präsident Maduro verhängte in 2015 acht Mal den Ausnahmezustand auf lokaler Ebene im Grenzgebiet zu Kolumbien und seit Januar 2016 zwölf Mal auf nationaler Ebene; bisher fand in sämtlichen Fällen eine Verlängerung statt.<sup>6</sup> Daraus ergibt sich seitdem eine so gut wie lückenlose Verkettung von Ausnahmezustands- und Verlängerungsdekreten mit nationalem Geltungsbereich.

Während Verfassung und Organgesetz verschiedene Typen von Ausnahmezustand unterscheiden und diese mit spezifischen Situationen und Begründungen jeweils verknüpfen, enthalten die meisten Ausnahmezustands-Dekrete seit 2000 nicht-typifizierte Begriffskombinationen als Bezeichnung für den Ausnahmezustand und eine Mischung an dessen Begründungen.<sup>7</sup> Die von den rechtlich verankerten Ausnahmezuständen abweichende Wortwahl lautet: *Estado de Excepción* (Ausnahmezustand) oder *Estado de Emergencia* (Notstand) vor 2016 sowie *Estado de Excepción y Emergencia Económica* (Ausnahmezustand und Wirtschaftsnotstand) seit 2016 (Santana 2017). Selbst die Rechtfertigung für den *Estado de Excepción y Emergencia Económica* variiert über die Jahre hinweg, so etwa: die Präsenz ausländischer bewaffneter Akteure auf nationalem Territorium, die innenpolitische Destabilisierung und die „betrügerischen Handlungen“ der „feindlich gesinnten“ politischen Opposition, insbesondere der von dieser kontrollierten AN, die US-Sanktionspolitik gegenüber Venezuela, der Verfall der internationalen Ölpreise sowie das Klimaphänomen *El Niño*.<sup>8</sup>

Die Ausnahmezustands-Dekrete weisen einen ähnlichen Aufbau (samt Durchnummerierung) aus, unterscheiden sich aber hinsichtlich des Schwerpunkts. Jene der Regierung Maduro auf nationaler Ebene lassen einen klaren wirtschaftlichen Fokus erkennen, der in der Bezeichnung des Typus, den erteilten Vollmachten und vorgesehenen Maßnahmen zum Ausdruck kommt:<sup>9</sup> Kompetenzerweiterungen bei der Vergabe öffentlicher Verträge; die Einführung von Kryptovermögenswerten oder die Zuweisung zusätzlicher, nicht im Haushaltsgesetz enthaltener finanzieller Ressourcen. Darüber hinaus sehen die meisten Ausnahmezustands-Dekrete zum einen nicht näher spezifizierte Vollmachten in verschiedenen Kombinationen vor, darunter: die Über-

6 Der Antrag auf Verlängerung des Ausnahmezustands-Dekrets vom September 2019 (Dekret Nr. 3.986) wird im November 2019 fällig.

7 Lediglich die Dekrete vom Januar 2016 und September 2018 beziehen sich auf den verbrieften Wirtschaftsnotstand.

8 Vgl. hierzu die zehn verfügbaren Dekrete der *Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela* (PRBV) zur Verhängung des Ausnahmezustandes auf nationaler Ebene (PRBV 2016a, 2016b, 2016c, 2017a, 2017b, 2017c, 2018a, 2018b, 2018c, 2019a).

9 Ibid.

tragung von Aufsichts- und Organisationskompetenzen an die Basisorganisationen der Regierung in Kooperation mit den Streitkräften und dem zivilen Sicherheitsapparat zur Wahrung von Sicherheit und Ordnung im öffentlichen Raum; das Ergreifen spezieller Maßnahmen im außenpolitischen Bereich zur Wahrung der nationalen Souveränität; die temporäre Suspendierung von gegen hohe Staatsbedienstete gerichteten politischen Sanktionen; oder technische Maßnahmen zur Registrierung, Identifikation und Verifizierung von Personen zur besseren Allokation von Subventionen. Zum anderen wird im Art. 3 der Ausnahmezustands-Dekrete der nationalen Exekutive die Kompetenz erteilt, den Umständen entsprechend weitere, erforderliche „soziale, wirtschaftliche, politische und rechtliche Maßnahmen“ vorzunehmen, die nicht näher beschrieben werden. Damit wird der Exekutive faktisch eine Blankovollmacht für Regierungshandeln im wie auch immer bezeichneten und begründeten Ausnahmezustand erteilt.

Auch wenn die Ausnahmezustands-Dekrete einem einheitlichen Format folgen und analog gegliedert sind, kann an der variierenden Formulierung der verschiedenen Artikel abgelesen werden, wie sich die Beziehung zwischen den Gewalten im Zeitablauf verändert hat: Dabei wird sowohl der Konflikt als auch die parteipolitische Kooptation bis Gleichschaltung sichtbar. Bis Mitte 2015, als die regierende Sozialistische Einheitspartei Venezuelas (*Partido Socialista Unido de Venezuela*, PSUV) zunächst unter Präsident Chávez und später Maduro über eine komfortable Mehrheit im Parlament verfügte und noch nur ein Oberster Gerichtshof existierte, wurden in den Dekreten weder die Bestätigungskompetenz der AN noch die verfassungsrechtliche Kontrollfunktion der Verfassungskammer des TSJ ausdrücklich festgehalten. Problematischer ist jedoch der Umstand, dass Legislative und Judikative ihre Aufsichtsfunktion in dieser Zeit nur selektiv wahrnahmen: Bis Mitte August 2015 äußerte sich die AN nicht zu den erlassenen Ausnahmezustands-Dekreten; genauso wenig verfasste der TSJ ein Urteil hierüber (Santana 2017: 137). In den acht folgenden Dekreten zu den Ausnahmezuständen auf lokaler Ebene wiederum nahm die Exekutive auf die Kontrollfunktion der anderen zwei Gewalten explizit Bezug; AN und TSJ sprachen sich zudem zu den Dekreten aus. Dabei handelte es sich allerdings stets um eine Bestätigung ohne explizite Begründung, sodass Legislative und Judikative eher eine legitimierende Rolle spielten (Santana 2017: 183 f., 188 f.).

Es gibt starke Hinweise darauf, dass der TSJ seine (positiven) Urteile zur Verfassungsmäßigkeit der Ausnahmezustands-Dekrete fällt, ohne die von der Exekutive angegebene Begründung, sprich: die Beschreibung der Notlage, zu prüfen. Zudem fasst sich der TSJ bei der Begründung seiner Urteile besonders kurz: Er wiederholt in

den Urteilstexten die Erläuterung der Exekutive zur kritischen Situation wortwörtlich, verweist auf Reden des Präsidenten zur Notlage oder auf frühere positive Urteile vorausgegangener Ausnahmezustands-Dekrete, von denen sich die Verfassungsmäßigkeit der darauffolgenden automatisch ableiten würde (Santana 2017: 189 ff.). Daran zeigt sich, wie sehr die Judikative der Exekutive Folge leistet.

Nach dem Erdrutschsieg des oppositionellen Wahlbündnisses „Tisch der Demokratischen Einheit“ (*Mesa de Unidad Democrática*, MUD) bei den Parlamentswahlen am 6. Dezember 2015 (die bisher letzten noch relativ kompetitiven Wahlen in Venezuela), die diesem eine Zweidrittelmehrheit in der AN verschaffte, erkannte der TSJ (Urteil Nr. 260 vom 30.12.2015) den Wahlsieg von drei oppositionellen und einem regierungstreuen Abgeordneten wegen angeblichen Irregularitäten im Wahlprozess ab. Damit hinderte der TSJ die Opposition daran, eine parlamentarische Verfassungsmehrheit zu erlangen. Die im Januar 2016 neu konstituierte AN entschied nach einer mehrere Monate langen Konfrontation mit dem TSJ, endgültig dessen Urteil zu ignorieren und die betreffenden Abgeordneten im Juli zu vereidigen (ICJ 2017: 6 ff.). In diesem Kontext erklärte der TSJ wiederholt, dass sich die AN in Missachtung der Justiz befände (*desacato*) und dementsprechend sämtliche Akte dieses Organs verfassungswidrig, nichtig sowie juristisch ungültig und unwirksam seien (Santana 2018: 88 f.). Dieser Gewaltkonflikt fand Eingang in die Ausnahmezustands-Dekrete: Ab Januar 2017 verweist die Exekutive im Text nicht mehr auf die Prüfungs- und Bestätigungskompetenz der AN, während der TSJ in seiner verfassungsrechtlichen Kontrollfunktion weiterhin Erwähnung findet. Relevanter ist jedoch, dass die AN in den folgenden Jahren Dekrete über die Verhängung des Ausnahmezustandes explizit und öffentlich ablehnte (AN 2016a, AN 2016b, AN 2017a, AN 2017b). Maduros Regierung sowie der TSJ erkannten aber diese Beschlüsse der durch die Opposition kontrollierten AN nicht an (Santana 2017: 247 ff., Santana 2018: 88 f.).

Ein weiterer Faktor trägt zur Verwundbarkeit der Menschenrechte im Ausnahmezustand bei: Zwar kann gemäß dem geltenden Gesetzbuch der Militärjustiz (*Código Orgánico de Justicia Militar* 1998) die Militärgerichtsbarkeit bereits im Normalzustand bei Militärdelikten<sup>10</sup> auf Zivilistinnen und Zivilisten angewendet werden. Im Ausnahmezustand wird aber die Militärgerichtsbarkeit auf jedwede Akte ausgeweitet, die vom Oberbefehlshaber im Operationsgebiet verboten und bestraft werden (COJM 1998: Art. 125, 3). Damit wird im Ausnahmezustand dem Missbrauch der Militärjustiz Tür und Tor geöffnet. Traditionell pflegte der TSJ eine restriktive Rechtsprechung in die-

<sup>10</sup> Zu den Militärdelikten gehören u. a. Vaterlandsverrat, Rebellion und jene Delikte, die die Sicherheit der Streitkräfte beeinträchtigen.

ser Materie: Militärdelikte, die von Zivilistinnen und Zivilisten begangen worden waren, sollten von Zivilgerichten behandelt werden. Dies ändert sich jedoch ab 2005 mit einem Urteil des TSJ, dem zufolge Zivilistinnen und Zivilisten von Militärgerichten verurteilt werden können (ICJ 2018: 4).

### 3. Menschenrechte im venezolanischen Krisenkomplex

Zwar weisen die Ausnahmezustands-Dekrete unter der Präsidentschaft von Maduro einen klaren ökonomischen Fokus auf. Venezuela leidet aber nicht nur unter einer Wirtschaftskrise. Vielmehr plagt ein Krisenkomplex das Land, welcher darüber hinaus eine humanitäre, eine institutionelle und eine Gewalt bezogene Dimension aufweist.

#### 3.1 HUMANITÄRE KRISE

Präsident Maduro leugnet die humanitäre Krise. Im Einklang damit lehnte er lange internationale humanitäre Hilfe ab, denn er befürchtet, diese könnte als Einfallstor für ausländische Eimischung in die nationalen Angelegenheiten Venezuelas fungieren. Zurzeit wird sie nur begrenzt zugelassen, etwa durch das Rote Kreuz. Nichtsdestotrotz begründet das Staatsoberhaupt seine Ausnahmezustands-Dekrete mit Verweis auf die kritische Wirtschaftssituation. Die ihm hierdurch verliehenen außerordentlichen Kompetenzen haben aber offensichtlich nicht dazu beigetragen, die katastrophale Lage zu lindern. Im Gegenteil: Eine kontinuierliche Verschlechterung der Lebensbedingungen findet statt.

Venezuela befindet sich in einer schweren Rezession, die auf die Misswirtschaft der Regierung zurückgeht. Die US-Sanktionen, die seit Januar 2019 stetig erweitert wurden und mittlerweile die Ölindustrie, den Handel sowie Besitztümer und Eigentumsrechte der venezolanischen Regierung betreffen, haben die prekäre Lage verschärft (Weisbrot/Sachs 2019). Für das Jahr 2019 prognostiziert der Internationale Währungsfond, dass die Wirtschaft um mindestens 25 Prozent schrumpfen, während die Inflation die Marke von sage und schreibe 10.000.000 Prozent erreichen wird.<sup>11</sup> Die aktuelle Ölproduktion von rund 712.000 Barrel/Tag entspricht weniger als einem Drittel der durchschnittlichen Fördermenge im Zeitraum von 1999 bis 2018.<sup>12</sup> Dabei ist das

11 International Monetary Fund – DataMapper: <https://www.imf.org/external/datamapper/profile/VEN/WEO>, Stand: 26.09.2019.

12 Eigene Berechnung auf Grundlage der Jahresberichte der Organization of the Petroleum Exporting Countries (OPEC); zu finden unter: [https://www.opec.org/opec\\_web/en/publications/337.htm](https://www.opec.org/opec_web/en/publications/337.htm), Stand: 25.09.2019.

Land mit den größten Erdölreserven der Welt stark vom Ölexport abhängig; die Einnahmen hieraus bilden 99 Prozent der gesamten Ausfuhrerlöse.<sup>13</sup> Die sinkende Ölproduktion und der daraus resultierende Exportrückgang führen zu abnehmenden Staatseinnahmen. Auch Bürgerinnen und Bürger büßen an Kaufkraft ein. Im April 2019 betrug der Mindestlohn 2,7 USD; damit entsprach er lediglich zwei Prozent des Lebensmittel-Basiskorbes,<sup>14</sup> während die Arbeitslosigkeit derzeit bei 44,3 Prozent liegt.<sup>15</sup> Die (multidimensionale) Armut wächst und erfasste im Jahr 2018 bereits mindestens 48 Prozent der Haushalte (ENCOVI 2019).

Die prekäre sozio-ökonomische Situation wird durch Versorgungsentpässe verschärft. Die öffentlichen Dienstleistungen weisen enorme Defizite auf: Stromausfälle, Gasmangel und Wasserprobleme prägen den Alltag. Die Subventionspolitik hat der Nahrungsmittelindustrie enorm geschadet; die meisten Produkte müssen heute importiert werden. Daraus ergibt sich zweierlei: Nahrungsmittelknappheit und ein florierender Schwarzmarkt mit exorbitanten Preisen. Die Beschaffung von Basisprodukten für den täglichen Bedarf erfordert durchschnittlich zehn Stunden Schlange stehen am Tag. Unterernährung ist ein verbreitetes Problem: Als Produkt der Maduro-Diät wird der massive Gewichtsverlust der Bevölkerung sarkastisch bezeichnet. *Sex for food* ist zur neuen Prostitutionspraxis avanciert. Der Gesundheitssektor ist von der Knappheit von Arzneimitteln und Medizinprodukten hart betroffen; dem gesellt sich der Exodus medizinischen Personals hinzu. Epidemien und Sterblichkeitsraten (etwa von Kindern und Müttern) steigen dementsprechend an. Auch beim medizinischen Bedarf ist Venezuela stark abhängig von Einfuhren, die es zurzeit kaum bezahlen kann. Nach einer Umfrage in Krankenhäusern von „Ärzte für die Gesundheit“ wurden zwischen November 2018 und Februar 2019 1.557 Todesfälle aufgrund schlechter medizinischer Versorgung registriert (Médicos por la Salud 2019).

In einer solchen dramatischen humanitären Situation ist die Bevölkerung fürs Überleben auf die Hilfe des Staates außerordentlich angewiesen. Die Regierung gibt an, 75 Prozent seines Haushaltes für Sozialausgaben zu verwenden.<sup>16</sup> Leistungen von

13 Organization of the Petroleum Exporting Countries – Country Profile of Venezuela: [https://www.opec.org/opec\\_web/en/about\\_us/171.htm](https://www.opec.org/opec_web/en/about_us/171.htm), Stand: 26.09.2019.

14 MercoPress, „Inflación de agosto en Venezuela, 65 %; salario mínimo equivale a US\$ 2.7“, 06.09.2019, <https://es.mercopress.com/2019/09/06/inflacion-de-agosto-en-venezuela-65-salario-minimo-equivale-a-us-2.7>, Stand: 27.09.2019.

15 International Monetary Fund – DataMapper: <https://www.imf.org/external/datamapper/profile/VEN/WEO>, Stand: 26.09.2019.

16 El Universal, „Maduro celebró aprobación del presupuesto 2019 por parte de la ANC“, 18.12.2018, <http://www.eluniversal.com/politica/28639/maduro-celebro-aprobacion-del-presupuesto-2019-por-parte-de-la-anc>, Stand: 28.09.2019.

Sozialprogrammen empfangen 63 Prozent der Bürgerinnen und Bürger (ENCOVI 2019). Die Kisten mit Hilfsgütern, die vom 2016 errichteten Versorgungskomitee (*Comité Local de Abastecimiento y Producción*, CLAP) verteilt werden, die so genannten CLAP-Boxen, gingen im Jahr 2018 an 7,3 Millionen Haushalte (ENCOVI 2019). Sie stehen jedoch im Verruf, nach politischen Kriterien verteilt zu werden. Auch der *Carnet de la Patria* wird mit politischer Instrumentalisierung und sozialer Kontrolle in Verbindung gebracht. Hierbei handelt sich um eine elektronische Identifikationskarte, die im Einklang mit einer im Ausnahmezustands-Dekret vorgesehenen Maßnahme zur besseren Erfassung der Bedürftigsten und effizienten Verteilung der Hilfsgüter 2017 eingeführt wurde – so die Begründung der Regierung.

Mittlerweile haben zwischen vier und fünf Millionen Menschen Venezuela verlassen, viele von ihnen ohne Pass: Zum einen liegen die Gebühren zur Beantragung und Verlängerung des Passes weit über dem Mindestlohn, zum anderen gibt es eine Reihe von technischen (Online-Antrag), bürokratischen und politischen Hürden, die den Bearbeitungsprozess auf mehrere Monate bis Jahre verlängern. Durchschnittlich 5.000 Menschen überqueren derzeit pro Tag die Staatsgrenzen. Schätzungen der Organisation Amerikanischer Staaten zufolge könnten bis Ende 2020 zwischen 7,5 und 8,2 Millionen Menschen Venezuela verlassen haben (OEA 2019: 7). Im Zeitablauf lassen sich drei Wellen der Auswanderung bzw. Flucht erkennen, die sich durch unterschiedliche Personenprofile und Motivationen auszeichnen: Eine erste Welle des *Brain-Drain*, also Personen mit Fachwissen und hoher Berufsqualifikation, die auf eine bessere Zukunft im Ausland hoffen; eine zweite Welle politischer Verfolgte, die die Freiheit suchen; und eine dritte Welle von Personen, die hunger- und krankheitsbedingt das Land verlassen. Die Flucht entlastet die Krise in Venezuela, belastet aber die Nachbarländer. Hauptempfängerländer sind Kolumbien (1,3 Mio.) und Peru (768.000), aber auch Chile (288.000), Ecuador (263.000) und Brasilien (168.000) (OEA 2019: 7).

### 3.2 INSTITUTIONELLE KRISE

Venezuela hat sich mittlerweile in ein zivil-militärisches, autokratisches Regime verwandelt, das sich jedoch um ein demokratisches Antlitz bemüht. Die Regierenden legen dabei ebenso Wert auf Wahlen und Institutionen wie auf deren Ergebniskontrolle und Gleichschaltung. Zu den Regierenden gehören neben der PSUV die Streitkräfte, die – ohne geputscht zu haben – sich umfassend an der Macht beteiligen. Ihre Mitglieder tragen Mandate, bekleiden Ämter, beherrschen die Bürokratie, verwalten Staatsunternehmen und implementieren Sozialprogramme. Während in Demokrati-

en der politische Wettbewerb zwischen Parteien sowie die bipolare Dynamik zwischen Regierung und Opposition innerhalb des politischen Systems stattfinden, herrscht in Venezuela eine Konfrontation zwischen den hegemonialen, regimetragenden Kräften und den Oppositionsparteien und -akteuren entlang zweier paralleler, konkurrierender Institutionengefüge, die sich gegenseitig aberkennen.

Im Jahr 2016 weigerte sich die Regierung mit Verweis auf angebliche Irregularitäten aufseiten der Opposition, ein Referendum über eine Abberufung Maduros abzuhalten, für das die nötigen Unterschriften vorlagen. Zahlreiche Staatsbedienstete, die sich an der Unterschriftsaktion beteiligt hatten, wurden entlassen. Nachdem sich Präsident Maduro im Mai 2018 in einem vorgezogenen, nicht kompetitiven Urnengang hatte wiederwählen lassen, trat er am 10. Januar 2019 eine weitere, sechsjährige Präsidentschaft an.<sup>17</sup> Diese wurde ihm aber durch die von der Opposition dominierte AN aberkannt.<sup>18</sup> Die AN erklärte am 15. Januar durch einen legislativen Akt die Präsidentschaft des Landes als vakant und Maduro zum Usurpator (AN 2019a). Dem üblichen Rotationsprinzip für die Spitze des Parlaments folgend hatte die AN bereits am 5. Januar 2019 den Abgeordneten Juan Guaidó der Partei Volkswille (*Voluntad Popular*) zu ihrem Vorsitzenden gewählt. Am 23. Januar ließ er sich in einer Großkundgebung in der venezolanischen Hauptstadt durch die AN als Interimspräsident des Landes vereidigen. Als legale Grundlage für diese Entscheidung fungierten drei Verfassungsartikel: Art. 333 berechtigt Bürgerinnen und Bürger (mit oder ohne Amt bzw. Mandat), der Verfassung wieder Geltung zu verschaffen, wenn sie verletzt oder missachtet wurde. Art. 350 gewährt dem Volk das Recht, sich gegen Regime, Gesetze und Autoritäten aufzuheben, die die demokratischen Werte und Prinzipien untergraben sowie die Menschenrechte verletzen. Art. 233 regelt den Ausfall des Staatsoberhauptes. Darin werden mehrere Fälle beschrieben, unter denen sich jedoch der aktuelle Verfassungskonflikt nicht befindet. Da eine konstitutionelle Norm fehle, die die gegenwärtige Situation erfasse, spricht die AN von einem analogen Fall, auf den sich Art. 233 beziehen ließe. Bei einem Ausfall des Staatsoberhauptes vor dem Amtsantritt, so Art. 233 weiter, sollen binnen 30 Tagen Präsidentschaftswahlen stattfinden. Während dieser Zeit übernimmt der Präsident oder die Präsidentin der AN die Regierungsgeschäfte.

Seit Guaidós Vereidigung als Interimspräsident verschärfte sich der Machtkampf zwischen Regierung und Opposition an der Staatsspitze. Dem war jedoch bereits im

17 Die folgenden Ausführungen zur institutionellen Krise beruhen auf einer früheren Publikation der Autorin (Zilla 2019: 2 f.).

18 Dieser Aberkennung folgten zahlreiche Akteure der internationalen Gemeinschaft, darunter Deutschland und die Europäische Union.

Jahr 2017 die „Verdoppelung“ der Legislative und Judikative vorausgegangen. Nach der Aberkennung der AN durch den TSJ und den Präsidenten ließ dieser 2017 unter unfreien und unfairen Bedingungen eine Verfassungsgebende Versammlung (*Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela*, ANC) wählen, die aber keinen Verfassungstext erarbeitet, sondern de facto wie ein Parlament operiert. Einige Beispiele hierfür sind neben der Verabschiedung von Gesetzen, die Entlassung und Neubesetzung der Generalstaatsanwaltschaft, die Verabschiedung des von der Exekutive erarbeiteten Haushalts, der Beschluss über vorgezogene Wahlen und die Aufhebung der parlamentarischen Immunität von Abgeordneten der AN (der von Guaidó eingeschlossen) (ICJ 2019). Seitdem hat Venezuela zwei Legislativorgane, die sich gegenseitig nicht anerkennen.

Der TSJ genießt spätestens seit 2005 keine politische Unabhängigkeit. Im Dezember 2015 verstärkte die Exekutive ihre Kontrolle über die Judikative, indem sie den Rücktritt von 13 Richtern und Richterinnen erzwang und die Vakanzen mit Regierungstreuen nachbesetzte – kurz bevor sich die Anfang Dezember 2015 gewählte und seitdem von der Opposition beherrschte AN im Januar 2016 konstituieren konnte. Auf die Gleichschaltung der Judikative reagierte die AN im Juli 2017 mit der Ernennung von 33 Richterinnen und Richtern, die im Exil ihr Amt auszuüben versuchen, hauptsächlich in Chile, Kolumbien, Panama und den USA. Der sogenannte Oberste Gerichtshof (TSJ) im Ausland bzw. im Exil, der sich selbst Legitimer TSJ bezeichnet, arbeitet virtuell: Die Angehörigen der verschiedenen Fachkammern kommunizieren per Konferenzschaltung über das Internet und erarbeiten Klagen, die über E-Mail und eine eigene Webseite<sup>19</sup> eingehen. Ein Twitter-<sup>20</sup> und Instagram-Account<sup>21</sup> dienen der Öffentlichkeitsarbeit. Die Entscheidungen des TSJ im Exil werden von der Regierung Maduro, des TSJ in Venezuela und der ANC weder anerkannt noch befolgt. Dies galt auch für das Urteil vom 29. Oktober 2018, in dem der TSJ im Ausland Präsident Maduro zu einer Haftstrafe verurteilte und ihn für abgesetzt erklärte. Um diese institutionellen Parallelwelten zusammenzuführen und die wiederkehrenden Krisen zu überwinden, wurden in den Jahren 2016, 2017/18 und zuletzt 2019 drei Verhandlungsversuche zwischen Regierung und Opposition initiiert, begleitet von internationalen Persönlichkeiten anderer Staaten. Sämtliche Verhandlungen scheiterten jedoch nach wenigen Monaten ergebnislos.

Die beschriebene Doppelung der Institutionen ist jedoch nicht mit einer Doppelung bzw. Teilung der Macht zu verwechseln. Die tatsächliche Macht in Venezuela, sprich:

19 Webseite: <https://tsjlegitimo.org/>.

20 Twitter: @TSJ\_Legitimo.

21 Instagram: tsj\_legitimo, [https://www.instagram.com/tsj\\_legitimo/](https://www.instagram.com/tsj_legitimo/).

die effektive Kontrolle über Streitkräfte, Verwaltung und Territorium, wird nach wie vor von Präsident Maduro samt den gleichgeschalteten Institutionen ausgeübt. Hierzu gehören neben Legislative (ANC) und Judikative (TSJ) die zwei weiteren, in der Verfassung verankerten Gewalten: die Bürgergewalt (*Poder Ciudadano*) wird durch den Republikanischen Moralrat (*Consejo Moral Republicano*) ausgeübt und besteht aus der Ombudsperson, der Generalstaatsanwaltschaft und der Obersten Rechnungsbehörde; die Wahlgewalt (*Poder Electoral*) umfasst die Wahlbehörde (*Consejo Nacional Electoral*) und die ihr unterstellten Organe (ANC 1999).

Am 30. April 2019 scheiterte der Versuch der Opposition, große Teile der Streitkräfte dazu zu bewegen, die Seiten zu wechseln und zum Sturz Maduros beizutragen. Einziger Ertrag der von der Opposition genannten Operation Freiheit (*Operación Libertad*) blieb die Befreiung von Leopoldo López, Gründer von Guaidós Partei, der sich als politischer Gefangener im Hausarrest befand. Während die Regime-tragenden Kräfte die Menschenrechte systematisch verletzen, sind der Interimspräsident und die ihn unterstützenden Institutionen – AN und TSJ im Exil – nicht imstande, Bürgerinnen und Bürger vor diesen Praktiken zu schützen.

### 3.3 GEWALTKRISE

In Venezuela sind die physische Integrität der Menschen und ihre Freiheit massiv bedroht. Das Land weist eine der höchsten Mordraten in der Welt auf: Im Jahr 2018 gab es 23.041 gewaltsame Todesfälle<sup>22</sup>. Dies entspricht einer Mordrate von 81,4 Tötungsdelikten pro 100.000 Einwohnerinnen und Einwohner (OVV 2018). Rund sechs Prozent der Opfer sind Kinder und Jugendliche (OVV 2019). Mit diesen Zahlen katapultiert sich Venezuela auf die Spitze der Gewaltskala in Lateinamerika und der Karibik (Mordraten zum Vergleich: El Salvador: 51; Honduras: 40; Mexiko 25,8; Brasilien: 25) (InSight Crime 2019a). Hierzu tragen einerseits die hohe Straflosigkeit und andererseits der weit verbreitete Waffenbesitz bei – obwohl der Waffenbesitz kein gesetzlich geschütztes Recht ist und seine Regulierung als restriktiv gilt; diese wird aber kaum eingehalten. Nach Daten von GunPolicy.org<sup>23</sup> stieg die geschätzte Gesamtanzahl von legalen wie illegalen Waffen in Händen von Zivilistinnen und Zivilisten von 3,25 Millionen in 2012 auf rund 5,9 Millionen in 2017 an, bei einer Bevölkerung von rund 31,7 Millionen Menschen. Somit ist die Waffenbesitzrate im selben Zeitraum von

22 „Gewaltsame Todesfälle“ schließt Morde, Tod im Widerstand gegen die Autorität (durch Handlungen von Sicherheitsbeamten), sowie Tötungsfälle in Untersuchung ein (OVV 2018).

23 GunPolicy.org, Venezuela – Datos sobre armas, figuras y leyes: <https://www.gunpolicy.org/es/firearms/region/venezuela>, Stand: 27.09.2019.

11,2 auf 18,5 Waffen pro 100.000 Personen gestiegen. Schätzungen zufolge sind lediglich rund zwei bis sechs Prozent der Waffen im zivilen Besitz registriert. Nach einer Reihe von gewaltsamen Konfrontationen zwischen Anhängerinnen und Anhängern der Regierung und der Opposition im Jahr 2017 verbot die Regierung das Tragen von Waffen durch Zivilistinnen und Zivilisten (mit Ausnahme vom Sicherheitspersonal) temporär. Diese Maßnahme wurde 2018 für ein weiteres Jahr verlängert.<sup>24</sup> Zugenommen haben durch die mehrfachen Krisen auch die aus der Not heraus begangenen Überfälle, die nicht selten tödlich enden.

Die Nichtregierungsorganisation Provea (*Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos*) wertet die immer häufigeren, länger anhaltenden, massiveren und Sozialschichten übergreifenden Mobilisierungen gegen die Regierung als Gewaltumfeld: Mit der Intensivierung der Demonstrationen korreliert wellenartig der Anstieg von Überfällen und Morden. Über ein Drittel der Tötungen in diesem Kontext haben staatliche Sicherheitskräfte sowie informelle, bewaffnete regierungstreue Gruppen bzw. Truppen zu verantworten (OVV 2017).

Die Regierung Maduros geht zunehmend gegen die Bevölkerung und mit „Säuberungsaktionen“ gegen Angehörige der Streitkräfte vor; insbesondere seit Anfang 2019 hat sich die Menschenrechtssituation in Venezuela extrem verschlechtert. Die Opfer des Staatsterrors stammen immer mehr aus ärmeren Gesellschaftssektoren; manche von ihnen sind minderjährig. Viele beteiligten sich zum ersten Mal an Protestaktionen, nicht wenige hielten sich nur in der Nähe der Kundgebungen auf. Im Zeitraum vom 1. Januar bis 31. August 2019 wurden laut dem Bericht der Menschenrechtsorganisation *Foro Penal* (2019) 2.169 Personen willkürlich festgenommen. Seit dem 1. Januar 2014 gab es insgesamt 15.160 politische Verhaftungen, gegen 8.899 Personen wurde strafrechtlich ermittelt und sie müssen sich aus politischen Gründen einem Strafprozess unterziehen; 848 Zivilistinnen und Zivilisten wurden aus politischer Motivation und auf verfassungswidrige Weise durch Militärgerichte angeklagt und verurteilt. Die Opfer des Staatsapparates werden bereits bei der Festnahme misshandelt und im Gefängnis (auch sexuell) gefoltert. Ihnen wird rechtlicher Beistand, medizinische Versorgung und nicht selten der Zugang zu Nahrung und Wasser verweigert. Ähnliche Praktiken wurden bereits 2018 im Bericht der Hohen Kommissarin der Vereinten Nationen für Menschenrechte belegt (OHCHR 2018).

24 Notimérica, „Venezuela prohíbe la posesión de armas en todo el país durante un año“, 29.08.19: <https://www.notimerica.com/politica/noticia-venezuela-prohibe-posesion-armas-todo-pais-ano-20180829141428.html>, Stand: 27.09.2019.

An der Repression sind verschiedene Sicherheitskräfte beteiligt, hierunter: (1) die Bolivarische Nationale Polizei (*Policía Nacional Bolivariana*, PNB), insbesondere die dazugehörige und 2016 gegründete Spezialeinheit „Kräfte für Sonderaktionen“ (*Fuerzas de Acciones Especiales*, FAES), die stark in außergerichtliche Erschießungen junger Männer in Armenvierteln verwickelt ist; (2) die Bolivarische Nationalgarde (*Guardia Nacional Bolivariana*, GNB), die zu den Streitkräften gehört, jedoch zur Wahrung der Ordnung im Inneren zuständig ist; (3) die Generaldirektion für Militärische Spionageabwehr (*Dirección General de Contrainteligencia Militar*, DGCIM), die zur Aufgabe hat, feindselige Aktivitäten aufzudecken, zu melden und zu verhindern sowie die ordentliche wie die Militärjustiz bei den Ermittlungen zu unterstützen; (4) die Forschungseinrichtung für Wissenschaftliche, Strafrechtliche und Kriminalermittlungen (*Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas*, CICPC), die dem Innenministerium unterstellt ist; (5) der Bolivarische Nationale Geheimdienst (*Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional*, SEBIN), der seit 2012 direkt an den Vizepräsidenten berichtet und dessen Funktion darin besteht, die Exekutive bei der Erarbeitung der Sicherheitspolitik zu unterstützen und zur Stabilität und Sicherheit im Lande beizutragen; und schließlich (5) die sogenannten Kollektive (*Colectivos*), regierungstreue bewaffnete Gangs, die mit den staatlichen Sicherheitskräften zusammenarbeiten.

#### 4. Ausnahmezustand in der Autokratie

In Venezuela werden die zivilen, politischen, sozialen und ökonomischen Rechte massiv verletzt. Der Ausnahmezustand ist aufgrund seiner kontinuierlichen, verketteten Verhängung zum Dauerzustand verkommen. Allerdings sind der Ausnahmezustand und sein verfassungswidriger Gebrauch bzw. Missbrauch als beständiges Regierungsinstrument nur begrenzt für die Menschenrechtsverletzungen verantwortlich.

Der schwache Bezug der Ausnahmezustands- und Verlängerungsdekrete auf die im Rechtsrahmen verbrieften Kategorien läuft deren Hauptziel zuwider, den Ausnahmezustand rechtlich-regulierend einzuschränken. Dieser Umstand erschwert die verfassungsrechtliche Prüfung der Dekrete (Brewer-Carías 2015: 8). In einer Situation institutioneller Aberkennung (AN) bzw. Gleichschaltung (ANC und TSJ) durch die Exekutive finden aber weder die parlamentarische noch die verfassungsrechtliche Kontrolle über diese Dekrete effektiv statt. Ohne Gewaltenteilung ist inter-institutionelle Kontrolle schlichtweg unmöglich.

Ein tiefgreifender Krisenkomplex trägt entscheidend zur prekären Situation der Menschenrechte in Venezuela bei. Er schränkt zudem die Handlungsfähigkeit der

Regierung stark ein. Diese ist einerseits nicht in der Lage, die Menschenrechte zu schützen und die humanitäre, institutionelle und Gewaltkrise zu bewältigen, andererseits ist sie direkt verantwortlich für Menschenrechtsverletzungen. Staatliche Sicherheitsakteure und -institutionen werden für repressive Aktionen und Praktiken vorsätzlich eingesetzt. In Venezuela ist der Sicherheitssektor zum Unsicherheitsfaktor für die venezolanische Bevölkerung geworden. Die Verbrechen der Regierung beschränken sich jedoch nicht auf die Verletzung der Menschenrechte im Innern: Zivilgesellschaftliche Organisationen berichten über illegale Machenschaften von Regime tragenden Zivilistinnen und Zivilisten sowie Militärs, insbesondere über ihre Beteiligung am internationalen Drogenhandel (mittlerweile nicht nur am Transport, sondern auch an Kauf, Lagerung und Verkauf) und dem illegalen Bergbau (InSight Crime 2016, 2019b, ICG 2019).

Wahlen werden in Venezuela zwar weiterhin abgehalten, jedoch nicht unter kompetitiven Bedingungen. Sie dienen vielmehr der Sicherung regierungstreuer Institutionen und der Wahrung einer demokratischen Fassade. Dabei sorgt die Regierung Maduro für den Aufbau einer Kommunikations-Hegemonie; sie geht gegen unabhängige Medien und Organisationen der Zivilgesellschaft vor, die über diese Missstände berichten.<sup>25</sup>

Die Bedeutung des Ausnahmezustands für die Menschenrechte bzw. deren Verletzung kann nur im politisch-institutionellen Kontext bewertet werden: In Venezuela ist der Ausnahmezustand nicht lediglich ein Instrument, das die Suprematie der Exekutive im Institutionengefüge bzw. die Verfügungsgewalt der Regierung *über* verfassungsrechtliche und demokratische Grenzen hinaus erweitert. Vielmehr handelt es sich beim Ausnahmezustand unter der Präsidentschaft Maduros um eine Rechtsfigur, die wie ein legalistisches Feigenblatt das Durchgreifen der Regierung in einem autoritativ gewordenen Regime schmückt.

25 In diesem Zusammenhang ist neben der Schließung von Zeitungen, Radio- und TV-Sendern sowie der willkürlichen Festnahme von Journalistinnen und Journalisten (OHCHR 2019: 6) insbesondere das von der ANC im November 2017 verabschiedete Verfassungsgesetz gegen den Hass, für ein friedliches Zusammenleben und Toleranz (Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia; ANC 2017) zu nennen, welches u. a. eine Freiheitsstrafe von 10 bis 20 Jahren für Personen vorsieht, „die öffentlich oder mit für die öffentliche Verbreitung geeigneten Mitteln Hass, Diskriminierung oder Gewalt gegen eine Person oder Personengruppe“ fördert oder anregt.

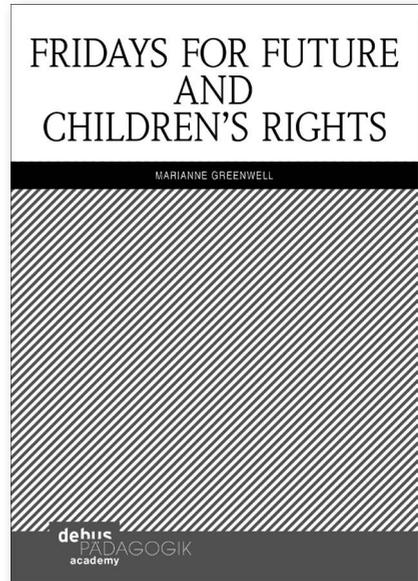
## Literatur

- AN (Asamblea Nacional de Venezuela de la República Bolivariana de Venezuela) 2001: Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, 15.12.2001.
- AN 2016a: Acuerdo sobre el decreto de Estado de Excepción y de Emergencia Económica, 17.05.2016.
- AN 2016b: Acuerdo sobre el decreto de Estado de Excepción y de Emergencia Económica dictado por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, 20.09.2016.
- AN 2017a: Acuerdo de desaprobación del decreto de Estado de Excepción y de Emergencia Económica, 17.01.2017.
- AN 2017b: Acuerdo de rechazo y desaprobación de un nuevo decreto de Estado de Excepción y de Emergencia Económica, 19.09.2017.
- AN 2019a: Acuerdo sobre la declaratoria de usurpación de la presidencia de la república por parte de Nicolás Maduro Moros y el restablecimiento de la vigencia de la constitución, 15.01.2019.
- AN 2019b: Acuerdo para restablecer la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la protección internacional que ofrecen la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 15.05.2019.
- ANC (Asamblea Nacional Constituyente de la República Bolivariana de Venezuela) 1999: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 30.12.1999.
- ANC 2017: Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia, 08.11.2017.
- Brewer-Carías, Allan R. 2015: La Masacre de la Constitución y la Aniquilación de las garantías de los derechos fundamentales, in: Revista de Derechos Políticos, No. 143-144 (Juli–Dezember 2015), Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 17-50.
- Congreso de la República Bolivariana de Venezuela 1998: Código Orgánico de Justicia Militar (COJM), 17.09.1998.
- ENCOVI 2019: Encuesta Nacional de Condiciones de Vida 2018: Avances de Resultados, <http://elucabista.com/wp-content/uploads/2018/11/RESULTADOS-PRELIMINARES-ENCOVI-2018-30-nov.pdf>, Stand: 26.09.2019.
- Foro Penal 2019: Reporte sobre la represión en Venezuela, August 2019, Caracas.
- ICG (International Crisis Group) 2019: Gold and Grief in Venezuela's Violent South, Latin America Report No. 73, Bogotá/Caracas/Brüssel.
- ICJ (International Commission of Jurists) 2017: The Supreme Court of Justice of Venezuela: an Instrument of the Executive Branch, Genf.
- ICJ 2018: El juzgamiento de civiles por tribunales militares en Venezuela, Genf.
- ICJ 2019: No Room for Debate: The National Constituent Assembly and the Crumbling Rule of Law in Venezuela, Genf.
- InSight Crime 2016: Cartel of the Suns, <https://www.insightcrime.org/venezuela-organized-crime-news/cartel-de-los-soles-profile/>, Stand: 27.09.2019.
- InSight Crime 2019a: InSight Crime's 2018 Homicide Round-Up, <https://www.insightcrime.org/news/analysis/insight-crime-2018-homicide-roundup/> Stand: 28.09.2019.
- InSight Crime 2019b: The Criminal Ties of Maduro's New Military Chiefs in Venezuela, <https://www.insightcrime.org/news/analysis/criminal-ties-maduro-military-chiefs/>, Stand: 27.09.2019.
- Médicos por la Salud 2019: Encuesta Nacional de Hospitales, Primer boletín, Februar 2019.

Marianne Greenwell

## Fridays for Future and Children's Rights

Since its emergence in 2018, the Fridays for Future movement has grappled with issues of climate justice for current and future generations. This study connects FFF with discourses around the rights of children and young people, aiming to place young people's views at the centre of the research and shed light on this as-yet widely unresearched topic. Through qualitative research with young people involved in FFF, the study broaches topics such as inter-generational justice, civil disobedience and political participation rights. The results highlight the necessity of collective responsibility for the future of FFF, along with participants' wishes to be more included in the political debate.



ISBN 978-3-95414-142-5, 78 S., € 16,90  
E-Book ISBN 978-3-95414-143-2 (PDF), € 13,99

### Book Series

#### Childhood Studies and Children's Rights

This series has the aim to bring forth current children's rights and childhood themes, that have been researched from different perspectives by students of the international and interdisciplinary advanced MA Childhood Studies and Children's Rights, University of Applied Sciences Potsdam. The students come from different countries, contexts and professional backgrounds and have globalized biographies. This is reflected in the wealth of themes presented. The present book is the first in the series.

- OEA (Organización de Estados Americanos) 1969: Convención Americana de Derechos Humanos, „Pacto de San José“, 22.11.1969.
- OEA 2019: Informe del Grupo de Trabajo de la OEA para abordar la crisis de migrantes y refugiados venezolanos en la región, Juni 2019, OEA/Ser.D/XV.21.
- OHCHR (Office of the High Commissioner for Human Rights) 2018: Human rights violations in the Bolivarian Republic of Venezuela: a downward spiral with no end in sight, Juni 2018.
- OHCHR 2019: Human rights in the Bolivarian Republic of Venezuela, Advanced Unedited Version, 05.07.2019, A/HRC/41/18.
- OVJ (Observatorio Venezolano de la Justicia) 2019: El TSJ vs. la AN, Acceso a la Justicia, <https://www.accesoalajusticia.org/el-tsj-vs-la-an/>, Stand: 30.09.2019.
- OVV (Observatorio Venezolano de Violencia) 2017: Hampa en tiempos de violencia política, <https://observatoriodeviolencia.org/ve/hampa-en-tiempos-de-violencia-politica/>, Stand: 27.09.2019.
- OVV 2018: Informe Annual de Violencia 2018, 30.12.2018, <https://observatoriodeviolencia.org/ve/ovv-lacso-informe-anual-de-violencia-2018/>, Stand: 28.09.2019.
- OVV 2019: Una juventud entre el dolor y la esperanza, <https://observatoriodeviolencia.org/ve/una-juventud-entre-el-dolor-y-la-esperanza/>, Stand: 30.09.2019.
- PRBV (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela) 2016a: Decreto N° 2.184 sobre Estado de Emergencia Económica, 14.01.2016.
- PRBV 2016b: Decreto N° 2.323 sobre Estado de Excepción y Emergencia Económica, 13.05.2016.
- PRBV 2016c: Decreto N° 2.452 sobre Estado de Excepción y Emergencia Económica, 13.09.2016.
- PRBV 2017a: Decreto N° 2.667 sobre Estado de Excepción y Emergencia Económica, 13.01.2017.
- PRBV 2017b: Decreto N° 2.849 sobre Estado de Excepción y Emergencia Económica, 13.05.2017.
- PRBV 2017c: Decreto N° 3.074 sobre Estado de Excepción y Emergencia Económica, 11.09.2017.
- PRBV 2018a: Decreto N° 3.239 sobre Estado de Excepción y Emergencia Económica, 09.01.2018.
- PRBV 2018b: Decreto N° 3.413 sobre Estado de Excepción y Emergencia Económica, 10.05.2018.
- PRBV 2018c: Decreto N° 3.610 sobre Estado de Emergencia Económica, 10.09.2018.
- PRBV 2019a: Decreto N° 3.736 sobre Estado de Excepción y Emergencia Económica, 11.01.2018.
- Santana, Gabriel Sira 2017: El estado de excepción a partir de la Constitución de 1999, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana y Centro para la Integración y el Derecho (cidedp).
- Santana, Gabriel Sira 2018: La Sala Constitucional del TSJ VS. La Asamblea Nacional, Reporte CIDEP, Caracas: Centro para la Integración y el Derecho (cidedp).
- UNGA (United Nations General Assembly) 1966: International Covenant on Civil and Political Rights, 16.12.1966, A/RES/2200(XXI).
- Weisbrot, Mark/Sachs, Jeffrey 2019: Economic Sanctions as Collective Punishment: The Case of Venezuela, Center for Economic and Policy Research (CEPR), Washington.
- Zilla, Claudia 2019: Venezuela, die Region und die Welt. Stationen für einen möglichen Ausweg aus der Krise, SWP-Aktuell 2019/A 14, März 2019.

Thomas Demmelhuber

## Ausnahmezustand als Herrschaftstechnik?

### ÄGYPTEN UND DIE POLITISCHEN UMBRÜCHE SEIT 2011

Der Ausnahmezustand mit der entsprechenden Einschränkung verfassungsrechtlich verbrieftter Freiheits- und Teilhaberechte ist seit der Revolution der Freien Offiziere 1952 und der Gründung der Arabischen Republik Ägypten 1954 fast ein Dauerzustand. Die Massenproteste des Jahres 2011 gegen das autokratische Mubarak-Regime entzündeten sich auch an der Forderung, den Ausnahmezustand zu beenden. Acht Jahre später ist eine Bestandsaufnahme ernüchternd: Einigen anfänglichen demokratischen Öffnungsprozessen folgte eine autokratische Restauration unter Präsident al-Sisi, der den Ausnahmezustand förmlich „wiederentdeckt“ hat und unter dem Mantel der Terrorbekämpfung als Strategie der Herrschaftssicherung und Instrument zur Verfolgung der politischen Opposition verwendet.

#### 1. Einleitung

Am 11. Juli 2019 kam es im ägyptischen Parlament (*Majlis al-Nuwwab*) zu einer Abstimmung, die den Ausnahmezustand<sup>1</sup> im gesamten Land um weitere drei Monate verlängerte. Insgesamt war das seit 2017 bereits das neunte Mal, dass der Ausnahmezustand um jeweils drei Monate verlängert wurde. Dies steht im Widerspruch zur Vorgabe der Verfassung, dass ein Ausnahmezustand nur einmalig mit einer Zweidrittelmehrheit verlängert werden kann. Diese Einschränkung wurde durch die Exekutive allerdings umgangen, indem nach einer erfolgten Verlängerung ein erneuter Ausnahmezustand, aufgrund der weiterhin existierenden Gefährdungslage der nationalen Sicherheit, verhängt wurde (vgl. Art. 154 der ägyptischen Verfassung). In der Begründung der jüngsten Verlängerung im Juli 2019 hieß es, dass mit dem Ausnahmezustand die Streitkräfte und die Sicherheitskräfte alle notwendigen Maßnahmen ergreifen sollen, um terroristische Bedrohungen und deren Finanzströme zu bekämpfen sowie die öffentliche Ordnung und Sicherheit zu gewährleisten (Ahram 2019). Die Sicherheitslage und die politische Debatte dazu im Jahre 2019 lassen es derzeit als sehr wahrscheinlich erscheinen, dass auch die im Oktober 2019 fällige Erneuerung des Ausnahmezustands dem Parlament zur Abstimmung vorgelegt wird. Eine nennens-

<sup>1</sup> Zu den unterschiedlichen Begriffstraditionen und zugrundeliegenden Rechtstraditionen vgl. Agamben 2004: 10 ff.

werte Opposition gibt es im aktuellen ägyptischen Parlament nicht (Michaelson 2019). Internationale Menschenrechtsorganisationen, wie bspw. Human Rights Watch, werfen indes der ägyptischen Regierung regelmäßig vor, dass es bei der Verhängung des Ausnahmezustands nur vordergründig um die Bekämpfung von terroristischen Umtrieben gehe und dieser vielmehr ein Vehikel zur Bekämpfung und Verfolgung von politisch Andersdenkenden sei (Human Rights Watch 2019). Der ägyptische Verfassungsjurist Abdelaal spricht im Lichte des Ausnahmezustands seit 2017 von „*stabbing the rule of law in Egypt*“ (Abdelaal 2017). Im Vergleich zu früheren internationalen Missionen und Berichten des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Menschenrechte scheint sich in den vergangenen zehn Jahren hierzu kaum etwas verändert zu haben: So heißt es im Bericht des Office of High Commissioner on Human Rights (OHCHR) aus dem Jahre 2011 noch auf das Mubarak-Regime bezogen, dass der Ausnahmezustand die Konsolidierung von Rechtsstaatlichkeit seit Jahrzehnten verhindere und als Strategie der Herrschaftssicherung eingesetzt werde (OHCHR 2011: 5).

Spätestens mit der Wahl von Abdel Fattah al-Sisi ins Präsidentenamt setzte 2014 ein Prozess ein, der den öffentlichen Raum der politischen Debatte massiv regulierte und einschränkte. Es folgte eine Politikformulierung, die nur den Unterschied zwischen „für das Regime“ und „gegen das Regime“ kennt und letztere in die Nähe eines pauschalen Terrorismusverdachts rückt (Demmelhuber 2015). Zunächst vor allem gegen Mitglieder der Muslimbruderschaft (die sodann 2013 nach dem zweiten Militärputsch<sup>2</sup> als Terrororganisation in Ägypten verboten wurde, was einige Monarchien auf der arabischen Halbinsel zur Nachahmung<sup>3</sup> animierte) und Sympathisanten des geschassten Präsidenten Mursi gerichtet, erweiterte sich der Fokus auf pauschal jede Form von politischer Opposition. Die dauerhafte Verhängung des Ausnahmezustands scheint hier Mittel zum Zweck zu sein und sich nahtlos in die Geschichte des Landes einzufügen, in welche der Ausnahmezustand zur Regel wurde, quasi eine „*endlessness of emergency*“ (Reza 2007: 535) oder ein „*unbreakable curse*“ (Ardovini/Mabon 2019).

Ziel dieses Beitrags ist eine systematische Aufarbeitung des Ausnahmezustands als Herrschaftstechnik in einem autokratischen Regimetypus. In einem ersten Schritt erfolgt eine konzeptionelle Einordnung des Ausnahmezustands im weiteren Feld der Debatte zu autokratischer Dauerhaftigkeit (*regime survival*). In einem zweiten Schritt soll über einen historischen Längsschnitt die Verwobenheit des Ausnahmezustands mit der politischen Ordnung Ägyptens aufgezeigt werden, um sodann in einem drit-

2 In der Literatur als „normativer Etikettenschwindel“ untersucht, vgl. Demmelhuber 2014: 42-60.

3 Saudi-Arabien, Vereinigte Arabische Emirate und Bahrain (jeweils 2014).

ten Schritt schwerpunktmäßig die Zeit seit 2011 sowie die aktuelle Präsidentschaft von al-Sisi zu diskutieren.

## 2. Autokratische Herrschaftssicherung: die Ausnahme als Regel

Lange Zeit wurde nicht-demokratischen Regimen keine hohe politische Halbwertszeit zugesprochen, aufgrund einer angenommenen „endogenen Instabilität“ (Merkel 1999: 63). Zu dominant waren die normativen Annahmen der vor allem in den 1980er und 90er Jahren postulierten Thesen der Transitionsforschung (paradigmatisch: O'Donnell et al. 1986), deren Prämissen nach dem Ende des Kalten Krieges auch von westlichen Regierungen aufgenommen und instrumentalisiert wurden, als ob Demokratie ein zwangsläufiges Endprodukt politischer Transformation darstellt. Das sich in den 1990er Jahren herauskristallisierende Feld der internationalen Demokratieförderung entwickelte sich zwischenzeitlich zu einer anerkannten internationalen außenpolitischen Norm (McFaul 2004: 148). Nur langsam setzten sich Annahmen durch, welche eine Demokratie nur als eine von mehreren Optionen nach dem Zusammenbruch eines autokratischen Regimes sahen (Przeworski 1991: 37). Begleitet von der sich nicht erfüllenden Prophezeiung einer demokratischen Konsolidierung zahlreicher Transformationsländer in den 1990er Jahren, einer zunehmend kritischen Diskussion des Theorems der wellenartigen Verbreitung von Demokratien weltweit, der Entstehung einer Grauzone von Regimen, die weder klar einer Autokratie noch einer Demokratie zuzuordnen war, etablierte sich ein selbstständiger Forschungsstrang, d.h. eine eigenständige Autokratieforschung, die weniger nach den Voraussetzungen und Ursachen eines demokratischen Systemwechsels fragte, sondern vielmehr die systemischen Binnenstrukturen der autokratischen Herrschaft zu untersuchen und zu erklären versuchte (Carothers 1992: 5-21). Eine Autokratie galt als Regimetypus *sui generis* und nicht als instabiles Zwischenstadium auf einer „normativen Einbahnstraße“ in Richtung Demokratie.

Die Autokratieforschung differenzierte sich in den letzten zwei Jahrzehnten manifoldig aus, fokussierte nicht nur innenpolitische Aspekte, sondern stellte zunehmend auch auf eine internationale Dimension ab, in der es darum ging, das Ausstrahlen, das Fördern, das Nachahmen von autokratischen Praktiken, Ideen und Normen besser zu verstehen (Tansey 2016, Kneuer/Demmelhuber 2016, 2020).<sup>4</sup> In jüngeren Jahren hat die Autokratieforschung weiter an Bedeutung gewonnen, aufgrund von Erosions-

<sup>4</sup> Zum Forschungsstand siehe Yakouchyk 2018.

trends in etablierten Demokratien (Levitsky/Ziblatt 2017), einem allgemeinen Bedeutungs-/Vertrauensverlust der Demokratieförderung (Grimm 2015: 73-82) und dem selbstbewussten Ausgreifen von Autokratien weltweit (Diamond et al. 2016). Kurzum, „die liberale Demokratie ist unter Druck geraten. Die demokratische Aufbruchsstimmung, die das ausgehende 20. Jahrhundert geprägt hatte, ist vielerorts verschwunden.“ (Krennerich 2017: 44)

Die Forschung differenziert indes in zahlreiche Ressourcen, Faktoren und Mechanismen, die das Überleben von Autokratien erklären. Dies umfasst unter anderem das geopolitische Umfeld, internationale Allianzen, politökonomische Besonderheiten (bspw. Rentenökonomien), institutionelle Spezifika, historische Kontexte und/oder vorliegende Akteurskonstellationen (bspw. Elitenbeziehungen). Unabhängig der Frage nach der Erklärungskraft des Dreiklangs variierender struktureller, institutioneller und akteurszentrierter Ansätze, bleibt die Frage nach der Legitimität in Autokratien ein Kernaspekt zahlreicher Forschungsarbeiten und beginnt mit dem weitgehenden Konsensus, dass jede Form politischer Herrschaft einer „legitimierenden Grundidee“ (Kielmansegg 1971: 367-401) bedarf. Autoren wie Gerschewski (2013: 13-38) argumentieren historisch-institutionalistisch inspiriert, dass autokratische Stabilität vor allem auf drei Säulen basiere: Legitimation, Kooptation und Repression. Selbstredend sind diese Säulen nicht als geschlossene Systeme zu verstehen, vielmehr sind sie miteinander verwoben.

Am Beispiel des Ausnahmezustands, als einem zentralen Mechanismus für eine Erweiterung der Möglichkeiten von Repression durch ein Regime, lässt sich zeigen, wie in Autokratien versucht wird, diesem Zuwachs an Repression auch die dafür nötige Legitimation zu verleihen. Einerseits geschieht dies durch die Einbindung einer „abnickenden“ Legislative, die keinerlei Kontrollfunktion der Exekutive übernimmt (ICJ 2018: 4) – die aber auch in Autokratien eine wesentliche Herrschaftsfunktion hat (Ghandi 2008, Albrecht 2013) – und andererseits durch begleitende Narrative, die sich um öffentliche Ordnung, Sicherheit, nationale Einheit und Terrorismusbekämpfung drehen (exemplarisch dafür Edel/Josua 2018: 882-900). Es ist in den Worten Agambens „das herrschende Paradigma des Regierens“ (Agamben 2004: 9) und definiert die Zugehörigkeit zur nationalen politischen Gemeinschaft neu. Nur wer Teil dieser politischen Gemeinschaft ist, hat Anspruch auf Freiheits- und Teilhaberechte, auf die er aber gleichzeitig – so das Narrativ – zum Zwecke der Aufrechterhaltung von Ordnung, Sicherheit und nationale Einheit temporär zu verzichten bereit sein soll. Im Vorgehen gegen die Feinde der Ordnung soll es hingegen keine rechtsstaatliche Einhegung geben, so die Worte von al-Sisi nach dem Attentat gegen den

ägyptischen Generalstaatsanwalt im Jahre 2015: „*The hand of justice is tied by the law, and this will not remain the case.*“ (Farid 2015)

Es mag auf den ersten Blick tautologisch erscheinen, in einem autokratischen Regime die Rolle des Ausnahmezustands als Herrschaftstechnik und Strategie der Beschneidung von Rechten zu thematisieren, steht doch der Regimetypus per se für die Einschränkung von Freiheits- und Teilhaberechten. Dennoch bedeutet das nicht, „*that there is nothing to learn from the use of emergency rule and other exceptional powers in authoritarian regimes, particularly in one that has democratic aspirations, as Egypt does*“ (Reza 2007: 533). Dieser Befund aus dem Jahre 2007 ist auch 2019 gültig, gilt es doch auch weiterhin aus Sicht des al-Sisi-Regimes der politischen Ordnung bspw. über Wahlen und „gesteuerte“ Partizipation<sup>5</sup> einen demokratischen Anstrich zu geben und dem Anspruch der Verfassung und ihrer normativen Verankerung in der Volkssouveränität zu folgen.

### 3. Ein historischer Längsschnitt: Verlockungen des Ausnahmezustands

Der Ausnahmezustand bzw. das Vorgängermodell des Kriegsrechts (arab. *hukm 'urfi*) ist älter als die Republik Ägypten. Bereits unter imperialer Herrschaft von den Briten lanciert, später während der Zeit der Monarchie mehrmals verhängt, war das Kriegsrecht in den Jahren nach der Revolution der Freien Offiziere 1952 eine Strategie zur Absicherung von Herrschaft (Gesetz 533, 1954). Erst 1958 erfolgte mit Gesetz 162 (mit welchem das Gesetz 533 zum Kriegsrecht aufgehoben wurde) eine begriffliche Umwandlung in den Ausnahmezustand (arab. *halat al-tawari*), der mit Ausnahme einer kurzen Periode in den 1960er Jahren und im Jahre 1980 zu einer dauerhaften Institution bis 2011 wurde und in regelmäßigen Abständen von zumeist zwei bis drei Jahren per Parlamentsbeschluss in der Abgeordnetenversammlung (*Majlis al-Shaab*, seit 2014 *Majlis al-Nuwwab*) verlängert wurde (Reza 2007: 536). In anderen Worten: „*emergency powers have been far from exceptional in Egypt; instead they have been a vehicle for the creation of the modern Egyptian state and a tool for the consolidation and maintenance of political power.*“ (Reza 2007: 532; vgl. auch Brown 1997: 83 ff.)

Die Verfassung von 1971 verankerte das Recht, einen Ausnahmezustand auszurufen, erstmals in der Präsidentschaft (Art. 148) mit der Vorgabe, diesen innerhalb von 15 Tagen dem Parlament zur Abstimmung vorzulegen. Die Folgen für Freiheitsrechte

<sup>5</sup> Vgl. das Referendum zur Verfassungsänderung 2019, u. a. mit der Erweiterung möglicher Amtszeiten des Präsidenten; siehe TIMEP 2019, SIS 2019.

waren immens: Auf Einschränkungen in der Medien- und Informationsfreiheit (Art. 48) verweist der Verfassungstext selbst, ansonsten konkretisiert das Gesetz zum Ausnahmezustand (Nr. 162, 1958) unter anderem die möglichen Einschränkungen von Versammlungsfreiheit, Medienfreiheit, die Verhängung von (partiellen) Ausgangssperren, die Möglichkeit der Enteignung und Etablierung paralleler Gerichtsbarkeiten ohne Rechtsbeistand für Angeklagte und ohne Möglichkeit der Berufung zum Zwecke der Gewährleistung der öffentlichen Ordnung (Artikel 12, Gesetz 162/1958).

In den 2000er Jahren nahm der innenpolitische und internationale Druck auf das Mubarak-Regime zu, den Ausnahmezustand aufzuheben (vgl. *Kifaya*<sup>6</sup>-Bewegung ab 2004). Seitens des Regimes gab es auch wiederkehrende Anzeichen, eine Aufhebung durch alternative Gesetze oder Verfassungsänderungen zu kompensieren, letztlich geschah aber nichts. Vielmehr wurde im Jahre 2007 durch die Aufnahme eines Anti-Terror-Kapitels (Kapitel VI) in der Verfassung (Art. 217) die Grundlage dafür gelegt, den Ausnahmezustand durch ein alternatives Gesetzes-Framing aufrecht zu erhalten, zu ergänzen<sup>7</sup> und diesen qua Verfassungsrang festzuschreiben: „*By embedding specific powers of emergency rule in the constitution, the government has made de jure what has been de facto for decades: emergency rule in Egypt is permanent. ... emergency powers have thus not been exceptional authority but ordinary authority.*“ (Reza 2007: 543, 552)

Die letzte Verlängerung für zwei Jahre aus dem Jahre 2010 lief am 31. Mai 2012 aus,<sup>8</sup> kurz vor der Stichwahl um das Präsidentenamt zwischen dem späteren Präsidenten Mursi aus den Reihen der Muslimbruderschaft und dem früheren Minister für zivile Luftfahrt unter Präsident Mubarak, Ahmed Shafiq. Dennoch herrschte nach dem Ende des Ausnahmezustands dieser de facto weiter und zwar mit einer massiven, vollumfänglichen Ausweitung der Zuständigkeit von Militärpolizei und Militärgerichtsbarkeit bei vage gehaltenen Tatbeständen (z.B. Unterbrechung von Transportwegen, Widerstand gegen Staatsgewalt etc.) im Juni 2012 per Dekret 4991/2012 durch den Obersten Militärat.<sup>9</sup> Es folgte schließlich im August 2013 nach dem Sturz der Präsidentschaft Mursis die Verhängung eines zunächst einmonatigen Ausnahmezu-

6 Arabisch: „genug“.

7 Vgl. Reza 2007: 542, Demmelhuber/Roll 2007: 32.

8 Der über das Mubarak-Regime hinweg gültige Ausnahmezustand war auch durch die Übergangsverfassung gedeckt. In der vom Obersten Militärat am 30. März 2012 vorgelegten Übergangsverfassung war die Möglichkeit des Ausnahmezustands (Art. 59) einbegriffen.

9 Dieses Dekret wurde kurze Zeit später auf Initiative von Menschenrechtsorganisationen in Kairo vom zuständigen Verwaltungsgericht wieder inkassiert, vgl. hierzu die Stellungnahme des Cairo Institute for Human Rights Studies (CIHRS 2012).

stands durch Übergangspräsident Adly Mansour, der nach Ablauf um weitere zwei Monate verlängert wurde (Zwitter 2012: 50-52, ICJ 2018: 3).

Die beiden Folgeverfassungen von 2012 (unter Mursi) und 2014 (unter al-Sisi, aktuelle Verfassung) stellen keine signifikante Veränderung in Bezug auf den Inhalt des Artikels zum Ausnahmezustand dar (aufgrund der weiteren Gültigkeit des Gesetzes 162 zum Ausnahmezustand von 1958), modifizieren aber doch recht erheblich das institutionelle Prozedere. Die verfassungsrechtlichen Einschränkungen in der Verhängung und Anwendung des Ausnahmezustands sind als Reaktion auf die Auswüchse unter dem Mubarak-Regime zu sehen. Die noch unter der Präsidentschaft von Mursi ratifizierte Verfassung ermöglichte es zwar der Exekutive ebenso einen Ausnahmezustand auszurufen, verlangte hierfür aber eine Vorlage zur Abstimmung in den damals noch beiden Kammern des Parlaments innerhalb von sieben Tagen.<sup>10</sup> Ebenso wäre ein Ausnahmezustand nur für maximal sechs Monate gültig gewesen; jede weitere Verlängerung hätte eines Volksreferendums bedurft (Art. 148). Und dennoch griff der ehemalige Präsident Mursi auf dieses Instrument Anfang 2013 zurück. Unter massivem öffentlichen Druck aber auch durch Widerstand von verbliebenen reaktionären Mubarak-Getreuen aus dem Polizei-, Sicherheits-, und Verwaltungsapparat verhängte Mursi selbst – am 27. Januar 2013 für drei Städte am Suezkanal (Suez, Port Said und Ismailiya) – einen einmonatigen Ausnahmezustand, der auf die Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung und de facto auf die Durchsetzung des präsidentialen Herrschaftsanspruchs selbst abzielte, aber aufgrund der fehlenden Kontrolle über die Exekutive kaum durchgesetzt und von Seiten der städtischen Bevölkerung ignoriert wurde (Shukrallah 2013). Auffallend war an dem Vorgang unter Mursi nicht nur die weitgehende Ignoranz auf gesellschaftlicher Ebene in den drei Städten, sondern auch die Weigerung von Polizei und Sicherheitskräften, für die Mursi-Präsidentschaft diesen Ausnahmezustand durchzusetzen. Der damalige Armeechef und jetzige Präsident al-Sisi wurde indes mit den Worten zitiert, dass er den Zusammenbruch von Staatlichkeit fürchte und drohte damit bereits ein halbes Jahr vor der zweiten Militärintervention und dem Sturz von Präsident Mursi mit einem abermaligen Eingreifen des Militärs in seiner Rolle als Gralshüter der nationalen Ordnung und Einheit (Kingsley 2013).

Die aktuell gültige Verfassung von 2014 kennt den Passus eines nötigen Volksreferendums zur Verlängerung eines Ausnahmezustands nicht mehr. Artikel 154 der Verfassung verlangt ebenso eine Vorlage im Parlament mit Mehrheitsbeschluss inner-

<sup>10</sup> Die Verfassung von 2014 sieht nur noch eine gewählte Kammer des Parlaments, Majlis al-Nuwwab, vor; 2019 erfolgte ein Referendum mit dem Beschluss der Einrichtung einer zweiten konsultativen Kammer, vgl. TIMEP 2019, SIS 2019.

halb von sieben Tagen; eine Verlängerung ist dann einmalig für drei Monate mit einer Zweidrittelmehrheit in der Abgeordnetenkammer möglich. Wie zu zeigen sein wird, umgeht das al-Sisi-Regime seit der Verhängung des Ausnahmezustands im April 2017<sup>11</sup> diese temporäre Beschränkung damit, dass nach dem Ablauf von maximal sechs Monaten (Verhängung für drei Monate plus Verlängerung um maximal drei Monate) per Präsidialdekret dem Parlament erneut ein Ausnahmezustand zur Abstimmung vorgelegt wird (ICJ 2018: 3-7). Die Erweiterung der Zustimmungsschwelle von einem Mehrheitsbeschluss zu einer Zweidrittelmehrheit bei einer Verlängerung ist im Lichte der aktuellen Zusammensetzung des ägyptischen Parlaments – mit einer überwältigenden Mehrheit einer regimeloyalen Parteienallianz – lediglich kosmetischer Natur.

#### 4. Ausnahmezustand als komplementäre Herrschaftstechnik?

Die letzten Jahre des Mubarak-Regimes, insbesondere ab 2005, waren von öffentlichen Debatten geprägt, die – je nach Perspektive – ein Ende des Ausnahmezustands fordernten bzw. diesen seitens des Regimes in Aussicht stellten. Die weltweite Proliferation von Anti-Terror-Gesetzen ab den frühen 2000er-Jahren schien hierfür ein geeignetes Instrumentarium zu sein, um die nötigen Durchgriffsgewalten zum Zwecke von Repression weiterhin zu behalten. Diese komplementäre Verflechtung von unterschiedlichen Gesetzgebungen zeigt sich beim aktuellen al-Sisi-Regime deutlich. Es ist die kreative Akkumulation von variablen Möglichkeiten der allumfassenden Repression durch den (1) seit 2017 wieder gültigen Ausnahmezustand, (2) Ergänzungen des Gesetzes zum Ausnahmezustand (3) durch das Anti-Terror-Gesetz (Gesetz 94, 2015) und (4) dem Protest-Gesetz (Gesetz 107, 2013). Was auf den ersten Blick als überflüssig, da überschneidend, erscheint, lässt bei einem näheren Hinsehen eine strategische Stoßrichtung des Regimes in Kairo erkennen.

Zunächst stellt sich die Frage, warum derart explizit seit 2017 am Ausnahmezustand festgehalten wird, wo doch das Anti-Terror-Gesetz und das repressive Protest-Gesetz analoge Spielräume ermöglichen? Einerseits ist es die paranoid anmutende Strategie der Herrschaftssicherung und der immer noch nicht abgeschlossenen Herrschaftskonsolidierung<sup>12</sup> des al-Sisi-Regimes und andererseits auch eine Reaktion auf regelmä-

11 In Folge von Terroranschlägen auf zwei koptische Kirchen in Tanta und Alexandria im April 2017 (vgl. ICJ 2018: 6).

12 Siehe auch die Studie zur „Administrative Control Authority“ von Noll (2019), die metikulös zahlreiche Personalrochaden nachzeichnet, die der effektive(re)n Durchsetzung des Herrschaftsanspruchs von al-Sisi dienen sollten.

ge Interventionen der Verfassungsgerichtsbarkeit, die das exekutive Gebaren einhegen, bspw. 2013 mit dem Urteil, dass die Inhaftierung ohne Haftbefehl (wie durch Gesetz 162 zum Ausnahmezustand möglich) verfassungswidrig sei. Durch einen Gesetzeszuzatz vom Parlament 2017 (Gesetz 12/2017) wurde diese Einschränkung jedoch wieder umgangen. Abdelaal schreibt: *„A careful reading to the language of the new amendment shows that the House of Representatives decided to adopt the content of Art. 3(1) of Law No. 162 of 1958 using different words.“* (Abdelaal 2017) Konkret erlaubt es eine Inhaftierung ohne Benachrichtigung der Staatsanwaltschaft durch Sicherheitskräfte für 24 Stunden. Die Staatsanwaltschaft kann die Inhaftierung ohne Anklage und richterliche Anordnung auf sieben Tage verlängern. Auf Anfrage der Staatsanwaltschaft kann dann ein Notstandsgericht eine Untersuchungshaft ohne Anklage auf einen Monat mit der Option einer unbegrenzten(!) Verlängerung verhängen, *„if there is evidence that the detainee poses a threat to public security.“* (ICJ 2018, 8; Amnesty 2017)

Abdelaal sieht die Gründe für diese *„legislative redundancy“* auch in einer autokratischen Tradition, *„using loose and vague standards to determine the content of a given crime“* (Abdelaal 2015). So definiert Artikel 1 des Anti-Terror-Gesetzes (Law 94) jede Gruppe aus mehr als drei Personen als terroristische Entität, sofern diese Personen einen terroristischen Akt planen. Dieser terroristische Akt bleibt sodann in Absatz 3 sehr vage. Es umfasst *„any use of force, violence, or threat inside or abroad aiming to disrupt public order ... harm national unity, social peace ... damage the environment ... public or private property ... places of worship.“* (Law 94 von 2015) Ein allumfassendes Konglomerat eines „Whoever“ – wie in Artikel 12 ff., in denen de facto jeder Straftatbestand unabhängig der Motivlage als Terrorismus geahndet und für jeden definierten Straftatbestand sogleich das Strafmaß definiert wird, bspw. Haft mit Zwangsarbeit für mindestens sieben Jahre, sofern jemand mutwillig das Energienetz beschädigt/unterbricht (vgl. Artikel 25) – schafft einen exekutiven Spielraum der Willkür. Wenn in einem weiteren Schritt durch das Protest-Gesetz (Law 107) auch die Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit massiv stranguliert wird und bereits die Reaktionen der Sicherheitskräfte durchdekliniert werden (Art. 12: *„using water cannons, using tear gas canisters, using batons“* im Falle von *„non-responsiveness of the participants“* gefolgt von *„firing rubber cartouche bullets, firing non-rubber cartouche bullets“*), impliziert die Erweiterung durch den Ausnahmezustand eine klare Zielsetzung:

*Erstens* erfolgt damit eine weitere Ausweitung der Zuständigkeit auf das Militär und den angeschlossenen Sicherheitskräften (z.B. Militärpolizei und Militäргеheimdienst). Das folgt auch dem Geist der Verfassungsänderung von 2019, die für das Militär den Zusatz (Art. 200) einfügte, dass es fortan unter anderem auch für *„safegu-*

arding the constitution and democracy“ (TIMEP 2019, SIS 2019) zuständig sei. *Zweitens* ermöglicht der Ausnahmezustand die Ausweitung der Untersuchungshaft ohne Anklage auf sieben Tage mit der Option der Verlängerung (das Anti-Terror-Gesetz lässt nur 24 Stunden zu; Verlängerung auf sieben Tage nur über Anordnung der Staatsanwaltschaft möglich, vgl. Art. 40). *Drittens* ermöglicht es die Einrichtung einer weiteren Notstandsgerichtsbarkeit, deren Zusammensetzung der exekutiven Kontrolle des Präsidenten unterliegt und das Recht auf Revision negiert. *Viertens* überführte 2017 ein Dekret des Premierministers (Nr. 2165) zahlreiche Straftatbestände (bspw. jene die im Protest-Gesetz 107 dargelegt sind) für die Dauer des Ausnahmezustands der Notstandsgerichtsbarkeit mit dementsprechender, fast vollständiger rechtsstaatlicher Entkopplung (ICJ 2018, 4). *Fünftens*, und wohl auch zentral, soll es ein klares Signal an die traditionell dezentrale und relativ unabhängige Justiz im Land sein, in regimeloyalere Art und Weise die Gerichtsbarkeit auszufüllen (vgl. Brown 2017), was mit der Verfassungsänderung 2019 und der nun niedergeschriebenen exekutiven Kontrolle der Justiz (v.a. Artikel 185) weiter abgesichert wurde (SIS 2019).

Regimeloyale Medien haben Anteil an einer Verfestigung eines umfassenden Terrorismusbegriffs. So wurden bspw. Kritiker des Anti-Terror-Gesetzes in Staatsmedien als Terrorsympathisanten bezeichnet. Gleichzeitig findet eine rechtsstaatliche Entgrenzung wie weiter oben schon skizziert durch das Regime selbst statt: Staatspräsident al-Sisi äußerte sich im Nachgang zum Terroranschlag auf den ägyptischen Generalstaatsanwalt Hisham Barakat in Kairo 2015 mit klaren Worten, dass rechtsstaatliche Garantien bei der Terrorbekämpfung keinerlei Bedeutung mehr haben sollen (Farid 2015). Ergebnis war sodann das oben genannte Gesetz 94, das aktuell gültige Anti-Terror-Gesetz und ein manichäischer politischer Diskurs, der lediglich in „für das Regime“ und „gegen das Regime“ differenziert.

## 5. Fazit: ängstliche „alte“ Autokraten vs. mutige „neue“ Autokraten

Die Überlegungen am Beispiel Ägyptens haben nicht nur die jahrzehntelange Verworfenheit des Ausnahmezustands mit der politischen Ordnung Ägyptens dargelegt. Sie haben auch die vielen Autokraten inhärent innewohnende Angst vor Herrschaftsverlust gezeigt. Reflexhaft wird auf Repression als schiere Notwendigkeit zurückgegriffen, wie es jahrzehntelang in Ägypten der Fall war. Gleichzeitig zeigen sich hier die Grenzen: Auch Repression braucht ein Minimum an Legitimation. Das geschieht im Sinne historischer Vorbilder entlang eines manichäischen Gesellschaftsverständnisses

mit einer Einteilung von „für das Regime“ und „gegen das Regime“. Darüber wird die Zugehörigkeit zur politischen Gemeinschaft definiert, wobei der Ausschluss aus dieser Gemeinschaft als Feind des Volkes auch mit einer Negierung des die Gemeinschaft konstituierenden Rechtsrahmens einhergeht.

Eine langfristige Herrschaftssicherung kann damit nicht gelingen. Autokratien sind weltweit kreativ im Bespielen unterschiedlichster Politikfelder. Von Kultur, Sport, Architektur, Klimaschutz bis hin zu eGovernment, kein Politikfeld bleibt unentdeckt in der smarten Nutzbarmachung als zusätzliche Quelle von Herrschaftslegitimation. Autokratien, so soll das Narrativ sein, können es besser, sind schneller, effektiver und haben eine der Demokratie überlegene „*language of government*“ (Kneuer et al. 2019: 456) und versuchen daher auch diese autokratischen Praktiken, Normen und Ideen zu exportieren und andere zur Nachahmung zu animieren. Diese „findigen Autokraten“ (Krennerich 2017: 41) sind aber auch, wie es scheint, nicht so ängstlich wie das al-Sisi-Regime in Kairo, das eher in einem Zustand eines *ancien regime* verharrt.

## Literatur

### Verfassungen und Gesetzestexte

- Egyptian Constitution (1971) with 1980/2005/2007 amendments. <http://constitutionnet.org/sites/default/files/Egypt%20Constitution.pdf>.
- Egyptian Constitution (2012). [https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt\\_2012.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2012.pdf?lang=en).
- Egyptian Constitution (2014). [https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt\\_2014.pdf](https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2014.pdf).
- Law 162 (1958). State of Emergency. <http://www.icnl.org/research/library/files/Egypt/162-1958-en.pdf>.
- Law 107 (2013). Protest. [http://constitutionnet.org/sites/default/files/protest\\_law\\_issued\\_nov\\_24.pdf](http://constitutionnet.org/sites/default/files/protest_law_issued_nov_24.pdf).
- Law 94 (2015). Anti-Terrorism. <https://www.cambridge.org/core/books/colonialism-neocolonialism-and-antiterrorism-law-in-the-arab-world/egyptian-antiterrorism-law-no-94-of-2015/5FD2B7A05E7575A2A1A8C73068EC679B>.

### Sekundärliteratur

- Abdelaal, Mohamed 2015: Egypt's Anti-Terrorism Law: A Needed Step or A Legislative Redundancy?, in: Jurist – Legal News & Research. A collaboration with the University of Pittsburgh, abrufbar unter: <https://www.jurist.org/commentary/2015/08/mohamed-abdelaal-egypt-anti-terrorism/>.
- Abdelaal, Mohamed 2017: Emergency Declared. Stabbing the Rule of Law in Egypt, in: Jurist – Legal News & Research. A collaboration with the University of Pittsburgh, abrufbar unter: <https://www.jurist.org/commentary/2017/04/mohamed-abdelaal-rule-of-law-in-egypt/>.
- Agamben, Giorgio 2004: Ausnahmezustand. Berlin: Suhrkamp.

- Ahram Online 2019: Egypt extends state of emergency for three months: Official gazette, abrufbar unter: <http://english.ahram.org.eg/News/338365.aspx>.
- Albrecht, Holger 2013: *Raging Against the Machine. Political Opposition under Authoritarianism in Egypt*, Syracuse, NY: Syracuse University Press.
- Amnesty International – Public Statement 2017: New draconian amendments in the name of counter-terrorism: Another nail in the coffin of fair trial standards in Egypt, abrufbar unter: <https://www.amnesty.org/download/Documents/MDE1260812017ENGLISH.pdf>.
- Ardevini, Lucia/Mabon, Simon 2019: Egypt's Unbreakable Curse: Tracing the State of Exception from Mubarak to Al Sisi, in: *Mediterranean Politics*, online first, DOI 10.1080/13629395.2019.1582170.
- Brown, Nathan J. 1997: *The rule of law in the Arab world. Courts in Egypt and the Gulf*, New York: Cambridge University Press.
- Brown, Nathan J. 2017: Egypt Is in a State of Emergency. Here's What That Means for its Government, in: *Washington Post*, 13. April 2017, abrufbar unter: <https://carnegieendowment.org/2017/04/13/egypt-is-in-state-of-emergency-here-s-what-that-means-for-its-government-pub-68663>.
- Carothers, Thomas 2002: The End of the Transition Paradigm, in: *Journal of Democracy* 13 (1), 5-21.
- CIHRS – Cairo Institute for Human Rights Studies 2012: Welcome to the Military State of Egypt. 13. Juni 2019, abrufbar unter: <https://cihrs.org/welcome-to-the-military-state-of-egypt-minister-of-justice-decree-more-repressive-than-state-of-emergency-grants-military-police-and-military-intelligence-judicial-authority-to-arrest-civilians/?lang=en>
- Demmelhuber, Thomas 2014: Kann ein Putsch demokratisch sein? Normativer Etikettenschwindel in Ägypten, in: *Zeitschrift für Politik* 61 (1), 42-60.
- Demmelhuber, Thomas 2015: Die Welt, wie sie Al-Sisi gefällt, in: *Qantara.de*, abrufbar unter: <https://de.qantara.de/inhalt/repression-und-legitimation-in-aegypten-die-welt-wie-sie-al-sisi-gefällt>.
- Demmelhuber, Thomas/Roll, Stephan 2007: *Herrschaftssicherung in Ägypten. Zur Rolle von Reformen und Wirtschaftsoligarchen*, SWP-Studie S20, Berlin: Stiftung Wissenschaft und Politik.
- Diamond, Larry/Plattner, Marc F./Walker, Christoph (eds.) 2016: *Authoritarianism Goes Global: The Challenges to Democracy*, Baltimore: Johns Hopkins University.
- Edel, Mirjam/Josua, Maria 2018: How authoritarian rulers seek to legitimize repression: framing mass killings in Egypt and Uzbekistan, in: *Democratization* 25 (5), 882-900.
- Farid, Sonia 2015: Egypt's New Anti-Terror Law: An In-Depth Reading. Atlantic Council, abrufbar unter: <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/menasource/egypt-s-new-anti-terror-law-an-in-depth-reading>.
- Gerschewski, Johannes 2013: The Three Pillars of Stability: Legitimation, Repression, and Co-optation in Autocratic Regimes, in: *Democratization* 20 (1), 13-38.
- Ghandi, Jennifer 2008: *Political Institutions under Dictatorship*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Grimm, Sonja 2015: European Democracy Promotion in Crisis: Conflicts of Objectives, Neglected External-Domestic Interactions and the Authoritarian Backlash, in: *Global Policy* 6 (S1), 73-82.
- Human Rights Watch 2019: Egypt. Events of 2018, in: *Human Rights World Report 2019*, abrufbar unter: <https://www.hrw.org/world-report/2019/country-chapters/egypt>.
- ICJ – International Commission of Jurists 2018: *Egypt: A Return to a Permanent State of Emergency. A Briefing Paper*, Geneva: ICJ.

- Kielmansegg, Peter Graf 1971: Legitimität als analytische Kategorie, in: Politische Vierteljahresschrift 12 (3), 367-401.
- Kingsley, Patrick 2013: Egypt's armed forces chief warns unrest could cause collapse of state, in: The Guardian, 29. Januar 2013, abrufbar unter: <https://www.theguardian.com/world/2013/jan/29/egypt-armed-forces-chief-warns-collapse>.
- Kneuer, Marianne/Demmelhuber, Thomas 2016: Gravity Centres of Authoritarian Rule. A Conceptual Approach, in: Democratization 23 (5), 775-796.
- Kneuer, Marianne/Demmelhuber, Thomas/Peresson, Raphael/Zumbrägel, Tobias 2019: Playing the regional card. Why and how authoritarian gravity centres exploit regional organization, in: Third World Quarterly 40 (3), 451-470.
- Kneuer, Marianne/Demmelhuber, Thomas 2020: Authoritarian Gravity Centers: A Cross-Regional Study of Authoritarian Promotion and Diffusion. London: Routledge (i.E.).
- Krennerich, Michael 2017: Mehr als Imitation. Auch Autokraten lassen wählen, in: Aus Politik und Zeitgeschichte 44-45, 39-44.
- Levitsky, Steven/Ziblatt, Daniel 2018: How Democracies Die. New York: Penguin Random House.
- Lotfy, Mohamed 2018: Egypt – Finding Scapegoats. Crackdown on Human Rights Defenders and Freedoms in the Name of Counter-terrorism and Security. Euromed Rights, abrufbar unter: <https://euromedrights.org/wp-content/uploads/2018/03/EuroMed-Rights-Report-on-Counter-terrorism-and-Human-Rights.pdf>.
- Mamdouh, Rana 2018: Keeping courts in state of emergency. Abrufbar unter; <https://madamasr.com/en/2018/07/10/feature/politics/keeping-courts-in-a-state-of-emergency>.
- McFaul, Michael 2004: Democracy Promotion as a World Value, in: The Washington Quarterly 28 (1), 147-163.
- Merkel, Wolfgang 1999: Systemtransformation. Eine Einführung in die Theorie und Empirie der Transformationsforschung, Opladen: Leske und Budrich.
- Michaelson, Ruth 2019: Egyptian parliament vote could keep Sisi in power until 2030, in: The Guardian, 16. April 2019, abrufbar unter: <https://www.theguardian.com/world/2019/apr/16/egyptian-parliament-vote-could-keep-sisi-in-power-until-2030>.
- Noll, Jessica 2019: Fighting Corruption or Protecting the Regime. Egypt's Administrative Control Authority. POMEPS Report, abrufbar unter: [https://pomed.org/wp-content/uploads/2019/02/POMED\\_ACAreport\\_FINAL.pdf](https://pomed.org/wp-content/uploads/2019/02/POMED_ACAreport_FINAL.pdf).
- O'Donnell, Guillermo/Schmitter, Philippe/Whitehead, Laurence 1986: Transitions from Authoritarian Rule, Baltimore: Johns Hopkins University.
- OHCHR – Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights 2011: Report of the OHCHR Mission to Egypt 27 March – 4 April 2011, Geneva, abrufbar unter: [https://www.ohchr.org/Documents/Countries/EG/OHCHR\\_MissiontoEgypt27March\\_4April.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Countries/EG/OHCHR_MissiontoEgypt27March_4April.pdf).
- Przeworski, Adam 1991: Democracy and the Market. Political and Economic Reform in Eastern Europe and Latin America, Cambridge: Cambridge University Press.
- Reza, Sadiq 2007: Endless Emergency: The Case of Egypt, in: New Criminal Law Review 10 (4), 532-553.
- Shukrallah, Salma 2013: Suez Canal residents defy President Morsi's curfew. Ahram online, 28. Januar 2013, abrufbar unter: <http://english.ahram.org.eg/News/63539.aspx>.
- SIS – State Information Service 2019: Constitutional Amendments, abrufbar unter: <http://www.sis.gov.eg/section/10/9418?lang=en-us>.

- Tansey, Oisín 2016: *International Politics of Authoritarian Rule*. Oxford: Oxford University Press.
- TIMEP – The Tahrir Institute for Middle East Policy 2019: 2019 Constitutional Amendments, Washington D.C., abrufbar unter: <https://timep.org/wp-content/uploads/2019/04/2019-Constitutional-Amendments-4-17-2019-1.pdf>.
- Yakouchyk, Katsiaryna 2018: Beyond Autocracy Promotion: A Review, in: *Political Studies Review* 17 (2), 147-160.
- Zwitter, Andrej 2012: The Arab Uprising. State of Emergency and Constitutional Reform, in: *ASPJ Africa and Francophonie* 5 (2), 48-65.

**Radley Henrico and Sarah Fick**

## The State of Emergency under the South African Apartheid System of Government: Reflections and Criticisms

*‘A country cannot lightly accept the position that it is to live for an indefinite period in a state of emergency. Unless the idea of returning to normality is kept freshly before the people, the latter are likely to lose their proper zeal to regain the full supremacy of the law.’*

*Mr Justice Schreiner, former judge of the Appellate Division of the Supreme Court of South Africa*

Government-institutionalised racial segregation in South Africa can be traced back to 1652. The first legislative instrument introduced in 1894 confined black persons to separate geographical territories. The division along racial lines was a characteristic feature of South African politics for many decades. „Apartheid“ meaning „apartness“ or „separateness“ was initially used as a theological expression. This term, however, came to be used as a reference to the National Party system of government in South Africa which lasted from 1948 until the ushering in of the constitutional dispensation in 1994. Under the National Party government, a legislative framework was set in place that ensured, and maintained, the domination of white minority interests at the expense of the curtailment and oppression of black people in South Africa. The system of apartheid was an authoritative regime of governmental power evidenced through the supremacy of Parliament which passed many laws that encroached upon the most fundamental human rights of black persons such as human dignity and freedom of security of person and movement and even ousted the review powers of the courts to test the substantive content of legislation. Political uprisings during the apartheid years were met by three states of emergency that saw an even further violation of the human rights of black persons such as arrests without warrants and detentions without the right to a fair trial. The general legislative regime and the states of emergency that were declared during apartheid essentially authorised gross human rights violations. With the coming into operation of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (the Constitution) such authoritarian laws were abolished. The supremacy of the Constitution and express recognition of the rule of law under the Constitution seeks to advance and protect the human rights of all persons living within South Africa. Moreover, the former authoritarian system of government has now given way to a system of government under which the exercise of all power must be justified and held accountable.

### 1. Introduction

South Africa is a fairly young democratic state. In 1994, it had its first free and fair elections. The apartheid system of government that prevailed before the first demo-

cratic elections were held made South Africa a pariah in international relations. The system of apartheid, which consisted of a system of government-institutionalised race segregation, was accentuated by the various states of emergency which featured as a sinister aspect of authoritarian government. The first part of this paper seeks to provide some clarity as to the meaning and role played by the system of apartheid. The second part focuses on the states of emergency imposed during the apartheid regime and the impact thereof on law, politics and society.

## 2. The Apartheid System of Government

South Africa is a country with a multiracial and multi-ethnic profile which has characterised it as a multicultural society. Regrettably, the latter aspect is not a phenomenon that was always embraced and celebrated in a spirit of tolerance, unity and reconciliation (McLachlin 2015: 1-11).<sup>1</sup> The genesis of apartheid in South Africa can be traced back to more than three centuries ago, to the Dutch settlements starting in 1652 and the subsequent era of English colonialism during which time African persons<sup>2</sup> were deprived of their land, liberties and political rights (Dugard/Reynolds 2013: 867, Wilkins/Strydom 2012: 191). The settlement by Europeans in the Cape of Good Hope<sup>3</sup> consisted of diverse yet dispersed communities of Khoisan (“Bushman“ and „Hottentot“) – today also known as „brown people“ in South Africa (Langston 1997: 333, Vice 2015:141).

The forerunner of apartheid, namely a policy of segregation on the basis of race, can be traced to the Glen Grey Act<sup>4</sup> which was passed by Cecil John Rhodes in 1894. It assigned separate and segregated areas (self-governing territories) to black persons exclusively, thereby disenfranchising them and restricting their socio-economic freedoms (Thompson/Nicholls 1993: 58-62, Terreblanche 2002).

1 As can be said to be the case in Canada, for example when Canada adopted the Multiculturalism Act on 21 July 1988, expressly recognising that everyone is equal before the law and has the right to equality and protection free from discrimination. Similarly, India, which is a multicultural country just as diverse in its ethnic, cultural and religious make-up, as early as 1950 expressly proscribes in its Constitution, per article 15, any discrimination on the basis of, inter alia, race. Moreover, Article 3(3) of the Basic Law of Germany (Grundgesetz), adopted in May 1949, expressly provides for equality before the law, and in particular that no person shall be favoured or disfavoured because of race.

2 For purposes of this paper – and in the context of the subject matter – an African person is defined generically to include someone not white or European. The former would include persons who were African (including albinos), Asian (Chinese or Indian) and Coloured (mixed-race) individuals.

3 Currently known as the Western Cape.

4 25 of 1894.

What distinguished South Africa from other nation-states practising race inequality, was its system of race classification. As early as 1910, more than 20 percent of the population were classified as white whilst the remaining population were classified as African (Beinert/Dubow 1995, Van der Vyver 1976: 6).<sup>5</sup> The pass system, which entailed curtailing the movements of black persons by the white ruling class, was first introduced through permit requirements imposed by British colonial authority in 1809 (Dugard/Reynolds 2013: 873). European colonialism may be seen as part of a juggling among stakeholders for Africa in the nineteenth century that is regarded as one of the purposes of colonialism, namely the „civilisation of the inferior natives“ (Worden 1994: 447). A divide along racial lines would also translate into a divide along social, economic and political lines in terms of which the scales of opportunity were tipped heavily in favour of white persons.

This narrative was instrumental in giving impetus to the misguided belief that whites were superior to non-white persons, where the latter were regarded as not being sufficiently intellectually developed in order to be self-sufficient or independent (Thompson/Prior 1982: 4-5). When South Africa was established as a Union and became a British dominion, the Act of Union of 1910 was drafted, pursuant to which the self-governing territories were added as an appendix to the Act of Union and referred to as protectorates; later they would become known as Africa's Bantustans,<sup>6</sup> which were to be governed separately from the parliamentary institutions of the Union.

The sovereign status of South Africa was not representative of its majority of inhabitants, namely the black people, but of the white minority.<sup>7</sup> White minority ruler-ship would be used to forge one of the world's most extreme forms of legalised racial segregation.<sup>8</sup> Voting was a right reserved only for the people classified as white. The rationale for this is not difficult to understand. Granting the vote to the black majority

5 The term „African“ was a generic term employed to refer to any person who was not a white person. The term Bantu was also employed – and used interchangeably to refer to an African person. There were also Coloured persons and Asian persons.

6 Bantustans were geographical areas demarcated within the Republic of South Africa as reserves for „artificial states“ which later became known as homelands. Four of these homelands, the so-called TBVC states Transkei, Bophuthatswana, Venda and Ciskei, were even granted independence by the apartheid government. In these states, blacks were supposedly given the opportunity of self-development away from white minority rule. The TBVC states were created pursuant to the Promotion of Black Self-Government Act 46 of 1959. This project entrenched racial segregation and separate development not only in respect of segregation between whites and blacks but also between various black ethnic groups.

7 By 1965, according to census estimates, there were 13,016,000 blacks versus 3,106,000 whites.

8 „Legalised“ is used on account of the legislative system created by the apartheid government to secure its minority interests to the point of declaring states of emergency, as will be discussed later.

of the populace would result in the possible and inevitable displacement of white minority domination. However, determining the race of a particular individual was fraught with complexities. Human beings vary in their individual and personal appearances, and to attempt to categorise them according to formal race classificatory requirements was not only artificial but also riddled with intractable problems (Safran 2008: 437).<sup>9</sup> This would result in potentially grave consequences under the Group Areas Act,<sup>10</sup> as discussed in greater detail in section 2 and 3 of this article.

Moreover, there were ever-present tensions between English- and Afrikaans-speaking persons in South Africa. The latter, being descendants of the earlier Dutch settlers (Rickard 2010: 3-10),<sup>11</sup> preceded the British settlers whose government as from 1795 attempted through wars and factions to subjugate the Dutch/Afrikaans people. Differences on the basis of language and culture worked to compound differences on racial lines. On the issue of separation between race groups, General Jan Smuts,<sup>12</sup> in a speech delivered in London in 1917, stated the following:

*'With us there are certain axioms now in regard to the relations of black and white; the principal one is inter-mixture of blood between the two colours. It has now become an accepted axiom in our dealings with the natives<sup>13</sup> that it is dishonourable to mix white and black blood (quoted in Wilkins/Strydom 2012: 192).'*

As will be seen in the discussion to follow, the policy of apartheid was strongly influenced by what can be described as Afrikaner nationalism and pride.

„Apartheid“ as a term is an Afrikaans noun meaning „apartness“, „the state of being apart“ or „separateness“. The use of the word „apartheid“ as an academic term was introduced by an Afrikaans clergyman, Jan Christoffel du Plessis. It was originally

9 To determine whether a person was from a particular race was neither a scientific nor rational process since it depended on the subjective observation of an administrator who, when looking at the person in question, would form an opinion based simply on personal appearances as to what race category the person should be allocated.

10 41 of 1950.

11 Later to be referred to as „Afrikaners“ (pl.) or/and „Afrikaner“/„Afrikaans person“ (sing.).

12 He was a South African statesman, military leader and philosopher who was a general in the Anglo Boer War and thereafter served as Prime Minister of the Union of South Africa twice: from 1919 to 1924 and again during WWII, from 1939-1948.

13 The adjective „native“ is defined as „1 Indigenous, aboriginal, domestic, home, home-grown, local, mother, original, vernacular 2 Inherent, built-in, congenital hereditary, inborn, inbred, ingrained, inherited, intuitive, natural“, see Chambers Giant Paperback Thesaurus 2006: 433-434. In South African politics, the term „native“, with its association of race segregation during apartheid, is considered in a pejorative and racist light, alongside the term „kaffir“, when referring to an African or black person. See *Prinsloo v The State* [2014] ZASCA 96 (SCA) para 20; *South African Receiver of Revenue Services v Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration* 2017 (1) SA 549 (CC) paras 3-10; see also Baker 1965: 551.

employed as a theological term, as opposed to a political term. Du Plessis reasoned it was unfair to expect black members of the church to forego cultural African customs in deference to Western norms. As such, he advocated that the gospel of the church be presented to black members of the church without them having to compromise their African identities. As such, apartheid was initially employed as a means of adopting separate programmes for the evangelisation of white and black Africans. Du Plessis further advocated „parallel but separate approaches towards religious teachings“. In this way he mentioned the term in various speeches and sermons, until it lost its religious connotations (Welsh2009) when it was politically hijacked as a slogan of the *GesuiwerdeNasionale Party* (Purified National Party) and the National Party (Carter 1958: 30); the latter party remaining in power from 1948 until the first democratic elections in South Africa in 1994.

The political leadership of the country was always characterised by leaders who in some or other way favoured segregation (exclusion) over inclusivity. As previously stated, distinction was made on the basis of cultural differences with reference to English- and Afrikaans-speaking persons, but particularly along racial lines between whites and blacks (Steyn 2015: 218, Mills 2014: 481-484, Cornell 1960: 181). The so-called „purified“ Afrikaner nationalism and sentiment that was stoically advocated led to Afrikaners viewing themselves in a superior light compared with other races and cultures in South Africa.<sup>14</sup> The notion of segregation of persons on the basis of race coincided with the government’s policy of apartheid. Ironically, across the Indian Ocean from South Africa, India was becoming a Republic under the Indian Constitution.<sup>15</sup> The provisions regarding equality and anti-discrimination on the basis of race in the Indian Constitution,<sup>16</sup> suffused society, as exemplified by the Sanskrit word *swikriti* which means, inter alia, „acceptance“ (Sen 2005: 35). Mutual acceptance of persons with different cultural and racial make-up in India was crucial to its success as the world’s largest democracy. South Africa, on the contrary, at that very time was adopting an official stance of „rejecting“ persons other than those of the white race and thereby dividing South Africa; a division that would result in political and socio-economic inequalities which are still manifest under the current constitutional dispensation (Glazer 2010: 14-20).

14 This was not a phenomenon limited to South Africa; in Europe (cf. England and Germany), gentry felt themselves superior to peasants or labourers; in India remnants of the caste system are still visible. Everywhere in the world, examples can be found of people belonging to higher economic or social classed looking down on those „beneath“ them; however, in South Africa, such divisions coincided with racial divisions.

15 On 26 January 1950.

16 Articles 14 and 15.

A major feature of the edifice of apartheid –subscribing to and maintaining its philosophy –was an Afrikaans-based organisation called *Die Afrikaaner Broederbond* (the Afrikaans Brotherhood, AB),<sup>17</sup> established on 5 June 1918 in Johannesburg. It was formed initially as a cultural movement open to any Afrikaans-speaking person who felt displaced or offended by English culture and particularly by English imperialism, as was evident from the still recent *Great Trek* (De Klerk 2009: 663-665),<sup>18</sup> the 1877 annexation of the *Zuid-Afrikaansche Republiek* (the ZAR, later the province of Transvaal; see Paulin 2001: 240-255)<sup>19</sup> and the conquest of the other Boer Republics (Wilkins/Strydom 2012: 24). However, the AB would come to play an inexorable role in the government's policy on apartheid and steps taken during the states of emergency.

The cultural or language tension which prevailed in South Africa can be explained as follows: the English-speaking population could identify with imperial England and its cultural influences, whereas the Afrikaans people (or *Dutchmen*) inclined more toward their Dutch ancestry. However, the latter formed their unique identity as a people (*volk*) in that they viewed their culture, heritage, language and even religious calling as completely different and more Calvinist than that of their English counterparts (Muller 2014: 311-314). As previously stated, the AB was initially established for cultural purposes. As a cultural organisation, they wanted to promote and glorify anything Afrikaans, be it culture, music, dress-code or language.

The AB gained momentum as an organisation and on 26 August 1921 in Johannesburg its members decided it would become a secret society in „furtherance of their aims and activities“ (Wilkins/Strydom 2012: 46-47) with a „masterplan for ruling South Africa“ (ibid.: 47). Such ambitions could only be realised if the members of the AB had connections with people in top governmental positions, which, through their growing membership, they were able to achieve (Rickard 2010: 31-44, Thompson/Prior 1982: 139-146). Clearly what had started out as a cultural association, seeking

17 The founding members were HJ Klopper, HW van der Merwe and DHC du Plessis (mere teenagers) who were assisted by the Reverend JF Naude, a Dutch Reformed Church minister.

18 This was a time between 1830-1840 when many cattle farmers (referring to themselves as Boers) (farmers) decided to leave the Cape Colony, migrating into the unknown hinterland. They became known as the Voortrekkers. This migration of settlers resulted in settlers establishing independent Boer republics such as Natal, Transvaal and the Orange Free State which after British conquest in 1902 functioned as republics until they were unified within the Union of South Africa on 31 May 1910, the latter being the predecessor to the Republic of South Africa.

19 By a proclamation dated 12 April 1877, the Zuid-Afrikaansche Republiek was annexed by Britain. This act resulted in widespread distrust of British imperialism and rifts between English speakers on the one side and Dutch- or Afrikaans-speaking persons on the other side in South Africa.

to advance Afrikaans cultural interests, later became a secret political society with the objective of dominating and controlling South Africa.<sup>20</sup>

The stance, which the AB took against black or African persons, stemmed from an overall sentiment toward the Dutch and German tradition to the extent that for the latter respect was given to the Nazi fascist notion of the existence of an Aryan race that was superior to all other races and people (Carter 1958: 87-88). The government in turn, came to gain and benefit from the AB inasmuch as most – if not all of its government officials were members of the *bond* (the Broederbond), ensuring their members' interests were served over those of English-speaking or black persons. The AB thus came to form the framework on which the policy of apartheid could be grafted and propagated by the government. The irony is that whilst the AB itself was a secret society hosting only male members who were Afrikaans, and dedicated to furthering Afrikaans nationalist interests, other societies were simply banned or regarded with disdain by government under the apartheid regime, based on the rationale that they were either subversive or inimical to the national interests of South Africa.

The National Party won the national election in South Africa on 26 May 1948 by a slight majority.<sup>21</sup> Whilst political events leading up to 1948 were marked by Afrikaner nationalism opposing English domination as well as propagating racial segregation, the year 1948 in South African history is a watershed year, given the extensive policies and programs of apartheid which the National Party would subsequently adopt as a means of ensuring minority white domination and suppression over non-white persons (Schreiner 1967: 101). In this sense, the noun „apartheid“ is used to describe a former policy of racial segregation practised in South Africa between 1948 and 1994.<sup>22</sup>

Notable members of the AB were Prime Ministers DF Malan, HF Verwoerd, John Vorster and PW Botha.<sup>23</sup> Any organisation shrouded in secrecy having such a stronghold on government policy is the antithesis of the principles of accountability, transparency and openness characteristic of a genuine democracy.<sup>24</sup> During the apartheid years South

20 From its establishment in May 1918 the AB asserted itself by ensuring that its members occupied important positions where they were able to disseminate racial segregation propaganda. Such positions included, but were not limited to, schoolteachers, academics, church leaders, government officials and administrators. From 1936 control of the South African Broadcast Corporation was established, the only state-owned media body in South Africa, thus ensuring that policies aligned with apartheid were showcased and featured on radio.

21 Ironically, they would remain the main political party in power until the ending of apartheid with the coming into operation of the constitutional dispensation under the ANC in 1994.

22 See Oxford Dictionary and Thesaurus 1999: 24.

23 All of them became incumbents of the position of Prime Minister of the apartheid government.

24 Section 1(d) of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 provides that South Africa is a

Africa was cloaked in secrecy and covert operations (Winks 2011: 460-461).<sup>25</sup> The repeated declaration of a state of emergency in the 1980s is testimony to a curtailment of civil liberties and freedoms on the part of citizens by a government that sought to justify its racial segregation policies through a panoply of legislative provisions. Many of these laws (as will be discussed in section 3.1) were draconian. In respect of the National Party led by Prime Minister Dr Malan, the following has been observed:

*'With the National Party in power, South Africa assumed a course directly in contrast to that of post-war Western Europe, where individual freedom was cherished. In the face of the emergence of independent African states and the increasing criticism of South Africa in the United Nations, a solidarity and sense of common fate developed among Nationalist Afrikaners, reinforced by the unifying functions of language, culture and religion, and ritually celebrated at nationalistic rallies (volksfeeste) seeking to draw inspiration from the past (Kannemeyer 2012: 42).'*

The course which South Africa was assuming, in direct contrast to that in Western Europe – where individual freedom and liberty was being espoused and protected – can reasonably lead one to conclude that South Africa was a state subject to a rule *by* law as opposed to the rule *of* law (Henrico 2014:744-745, Dugard 1978: 75-80, Corder 1988: 209-210). A state in which rule by law is the order of the day is in effect an authoritarian regime. This was confirmed by the repeated declarations of a state of emergency which saw inroads being made into civic and political liberties of South Africans, as explained in greater detail later.

To ensure its ideology of racial segregation was pursued and maintained by government, the AB established themselves in key governmental positions – from school, academic and professional political positions to social services provided to the public, from military intelligence to, most importantly, governmental ministerial cabinet positions (Zaaiman 2010: 128-138) to the leading positions of government as referred to above (Wilkins/Strydum 2012: 210).<sup>26</sup> The most notable in this regard was Dr

---

sovereign, democratic state founded on the value of universal suffrage, a national common voters' roll, regular elections and a multi-party system of democratic government, to ensure accountability, responsiveness and openness.

25 The fact that the ruling party, namely the National Party, had such close ties to a secret organisation, namely the AB, is antithesis to transparency. Account must also be had of the fact that apart from apartheid separating racial groups, it placed South Africa on a course of international isolation. South Africa's international position was exacerbated when the National Party government placed itself at the frontlines of the Cold War insofar as it involved itself and its citizens in proxy conflicts on the continent from South West Africa and Angola to Mozambique.

26 Over the years of Nationalist Party rule under apartheid, the AB sent to its many branches lengthy documents drafted by its so called „experts“ which documents were also used to influence government policy.

HF Verwoerd, described as the „father“ or „architect“ of apartheid“ (Miller 1993: 634).

The description attributed to him is well-earned. HF Verwoerd assumed a pivotal role in ensuring the maintenance of race segregation. Upon entering Parliament as a senator, his first major speech in the Senate made clear his racist ideology, stating:

*'I want to state here unequivocally now that the attitude of this side of the House is that South Africa is a white man's country and that he must be allowed to remain here. In the reserves [Bantustans] we are prepared to allow the Natives to be the masters, we are not masters there. But within European areas, we, the white people of South Africa, are and shall remain the masters' (quoted in Wilkins/Strydom 2012: 199).*

The notion that blacks would be able to develop fulfilled lives in the areas that had been designated for them, namely the reserves (Bantustans), ignored the reality that the latter areas were generally inferior (Viljoen 2013: 729)<sup>27</sup> to the areas in which whites resided and traded. With increasing urbanisation, residing and working in the Bantustans gravitated to a situation where the more affluent areas were designated for whites (Chaskalson 1985: 191).

Under apartheid rule non-whites were essentially objectified. They could be used for purposes of cheap labour whilst having no say in the running of government. They were confined to their own inferior living areas and conditions, away from their white South African counterparts (Chaskalson 2000: 193). Racial inequality characterised South Africa, resulting in injustices that pervaded all aspects of society, including, but not limited to, politics and the legal system (Chanock 2001, Corder 1984), as will be discussed in more detail later in this article.

The institutionalisation of race segregation through apartheid legislation is demonstrated by Verwoerd's following description of apartheid as:

*... compris[ing] a whole multiplicity of phenomena. It comprises the political sphere; it is necessary in the social sphere; it is aimed at ... church matters; it is relevant to every sphere of life. Even within the economic sphere it is not just a question of numbers. What is of more importance there is whether one maintains the colour bar or not (quoted in Davenport 1978: 270).*

The aforesaid description shows that apartheid was an omnipresent facet of South African life under the National Party government. This hegemonic separation of the population along race lines was of paramount importance to the ideal of apartheid.

<sup>27</sup> In terms of infrastructure such as roads, sanitation, railways, public transport, schools, medical facilities, shopping centres and all other amenities found in a residential area.

The „separate but equal“ doctrine which had pervaded American racial segregation until *Brown v Board of Education*<sup>28</sup> did not even feature in South African politics, given the Reservation of Separate Amenities Act<sup>29</sup> (the Act) which made provision for separate facilities for people of different races but at the same time curbed the court’s jurisdiction from declaring any action invalid on the grounds that it was not equal. The Act was passed pursuant to the decision by the court in *Rex v Abduraham*<sup>30</sup> in which the then highest court in the land had held that a court, in the absence of the authority of an act of parliament, had a duty to declare any practice or act invalid which resulted in partial and unequal treatment to a material or substantial degree (Colasurdo/Martin 2014: 279). A system of parliamentary sovereignty ensured Parliament was the supreme lawmaker, able to make and unmake laws without being subject to scrutiny by means of judicial review (Hoexter 2012:15, Chaskalson 1985: 427-428).<sup>31</sup> There was concern on the part of the South African government that unless it held onto power through oppressive means by a framework of draconian laws and states of emergency – as discussed later –it would mean the end of white minority rule and governance. Rhodesia<sup>32</sup> was referred to as a case in point (Martin 2006: 239, Chitimira/Mokone 2017: 4-7).<sup>33</sup>

Separation on the basis of race was the overarching mantra of apartheid to the extent that it conceptually focused upon the interests of the state as being supreme over the fundamental liberties and freedoms of its citizens. Previously in this article reference was made to the Sanskrit concept of *swikriti* (acceptance). Apartheid was the antipode of acceptance. During the 1960s the free states of Africa signed the African Charter of Peoples’ Rights (the African Charter), which provides as follows:

*‘Conscious of their duty to achieve the total liberation of Africa, the peoples of which are struggling for their dignity and genuine independence, and undertaking to eliminate colo-*

---

28 347 U.S. 483 (1954).

29 49 of 1953.

30 1950 (3) SA 134 (AD).

31 The ousting of the power of a court to judicially review actions on the part of the Executive or the moral content of a particular Act of Parliament is the hallmark of an authoritarian regime under which apartheid operated.

32 At present known as Zimbabwe.

33 In the 1970s, Rhodesia was plagued by ongoing issues of race relation issues in which black majority citizens sought independence from the United Kingdom which they secured through a unilateral declaration of independence on 11 November 1965. Guerrilla warfare between African nationalist groups saw the loss of many civilian lives which ultimately resulted, by 1979, in the exodus of the majority of white minority citizens from Zimbabwe and the coming to power of Prime Minister Muzorewa after a general election.

*nialism, neo-colonialism, apartheid ... all forms of discrimination, particularly those based on race ...*<sup>34</sup>

The African Charter came into force in October 1986.<sup>35</sup> Whilst it did much to recognise the rights of African people to self-determination, it also galvanised a sense of African solidarity in what would become known as the „liberation struggle“ or „freedom struggle“. Inexorably linked to this concept was a right to solidarity among African people to unify themselves against the apartheid regime and its oppression (Colasurdo/Marlin 2014: 282). This solidarity in South Africa was sought to be maintained through institutions like the Centre for Human Rights founded at the University of Pretoria, between two states of emergency, in May 1986 (Winks 2011: 450). Moreover, the ethos espoused in terms of the African Charter gave expression to the African humanist principle of compassion, community and solidarity. In South Africa, the most common expression of such an ethical concept is the notion of *ubuntu*, in its full form *umuntu ngumuntu ngabantu*.<sup>36</sup> The relevance of *ubuntu* in relation to apartheid is that the former is an expansive term enveloping a sense of togetherness and unity, whereas apartheid is atomistic in its world view of keeping individuals in a perpetual struggle for their rights and liberties against a government which legalises and entrenches discrimination on the basis of race (Winks 2011: 459).

Having discussed the nature of apartheid in South Africa and the essential role it played in providing the government with an official policy on race segregation, the following section will discuss the states of emergency which were repeatedly declared in South Africa under apartheid.

### 3. The States of Emergency under Apartheid

This section considers the states of emergency that were effective in South Africa for lengthy periods during the apartheid era. A state of emergency can be declared when the welfare of a country is threatened by disaster, unrest or war and where the ordinary laws of the state cannot address this threat (Lurie 1990: 360). A state of emergency grants the government additional powers that it does not normally have.

<sup>34</sup> Preamble.

<sup>35</sup> On June 1981 and at the 18th Assembly of Heads of State and Government of the Organization of African Unity (OAU) in Nairobi, Kenya, the African Charter was adopted, giving the African continent the most comprehensive and progressive international human rights instrument.

<sup>36</sup> An African proverb, meaning that „a person is only a person through other people“.

The then presidents of South Africa proclaimed a state of emergency three times during the apartheid era. The first was proclaimed in 1960, in response to the Sharpeville massacre (Dugard 1978: 110).<sup>37</sup> This state of emergency lasted 156 days (Ellmann 1992: 19).<sup>38</sup> The second state of emergency was proclaimed in 1985. It only affected 35 magisterial districts (Dyson 1985: 30). This state of emergency lasted seven months (Bindman 1987: 40). Only four months after the second state of emergency was lifted, in 1986, the president proclaimed a nationwide state of emergency that lasted until 1990 (Ellmann 1992: 20-21).

### 3.1 AUTHORISING LAWS

All three states of emergency were proclaimed in terms of the same law, the Public Safety Act 3 of 1953 (Dugard 1978: 110). This Act was introduced by the National Party to address the growing unrest among black people in townships, as well as the civil disobedience campaign of the African National Congress (the ANC) (Dyson 1985: 32).<sup>39</sup> While it was clear that the unrest and disobedience was the result of their repression, the government feigned ignorance, suggesting that the unrest was unrelated to this (Brown 1985: 1).

Section 2 of the Public Safety Act allowed for the president to proclaim a state of emergency in the case of a threat to public safety or the maintenance of public order that cannot be averted by implementing the ordinary laws of the land (Dugard 1978: 110). The determination of the existence of such a threat was subjective and the president's decision could not be reviewed in court, except on the basis that it was taken in bad faith (Lurie 1990: 360). The Public Safety Act further allowed the president to proclaim regulations as „appear to him“ to be „necessary or expedient“ to end the emergency (see s 3(1)). While the requirement of expedience was already very lenient, it was further found that the expedience thereof must be judged by the president, making it difficult to challenge in court (Lurie 1990: 360).<sup>40</sup>

In addition to the emergency regulations, any discussion of the states of emergency during apartheid must consider certain pieces of legislation aimed at ensuring public order (Dugard 1978: 112). While it might seem that there was a 25-year gap between the first and the second state of emergency, South Africa was labelled as

37 The Sharpeville massacre involved the shooting and killing of 71 black persons by the police during a demonstration against the pass laws.

38 This state of emergency is not discussed any further in this article. See Dugard 1978: 110.

39 An anti-apartheid organisation that is currently the ruling political party in South Africa.

40 Referring to *Omar/Fani v Minister of Law and Order* 1987 (3) SA 859 892G-H.

having been in a *de facto* state of emergency between 1960 and 1985 (Dyson 1985: 32). This is because several pieces of legislation were enacted to replace the emergency regulations after the end of the state of emergency in 1960 (Dugard 1978: 113),<sup>41</sup> which buttressed and ensured white minority rulership. This was arguably due to the international condemnation of the 1960 state of emergency and the loss of foreign investor confidence during the first state of emergency (Dugard 1978: 113). Enactment of emergency-type measures allowed the ruling nationalist government to continue operating and functioning while drawing less international attention. The Riotous Assembly Act 17 of 1956 and the Internal Security Act 74 of 1982, among others, allowed for measures similar to the 1960 state of emergency regulations, sometimes giving even more power to the state (Ellmann 1992: 12, Dyson 1985: 30).

### 3.2 CONTENT OF LAWS

As explained, the first state of emergency was called in response to the Sharpeville massacre and resistance actions by the oppressed black majority in the country. The aim of this state of emergency, as well as the following two states of emergency, was to suppress unrest and uprising against the apartheid regime and to ensure that the apartheid government retained power (Corrigall 1990a: 3). This purpose was achieved by the 1960 state of emergency regulations. It effectively suppressed the political disquiet, until the Soweto uprising, which started in 1976 (Ellmann 1992: 19).<sup>42</sup> In response to the renewed uprising, the second and third states of emergency were declared. However, these states of emergency were unsuccessful at preventing unrest (Dyson 1985: 33).

As defiance against the apartheid regime grew, so did the harshness of the state of emergency regulations and the security laws (Bindman 1987:40). While the regulations and laws created many draconian measures, the following section discusses them under four themes, namely rules removing supporters and members of resistance movements from society; rules allowing repression through force; rules preventing organisation; and rules controlling the media and free speech.

<sup>41</sup> Dugard(1978) argues that this is due to the fact that the international community condemned the state of emergency proclamations.

<sup>42</sup> In 1976, a group of black learners began a peaceful demonstration in protest against a directive from the Bantu Education Department that Afrikaans be used as the language of instruction in some subjects in black schools. Violent clashes with the police ensued, resulting in the death of Hector Pieterse, twelve years of age, which triggered violent uprisings across the country, resulting in the death of 555 persons. See Colasurdo/Marlin 2014: 279.

### 3.2.1 Removal of supporters and members of resistance movements

One of the main additional powers the emergency regulations and security laws included was the power to arrest persons without warrant and detain them without trial. This power was used to remove enemies and dissidents of the apartheid regime from society.

The 1960 emergency regulations allowed for arrest without warrant and detention without trial, if ordered by the Minister of Justice, a magistrate or a senior police officer (Reg. 4 and 19 in terms of the Public Safety Act 3 of 1953; Budlender 1985: 31). Such detention could last up to 14 days. This detention power was to subsequently become part of the ordinary laws (Budlender 1985: 31).

Several pieces of legislation allowed for arrest without warrant and detention without trial.<sup>43</sup> Throughout the years, the acts gradually granted more power to the government and allowed for ever-longer periods of detention without trial (Dugard 1978: 112-123). For purposes of this article it is necessary to focus on the detention measures contained in the Internal Security Act of 1982.

The Internal Security Act incorporated provisions similar to, if not stricter than, the detention provisions of its predecessors. Once enacted, it was one of the primary pieces of legislation used to ensure detention under the guise of public security (Dyson 1985: 30). It allowed for three types of detention: preventative detention, interrogative detention and witness detention.

Preventative detention refers to the detention of a person suspected of intending to commit a security crime. The Minister of Justice could give notice that such persons must be detained, apparently indefinitely, to prevent them from committing a security offence (s 28). Moreover, a police officer could arrest a person without warrant for purposes of preventative detention for 48 hours (s 50(1)). This could be extended by a magistrate to up to 14 days (s 50(5)).

Detention for interrogation purposes refers to detention of a person to allow for their interrogation. Senior officers could detain a person if they had reason to believe that the person committed or intended to commit a security crime (s 29(1)). Such detention could last up to 30 days and could be further extended by the Minister of Justice (s 29(3)(a)). Detainees were often tortured into making confessions (Robinson/McDougall 1986: 19) and in many instances the authenticity of such confessions was not questioned by the courts (Bindman 1987: 39).

<sup>43</sup> For example, the 90-day detention laws that allowed arrest without warrant and detention without trial or legal representation for 90 days. Also see the Terrorism Act 83 of 1967. For a discussion of these acts, see Dugard 1978: 112-123, Ellmann 1992: 15.

Witness detention refers to the detention of state witnesses. The power to detain witnesses allowed such witnesses to be detained until criminal proceedings were concluded, or for up to six months if no charge sheet was lodged in respect of the accused (s 31). A refusal to give evidence was an offence with a maximum prison sentence of 5 years (Robinson/McDougall 1986: 19). As with interrogation detention, their statements were not questioned by the courts (Bindman 1987: 40). Moreover, often such detainees eventually appeared before the court as accused rather than witnesses (Dugard 1978: 115).

Persons in preventative, interrogative and witness detention did not have access to the outside world and no information regarding their identities was given to the public (ss 28(8)(a)-(b); 29(7)(a)-(b); 31(4)). The situation was aggravated by the fact that many detainees were denied the basic human right of legal representation. Apart from these three forms of detention, the Internal Security Act also allowed the Attorney-General to order the refusal of bail to a person charged with committing a security offence. Such an order had to be adhered to by a court (s30(1)), effectively precluding the justiciability of actions on the part of the executive.

The 1985 state of emergency made arrest without warrant and detention without trial even easier. It did away with the distinctions between types of detainees that were created under the Internal Security Act, simply allowing for the detention of any person if, in the opinion of the member of the force, posing a threat to security (Dyson 1985: 32). It also did away with the requirement that authority for detention be obtained from senior officials or the Minister. Instead, any member of any security agency had the power to arrest without warrant and detain without trial (Dyson 1985: 32). Moreover, the fact that the requirement changed from having „reason to believe“ to being of the opinion that there is a need for the arrest is argued to give the member of the force effecting the arrest more discretion (Basson 1987: 30).

No information regarding the detainees could be shared until the Minister of Law and Order made the information available (Ellmann 1992: 22). Detainees could be kept in solitary confinement with no access to their families or to legal representation (Ellmann 1992: 22). They could not receive letters or parcels and did not have access to reading material or radios. Moreover, detainees were not allowed to sing, whistle or refuse to clean their quarters. Such actions could result in a fine or imprisonment (Dyson 1985: 32).

The 1986 state of emergency added to the already vast powers of the state to arrest and detain. Any member of the security force could arrest anyone without warrant and detain them without trial, if they deemed it necessary for the maintenance of

public order. Such detention could last for 30 days, extendable by the Minister of Justice for an indefinite period (Reg. 3(1) and 3(3); Ellmann 1992: 21-22). The Minister could also add conditions to the release of detainees, such as restrictions on their movements (Corrigall 1990a: 6). Violation of such conditions was an offence punishable by a R20,000 fine or ten years' imprisonment.

An estimated 30,000 persons were detained during the third state of emergency,<sup>44</sup> with 6000 to 7000 persons in detention at any one point (Robinson/McDougall 1986: 4, Ellmann 1992: 22). Many detainees were children (Dyson 1985: 33). An estimated 10,000 detainees were younger than 18, some as young as ten years old (Ellmann 1992: 22, Puritz 1987: 8). This number does not include children detained while awaiting trial. The Minister of Law and order allegedly told parliament that in 1986 alone, an estimated 58,900 children were held in police cells awaiting trial. They were often charged with security offences, refused bail and then the charges were withdrawn just before the trial (Bindman 1987: 42-43).

The circumstances of persons in detention were dire (Dyson 1985: 33). Complaints of torture and even sexual abuse of both adults and children in detention (Robinson/McDougall 1986: 5, Ellmann 1992: 22) were common. Such allegations were often confirmed by medical practitioners after the release of the detainee. A medical report of 500 released detainees found that 83 % of them were physically abused and 60 % were „severely injured“ (Robinson/McDougall 1986: 5).

### 3.2.2 Repression through force

To ensure compliance with emergency regulations and to instil fear, the third state of emergency introduced the power of the security forces to use force. Any officer could issue an order or warning in a loud voice (Reg. 2, Black Sash 1986: 28). If the order was not obeyed the officer could forthwith use a level of force as deemed necessary. This included shooting at children with live ammunition (Robinson/McDougall 1986: 6).

This power, combined with the indemnity clause that an officer could not be held civilly or criminally liable for bona fide actions in terms of the regulations, had dire consequences for those opposing the apartheid regime (Ellmann 1992: 23). Many people were assaulted and tortured (Dugard 1978: 112). An estimated 5000 people died between 1984 to 1990 due to unrest and emergency-related issues, mostly at the hands of the security forces (Corrigall 1990a: 6). At some schools, the presence of security forces was often visible and always prevalent. This was due to learner uprisings

<sup>44</sup> Compared to the 11,503 persons that were detained during the first state of emergency; see Dugard 1978: 110.

and learner boycotts (Robinson/McDougall 1986: 6).<sup>45</sup> The security forces often assaulted the learners, one teacher even describing how they „horsewhipped“ the learners back to class after breaks (Unterhalter 1990: 35).

### 3.2.3 Prevention of organisation

Since the first state of emergency, the right to gatherings was limited. This was aimed at preventing organised and mass opposition. A magistrate or commissioned officer had the power to ban or disperse gatherings (Kahn 1960: 41, Budlender 1985: 31). When this state of emergency was lifted, rules controlling gatherings were incorporated into the ordinary laws. Later emergency regulations gave the police the power to disperse crowds (Budlender 1985: 31). In addition, in some areas curfews were introduced and there were even restrictions placed on funerals as opportunities for gathering (Corrigall 1990a: 5).

In terms of the 1960 emergency regulations, the Minister of Justice could direct organisations to be discontinued or banned (Budlender 1985: 31). This power was used to ban the Pan African Congress of Azania (the PAC) and the ANC (Dyson 1985: 30)<sup>46</sup> and ultimately led to the Unlawful Organisations Act 34 of 1960 (Bindman 1987: 37). Banned organisations did not have the right to challenge their banning (see *South African Defence and Aid Fund v Minister of Justice* 1967 (1) SA 263 (A)). Later the Internal Security Act of 1982 also allowed the Minister of Justice to declare organisations unlawful (s 4(1)). Once an organisation was banned, no person was allowed to either take part in any activity related to such an organisation or identify with such an organisation (s 13(1)).

Even more distressing was the fact that the Internal Security Act allowed for individual persons to be „banned“ (ss 4, 14(10), 16). The Minister could restrict the movement of such persons to specific areas (s 19), prohibit them from attending gatherings (s 20), require them to report periodically at police stations (s 21) and prohibit them from being quoted (s 23). This power was used to control prominent anti-apartheid leaders and such restrictions were often used as conditions for their release from detention or prison.

Furthermore, in terms of the 1986 emergency regulations, the commissioner of police had extremely wide powers to make orders to control the movement and actions

<sup>45</sup> Learners played a big part in the struggle against apartheid and, especially, against inequality in education based on race. This paper does not detail this struggle separately. For a discussion on the struggle of learners during apartheid, see Unterhalter 1990: 29-51.

<sup>46</sup> Two prominent anti-apartheid movements that are now political parties.

of people, without having to supply reasons (Levin 1986: 28). Another provision, during both the second and third states of emergency, allowed the police to closedown any place, industry or business (Budlender 1985: 31).

The rules preventing organisations severely impeded and limited the ability of persons to oppose the authoritarian apartheid regime. It prohibited people from acting as a united front against the discriminatory laws of apartheid.

### 3.2.4 Restrictions on the media and free speech

It was important for the apartheid government to prevent media coverage of unrest incidents and the actions of the security forces. This was due to the notion that such coverage would encourage further unrest which could lead to potential opposition – and challenges – to the apartheid regime. In addition, coverage of oppression and resistance would further tarnish the international image of the apartheid government and might give rise to further sanctions. Free speech was severely limited, to prevent encouragement of resistance.

All of the emergency regulations contained certain offences that severely restricted free speech and media coverage.<sup>47</sup> It was an offence to threaten to harm anyone, their relatives or property (Kahn 1960: 41, Levin 1986: 28). It was also an offence to make a „subversive statement”, verbally or in print (Kahn: 1960: 41, Ellmann 1992: 23). The term „subversive statement“ was defined so widely that it covered most statements made against the emergency situation (especially in the later regulations; see Bindman 1987: 40-41). It included a statement that „causes, inter alia, hostility; or promotes sanctions; or the aims of unlawful organisation, or incites strikes, boycotts, protest processions, civil disobedience; or discredits military service; or incites opposition to the government ... in connection with ‘these Regulations’ or any other measure used to maintain ‘public order’“ (from the 1986 regulations; Levin 1986: 23).

Publications that did not comply with these requirements could be seized and prevented from issuing future issues (Kahn 1960: 41, Corrigan 1990b: 10, 13). Later, publications could also be banned in terms of the Internal Security Act (s 5(1)). Many newspapers were seized (Brown 1986: 1).

A noteworthy aspect of the 1985 emergency regulations is that it prohibited the sharing of information regarding detainees (Corrigan 1990b: 11). Moreover, the Minister of Law and Order could prohibit the printing of any information regarding the state of emergency (Budlender 1985: 31). This measure was never relied upon.

<sup>47</sup> Outside of these regulations, many pieces of legislation allowed for censorship (Dyson 1985: 30; Corrigan 1990: 8, 10).

Instead, the media were warned that there was a police group monitoring the media and that formal censorship would be implemented if the police group was unhappy with what was published (ibid.).

The 1986 emergency regulations included even further restrictions. It prohibited showing or describing unrest situations and the conduct of security forces (Reg. 9; Corrigan 1990b: 11, 12). The commissioner of police could make an order preventing comment or news on the conduct of a law enforcement agent (Reg. 7; Levin 1986: 28). Journalists could only report on the information provided to them by the State Bureau of Information (Robinson/McDougall 1986: 4) – an entity controlled by the ruling party. Moreover, the apartheid regime controlled the radio and later television. A mere three out of 24 radio stations were not owned by the South African Broadcasting Corporation (Corrigan 1990b: 11). All live satellite transmissions by foreign networks were banned (Corrigan 1990b: 13). Furthermore, within the first month of the third state of emergency, 22 journalists were detained and several foreign correspondent journalists were deported (Robinson/McDougall 1986: 4).

#### 4. The Courts

As explained, the constitutions effective during apartheid prohibited the court's review of legislation (Republic of South Africa Constitution Act 32 of 1961, s 59(2); Republic of South Africa Constitution Act 110 of 1983, s 34(3)). Nevertheless, the state(s) of emergency rules were primarily made by means of regulations. In this way, parliamentary oversight was avoided. However, it also meant that the courts were much more willing to review these regulations (Lurie 1990: 358) on account of the fact that they did not constitute acts of Parliament.

To deal with this, the regulations themselves had provisions aimed at preventing judicial oversight (Lurie 1990: 368). All of the state of emergency regulations included an ouster clause prohibiting the court from pronouncing on the validity of these regulations or granting interdicts against actions taken in terms of the regulations (Robinson and McDougall 1986: 9). In addition, as mentioned, officials could not be held criminally or civilly liable for bona fide actions performed in terms of the emergency regulations (Ellmann 1992: 23).<sup>48</sup> In fact, many decisions in terms of the regulations (especially the 1985 and 1996 regulations) allowed a wide measure of subjective discretion, only permitting regulations to be challenged on the basis of mala fides (Basson 1987: 31). The person alleging mala fides carried the burden of proof, making

<sup>48</sup> This was not in the 1960 emergency regulations, see Brown 1985: 1.

such a claim almost impossible to succeed (Dyson 1985: 33). In *Stanton v Minister of Justice* 1960 (3) SA 354 (T), for example, a detainee could arguably prove that she posed no threat to public security. Nevertheless, the court found that the regulations referred to whether a person posed a threat „in the opinion“ of the Minister. This was subjective and the court could not substitute its opinion for that of the Minister (at 355; Dugard 1978: 111).

On top of these severe limitations, judicial officers themselves often showed bias in favour of the apartheid government (Budlender 1988: 146). Their decisions reflected support of the government and their actions (Dyson 1985: 31). The reason for this is that many judges were selectively chosen by the Minister of Justice and appointed on account of their affiliation with the Broederbond.

There were, however, some judges, especially in the later years of the states of emergency, who were brave enough to make anti-apartheid decisions (Basson 1987: 41).<sup>49</sup> Some of the 1986 emergency regulations were successfully challenged despite the ouster clauses (Levin 1986: 28). For example, in *Metal and Allied Workers Union v State President*,<sup>50</sup> parts of the definition of „subversive statement“ were invalidated due to vagueness (Corrigall 1990b: 13-14). This included the parts of the definition that involved causing hostility and promoting unlawful organisations. Moreover, it declared *ultra vires* the regulation that denied detainees access to legal representatives (Robinson/McDougall 1986: 9). This allowed many lawyers access to their clients, resulting in more cases being heard.

Such victories were, however, often short-lived since many of the decisions were overturned on appeal, or legislative provisions were enacted to make such decisions ineffective (Robinson/McDougall 1986: 10). For example, the Natal Witness newspaper successfully challenged the power of the minister to seize publications, only to see this power reinstated by regulations two weeks later (Corrigall 1990b: 14, Basson 1987: 36; *Natal Newspapers v State President* 1986 (4) SA 1109 (N) 1133-1134).

## 5. State of Emergency and the Rule of Law

Ellmann (1992: 2) stated the following during the apartheid era: „South Africa is at once a country of extreme injustice and of elaborate legality.“ This quote sums up the relationship that South Africa had with the rule of law. The state proclaimed that it adhered to the rule of law (Ellmann 1992:2). That is because the whole edifice of

<sup>49</sup> For an in-depth discussion of the cases, see Basson 1987: 28-43.

<sup>50</sup> 1986 (4) SA 358 (D) 107.

apartheid and every action undertaken under the states of emergency were authorised by law (Dugard 1978: 43-44). The state even severely limited the court's power of review through law. From a formal rule of law perspective, the states of emergency were consistent with the rule of law. Formal rule of law simply requires that all state actions be authorised by law and not contravene the law (Dicey 1915: 114).<sup>51</sup> This has also been equated with rule *by* law (Dugard 1978: 44).

On its own, however, rule *by* law does not sufficiently comply with the rule of law principle (Hiemstra 1971: 46). This is because the rule of law is said to incorporate certain values that are indispensable to a democratic society (Dugard 1978: 38). At its most basic, it incorporates a procedural safeguard that requires due process to be followed (Dugard 1978: 39). This means that there should be no loss of liberty without due process. The state of emergency laws and regulations violated this basic principle since it allowed for arrest without warrant and detention without trial.

Moreover, the notion of rule of law can also be interpreted as having a substantive element. Substantively, it requires that laws and state action promote and respect human rights (Bingham 2006: 75).<sup>52</sup> While South Africa did not have a bill of rights or any guarantee of rights in the constitution effective at that time, the states of emergency violated many internationally recognised human rights (Ellmann 1992: 2).

The right to freedom of expression was infringed by the rules restricting the media and free speech (as set out in the International Covenant on Civil and Political Rights, 1966 (ICCPR), art 19). The right to dignity and freedom from cruel and inhumane punishment was violated by the conditions of detention (ICCPR, art 7). This includes solitary confinement, sleep deprivation and assault (Dugard 1978: 132-135). The right to freedom of movement was violated by the laws setting curfews and banning certain people (ICCPR, art 12; Dugard 1978: 139). The right to freedom of assembly and association was violated by the laws banning certain organisation and preventing certain gatherings (ICCPR: art 21, 22). The fact that properties could be entered and searched without a warrant violated the right to privacy (ICCPR, art 17). Finally, the right to life was violated by the deaths caused at the hands of government officials, both in detention and outside (ICCPR, art 6, see Haysom 1987: 6-7).<sup>53</sup>

51 This is known as the principle of legality. See *Fedsure Life Assurance Ltd v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council* 1999 (1) SA 374 (CC) paras 56-59; *President of the RSA v South African Rugby Football Union* 2000 (1) SA 1 (CC) para 148.

52 This conception of the rule of law is not universally accepted.

53 South Africa was, unfortunately, not a member to the ICCPR at that stage since it only ratified it in 1998.

In addition to the human rights violations authorised by the state of emergency laws, the apartheid legislation itself violated several human rights. The right to equality was violated by the racial segregation and the unequal provision of facilities based on race (ICCPR, art 26). Furthermore, the right to freedom of movement was violated by the segregation laws (ICCPR, art 12; Dugard 1978: 73-79). The right to vote was violated by the fact that black persons were excluded from the voting process (ICCPR, art 25). Moreover, the right to freedom of privacy and family was violated by the laws preventing mixed marriages (ICCPR, art 17).

The states of emergency in South Africa received much international rebuke since they disregarded human rights (Dugard 1990: 444). Up until the second state of emergency, South Africa still had certain allies in the international community. This included the United States. However, after the 1985 state of emergency the United States was forced to change its policy regarding the issue of apartheid from one of “constructive engagement” with the South African government to one implementing punitive measures. (Brits 2002: 201-202).

Sanctions imposed against South Africa by the international community included sports and cultural sanctions, economic sanctions preventing the importing and exporting of goods as well as arms embargoes (Dugard 2011: 6). In addition, South Africa was excluded from participation in the United Nations General Assembly (Dugard 2011: 19). This international pressure, combined with the continued internal pressure, led, first, to the end of the third state of emergency and, thereafter, to the end of apartheid (Dugard 2011: 6).

## 6. Conclusion

The states of emergency in South Africa took place during the apartheid era. They were used as a tool by the ruling party to suppress the black majority and retain political power. However, it was power exercised in an authoritative manner with little regard for fundamental human rights. The public disorder that the emergency laws aimed to combat was a result of the government’s own measures, namely the apartheid legislation.

Both the general apartheid laws and the emergency laws authorised gross human rights violations and disregarded the rule of law. To prevent future similar violations through emergency measures, the new constitution contains certain provisions regarding a state of emergency (s 37). While it allows for the calling of a state of emergency, it provides for certain safeguards. These include giving the courts the power to review the validity of such calling as well as the content of the rules during states of emergen-

cies. It allows for the derogation from rights in the bill of rights but only if such derogation is consistent with international law, is justified, and reasonable regard is given to equality, freedom and human dignity. In addition, certain rights are identified from which derogation, or complete derogation, is not allowed. These include the right to life and the right to human dignity. What was formerly an authoritarian system of government is now a system of government in terms of which the exercise of all power (whether on the part of the state or private persons) must be justified and held accountable.

## Literature

- Baker, J. T. 1965: Human rights in South Africa, in: *Howard Law Journal*, Vol. 11, 549-582.
- Basson, D. A. 1987: Judicial Activism in a State of Emergency: An Examination of Recent Decisions of the South African Courts, in: *SA Journal of Human Rights*, Vol. 3, 28-43.
- Beinert, W./Dubow, S. (eds.) 1995: *Segregation and Apartheid in Twentieth-Century South Africa*, London: Routledge.
- Bindman, G. 1987: Preliminary Report on South Africa, in: *Int'l Commission of Jurists Review* 31.
- Bingham, L. 2006: The rule of law, in: *Cambridge Law Journal*, Vol. 66, No. 1, 67-85.
- Brits, J. 2002: Despatching apartheid: American diplomats in South Africa, 1948-1953, in: *South African History Journal*, Vol. 46, No. 1, 175-202.
- Brown, J. 1985: Black Sash editorial, in: *The Black Sash*, Vol. 28, No. 2, 1.
- Brown, J. 1986: Black Sash editorial, in: *The Black Sash*, Vol. 29, No. 2, 1.
- Budlender, G. 1985: Licence to?, in: *The Black Sash*, Vol. 28, No 2, 31.
- Budlender, G. 1988: Law and lawlessness in South Africa, in: *SA Journal of Human Rights*, Vol. 4, 139-152.
- Chambers Giant Paperback Thesaurus 2006, London: Chambers Harrap.
- Chanock, M. 2001: *The Making of South African Legal Culture 1902-1936: Fear, Favour and Prejudice*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Chaskalson, A. 1985: Legal control of the administrative process, in: *South African Law Journal*, Vol. 102, 419-431.
- Chitimira, H./Mokone, P. 2017: A general legislative analysis of 'torture' as a human rights violation in Zimbabwe, in: *Potchefstroom Electronic Law Journal*, Vol. 20, No. 1, 1-41.
- Colasurdo, C./Marlin, R. 2014: South Africa's constitutional jurisprudence and the path to democracy: An annotated interview with Dikgang Moseneke, Acting Chief Justice of the Constitutional Court of South Africa, in: *Fordham Int'l Law Journal*, Vol. 37, No. 2, 279-308.
- Constitution of the Republic of South Africa, 1996.
- Corder, H. 1984: *Judges at Work: The Role and Attitudes of the South African Appellate Judiciary, 1910-50*, Cape Town: Juta.
- Corder, H. (ed.) 1988: *Law and Social Practice in South Africa*, Cape Town: Juta.
- Cornell, M. 1960: The statutory background of Apartheid: A chronological survey of South African legislation, in: *The World Today Journal*, Vol. 16, No. 5, 181-194.

- Corrigan, J. (ed.) 1990a: Preface, in: Corrigan, J. (ed.): *Subverting Apartheid: Education, Information and Culture under Emergency Rule*, London: IDAF Publications, 1-7.
- Corrigan, J. 1990b: Media, in: Corrigan, J. (ed.): *Subverting Apartheid: Education, Information and Culture under Emergency Rule*, London: IDAF Publications, 8-28.
- Davenport, T. R. H. 1978: *South Africa: Modern History*, Toronto: University of Toronto Press.
- De Klerk, P. 2009: Was the Great Trek really great? A historiographical inquiry into the consequences and significance of the Great Trek, in: *Tydskrifvir Geesteswetenskappe*, Vol. 49, No. 4, 658-673.
- Dicey, A. 1915: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed, London: Macmillan.
- Dyson, G. 1985: South Africa: The state of emergency, in: *Menneskerog Rettigheter*, Vol. 3, No. 3, 30-34.
- Dugard, J. 1978: *Human Rights and the South African Legal Order* Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Dugard, J. 1990: A Bill of Rights for South Africa, in: *Cornell Int'l Law Journal*, Vol. 23, No. 3, 441-466.
- Dugard, J. 2011: *International Law: A South African Perspective*, 4th ed, Cape Town: Juta.
- Dugard, J./Reynolds, J. 2013: Apartheid, international law, and the occupied Palestinian Territory, in: *The European Journal of International Law*, Vol. 24, No. 3, 867-913.
- Ellmann, S. 1992: *In a Time of Trouble: Law and Liberty in South Africa's State of Emergency*, Oxford: Clarendon.
- Fedsure Life Assurance Ltd v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council* 1999 (1) SA 374 (CC).
- Glazer, N. 2010: Democracy and deep divides, in: *Journal of Democracy*, Vol. 21, No. 2, 5-19.
- Glen Grey Act 25 of 1894.
- Group Areas Act 41 of 1950.
- Haysom, N. 1987: Licence to kill Part 1: The South African police and the use of deadly force, in: *SA Journal of Human Rights*, Vol. 3, 3-38.
- Henrico, R. 2014: Re-visiting the rule of law and principle of legality: Judicial nuisance or licence?, in: *Journal of South African Law*, 742-759.
- Hiemstra, V. G. 1971: Constitutions of liberty, in: *SA Law Journal*, Vol. 88, 45-52.
- Hoexter, C. 2012: *Administrative Law*, Cape Town: Juta.
- Internal Security Act 74 of 1982.
- Kannemeyer, J. 2012: *JM Coetzee: A Life in Writing*, Johannesburg: Jonathan Ball.
- Kahn, E. 1960: Constitutional and administrative law, in: *Annual Survey of South African Law*, 1-60.
- Langston, L. R. 1997: Affirmative action, a look at South Africa and the United States: A question of pigmentation or levelling the playing field?, in: *American University Int'l Law Review*, Vol. 13 No. 2, 333-377.
- Levin, L. 1986: Emergency regulations, in: *The Black Sash*, Vol. 29, No. 2, 23-28.
- Lurie, H. 1990: Human Rights and internal security in South Africa, in: *Washington StateUniv Law Review* 357.
- Martin, R. 2006: The rule of law in Zimbabwe, in: *The Round Table: The Commonwealth Journal of Int'l Affairs*, Vol. 95, 239-253.
- McLachlin, B. 2015: Canadian constitutionalism and the ethic of inclusion and accommodation, in: *Western Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 3, 1-12.

- Metal and Allied Workers Union v State President 1986 (4) SA 358 (D).
- Miller, R. B. 1993: Science and society in the early career of HF Verwoerd, in: *Journal of African Studies*, Vol. 19, No. 4, 634-661.
- Mills, G. 2014: *Why States Recover: Changing Walking Societies into Winning Nations, from Afghanistan to Zimbabwe*, Johannesburg: Picador Africa.
- Muller, R. 2014: Afrikaner socio-theological discourse in the early twentieth century: War and mission in: *Historia*, Vol. 59, No. 2, 309-325.
- Natal Newspapers v State President 1986 (4) SA 1109 (N).
- Omar/Fani v Minister of Law and Order 1987 (3) SA 859.
- Oxford Dictionary and Thesaurus 1999, Oxford: Oxford University Press.
- Paulin, C. M. 2001: *White Men's Dreams, Black Men's Blood: African Labour and British Expansionism in Southern Africa*, Trenton, NJ: Africa World Press.
- President of the Republic of South Africa v South African Rugby Football Union 2000 (1) SA 1 (CC).
- Prinsloo v The State [2014] ZASCA 96 (SCA).
- Proc 90 GG 6403 (1960).
- Promotion of Black Self-Government Act 46 of 1959.
- Public Safety Act 3 of 1953.
- Publication Act 42 of 1974.
- Puritz, P. 1987: Children in detention in South Africa, in: *Children's Legal Rights Journal*, Vol. 8, 8-11.
- Republic of South Africa Constitution Act 32 of 1961.
- Republic of South Africa Constitution Act 110 of 1983.
- Reservation of Separate Amenities Act 49 of 1953.
- Rex v Abduraham 1950 (3) SA 134 (AD).
- Rickard, C. 2010: *Thank you, Judge Mostert, Cape Town: Penguin SA*.
- Riotous Assembly Act 17 of 1956.
- Robinson, W./McDougall, G. 1986: *South Africa 1986: A Permanent State of Emergency*, Southern Africa Project Annual Report.
- Safran, W. 2008: Names, labels, and identities: Sociopolitical contexts and the question of ethnic categorization, in: *Identities: Global Studies in Culture and Power*, Vol. 15, No. 4, 437-461.
- Schreiner, O. D. 1967: *The Contribution of English Law to South African Law; and the Rule of Law in South Africa*, The Hamlyn Lectures Nineteenth Series, Cape Town: Juta.
- Sen, A. 2005: *The Argumentative Indian*, London: Allen Lane.
- South African Defence and Aid Fund v Minister of Justice 1967 (1) SA 263 (A).
- South African Receiver of Revenue Services v Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration 2017 (1) SA 549 (CC).
- Stanton v Minister of Justice 1960 (3) SA 354 (T).
- Steyn R 2015 Jan Smuts: *Unafraid of Greatness*, Johannesburg: Jonathan Ball.
- Terreblanche, S. 2002: *A History of Inequality in South Africa 1652-2002*, Pietermaritzburg: University of KwaZulu-Natal Press.
- Terrorism Act 83 of 1967.
- Thompson, L./Prior, A.: 1982 *South African Politics*, Cape Town: David Philip.
- Thompson, R. J./Nicholls, B. M. 1993: The Glen Grey Act: Forgotten dimensions in an old theme, in: *South African Journal of Economic History*, Vol. 8, No. 2, 58-70.

- Unlawful Organisations Act 34 of 1960.
- Unterhalter, E. 1990: Education, in: Corrigan, J. (ed.): *Subverting Apartheid: Education, Information and Culture under Emergency Rule*, London: IDAF Publications, 29-51.
- Van der Vyver, J. 1976: *Seven Lectures on Human Rights*, Cape Town: Juta.
- Vice, S. 2015: Dignity and equality, in: *Barnard Constitutional Law Review*, Vol. 7, No. 1, 135-162.
- Viljoen, D. 2013: The impact of apartheid on urban poverty in South Africa: What we learn from history, in: *Mediterranean Journal of Social Sciences*, Vol. 4, No. 2, 729-734.
- Welsh, D. 2009: *The Rise and Fall of Apartheid*, Johannesburg: Jonathan Ball.
- Wilkins, I./Strydom, H. 2012: *The Super Afrikaners: Inside the Afrikaner Broederbond*, Johannesburg: Jonathan Ball.
- Winks, B. E. 2011: A covenant of compassion: African humanism and the rights of solidarity in the African Charter on Human and Peoples' Rights, in: *African Human Rights Law Journal*, Vol. 11, No. 2, 447-464.
- Worden, N 1994: *The Making of Modern South Africa: Conquest, Segregation and Apartheid*, Cambridge: Blackwell.
- Zaaiman, J.: The local role of a Wellington Afrikaner Broederbond branch, 1937-1994, in: *Historia*, Vol. 55, No. 2, 121-146.



[hamburger-edition.de](http://hamburger-edition.de)

Geb., 424 S., 34 Grafiken u. Tabellen  
€ 35,- | ISBN 978-3-86854-333-9  
Auch als E-Book erhältlich

»In diesem tiefgründigen, provokanten Buch enthüllt Fazal die unbeabsichtigten Folgen der Versuche, den Krieg durch Recht zu zähmen. Ihre unverwechselbare Mischung aus historischer Erzählung und quantitativer Analyse widerlegt viele Mythen über Frieden und Krieg, Staatlichkeit und Sezession und festigt ihren Ruf als eine der scharfsinnigsten Wissenschaftler\*innen der Internationalen Beziehungen.« *David Armitage*

Hamburger <sup>25 Jahre</sup> Edition  
Verlag des Hamburger Instituts für Sozialforschung

**M. Ehteshamul Bari**

# **The Impact of Declarations of Emergency on Human Rights**

## **A PERSPECTIVE FROM THE INDO-PAK-BANGLADESH SUBCONTINENT\***

It is a common feature of the constitutions of modern democracies to contain elaborate provisions empowering the executive to declare a state of emergency and to suspend the enforcement of human rights whilst dealing with grave threats posed to the life of the nation. However, history demonstrates that the power to invoke and continue emergencies are often abused to impose unreasonable restrictions on the right of individuals. This Article will explore whether the Constitutions of India, Pakistan and Bangladesh stipulate effective safeguards for ensuring that the extraordinary powers concerning emergencies are not invoked for extraneous purposes to impose undue restrictions on human rights. Consequently, on the basis of this analysis, this Article will put forward concrete recommendations to plug the constitutional loopholes, if any, concerning emergency powers in India, Pakistan and Bangladesh for safeguarding the enjoyment of the fundamental human rights of individuals.

### **1. Introduction**

The declaration of an emergency is aimed at preserving and protecting the integrity and cohesion of a nation when faced with grave crises, such as war, external aggression, armed rebellion, natural calamities or financial instability (Bari 2017). Accordingly, it is common for modern constitutions to incorporate elaborate provisions empowering the executive branch of government to proclaim emergencies for effectively dealing with such crises. Such provisions concerning the proclamation of emergency are also accompanied by provisions investing the executive with the power to suspend the right of citizens to move the courts for the enforcement of all or some of the human rights guaranteed by the Constitution, i.e. fundamental rights (Rossiter 1948: 5, 11, Lee 1984: 1). The extraordinary measure of suspending the enforcement of rights is sought to be justified on two grounds. First, if some rights, such as those pertaining to liberty, movement, thought, conscience and speech, are permitted to be enjoyed in an unconstrained manner, they would unduly impede a government's competence to adequately meet the exigencies of a grave threat posed to the life of the nation. Second,

the restrictions on the rights of individuals would be lifted as soon as the grave threats facing the nation cease to exist. However, history demonstrates that political governments often treat constitutional provisions concerning the suspension of the enforcement of rights in an arbitrary manner for imposing restrictions on rights that should enjoy constitution operation at all times due to them expressing “fundamental value for human beings” (Koji 2001: 917, 930) and for unduly prolonging the restrictions even after the cessation of hostilities which warranted their imposition in the first instance (Bari 2017: at 200).

Accordingly, in order to alleviate the impact of proclamations of emergency on the rights of individuals, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), 1966, which is considered the “most important universal instrument” in human rights with 173 state parties, imposes substantive limitations, i.e. the principles of non-derogation and proportionality, on the power of governments of state parties to derogate from human rights of individuals during emergency periods (Meron 1986: 83). The principle of non-derogation is based on the assumption that since certain human rights, such as the right to life, the right not to be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, the right not to be held in slavery, and the right to freedom from retroactive penal laws<sup>1</sup> express fundamental value for human beings, (Koji 2001) they should not be subject to derogation under any circumstances, including during the declaration of a state of emergency.

On the one hand, the principle of proportionality, which is premised on the idea that “there should be a reasonable relationship or balance between an end and the means used to achieve that end”,<sup>2</sup> stipulates that “only those rights which have a direct bearing on the emergency should be suspended and when the threat posed to the security of the nation ceases to exist, the restrictions on the enjoyment of these rights must be lifted.”<sup>3</sup> Thus, the combined effect of the principles of non-derogation and proportionality is to ensure not only the continuous operation of those rights which

1 These four non-derogable rights are common to the three major human rights treaties, namely, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), 1950, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), 1966, and the American Convention of Human Rights, 1969. However, the ICCPR has gone further and classified three more rights as non-derogable, namely the right to freedom from punishment for breach of contract, the right to recognition as a person before the law, and the right to freedom of thought, conscience and religion.

2 Kirk, J. 1997: Constitutional Guarantees, Characterisation, and the Concept of Proportionality, in: Melbourne University Law Review, Vol. 21, 1, 2.

3 Bari, M. Ehteshamul 2017: States of Emergency and the Law: The Experience of Bangladesh, London & New York: Routledge, at 69.

are “among the most fundamental rights for the protection of the human being,”<sup>4</sup> but also those rights the suspension of which are not strictly required by the exigencies of a grave threat posed to the life of a nation.

However, in light of the weaknesses of the monitoring system prescribed by the ICCPR in ensuring the compliance of states parties with the above standards concerning human rights,<sup>5</sup> it is contended that these standards should be incorporated into national constitutions.<sup>6</sup> It is pertinent to stress here that the drafters of modern constitutions have shown greater willingness to not only incorporate these standards but also to complement them with additional safeguards for ensuring that emergencies and the consequent restrictions on human rights are not continued beyond the threats posed to the life of the nation. In this context, reference can be made to the Constitutions of Namibia and South Africa.

The Constitution of Namibia, 1990, in the first place, designates 13 fundamental rights, including the right to life, the right not to be subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment and the right not to be subjected to slavery, as non-derogable during a state of emergency.<sup>7</sup> Second, the Constitution circumscribes the power of the executive to declare an emergency to well-defined circumstances, such as “national disaster or during a state of national defence”.<sup>8</sup> Third, the Constitution stipulates that a state of emergency and the resultant measures, including restrictions on fundamental rights, will cease to have effect if not approved by a vote of two-thirds of the members of the legislature in session within seven days, or “in any other case” within 30 days.<sup>9</sup> Finally, the extraordinary measures concerning the proclamation of emergency and the restrictions on the fundamental rights cannot remain in force indefinitely. Rather the Constitution provides that such measures can continue to be in force for no more than six months unless extended by a vote of two-thirds of the members of the legislature for a further six months.<sup>10</sup>

On the other hand, the Constitution of South Africa, 1996, in light of the adverse impact of numerous emergencies proclaimed during the period between 1948 and 1994 on the human rights of individuals, makes a number of rights, including the

4 Koji, Teraya 2001: Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of NON-derogable Rights, in *European Journal of International Law*, Vol. 12, No. 5, 917, 930.

5 The monitoring system under the ICCPR suffers from meagreness of resources and does not have the authority to impose sanctions against offending states parties. Bari, *supra* note 3, at 70-74.

6 Bari, *supra* note 3, at 156.

7 Constitution of Namibia, 1990, article 24(3).

8 *Ibid*, article 26(1).

9 *Ibid*, article 26(2)(a) & (b).

10 *Ibid*, article 26(3).

right to life, the right to human dignity and the right not to be subjected to slavery, immune to suspension during grave emergencies threatening the security and integrity of the nation.<sup>11</sup> The incorporation of the list of non-derogable rights in the Constitution is also supplemented by a number of safeguards in an effort to ensure that emergencies cannot be used as a vehicle for imposing unwarranted restrictions on the rights of individuals. First, the Constitution stipulates that an emergency can only be declared due to “war, invasion, general insurrection, disorder or natural disaster”.<sup>12</sup> Second and perhaps more importantly, the Constitution subjects the continuation of the proclamation of emergency and measures such as restrictions on the rights of individuals to the approval of increasing supermajorities of the parliament,<sup>13</sup> thereby obviating the possibility of an emergency and the restrictions on the human rights being continued beyond the circumstances which warranted their invocation.

It can strongly be argued that the incorporation of the above safeguards in the Constitutions of Namibia and South Africa provide the benchmarks for assessing the constitutionality of emergencies and their effect on human rights. It is against this backdrop that this Article will examine whether the Constitutions of India, Pakistan and Bangladesh prescribe effective safeguards for ensuring that the extraordinary powers concerning emergency are not invoked for extraneous purposes to impose undue restrictions on fundamental rights. Consequently, on the basis of this analysis, this Article, will put forward concrete recommendations to plug the constitutional loopholes, if any, concerning emergency powers in India, Pakistan and Bangladesh to safeguard the fundamental human rights of individuals.

## 2. Emergency Powers in the Subcontinent

The Indian Subcontinent was partitioned into the independent States of India and Pakistan through the passage of the Indian Independence Act by the British Parliament on July 18, 1947.<sup>14</sup> Twenty-four years later in 1971, the Eastern Province of Pakistan emerged as an independent State under the name of Bangladesh. The provisions concerning emergency powers as embodied in the Constitutions of the Independent States of India, Pakistan and Bangladesh are, as will be shown in the forthcoming discussion, are closely modelled on legislation enacted during British colonial rule in the Subcontinent.

11 Bari, *supra* note 3, at 157; Constitution of South Africa, 1996, section 37(5).

12 Constitution of South Africa, 1996, section 37(1)(a).

13 *Ibid*, section 37(2).

14 Indian Independence Act 1947, section 1(1).

## 2.1 THE PROVISIONS CONCERNING EMERGENCY POWERS IN THE 1950 INDIAN CONSTITUTION

Article 352(1) of the Constitution of India, 1950, originally empowered the President of India to proclaim an emergency if he was satisfied that the security of India had been threatened by war or external aggression or internal disturbance. It is pertinent to note here that the framers of the Indian Constitution reproduced the grounds of war and internal disturbance for invoking emergency in Article 352(1) from Section 102(1) of the Government of India Act, 1935,<sup>15</sup> which was passed by the British Parliament for the governance of British India and which provided the Governor-General of the British India with broad emergency powers.<sup>16</sup> Furthermore, in the same manner as Section 102(5) of the Government of India Act of 1935, which authorized the Governor-General of British India to issue an emergency even before the actual occurrence of war or internal disturbance, Article 352(3) of the Indian Constitution originally authorized the President to proclaim a state of emergency even before the actual occurrence of war or external aggression or internal disturbance. However, unlike the Government of India Act, the Indian Constitution also authorizes the President under Article 360(1) to declare a financial emergency when he is satisfied that a situation has arisen whereby the financial stability or credit of India is threatened.

Although the Indian Constitution in Article 352(1) stipulates that a proclamation of emergency would require parliamentary approval for its continuance beyond one month, it neither provides for any mechanism for the effective scrutiny of a proclamation of emergency nor does it impose a maximum time limit on the continuation of an emergency. Furthermore, the Constitution of India originally provided the President with the unfettered power to suspend the enforcement of all or some of the fundamental rights guaranteed in Part III during a state of emergency.<sup>17</sup>

15 Government of India Act 1935 in section 102 provided: 'Notwithstanding anything in the preceding sections of this Chapter, the Federal Legislature shall, if the Governor-General has in his discretion declared by the Proclamation... that a grave emergency exists whereby the security of India is threatened, whether by war or internal disturbance, have power to make laws for a Province or any part thereof with respect to any of the matters enumerated in the Provincial Legislative List....'

16 Kalhan, Anil, et al. 2006: Colonial Continuities: Human Rights, Terrorism, And Security Laws in India, in: Columbia Journal of Asian Law, Vol 20, No. 1, 93, 130-131; Iyer, Venkat 2000: States of Emergency: The Indian Experience, New Delhi: Butterworths, 80.

17 Constitution of India, 1950 original article 359(1).

### 2.1.1 Exercise of the Emergency Powers in India

Following the incorporation of the emergency powers in the Indian Constitution, they have been invoked on three separate occasions—twice in 1962 and 1971 on the ground of external aggression and once in 1975 on the ground of internal disturbance. Since the third proclamation of emergency on June 25, 1975 on account of internal disturbance, marked a watershed in the exercise of emergency powers in India, in depth discussion will be confined to the exercise of emergency powers during the continuance of this emergency.

#### *The Exercise of Emergency Powers (1975-1977)*

On June 25, 1975, the President of India on the advice of Prime Minister Indira Gandhi issued a Proclamation of Emergency on the ground of internal disturbance threatening the security of the nation.<sup>18</sup> This proclamation was issued notwithstanding the fact that the nation was already under an emergency, which was declared on December 3, 1971, on account of external aggression perpetrated by Pakistan.<sup>19</sup> Thus, the powers available under the 1971 Proclamation could have easily been used by the regime to deal with the alleged internal disturbance. It should be further stressed here that the Constitution of India did not originally authorize the President to proclaim an emergency while an emergency was already in existence.

Furthermore, it seems that the actual motivation behind the declaration of emergency on the grounds of internal disturbance was to ensure Mrs Gandhi's own survival in power. This argument is bolstered by reference to the events before and after the issuance of the proclamation of emergency. This proclamation was issued only 13 days after the Allahabad High Court had delivered a judgment invalidating Mrs Gandhi's election to Parliament due to corrupt practices.<sup>20</sup> The Court also barred her from holding elected public office for a period of six years.<sup>21</sup> This judgment provided the opposition political parties the convenient premise to call for Mrs Gandhi's resignation. To this end, they organized demonstrations, rallies, public meetings and civil disobedience movements, which brought the country to a halt.<sup>22</sup>

The invocation of the emergency on June 25, 1975 was followed by the issuance of two separate Presidential Orders suspending the enforcement of a number of fun-

18 Constitution (38th Amendment) Act 1975, s 4.

19 Bari, *supra* note 3, at 36-37.

20 Bari, *supra* note 3, at 37-38.

21 *Ibid.*

22 *Ibid.*; Iyer, *supra* note 16, at 153-155.

damental rights.<sup>23</sup> The first Order issued on June 27, 1975 – two days after the proclamation of the emergency of subversion – suspended the enforcement of four fundamental rights guaranteed by the Constitution, namely: the rights to equality before the law,<sup>24</sup> life and liberty<sup>25</sup> and protection against arrest and detention.<sup>26</sup> The arbitrary attitude of the emergency regime to the rights of individuals is manifestly evident from the fact that this Order was issued notwithstanding the fact the enforcement of these rights had already been suspended by a Presidential Order, which was issued on November 16, 1974 following the proclamation of the second emergency on account of war with Pakistan.

The second Presidential Order, which was issued on January 8, 1976, also suspended the enforcement of the civil liberties guaranteed by Article 19 of the Indian Constitution, namely the freedom of speech and expression, freedom of assembly and association, freedom of movement and residence and the freedom to practise any profession, occupation or trade<sup>27</sup> – an unprecedented event in the history of emergency regimes in India. However, the regime did not stop at only suspending the enforcement of the abovementioned fundamental rights. Rather through the passage of the Constitution of India (Thirty-Eighth Amendment) Act, 1975, it arrogated to itself the power to take any measures contravening the fundamental rights during the continuance of the Presidential Orders suspending their enforcement.

Consequently, the regime of Mrs Gandhi proceeded to impose unwarranted restrictions on the fundamental human rights of individuals in violation of the human rights standards prescribed by the ICCPR. Anyone considered to be a threat to the regime was put behind bars.<sup>28</sup> Furthermore, the law enforcement agencies used various methods of torture to extract “confessions from political prisoners about their alleged plots or conspiracies to oust the government”.<sup>29</sup> These torture methods included hanging individuals “upside down” from the ceiling and subsequently beating them up, and subjecting prisoners to the “roller treatment”.<sup>30</sup>

The proclamation of emergency and the presidential orders imposing restrictions on the fundamental rights were ultimately repealed on March 21, 1977. Thus, it is evident

23 GSR 361(E), 27 June 1975, published in the Gazette of India, Extraordinary, Part II; GSR 16(E), 8 January 1976, published in the Gazette of India, Extraordinary, Part II, s 3(i).

24 Constitution of India, 1950 article 14.

25 Ibid, Article 21.

26 Ibid, Article 22.

27 GSR 16(E), 8 January 1976, published in the Gazette of India, Extraordinary, Part II, s 3(i).

28 Bari, supra note 3, at 109.

29 Bari, supra note 3, at 84; Amnesty International, Report (1977), 183.

30 Ibid.

that Gandhi's desire of clinging on to power led her to use emergency powers as the means for unduly depriving citizens of their fundamental rights for nearly two years.

### 2.1.2 The Changes Introduced to the Provisions Concerning Emergency Powers in 1978

The Government of Prime Minister Indira Gandhi's Proclamation of Emergency on June 26, 1975 on the vague ground of internal disturbance and the consequent unprecedented abuse of the emergency powers until March 21, 1977 led the succeeding Janata Party Government to pass the Constitution (Forty-Fourth) Amendment Act, 1978, which provided for the replacement of 'internal disturbance' with 'armed rebellion' as a ground for invoking emergency.<sup>31</sup> The amendment also made the fundamental rights to protection against ex post facto laws and double jeopardy,<sup>32</sup> and to life and liberty<sup>33</sup> non-derogable during an emergency.<sup>34</sup>

The effectiveness of the above changes can be gathered from the fact that since their incorporation, India has not witnessed any further declaration of emergency.

## 2.2 THE INCORPORATION OF EMERGENCY PROVISIONS INTO THE CONSTITUTIONS OF PAKISTAN

Pakistan in its 72-year history has enacted three Constitutions in 1956, 1962 and 1973 respectively. The provisions concerning the proclamation of emergency found a prominent place in all the three Constitutions drawing heavily from the emergency provisions of the colonial constitutional framework, the Government of India Act, 1935. Although emergency powers were not invoked under the first Constitution of Pakistan, 1956, emergency was proclaimed once under the second Constitution of 1962 and once in 1971 after the abrogation of the 1962 Constitution. But since 1990, Pakistan has witnessed the maximum invocation of emergency powers on four occasions—twice in accordance with the provisions of the Constitution of 1973 and twice while keeping it in abeyance. Among the emergencies declared under the 1973 Constitution, the emergency of 1998 deserves special attention due to its impact on the fundamental rights of individuals. However, before discussing the impact of the 1998 emergency on fundamental rights, it is necessary to briefly discuss the provisions concerning emergency powers as contained in the 1973 Constitution of Pakistan.

31 Bari, *supra* note 3, at 34.

32 Constitution of India, 1950, article 20.

33 *Ibid.*, article 21.

34 *Ibid.*, article 359(1), as amended by the Constitution (Forty-Fourth Amendment) Act, 1978, section 40.

### 2.2.1 The Constitution of Pakistan, 1973, and the Provisions Concerning Emergency Powers

The Constitution of Pakistan (1973) empowers the President to declare an emergency if he is satisfied that a grave emergency exists in which the security of the nation is threatened by war or external aggression or by internal disturbance.<sup>35</sup> Apart from providing for the emergency of war or external aggression and of internal disturbance, the 1973 Constitution also stipulates for the proclamation of financial emergency.<sup>36</sup>

However, unlike the Government of India Act, 1935, the 1973 Constitution of Pakistan does not provide that a proclamation of emergency of war or external aggression may be made before the actual occurrence of war or any such aggression if the President is satisfied that there is imminent danger thereof. Furthermore, unlike the Government of India Act, 1935, which did not specify any time-limit for laying the proclamation of emergency before the Parliament, Pakistan's 1973 Constitution for the first time provides that '[a] Proclamation of Emergency shall be laid before a joint sitting [of the two Houses of Parliament] which shall be summoned by the President to meet within thirty days of the Proclamation being issued.'<sup>37</sup> The Proclamation 'shall cease to be in force at the expiration of two months unless before the expiration of that period it has been approved by a resolution of the joint sitting'<sup>38</sup> of the Parliament. The Proclamation of Emergency may be extended by a similar resolution 'for a period not extending six months at a time.'<sup>39</sup> However, the Constitution of Pakistan does not stipulate either any mechanism for ensuring the effective scrutiny of the emergency measures or a time limit for bringing an end to these measures.

Furthermore, the Constitution in Article 233(2) entrusts the President with the absolute authority during an emergency to suspend the right to move any Court for the enforcement of all or any of the 23 fundamental rights. Thus, the principles of non-derogation and proportionality have not found a place in the Constitution.

#### *The Exercise of Emergency Powers in August 1998*

On May 28, 1998, President Rafiq Tarar proclaimed an emergency on account of the apparent threat of aggression by India in retaliation for the nuclear tests which had been carried out by Pakistan.<sup>40</sup> The Proclamation of Emergency was followed by the

35 See Constitution of Pakistan, 1956, article 191(1) and Constitution of Pakistan, 1973, article 232(1).

36 See Constitution of Pakistan, 1956, article 194(1) and Constitution of Pakistan, 1973, article 235.

37 Constitution of Pakistan, 1973, article 232(7).

38 Ibid, article 232(7)(a).

39 Ibid, article 232(7)(b).

40 Bari, supra note 3, at 50.

issuance of a Presidential Order on the same day in pursuance of Article 233(2) of the Constitution, suspending the enforcement of all the 23 fundamental rights guaranteed by the Constitution. This was a watershed in the history of emergency governments in Pakistan as during the previous emergency regimes the enforcement of only nine fundamental rights were suspended. However, 45 days after the issuance of this Order, President Tarar had a sudden change of heart as he issued yet another Order varying the earlier one by dispensing with only nine rights, namely: freedom from arbitrary arrest and detention,<sup>41</sup> freedom of movement,<sup>42</sup> freedom of assembly,<sup>43</sup> freedom of association,<sup>44</sup> freedom of trade, business or profession,<sup>45</sup> freedom of speech,<sup>46</sup> right to property,<sup>47</sup> protection of property rights<sup>48</sup> and right to equality before the law.<sup>49</sup>

When the constitutionality of the above orders suspending the enforcement of rights were challenged before the Supreme Court of Pakistan in *Farooq Ahmad Khan Leghari v Federation of Pakistan*,<sup>50</sup> the Court held that since only those fundamental rights which have a direct bearing on the emergency can properly be suspended, the Presidential Orders suspending these rights were issued without proper application of mind and as such were of no effect.<sup>51</sup> This marked a watershed moment in the history of emergency regimes in the Subcontinent as this was the first time a superior court had sought to impose restrictions on the power of the executive to dispense with fundamental rights during a state of emergency.

### 2.3 THE CONSTITUTION OF BANGLADESH, 1972, AND THE POWERS CONCERNING EMERGENCY

There were originally no provisions in the Constitution of Bangladesh, 1972, either concerning the declaration of an emergency or warranting the suspension of the enforcement of fundamental rights under any circumstances. It seems that the constant abuse of the emergency powers by the successive Governments of Pakistan during the days when Bangladesh was in a union with Pakistan, dissuaded the founding fathers

41 Constitution of Pakistan, 1973, article 10.

42 Ibid, article 15.

43 Ibid, article 16.

44 Ibid, article 17.

45 Ibid, article 18.

46 Ibid, article 19.

47 Ibid, article 23.

48 Ibid, article 24

49 Ibid, article 25.

50 [1999] PLD (SC) 57.

51 Ibid, at 192.

to incorporate such powers in the Constitution.<sup>52</sup> However, the founding fathers radically transformed their views within only nine months and seven days after the coming into force of the Constitution of Bangladesh, when on September 22, 1973, the Constitution (Second Amendment) Act was passed inserting provisions concerning the declaration and continuance of emergency and suspension of the enforcement of the fundamental rights during the period of emergency. The then Law Minister sought to justify the incorporation of these provisions by remarking: ‘these provisions for preventive detention and proclamation of emergency [were] in the constitution of all democratic countries of the world... [which] were not incorporated in the Constitution when it was framed and that now this amendment was introduced to fill up that “omission.”’<sup>53</sup>

Unlike the Constitutions of India and Pakistan,<sup>54</sup> the Constitution of Bangladesh, as amended in 1973, authorizes the President in Article 141A to declare only two types of emergency, namely, the emergency of war/external aggression and the emergency of internal disturbance.<sup>55</sup> However, in the same manner as the original Article 353(3) of the Indian Constitution, the power to invoke an emergency on the actual incidence of war or external aggression or internal disturbance under the Constitution of Bangladesh has also been supplemented with the power to proclaim an emergency in anticipation of such crises.<sup>56</sup>

It is noteworthy that the Constitution of Bangladesh by stipulating ‘internal disturbance’ as one of the grounds for declaring an emergency, has failed to confine the power to proclaim a state of emergency solely to circumstances, which truly endanger the security and integrity of the nation. For the phrase “internal disturbance” does not carry any precise connotation and, as such, what constitutes “internal disturbance” in a given situation would depend to a large extent upon the subjective assessment of the executive. Consequently, succeeding generations of executives have taken advantage of this nebulous phrase to invoke emergencies for dealing with situations that could easily be contained under the ordinary legal framework.

52 As claimed by Mohd Zahirul Islam (Member of Parliament from Chittagong 16) in the Constituent Assembly, Bangladesh. 1972: Gonoporishoder Bitorko (Bangladesh Constituent Assembly Debate), Vol. 2, 51.

53 Ahmed, Moudud 1984: Bangladesh: Era of Sheikh Mujibur Rahman, Dhaka: University Press Ltd, 149.

54 Both the Constitutions of India and Pakistan empower their respective head of state’s to declare three types of emergency, i.e. emergency of war, emergency of subversion and financial/economic emergency. See Constitution of India, 1950, article 360(1), and Constitution of Pakistan, 1973, article 235(1).

55 Constitution of Bangladesh, 1972, article 141A (1).

56 Ibid, article 141A(3).

It should also be stressed here that the Constitution of Bangladesh does not contain any reliable system of checks and balances for overseeing the effective scrutiny of a state of emergency and its subsequent timely termination.<sup>57</sup> The Constitution authorizes the President to proclaim an emergency for a period of 120 days<sup>58</sup> and invests the Parliament with the sole power to extend the continuation of an emergency beyond 120 days.<sup>59</sup> But the constitution does not require such renewal of a proclamation of emergency to be approved by a larger majority of lawmakers, thereby enabling the executive to secure such renewal without any hindrance as it commands the support of the majority in the Parliament.<sup>60</sup>

Finally, the Constitution of Bangladesh, as amended by the Constitution (Second Amendment) Act, 1973, makes no endeavor whatsoever to strike an appropriate balance between protecting the security of the state and simultaneously safeguarding the fundamental human rights of citizens during an emergency. This is evident from the fact that Article 141C(1) of the Constitution has provided the President with unconstrained power during an emergency to suspend the enforcement of all or any of the 18 fundamental rights guaranteed by Part III of the Constitution. It is pertinent to stress here that although Bangladesh acceded to the ICCPR on September 6, 2000, its Constitution has not yet been amended to incorporate into it the list of non-derogable rights contained in the ICCPR.

### 2.3.1 The Exercise of Emergency Powers in Bangladesh

Since the incorporation of the provisions concerning emergency into the Constitution of Bangladesh, emergencies have been proclaimed on five occasions – on December 28, 1974 to concentrate dictatorial powers in the hands of Sheikh Mujibur Rahman and systematically wipe out all opposition to his rule;<sup>61</sup> on May 30, 1981 following the armed rebellion that involved the assassination of the Head of the State;<sup>62</sup> on November 27, 1987 to ensure the survival of an autocratic regime;<sup>63</sup> on November 27,

57 Constitution of Bangladesh, 1972, article 141A(1).

58 Ibid, article 141A(1) as amended by section 41(a) of the Constitution (Fifteenth Amendment) Act, 2011.

59 Ibid, proviso to article 141(2) (c) as amended by section 41(c) of the Constitution (Fifteenth Amendment) Act, 2011.

60 It is a common feature of parliamentary democracies for the party which has the majority of the seats in parliament to form government. See ACT Legislative Assembly, Westminster system of government in the ACT, <https://www.parliament.act.gov.au/Explore-your-Assembly/resources/fact-sheets/westminster-system>, retrieved September 7, 2019.

61 Bari, *supra* note 3, at 173-178.

62 Ibid, at 178-180.

63 Ibid, at 180-183.

1990 in a futile attempt to fend off the threats posed to the then dictatorial regime;<sup>64</sup> and on January 11, 2007 to stage an unprecedented crackdown on the senior leadership of the major political parties – on the grounds of internal disturbance. However, taking into account the severity of abuse in the exercise of emergency powers during the most recent proclamation of emergency (in 2007) and its adverse impact on the fundamental human rights of the citizens, in depth discussion will be confined to it only.

*The Exercise of Emergency Powers during Proclamation of Emergency 2007-2008*

Ahead of the Government of Bangladesh Nationalist Party (BNP) completing its five year term on October 28, 2006, a controversy erupted over the neutrality of Justice K.M. Hasan,<sup>65</sup> who was destined to take over as the head of the neutral Caretaker Government, which would have been formed for assisting the Election Commission to hold the general election scheduled for January 2007. The Bangladesh Awami League (BAL) organized violent protests to oppose Justice Hasan's impending appointment as the head of the Caretaker Government.<sup>66</sup> Although Justice Hasan, in light of the violence perpetrated by the BAL, declined to accept the responsibility of heading the neutral government, the BAL continued its violent campaign bringing the life of the nation to a complete standstill. It opposed the neutral government which had been formed under the leadership of President Iajuddin Ahmed, who had been elected to the office of President on a BNP Ticket.<sup>67</sup>

The mounting violence coupled with constant pressure from western diplomats furnished the Chief of Army Staff – General Moeen U Ahmed – the convenient pretext to intervene. On January 11, 2007, General Ahmed induced President Ahmed to resign as the head of the neutral caretaker government<sup>68</sup> and to subsequently declare a state of emergency on the imprecise ground of 'internal disturbance'.<sup>69</sup>

Immediately following the proclamation of emergency, a new caretaker government was sworn in and the political unrest which apparently necessitated the proclamation of the emergency on the grounds of 'internal disturbance' on January 11, 2007 came to an end.<sup>70</sup> Notwithstanding these, the regime proceeded to not only continue the emergency, but also to defer the election scheduled for January 2007 indefinitely. It

<sup>64</sup> Ibid, at 183-185.

<sup>65</sup> Ibid, at 185.

<sup>66</sup> Ibid.

<sup>67</sup> Ibid, at 186.

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> Circular Issued by the Office of the President, January 11, 2007.

<sup>70</sup> Bari, supra note 3, at 187.

seems that the continuation of the proclamation of emergency was considered necessary for the Army to realize its ambition of perpetuating its grip on power by cracking down on the senior leadership of the two major political parties of the nation, namely the BAL and BNP. This argument is bolstered by reference to the regime's attempt to implement the 'minus-two' formula, which involved the expulsion of Sheikh Hasina and Begum Khaleda Zia – respectively the heads of the BAL and BNP – “not only from politics but also from the country”.<sup>71</sup>

*The Impact of the Proclamation of Emergency, 2007, on the Fundamental Rights*

Since the Constitution of Bangladesh does not stipulate which of the 18 fundamental rights should remain immune to suspension during a state of emergency, the emergency regime of 2007 took advantage of this constitutional lacuna by issuing an order suspending the enforcement of all the 18 fundamental rights guaranteed by the Constitution.<sup>72</sup> This was a marked departure from the precedent that had been established by the four previous emergency regimes. For the past emergency regimes had only suspended the enforcement of 12 of the 18 fundamental rights. It is further noteworthy that the emergency regime in dispensing with all the fundamental rights overlooked the fact that Bangladesh had acceded to the ICCPR in September 2000, which required it to conform to the principles of non-derogation and proportionality as stipulated by the Covenant.

Due to the absence of a time limit in the Constitution on the continuation of a state of emergency, the restrictions on all the 18 fundamental rights continued during the entire period of the emergency. Consequently, due to the lack of any effective mechanisms within the Constitution of Bangladesh for scrutinising the executive actions during a state of emergency, many of the suspended rights, including core rights to life, liberty and freedom from torture, were grossly abused with impunity.<sup>73</sup> For instance, as many as 315 persons were killed extra-judicially by law enforcement agencies,<sup>74</sup> an astounding 500, 000 individuals were arbitrarily arrested, including

71 Bari, M. Ehteshamul 2018: The Incorporation of the System of Non-Party Caretaker Government in the Constitution of Bangladesh in 1996 as a Means of Strengthening Democracy, Its Deletion in 2011 and the Lapse of Bangladesh Into Tyranny Following the Non-Participatory General Election of 2014: A Critical Appraisal, in *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol. 28, No. 1, 62.

72 Emergency Power Ordinance, 2007, s 5(1).

73 Emergency Powers Ordinance, 2007, in section 6(1) provided that: ‘no action, done by a person in good faith, according to this ordinance or any rule under this Ordinance or any provision under such rule, may be challenged in... criminal court’

74 Bari, supra note 3, at 208.

former Prime Ministers Sheikh Hasina and Begum Khaleda Zia,<sup>75</sup> and various methods of torture, such as “electric shocks” and “insertion” of “nails or needles under the fingernails or toenails or other sensitive parts of the body”, were used as the most efficient means of coercing false confessions of guilt from political detainees during the continuance of the emergency.<sup>76</sup> The proclamation of emergency and consequent undue restrictions on all the fundamental rights were ultimately revoked after nearly two years of continuation on December 17, 2008.<sup>77</sup> Thus, it is evident that the military-backed caretaker regime used the constitutional provisions concerning emergency powers as the vehicle for realizing its political ambition at the expense of the fundamental rights of citizens.

### 3. Conclusion

The foregoing discussion reveals that the constitutional provisions concerning emergency powers in India, Pakistan and Bangladesh have served as a means for depriving individuals of the enjoyment of their fundamental rights. Although lawmakers in India following the unprecedented abuse of emergency powers by the regime of Indira Gandhi during the period between 1975 and 1977, took concrete steps for reducing the scope of abuse of emergency powers by introducing certain safeguards, such as replacing ‘internal disturbance’ with ‘armed rebellion’ as one of the grounds for invoking emergency and making certain fundamental rights non-derogable in the Constitution, there is still room for improvement. The Constitutions of Pakistan and Bangladesh, on the other hand, do not contain any effective safeguard for preventing the invocation of emergency powers to impose unwarranted restrictions on the fundamental rights of individuals.

Accordingly, the following safeguards should be inserted into the Constitutions of India, Pakistan and Bangladesh:

- a) Both the Constitutions of Pakistan and Bangladesh 1973 empower the President to proclaim a state of emergency on the grounds of war or external aggression or internal disturbance. While both war and external aggression carry precise connotations, the phrase internal disturbance, as pointed out above in section 2.3 of this Article, is imprecise in nature. Consequently, the insertion of this nebulous phrase in these Constitutions as one of the grounds for invoking a state of emergency has made re-

---

<sup>75</sup> Ibid, at 209, 236.

<sup>76</sup> Ibid, at 212.

<sup>77</sup> Ibid, at 191.

sorting to extraordinary powers of emergency extremely convenient for the executive to deal with situations that can easily be contained under the ordinary legal framework. Thus, this basis (internal disturbance) for invoking emergencies should be replaced with 'armed rebellion' by amendments to the Constitutions of Pakistan and Bangladesh as has been done in the case of the Indian Constitution by the Constitution (Forty-Fourth Amendment) Act, 1978. For 'armed rebellion' as opposed to 'internal disturbance' carries a precise connotation.<sup>78</sup>

- b) Although the Constitution of India, as amended by the Constitution (Forty-Fourth) Amendment Act, 1978, has made certain fundamental rights non-derogable during an emergency, the Constitutions of Pakistan and Bangladesh contain no guidance as to which of the fundamental rights should remain stalwart during a state of emergency. Since both Pakistan<sup>79</sup> and Bangladesh have acceded to the ICCPR, Article 233(2) of the Constitution of Pakistan and Article 141C(1) of the Bangladeshi Constitution, should be amended to incorporate into them the seven non-derogable rights contained in the ICCPR, 1966.
- c) The absence of provisions in the Constitutions of India, Pakistan and Bangladesh, 1972, for the termination of emergency as soon as the circumstances which gave rise to it are adequately contained, has provided the executive with significant leeway to take steps towards the institutionalization of the emergency at the expense of the liberty of individuals. Therefore, a proclamation of emergency under the Constitutions of India, Pakistan and Bangladesh, following in the footsteps of the Constitution of South Africa, should be amenable to the increasing supermajorities of the Parliament.

Furthermore, the Constitutions of India, Pakistan and Bangladesh should prescribe a maximum time limit of six-months on the continuation of an emergency.<sup>80</sup> The stipulation of such a time limit reduces the possibility for the executive to manipulate the continuation of an emergency for imposing long-lasting restrictions on the fundamental rights of the citizens.

The enumeration of non-derogable rights in these Constitutions, complemented by the abovementioned safeguards, will provide the judiciary with the objective criteria for not only evaluating the constitutionality of the invocation and continuation of emergency but also the necessity of suspending human rights, thereby ensuring fewer breaches of human rights during a state of emergency.

<sup>78</sup> Bari, *supra* note 3, at 148.

<sup>79</sup> Pakistan acceded to the ICCPR on 23 June 2010.

<sup>80</sup> Constitution of Poland, 1997, article 230(1) and (2).

## Literature

- Bari, M. Ehteshamul 2017: *States of Emergency and the Law: The Experience of Bangladesh*, London & New York: Routledge.
- Koji, Teraya 2001: *Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights*, in *European Journal of International Law*, Vol. 12, No. 5, 917-941.
- Lee, HP 1984: *Emergency Powers*, Sydney: The Law Book Company Limited.
- Meron, Theodor 1986: *Human Rights Law Making in the United Nations: A Critique of Instruments and Process*, Oxford: Clarendon Press.
- Rossiter, Clinton L. 1948: *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, New Jersey: Princeton University Press.

# HINTERGRUND

---

**Jörg Maywald**

## Menschenrechte für Kinder

### 30 JAHRE UN-KINDERRECHTSKONVENTION – EIN BLICK ZURÜCK NACH VORN

Die global gewachsene Einsicht, dass Kinder einen eigenen Menschenrechtsschutz benötigen, hat 1989 zur Verabschiedung der UN-Kinderrechtskonvention geführt. Die Konvention verfolgt einen ganzheitlichen Ansatz und bindet eine große Bandbreite ökonomischer, sozialer, kultureller, ziviler und politischer Menschenrechte in einem einzigen Vertragswerk zusammen. Die UN-Kinderrechtskonvention wurde durch drei Fakultativprotokolle ergänzt und enthält sowohl die für alle Menschen geltenden Rechte als auch spezifische, auf die besondere Lebenssituation von Kindern zugeschnittene Rechte. Ziel der Konvention ist es, weltweit die Würde, das Überleben und die Entwicklung von Kindern und damit von mehr als der Hälfte der Weltbevölkerung sicherzustellen. Vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklungen ist es auch in Deutschland zu einem tief greifenden und noch nicht abgeschlossenen Perspektivenwechsel gekommen. Kinder werden zunehmend nicht mehr als Objekte der Erwachsenen, sondern als Subjekte und Träger eigener Rechte behandelt. Rund drei Jahrzehnte nach Verabschiedung der Konvention zieht der Beitrag eine Zwischenbilanz. Erfolge werden benannt und eine Weiterentwicklung der Kinderrechte sowohl international als auch in Deutschland wird angemahnt.

Die einstimmige Verabschiedung des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (UN-Kinderrechtskonvention, im Folgenden UN-KRK)<sup>1</sup> durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen am 20. November 1989 in New York war zweifellos ein Meilenstein auf dem Weg zur globalen Durchsetzung von Kinderrechten. Aber es war kein Endpunkt. Zahlreiche Entwicklungen wurden dadurch erst angestoßen und haben zu neuen Perspektiven und weiteren Debatten geführt. Dieser Prozess ist keineswegs abgeschlossen. Der Beitrag zieht eine Zwischenbilanz und gibt Anstöße für Weiterentwicklungen sowohl in Deutschland als auch weltweit.

---

1 <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/menschenrechtsinstrumente/vereinte-nationen/menschenrechtsabkommen/kinderrechtskonvention-crc/>

## 1. Wie alles begann

Erste Bestrebungen, Kinder nicht mehr nur als Objekte der Erwachsenen anzusehen, sondern als individuelle Persönlichkeiten mit subjektiven Rechten, sind rund hundert Jahre alt. Unter dem Eindruck massenhaften Kinderelends im Ersten Weltkrieg gründete die englische Grundschullehrerin Eglantyne Jebb 1920 das britische Komitee „Save the Children International Union“ als ersten internationalen Lobbyverband für die Interessen von Kindern. Ein von ihr entworfenes Fünf-Punkte-Programm (Children's Charter) enthielt grundlegende Schutzverpflichtungen der Erwachsenen gegenüber den Kindern. Der 1919 gegründete Völkerbund übernahm die Charta und verkündete sie 1924 als „Geneva Declaration“ über die Rechte des Kindes.

Etwa zeitgleich proklamierte der polnische Kinderarzt und Pädagoge Janusz Korczak in den 1920er Jahren ein Recht jedes Kindes auf Achtung seiner Persönlichkeit als Grundlage sämtlicher Kinderrechte. Als Leiter eines jüdischen Waisenhauses in Warschau forderte er umfassende Beteiligungsrechte für Kinder und überwand damit die Vorstellung einer allein von Schutz und Förderung geprägten Sichtweise zu Gunsten eines Bildes vom Kind, das von Gleichwertigkeit und Respekt geprägt wird. „Das Kind wird nicht erst ein Mensch, es ist schon einer“ (Korczak 1985: 106), lautete die Quintessenz seiner der damaligen Zeit weit vorseilenden Anschauung.

Nach den Rückschlägen durch Nationalsozialismus und Zweiten Weltkrieg setzten die Vereinten Nationen als Nachfolger des Völkerbundes die Beratungen über Kinderrechte fort. Bereits 1945 wurde in San Francisco die Charta der Vereinten Nationen verabschiedet, 1948 folgte in Paris die Verabschiedung der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte. Rund zehn Jahre später standen die Kinderrechte erneut auf der Tagesordnung. Ein überarbeiteter und auf zehn Artikel erweiterter Text der „Geneva Declaration“ wurde 1959 von der Vollversammlung der Vereinten Nationen als „Deklaration über die Rechte des Kindes“ verabschiedet. In dieser noch nicht rechtsverbindlichen Deklaration wird das Kind erstmals auf internationaler Ebene als Träger eigener Rechte bezeichnet. Außerdem wurde der Begriff des Kindeswohls (best interests of the child) eingeführt.

Vor dem Hintergrund großer Hungerkatastrophen vor allem in Afrika, aber auch aufgrund der Erfahrung von Entkolonialisierung und weltweiter Freiheitsbestrebungen, trat in den 1970er Jahren die immense Ungleichheit von Lebenschancen der Kinder immer stärker in das Bewusstsein der Weltöffentlichkeit. In der Folge nahmen sich die Vereinten Nationen erneut der Sache der Kinder an. Im Vorfeld des 20. Jahrestages

der Verabschiedung der „Deklaration über die Rechte des Kindes“ beschloss die UN-Vollversammlung, das Jahr 1979 zum „Internationalen Jahr des Kindes“ auszurufen. Außerdem beauftragte sie auf Initiative Polens hin eine Arbeitsgruppe, eine völkerrechtsverbindliche Kinderrechtskonvention zu erarbeiten.

Zehn Jahre später wurde dann die UN-KRK einstimmig verabschiedet. Das Übereinkommen ist insofern einmalig, als es die bisher größte Bandbreite fundamentaler Menschenrechte – ökonomische, soziale, kulturelle, zivile und politische – in einem einzigen Vertragswerk zusammenbindet. Die in den 42 Artikeln, ergänzt durch zwölf Artikel mit Verfahrensregelungen, dargelegten völkerrechtlich verbindlichen Mindeststandards haben zum Ziel, weltweit die Würde, das Überleben und die Entwicklung von Kindern und damit von mehr als der Hälfte der Weltbevölkerung sicherzustellen. Die UN-KRK verfolgt einen „ganzheitlichen Ansatz [...], der auch in den verschiedenen funktionalen Dimensionen der Konventionsrechte zum Ausdruck kommt. Zahlreiche Verbote und klassische liberale Abwehrrechte werden kombiniert mit echten staatlichen Schutzverpflichtungen“ (Schmahl 2013: 41).

Die Kinderrechtskonvention ist das weltweit am meisten ratifizierte Menschenrechtsübereinkommen. Insgesamt 196 Staaten haben ratifiziert und die Konvention damit innerstaatlich für verbindlich erklärt. Lediglich die USA stimmten zwar der Verabschiedung zu, gehören jedoch nicht zu den Ratifikationsstaaten.<sup>2</sup> Zwölf Jahre nach Inkrafttreten der Konvention fand 2002 in New York eine Sondergeneralversammlung der Vereinten Nationen zu Kindern statt, der sogenannte Weltkindergipfel, in dessen Rahmen der Internationale Aktionsplan „A World fit for Children“<sup>3</sup> verabschiedet wurde. Auch die von den Vereinten Nationen beschlossenen Millennium Development Goals (MDG) und die darauf folgenden Sustainable Development Goals (SDG)<sup>4</sup> mit einer Reichweite bis 2030 weisen zahlreiche Bezüge zu elementaren Kinderrechten auf.

## 2. Das Gebäude der Kinderrechte

Ausgangspunkt der UN-KRK ist die Stellung des Kindes als Träger eigener Rechte. Gemäß Artikel 1 gilt als Kind jeder Mensch, der das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, also Kinder und Jugendliche. Den Rechten der Kinder stehen Verpflichtungen der Erwachsenen gegenüber. In erster Linie der Staat, aber auch die Institutionen für Kinder wie Kita und Schule und nicht zuletzt die Eltern tragen Verantwortung

<sup>2</sup> <http://indicators.ohchr.org/>

<sup>3</sup> <https://www.unicef.org/specialsession/wffc/>

<sup>4</sup> <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/>

für die Verwirklichung der Kinderrechte. Die in dem „Gebäude der Kinderrechte“ wichtigsten und vom UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes als miteinander zusammenhängende Allgemeine Prinzipien (General Principles) definierten Rechte finden sich in den Artikeln 2, 3, 6 und 12.

Artikel 2 enthält ein umfassendes Diskriminierungsverbot. Kein Kind darf aufgrund irgendeines Merkmals, wie z. B. der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen Anschauung, der nationalen, ethnischen oder sozialen Herkunft, einer Behinderung, der Geburt oder eines sonstigen Status des Kindes oder seiner Eltern benachteiligt werden.

In Artikel 3 Abs. 1 ist der Vorrang des Kindeswohls festgeschrieben. Demzufolge ist bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist. Als „self executing right“ ist diese Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung unmittelbar anzuwendendes Recht (vgl. Lorz 2010).

Artikel 6 sichert das grundlegende Recht jedes Kindes auf Leben und bestmögliche Entwicklung. Die Vertragsstaaten der Kinderrechtskonvention erkennen das angeborene Recht jedes Kindes auf Leben an und verpflichten sich, das Überleben und die Entwicklung des Kindes in größtmöglichem Umfang zu gewährleisten.

In Artikel 12 ist das Recht jedes Kindes auf Beteiligung niedergelegt. Demzufolge hat jedes Kind das Recht, in allen Angelegenheiten, die es betreffen, unmittelbar oder durch einen Vertreter gehört zu werden. Die Meinung des Kindes muss angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife berücksichtigt werden.

Tabelle 1: Allgemeine Prinzipien der UN-Kinderrechtskonvention

Allgemeine Prinzipien der UN-Kinderrechtskonvention	
Artikel 2	Recht auf Nichtdiskriminierung
Artikel 3	Recht auf vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls
Artikel 6	Recht auf Leben und bestmögliche Entwicklung
Artikel 12	Recht auf Beteiligung und Berücksichtigung der Meinung des Kindes in allen es betreffenden Angelegenheiten

In der UN-KRK sind eine große Zahl weiterer Rechte von Kindern enthalten, die sich auf unterschiedliche Lebenssituationen und Lebensbereiche beziehen und nach Schutzrechten, Förderrechten und Beteiligungsrechten (im Englischen als die drei „P“ bezeichnet: Protection, Provision, Participation) unterschieden werden können. Zu

den Schutzrechten gehören u. a. das Recht auf Schutz der Identität, das Recht auf Schutz vor unberechtigter Trennung von den Eltern, das Recht auf Schutz der Privatsphäre, das Recht auf Schutz vor schädigenden Einflüssen durch Medien und das Recht auf Schutz vor jeder Form körperlicher oder geistiger Gewaltanwendung, Misshandlung oder Vernachlässigung einschließlich des sexuellen Missbrauchs. Wichtige Förderrechte sind u. a. das Recht auf Gedanken, Gewissens- und Religionsfreiheit, das Recht auf Förderung von Kindern mit Behinderung, das Recht auf Gesundheitsfürsorge und auf einen angemessenen Lebensstandard, das Recht auf Bildung und das Recht auf Ruhe, Freizeit, Spiel und Erholung. Schließlich gehören zu den Beteiligungsrechten insbesondere das Recht auf Berücksichtigung der Meinung des Kindes, das Recht auf freie Meinungsäußerung sowie auf Informationsbeschaffung und Informationsweitergabe sowie das Recht auf Nutzung der Medien.

Neben den materiellen Rechten enthält die UN-KRK eine Reihe von Regelungen zur Umsetzung der Konvention. Hierzu gehören die Bekanntmachung der Kinderrechte (Artikel 42), die Einsetzung eines Ausschusses für die Rechte des Kindes (Artikel 43), die Berichtspflicht der Vertragsstaaten (Artikel 44) sowie die Mitwirkung anderer Organe der Vereinten Nationen (Artikel 45).

Von großer Bedeutung ist die in Artikel 42 UN-KRK enthaltene Verpflichtung der Vertragsstaaten, „die Grundsätze und Bestimmungen dieses Übereinkommens durch geeignete und wirksame Maßnahmen bei Erwachsenen und auch bei Kindern allgemein bekannt zu machen“. Mit dieser Verpflichtung bekennen sich die Vertragsstaaten der Konvention zu einer umfassenden Kinder- und Menschenrechtsbildung auf allen Ebenen, sowohl gegenüber Eltern, den mit Kindern und für Kinder tätigen Fachkräften sowie Erwachsenen generell, als auch gegenüber Kindern jeder Altersstufe.

Die in der UN-KRK niedergelegten Rechte sind durch drei Zusatz- bzw. Fakultativprotokolle präzisiert und erweitert worden. Das erste im Jahr 2002 in Kraft getretene Fakultativprotokoll soll Kinder in bewaffneten Konflikten schützen. Das zweite, im selben Jahr in Kraft getretene Fakultativprotokoll betreffend den Kinderhandel, die Kinderprostitution und die Kinderpornographie verbietet diese Formen der Ausbeutung und fordert von den Staaten, sie als Verbrechen zu verfolgen und unter Strafe zu stellen. Schließlich trat 2014 das dritte Fakultativprotokoll betreffend ein Individualbeschwerdeverfahren in Kraft. Kinder, deren Rechte nach der Konvention verletzt wurden, können sich nunmehr nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs direkt (bzw. über ihre Eltern oder andere Interessenvertreter) an den UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes in Genf wenden, der die Beschwerde prüft und gegebenenfalls bei dem betroffenen Staat auf Abhilfe und/oder Wiedergutmachung drängt.

Auch die 2006 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedete UN-Konvention für die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-Behindertenrechtskonvention, im Folgenden UN-BRK)<sup>5</sup> enthält eine Reihe von Bestimmungen, die sich speziell auf Kinder beziehen, und daher für die Weiterentwicklung der internationalen Kinderrechte von Bedeutung sind. Ausschließlich den Rechten von Kindern mit Behinderungen widmet sich Artikel 7 UN-BRK, der die wichtigsten Schutz-, Förder- und Beteiligungsrechte der Kinderrechtskonvention fast wortgleich übernimmt. Das Recht auf Nichtdiskriminierung, das Recht auf vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls und das Recht auf Berücksichtigung der Meinung des Kindes in allen es betreffenden Angelegenheiten werden dort aufgeführt.

Neu ist hier, dass die Gleichberechtigung zwischen Kindern mit und ohne Behinderung und ein Anspruch auf behindertengerechte sowie altersgemäße Hilfe bei der Verwirklichung des Rechts auf Beteiligung festgeschrieben sind. Mit der Aufnahme des Vorrangs des Kindeswohls in eine sich auf alle Menschen mit Behinderungen – Kinder und Erwachsene – beziehende Menschenrechtskonvention wird zudem deutlich, dass es sich bei diesem Vorrangprinzip um ein einzigartiges Element im internationalen Menschenrechtsgefüge handelt, das der besonderen Situation von Kindern im Verhältnis zu den Erwachsenen Rechnung trägt und quer zu allen Menschenrechtskonventionen Geltung beanspruchen kann.

In Artikel 24 UN-BRK ist das Recht auf Bildung von Menschen mit Behinderungen niedergelegt. Die Vertragsstaaten verpflichten sich, „ein integratives Bildungssystem auf allen Ebenen“ zu gewährleisten und „sicherzustellen, dass Menschen mit Behinderungen nicht aufgrund von Behinderung vom allgemeinen Bildungssystem ausgeschlossen werden“. Im englischen Original der UN-BRK ist von einem „inclusive education system“ die Rede. Auch in Deutschland ist anerkannt, dass die Zielstellung von Artikel 24 UN-BRK darin besteht, ein inklusives Bildungssystem zu gewährleisten. Dem Konzept der Inklusion liegt das Prinzip der vorbehaltlosen Einbezogenheit und Zugehörigkeit aller Mitglieder einer Gesellschaft zu Grunde. Ziel einer inklusiven Gesellschaft ist die gleichberechtigte Teilhabe aller Menschen, ungeachtet ihres Geschlechts, ihrer Hautfarbe, ihrer Leistungsfähigkeit, ihrer ethnischen oder sozialen Herkunft oder ihrer Behinderung. Es geht darum, Vielfalt anzuerkennen und allen Menschen gleiche Teilhabechancen zu gewähren.

---

5 <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/menschenrechtsinstrumente/vereinte-nationen/menschenrechtsabkommen/behindertenrechtskonvention-cpdl/#c1911>

Tabelle 2: Geschichte der Kinderrechte weltweit

Geschichte der Kinderrechte weltweit	
1924	Völkerbund verabschiedet „Geneva Declaration“. Schutzverpflichtungen der Erwachsenen gegenüber Kindern
1945	Charta der Vereinten Nationen
1948	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
1959	Vereinte Nationen verabschieden „Deklaration über die Rechte des Kindes“. Kinder werden erstmals als Träger von Rechten bezeichnet. Der Begriff des Kindeswohls (best interests of the child) wird eingeführt.
1979	Internationales Jahr des Kindes
1989	Vollversammlung der Vereinten Nationen beschließt einstimmig die Konvention über die Rechte des Kindes (UN-Kinderrechtskonvention).
2002	Sondergeneralversammlung der Vereinten Nationen zu Kindern in New York (Weltkindergipfel). Verabschiedung des Internationalen Aktionsplans „A World fit for Children“
2002	Fakultativprotokolle zur UN-Kinderrechtskonvention über „Kinder in bewaffneten Konflikten“ und „Betreffend den Kinderhandel, die Kinderprostitution und die Kinderpornographie“ treten in Kraft.
2006	Vereinten Nationen verabschieden die Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-Behindertenrechtskonvention, u. a. mit der Verpflichtung in Artikel 24, ein inklusives Bildungssystem aufzubauen).
2014	Fakultativprotokoll zur UN-Kinderrechtskonvention betreffend ein Individualbeschwerdeverfahren tritt in Kraft.

### 3. Kinder und Erwachsene – gleichberechtigt, aber nicht gleich

Werden der Status des Menschseins und die damit verbundenen Rechte als Maßstab des Vergleichs genommen, sind Kinder den Erwachsenen gleich. Zugleich aber unterscheiden sich Kinder zweifellos von Erwachsenen: Kinder sind keine kleinen Erwachsenen. Als „Seiende“ sind sie einerseits Menschen wie alle anderen auch. Als „Werdende“ sind sie andererseits Menschen in einer besonderen Entwicklungsphase.

Tabelle 3: Verhältnis zwischen Kindern und Erwachsenen

Das Verhältnis zwischen Kindern und Erwachsenen	
Gleichheit	Kinder sind wie erwachsene Menschen.
Verschiedenheit	Kinder sind keine kleinen Erwachsenen. Sie haben entwicklungsbedingt spezifische Bedürfnisse.

Das Verhältnis zwischen Erwachsenen und Kindern ist asymmetrisch: Erwachsene tragen Verantwortung für Kinder, nicht jedoch umgekehrt Kinder in gleicher Weise

für Erwachsene. Aufgrund der Entwicklungsatsache brauchen Kinder besonderen Schutz, besondere Förderung und besondere, kindgerechte Beteiligungsformen. Für eine gesunde Entwicklung sind sie auf Erwachsene angewiesen, die Verantwortung dafür übernehmen, dass die Kinder zu ihrem Recht kommen.

In Eltern-Kind-Beziehungen ebenso wie in den Beziehungen zwischen pädagogischen Fachkräften und Kindern findet daher die Begegnung zwischen Erwachsenen und Kindern jeweils in zweifacher Weise statt. Einerseits – gemessen am Subjektstatus jedes Menschen – als Begegnung zwischen Gleichen. Dies kommt in der Forderung zum Ausdruck, dass pädagogische Beziehungen auf Augenhöhe erfolgen sollen. Wie alle Menschen sind Kinder als eigenständige und gleichwertige Persönlichkeiten zu achten. Sie sind (Rechts-)Subjekte und Experten in eigener Sache, ausgestattet mit einer jeweils individuellen Sichtweise, die es zu respektieren gilt. Kinder bringen ihre besonderen Bedürfnisse in die Beziehung ein und gestalten diese aktiv mit.

Andererseits ist die Beziehung zwischen Erwachsenen und Kindern eine Begegnung zwischen Ungleichen. Erwachsene stehen in der Verantwortung, Kinder zu ihrem Recht kommen zu lassen. Diese Verantwortung besteht nicht in gleicher Weise auf Seiten des Kindes. Mit dieser Asymmetrie verbunden ist eine strukturelle Machtungleichheit. Erwachsene haben die Pflicht, ihre Macht nicht für eigene Zwecke, sondern ausschließlich an den besten Interessen des Kindes (Kindeswohl) orientiert zu gebrauchen.

Im erzieherischen Alltag ist die Parallelität von Gleichheit und Ungleichheit nicht immer leicht zu balancieren. Eine Reduktion auf das eine oder andere Element wird den Anforderungen nicht gerecht. Wird die Gleichheit überbewertet, so leugnet dies die zwischen Erwachsenen und Kindern notwendigerweise bestehenden Unterschiede. Kinder werden in diesem Fall wie kleine Erwachsene behandelt und die pädagogische Beziehung pervertiert zur Kumpanei mit allen damit verbundenen Gefahren von Grenzverletzungen zu Lasten des Kindes.

Verschiebt sich umgekehrt die Balance einseitig in Richtung Ungleichheit, geschieht dies auf Kosten der Gleichwertigkeit. Kinder werden in diesem Fall auf einen Status des „Noch nicht“ festgelegt. Die sich entwickelnden Fähigkeiten und die wachsende Bereitschaft von Kindern zu Verantwortungsübernahme bleiben unbeachtet. Erwachsene Verantwortung für Kinder verkehrt sich zur Verfügungsmacht über das Kind. Die pädagogische Beziehung erstarrt zu paternalistischer Inbesitznahme.

Bei der Bestimmung des Verhältnisses zwischen Kindern und Erwachsenen geht es also sowohl um Gleichberechtigung wie auch um Anerkennung der Verschiedenheit. In der Balance von Gleichheit auf der einen und Verschiedenheit auf der anderen

Seite liegt die besondere Herausforderung im Umgang der Erwachsenen mit den Kindern. Aufgrund der Entwicklungsatsache benötigen Kinder verantwortliche Erwachsene, die sie bei der Ausübung ihrer anerkannten Rechte in einer ihrer Entwicklung entsprechenden Weise angemessen unterstützen (vgl. Artikel 5 UN-KRK). Dieses ambivalente Verhältnis normativ angemessen zum Ausdruck zu bringen, ist die Aufgabe des internationalen wie auch des nationalen Rechts.

Die in der UN-KRK niedergelegten Rechte sind nicht etwa „andere“, jenseits der allgemeinen Menschenrechte angesiedelte Rechte, denn „der Geist der Kinderrechte kommt aus dem Zentrum menschenrechtlichen Denkens“ (Kerber-Ganse 2009: 71). Vielmehr spezifiziert und erweitert die Kinderrechtskonvention die allgemeinen Menschenrechte in Bezug auf die besonderen Belange von Kindern. Kinderrechte sind insofern Menschenrechte für Kinder. Die Konvention enthält daher sowohl die für alle Menschen geltenden Rechte („equal rights“) als auch eine Reihe spezifischer, auf die besondere Situation von Kindern zugeschnittene Rechte („special rights“) (vgl. Hanson 2008: 8).

#### **4. Verhältnis zwischen internationalem und deutschem Recht**

In Deutschland ist die UN-KRK am 5. April 1992 völkerrechtlich in Kraft getreten. Durch die Rücknahme der Vorbehaltserklärung am 15. Juli 2010 hat die Bundesregierung zum Ausdruck gebracht, dass kein innerstaatlicher Anwendungsvorbehalt mehr besteht. Seitdem gilt die Konvention uneingeschränkt für jedes in Deutschland lebende Kind, unabhängig von seinem Aufenthaltsstatus, also auch beispielsweise für nach Deutschland geflüchtete Kinder. Sie schafft subjektive Rechtspositionen und begründet innerstaatlich unmittelbar anwendbare Normen. Gerichte wie auch die exekutive Gewalt sind in vollem Umfang an sie gebunden. Gemäß Artikel 59 Absatz 2 des Grundgesetzes nimmt die Konvention den Rang eines einfachen Bundesgesetzes ein. Sie steht damit allerdings nicht über der Verfassung. Im Falle einer Konkurrenz zwischen Grundgesetz und Kinderrechtskonvention kommt dem Grundgesetz eine Vorrangstellung zu.

Die Verantwortung für die Umsetzung und Überwachung (Monitoring) der UN-KRK liegt in erster Linie bei der Bundesregierung. Gemäß Artikel 44 der Konvention hat sich die Regierung verpflichtet, dem UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes in Genf alle fünf Jahre einen Bericht zu übermitteln, in dem sie die Maßnahmen und eventuellen Hindernisse bei der Verwirklichung der Kinderrechte in

Deutschland darstellt. Am Ende eines umfassenden Dialogs zwischen UN-Ausschuss und Regierung formuliert der Ausschuss sogenannte Abschließende Beobachtungen (Concluding Observations), in denen er die Regierung zu ergänzenden Maßnahmen auffordert.

Als weiteres Monitoringinstrument wurde beim Deutschen Institut für Menschenrechte in Berlin eine Monitoringstelle<sup>6</sup> geschaffen, die die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention unabhängig von der Regierung beobachten und überwachen soll. Schließlich kommt den Organisationen der Zivilgesellschaft (z. B. Kinderrechts- und Wohlfahrtsorganisationen) eine wichtige Rolle bei der Überwachung der UN-KRK zu. Mehr als 100 bundesweit tätige zivilgesellschaftliche Organisationen und Initiativen aus verschiedenen gesellschaftlichen Bereichen haben sich in der National Coalition Deutschland – Netzwerk zur Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention<sup>7</sup> zusammengeschlossen mit dem Ziel, die UN-KRK in Deutschland bekannt zu machen und ihre Umsetzung voranzubringen.

## 5. Entwicklung der Kinderrechte in Deutschland

Vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklungen ist es auch in Deutschland zu einem tief greifenden und noch nicht abgeschlossenen Perspektivenwechsel gekommen. Kinder werden auch hierzulande rechtlich weitgehend nicht mehr als Objekte der Erwachsenen, sondern als Subjekte und Träger eigener Rechte behandelt.

Ein erster Schritt zur Formulierung eigener Kinderrechte erfolgte im Jahr 1922 mit Inkrafttreten des Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes, das auf eine Initiative der 33 weiblichen Abgeordneten aus allen Reichstagsfraktionen zurückging. In § 1 Absatz 1 hieß es: „Jedes deutsche Kind hat ein Recht auf Erziehung zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit“. Zwar war dieses allein auf Kinder deutscher Staatsangehörigkeit beschränkte Recht auf Erziehung nicht mehr als ein Programmsatz ohne sich daraus ergebende Rechtsansprüche, aber ein Anfang war getan. Eine Weiterentwicklung erfolgte zunächst allerdings nicht, im Gegenteil, Nationalsozialismus und Zweiter Weltkrieg unterbrachen den zaghaften Reformprozess und warfen das Kind erneut zurück in eine umfassende Abhängigkeit von Eltern und Staat.

Auch die Nachkriegsjahre waren zunächst von Stillstand geprägt<sup>8</sup>. Erst in den 1970er Jahren kam – in Deutschland West – Bewegung auf, nicht zuletzt durch die

6 <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/monitoring-stelle-un-krk/>

7 <http://www.netzwerk-kinderrechte.de/>

8 Die in Teilen unterschiedliche Entwicklung in der DDR bleibt hier unberücksichtigt.

Enthüllungen über unhaltbare Zustände in zahlreichen Kinderheimen im Zuge der so genannten Heimkampagne sowie durch die Aktivitäten der Frauenrechts- und einer sich neu bildenden Kinderschutzbewegung. Im Zusammenhang mit der umfassenden Sorgerechtsreform von 1980 wurde der Übergang von der elterlichen „Gewalt“ zur elterlichen „Sorge“ vollzogen. Außerdem wurde § 1626 Abs. 2 in das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) eingefügt, der erstmals die Mitsprache von Kindern an allen sie betreffenden elterlichen Entscheidungen rechtsverbindlich vorsah.

Weitere Verbesserungen im BGB brachte die Kindschaftsrechtsreform von 1998, darunter die weitgehende Gleichstellung ehelicher und nicht ehelicher Kinder. Außerdem wurde das Recht des Kindes eingeführt, nach einer Trennung oder Scheidung der Eltern Umgang mit beiden Elternteilen zu haben. Schließlich haben Kinder seitdem die Möglichkeit, in Verfahren, die die elterliche Sorge betreffen, einen Verfahrensbeistand als „Anwalt des Kindes“ zur Seite zu bekommen.

Ein besonders wichtiger Baustein in der Kette bedeutender Kinderrechte ist das im Jahr 2000 verabschiedete Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung. Gemäß § 1631 Absatz 2 BGB haben Kinder seitdem ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind auch seitens der eigenen Eltern unzulässig.

Das 1990 in Kraft getretene und seither mehrfach reformierte Kinder- und Jugendhilfegesetz (SGB VIII) benennt Kinder und Jugendliche ausdrücklich als Träger eigener Rechte. In § 1 Absatz 1 SGB VIII ist das Recht jedes jungen Menschen auf „Förderung seiner Entwicklung und auf Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit“ niedergelegt. Nach § 8 Absatz 1 SGB VIII sind Kinder und Jugendliche „entsprechend ihrem Entwicklungsstand an allen sie betreffenden Entscheidungen der öffentlichen Jugendhilfe zu beteiligen. Sie sind in geeigneter Weise auf ihre Rechte im Verwaltungsverfahren sowie im Verfahren vor dem Familiengericht, dem Vormundschaftsgericht und dem Verwaltungsgericht hinzuweisen.“ Gemäß § 8 Absatz 3 SGB VIII haben Kinder und Jugendliche, die sich in einer Not- und Konfliktlage befinden, „Anspruch auf Beratung ohne Kenntnis des Personensorgeberechtigten“, allerdings nur solange durch die Mitteilung an den Personensorgeberechtigten der Beratungszweck vereitelt würde. In § 9 SGB VIII sind die Träger der Jugendhilfe aufgefordert, bei der Ausgestaltung ihrer Leistungen „die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes oder des Jugendlichen zu selbständigem, verantwortungsbewusstem Handeln“ zu berücksichtigen. Im Falle einer Trennung oder Scheidung der Eltern haben Kinder gemäß § 18 Absatz 3 SGB VIII „Anspruch auf Beratung und Unterstützung bei der Ausübung des Umgangs-

rechts“. Weiterhin enthält das Kinder- und Jugendhilfegesetz einen Anspruch des Kindes auf Eingliederungshilfe bei seelischer Behinderung (§ 35a SGB VIII) und auf Inobhutnahme in Krisensituationen, „wenn das Kind oder der Jugendliche um Obhut bittet“ (§ 42 Absatz 1 SGB VIII).

Das Recht, Hilfen zur Erziehung in Anspruch zu nehmen, ist zwar gemäß § 27 Absatz 1 SGB VIII als Recht der Eltern und nicht als Recht des Kindes formuliert. Dennoch haben Kinder gemäß § 36 Absatz 1 SGB VIII das Recht, „vor der Entscheidung über die Inanspruchnahme einer Hilfe und vor einer notwendigen Änderung von Art und Umfang der Hilfe“ beraten zu werden“. Im Jahr 1996 kam in § 24 SGB VIII der Anspruch des Kindes auf den Besuch einer Tageseinrichtung vom vollendeten dritten Lebensjahr an hinzu, der ausdrücklich als Recht des Kindes und nicht der Eltern formuliert wurde. Am 1.8.2013 wurde dieser Anspruch auf alle Kinder vom vollendeten ersten Lebensjahr an ausgedehnt.

Schließlich hat das am 1.1.2012 in Kraft getretene Bundeskinderschutzgesetz die Rechte von Kindern in Einrichtungen gestärkt. Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe sind nunmehr gemäß § 45 Absatz 3 dazu verpflichtet, „zur Sicherung der Rechte von Kindern und Jugendlichen in der Einrichtung geeignete Verfahren der Beteiligung sowie der Möglichkeit der Beschwerde in persönlichen Angelegenheiten“ vorzusehen. Außerdem verpflichtet § 79a SGB VIII die Träger dazu, „Grundsätze und Maßstäbe für die Bewertung der Qualität sowie geeignete Maßnahmen zu ihrer Gewährleistung (...) weiterzuentwickeln, anzuwenden und regelmäßig zu überprüfen“; hierzu zählen auch „Qualitätsmerkmale für die Sicherung der Rechte von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen und ihren Schutz vor Gewalt“.

Obwohl das Kinder- und Jugendhilfegesetz (Sozialgesetzbuch VIII) an verschiedenen Stellen Rechtsansprüche von Kindern formuliert, ist der Kinderrechtsansatz in diesem für Kinder besonders wichtigen Gesetz bisher nicht umfassend verwirklicht. Denn eine ausdrückliche Erwähnung des Vorrangs des Kindeswohls als vorrangig zu berücksichtigender Gesichtspunkt bei allen Maßnahmen der Kinder- und Jugendhilfe findet sich im SGB VIII bisher nicht. Auch sind die Ansprüche auf Hilfen zur Erziehung nach §§ 27 ff SGB VIII allein als Recht der Eltern und nicht ergänzend auch als Recht des Kindes ausgestaltet.

Entgegen den Fortschritten auf der einfachgesetzlichen Ebene kommen Kinder in der deutschen Verfassung – dem Grundgesetz – weiterhin nicht als Träger eigener Rechte vor. In Artikel 6 Absatz 2 Grundgesetz (Ehe und Familie) werden sie lediglich als Anhängsel ihrer Eltern – also als Objekte – behandelt und es bedurfte eigens eines Urteils des Bundesverfassungsgerichts, um klarzustellen, dass das Kind uneingeschränkt

Träger von Grundrechten ist. Zahlreiche zivilgesellschaftliche Organisationen wie die National Coalition Deutschland und das Aktionsbündnis Kinderrechte, bestehend aus dem Deutschen Kinderschutzbund, dem Deutschen Kinderhilfswerk, UNICEF Deutschland, in Kooperation mit der Deutschen Liga für das Kind, setzen sich seit Langem für die Verankerung der Kinderrechte in der Verfassung ein und haben entsprechende Vorschläge<sup>9</sup> vorgelegt.

Tabelle 4: Entwicklung der Kinderrechte in Deutschland

Entwicklung der Kinderrechte in Deutschland	
1922	Im Reichsjugendwohlfahrtsgesetz erhält jedes deutsche Kind ein Recht auf Erziehung. Ausländische Kinder bleiben davon zunächst ausgeschlossen.
1959	Im Zuge des Gleichberechtigungsgesetzes wird der § 1631 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches ersatzlos gestrichen, demzufolge es bis dahin dem Vater erlaubt war, „angemessene Zuchtmittel gegenüber seinem Kind auszuüben“.
1980	Die große Sorgerechtsreform ersetzt den Begriff „elterliche Gewalt“ durch „elterliche Sorge“. Außerdem wird der § 1626 Absatz 2 in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt, der erstmals die Mitsprache von Kindern an allen sie betreffenden Entscheidungen ihrer Eltern rechtsverbindlich festlegt.
1990	Das neue Kinder- und Jugendhilfegesetz (SGB VIII) benennt Kinder ausdrücklich als Träger eigener Rechte.
1992	Deutschland ratifiziert die UN-Kinderrechtskonvention, allerdings nicht uneingeschränkt. In einer Erklärung formuliert die Bundesregierung Vorbehalte vor allem in Bezug auf Kinder ohne deutschen Pass.
1998	Die Kindschaftsrechtsreform bringt neben der weitgehenden Gleichstellung ehelicher und nicht ehelicher Kinder unter anderem das Recht des Kindes auf Umgang mit beiden Elternteilen nach Trennung und Scheidung der Eltern (§ 1684 Absatz 1 BGB) und die Möglichkeit, Kindern in Verfahren, die die elterliche Sorge betreffen, einen Verfahrensbeistand als „Anwalt des Kindes“ zur Seite zu stellen.
2000	Durch das Gesetz über die Ächtung der Gewalt in der Erziehung erhalten Kinder gemäß § 1631 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches ein „Recht auf gewaltfreie Erziehung“.
2006	Deutschland ratifiziert die UN-Konvention für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, die zahlreiche Kinderrechte enthält.
2010	Die Bundesregierung nimmt die Vorbehaltserklärung zur UN-Kinderrechtskonvention zurück. Sämtliche Rechte nach der Konvention gelten von nun an uneingeschränkt für alle in Deutschland lebenden Kinder.
2012	Das Bundeskinderschutzesgesetz verpflichtet Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe dazu, „zur Sicherung der Rechte von Kindern und Jugendlichen in der Einrichtung geeignete Verfahren der Beteiligung sowie der Möglichkeit der Beschwerde in persönlichen Angelegenheiten“ vorzusehen.

9 <http://www.kinderrechte-ins-grundgesetz.de>

## 6. Rechtspolitischer Handlungsbedarf in Deutschland

Nach Inkrafttreten der UN-KRK ist es in Deutschland zu zahlreichen Verbesserungen der rechtlichen Stellung des Kindes gekommen. Dies reicht aber nicht aus. Weiterer (rechts-)politischer Handlungsbedarf besteht vor allem wie folgt:

*Monitoringsystem der Kinderrechte aufbauen:* Auf allen föderalen Ebenen (Kommunen, Länder, Bund) sollte ein Monitoringsystem sich ergänzender Institutionen etabliert werden, deren Aufgabe darin besteht, die Umsetzung der Kinderrechte zu überwachen und zu fördern, Beschwerden von Kindern und Erwachsenen über Kinderrechtsverletzungen entgegenzunehmen und zu bearbeiten und Vorschläge für Verbesserungen zu entwickeln. Hierzu gehören auch Ombuds- und Beschwerdestellen in den besonders relevanten Institutionen Kita und Schule, aber auch in anderen Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe und des Gesundheitswesens.

*Soziale Elternschaft stärken:* Aus Sicht des Kindes ist entscheidend, welche Bezugspersonen im Alltag und auf Dauer Elternverantwortung wahrnehmen, unabhängig davon, ob es sich um die leiblichen Eltern handelt. Diese tatsächlich für das Kind relevanten Beziehungen müssen rechtlich besser geschützt werden. Zu diesem Zweck braucht es eine Verbesserung der Rechtsstellung von Pflegekindern und eine rechtliche Aufwertung der sozialen, nicht biologischen Elternschaft.

*Inklusion verwirklichen:* Das Gebot der Nichtdiskriminierung gemäß Artikel 2 UN-KRK und die in Art. 24 der UN-BRK enthaltene Verpflichtung, ein inklusives Bildungssystem aufzubauen, müssen weitaus mehr als bisher rechtlich und tatsächlich umgesetzt werden. Hierzu gehören die sozialrechtliche Zusammenlegung von Kinder-, Jugend- und Behindertenhilfe im Sinne der sogenannten „Inklusiven Lösung“ ebenso wie ein effektives Diversity Management mit besonderem Blick auf benachteiligte Gruppen, darunter Kinder mit Behinderungen, Kinder mit Migrationsgeschichte, sozial benachteiligte Kinder, Kinder aus sozialen oder kulturellen Minderheiten und Flüchtlingskinder. Geprüft werden sollte auch, ob das vielgliedrige Schulsystem in Deutschland und die damit verbundene Tendenz zu früher Selektion den Anforderungen an ein inklusives Bildungssystem entspricht.

*Kinderrechte im Grundgesetz verankern:* Die Rechte des Kindes sollten ausdrücklich und als Individualrechte ausgestattet in das Grundgesetz aufgenommen werden. Durch die explizite Verankerung der Kinderrechte in der Verfassung käme Deutschland als Vertragsstaat der UN-KRK einer Staatenverpflichtung nach und würde darüber hinaus Vorgaben der EU-Grundrechtecharta in nationales Recht umsetzen. Dieser Schritt wäre in besonderer Weise geeignet, das allgemeine Bewusstsein für die Rechte der

Kinder zu stärken und ein klares Signal an Staat und Gesellschaft zu senden, das Wohlergehen und die Verwirklichung der Rechte der Kinder als bereichsübergreifende Kernaufgabe anzusehen.

*Wahlaltersgrenze herabsetzen:* Nach dem Prinzip „Ein Mensch – eine Stimme“ sollte Kindern das Grundrecht der Wahl eingeräumt werden. Auf diese Weise würden die Demokratie auf eine breitere Basis gestellt und die politischen Kräfteverhältnisse zwischen den Generationen neu balanciert werden.

## 7. Weiterentwicklung der UN-Kinderrechtskonvention

Die UN-KRK wurde zu einer Zeit erarbeitet, als sich viele globale, die Zukunft unserer Kinder und Kindeskindest massiv beeinflussende Probleme noch nicht so deutlich abzeichneten, wie dies heute der Fall ist. Beispielhaft genannt seien hier die von Menschen gemachten Klimaveränderungen und die damit einhergehenden Probleme wie Wasserknappheit und globale Wanderungsbewegungen, aber auch Patente auf Leben, medizinisch assistierte Reproduktion, die Folgen der digitalen Revolution und nicht zuletzt die mangelnde demokratische Legitimation internationaler Organisationen. Diesen Herausforderungen des 21. Jahrhunderts entspricht die UN-KRK – ebenso wie andere Menschenrechtsübereinkommen – nur sehr ungenügend. Anpassungen und Ergänzungen sind u. a. in den folgenden Bereichen dringlich:

*Stärkung ökologischer Kinderrechte:* Die auf mehrere Artikel der UN-KRK verteilten und unzureichend ausgeprägten Rechte des Kindes auf eine gesunde Umwelt sollten in einem neu zu schaffenden Artikel oder in einem Zusatzprotokoll zusammengefasst und dort wesentlich stärker akzentuiert und ausdifferenziert werden, um auf diese Weise den massiven Umweltgefährdungen auch mit rechtlichen Mitteln besser begegnen zu können. Da eine solche Ergänzung gemäß Artikel 50 UN-KRK eine langwierige Abstimmung zwischen den Vertragsstaaten und die Beschlussfassung durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen voraussetzt, sollte der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes kurzfristig einen General Comment als Interpretationshilfe für das Verständnis ökologischer Kinderrechte auf Basis des bestehenden Vertragstextes verabschieden.

*Erweiterung der Beteiligungsrechte von Kindern:* Das in Artikel 12 UN-KRK enthaltene Recht des Kindes, seine Meinung in allen es berührenden Angelegenheiten frei zu äußern und die Verpflichtung der Vertragsstaaten, „die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife“ zu berücksichtigen, ist als unverzichtbare Generalklausel formuliert, die jedoch erweitert und differenziert

werden sollte. Eine explizite Erwähnung des Begriffs Partizipation ist hier ebenso wünschenswert wie eine Ausdifferenzierung in Hinsicht auf die wichtigsten Lebensbereiche von Kindern, darunter besonders die Familie, Kinderbetreuungseinrichtungen und die Schule. Schließlich sollten die Beteiligungsrechte ausdrücklich auch auf den öffentlichen Bereich bezogen werden, einschließlich eines Rechts des Kindes, sich an Wahlen und Abstimmungen zu beteiligen.

*Aufbau eines internationalen Gerichtssystems:* Recht haben und Recht bekommen sind bekanntermaßen nicht dasselbe. Die rechtliche Qualität und Durchsetzbarkeit der UN-KRK ist je nach Rechtssystem von Land zu Land verschieden. Das internationale Monitoring der Konvention ist schwach und umfasst neben der Berichtspflicht der Vertragsstaaten gemäß Artikel 44 UN-KRK und dem hiermit verbundenen Staatendialog des UN-Kinderrechtsausschusses lediglich die Möglichkeit der Individualbeschwerde, über die nicht in einem rechtsförmlichen Verfahren, sondern ebenfalls im Dialog mit den Staaten entschieden wird. Um die Rechte von Kindern nach der UN-KRK auch auf internationaler Ebene besser durchsetzen zu können, ist daher langfristig der Aufbau eines internationalen, demokratisch legitimierten Gerichtssystems anzustreben. Auch wenn angesichts des realen Zustands der Welt eine solche Entwicklung derzeit nicht wahrscheinlich erscheint, so ist doch möglich, dass die zunehmenden globalen ökologischen und wirtschaftlichen Herausforderungen in der Zukunft zu einer neuen Dynamik führen, die einen Ausbau des internationalen Gerichtssystems mit sich bringt.

## 8. Fazit

Die einstimmige Verabschiedung und beinahe weltweite Ratifikation der UN-KRK hat das Bewusstsein für die Stellung des Kindes als Subjekt mit einer ihm innewohnenden und unveräußerlichen Würde und als Träger eigener Rechte in vielfacher Hinsicht gestärkt und verbessert. Das Inkrafttreten von bisher drei Zusatzprotokollen hat darüber hinaus gezeigt, dass eine Weiterentwicklung der Konvention notwendig und möglich ist. Nun sind weitere Schritte erforderlich. Zahlreichen globalen kinderrechtlichen Herausforderungen des 21. Jahrhunderts ist gemeinsam, dass nicht nur die Rechte einzelner berührt sind, sondern die Lebensgrundlagen und Verwirklichungschancen großer Gruppen von Menschen, ganzer Gesellschaften und der Menschheit insgesamt. Eine Weiterentwicklung der UN-KRK und des internationalen Menschenrechtssystems insgesamt wird sich daher in besonderer Weise auf die Stärkung kollektiver Solidaritätsrechte beziehen müssen. Auf diese Weise würde deutlich werden, dass

die Wirkung nationaler Politik kaum mehr an nationalen Grenzen halt macht und dass die Rechte auf Entwicklung, Frieden, eine gesunde Umwelt sowie auf einen gerechten Anteil an den Schätzen von Natur und Kultur unteilbar ist. Dieser Herausforderung kann nur dadurch angemessen begegnet werden, indem die fortschreitende Globalisierung von Wirtschaft und Politik durch eine ebenso kraftvolle Globalisierung des Rechts und des Humanen ergänzt wird.

## Literatur

- Hanson, Karl 2008: Schools of thoughts in children's rights, in: Ben-Arieh, A., Cashmore, J., Goodman, G., Kampmann, J., Melton, G.B. (ed.): Handbook of Child Research. London: Sage.
- Kerber-Ganse, Waltraut 2009: Die Menschenrechte des Kindes. Die UN-Kinderrechtskonvention und die Pädagogik von Janusz Korczak. Versuch einer Perspektivenverschränkung. Opladen & Farmington Hills, MI: Verlag Barbara Budrich.
- Korczak, Janusz 1985: Der Frühling und das Kind – Wiosna i dziecko (erschieden in: Polsko-Amerykański Komitet Pomocy Dzieciom – Zeitschrift des polnisch-amerikanischen Komitees für Kinderhilfe. Warschau 1921). In: Von Kindern und anderen Vorbildern. Gütersloh.
- Lorz, Ralph Alexander 2010: Nach der Rücknahme der Deutschen Vorbehaltserklärung: Was bedeutet die uneingeschränkte Verwirklichung des Kindeswohlvorrangs nach der UN-Kinderrechtskonvention im deutschen Recht? National Coalition für die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland. Berlin.
- Schmahl, Stefanie 2013: Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen. Handkommentar, Darmstadt: Nomos Verlagsgesellschaft.

**Michael Krennerich**

## **Straight 18 – und die menschenrechtliche Kritik an Minderjährigen in der Bundeswehr**

Die UN-Kinderrechtskonvention enthält drei Zusatzprotokolle; eines betrifft den Schutz von Kindern in bewaffneten Konflikten. Vorderhand scheint Deutschland hiervor nicht betroffen, da hierzulande Militäreinsätze von Minderjährigen verboten sind. Doch geht es bei dem Zusatzprotokoll auch um die Rekrutierung von Minderjährigen durch Streitkräfte und deren Schutz. Der vorliegende Beitrag setzt sich kritisch mit der Rekrutierung und dem Schutz von Minderjährigen in der Bundeswehr sowie mit Informations- und Werbemaßnahmen außerhalb und innerhalb von Schulen auseinander.

### **1. Kampagnen und Schattenbericht**

„Unter 18 nie! Keine Minderjährigen in der Bundeswehr!“ lautet eine Kampagne, die 2019 die Kinderrechtsorganisation *terre des hommes* gemeinsam mit der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW) und einigen friedenspolitischen Organisationen ins Leben gerufen hat.<sup>1</sup> Die Kampagne kritisiert die Rekrutierung Minderjähriger durch die Bundeswehr und deren auf Jugendliche abzielende Werbung. Die Kritik reiht sich in Forderungen des „Deutschen Bündnis Kindersoldaten“ ein, in dem neben *terre des hommes* etliche Kinder-, Menschenrechts- und kirchliche Organisationen organisiert sind.

Das Bündnis hat im März 2019 die deutsche Version einer Studie von *Child Soldiers International* mit dem Titel „*Why 18 matters?*“ und im November einen „Schattenbericht Kindersoldaten 2019“ vorgestellt, der in das laufende Staatenberichtsverfahren zu Deutschland eingespeist werden wird. Bezugspunkte sind dabei die UN-Kinderrechtskonvention und eines ihrer Zusatzprotokolle, namentlich jenes zum Schutz von Kindern in bewaffneten Konflikten.<sup>2</sup> Bei dem Zusatzprotokoll geht es nicht nur um den Kampfeinsatz von Kindersoldaten (der in Deutschland verboten ist), sondern

1 <https://unter18nie.de>

2 Die Bundesregierung hat 2018 beim UN-Kinderrechtsausschuss ihren fünften und sechsten Staatenbericht zur Umsetzung der Kinderrechtskonvention und deren Zusatzprotokolle eingereicht. Die „National Coalition – Netzwerk zur Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention“ ([www.netzwerk-kinderrechte.de](http://www.netzwerk-kinderrechte.de)) hat 2019 dazu einen Parallelbericht erstellt, der auch Einzelberichte zu den Zusatzprotokollen integriert. Eine aktualisierte Fassung wird bis Juli 2020 eingereicht werden, da die „Pre-Session“ zu Deutschland erst im September 2020 stattfinden und der Bericht im Ausschuss erst im Mai 2021 behandelt werden wird.

auch um die Rekrutierung von Minderjährigen durch Streitkräfte und bewaffnete Gruppen. Die Bundesregierung wähnt sich völlig im Einklang mit ihren völkerrechtlichen Pflichten und erkennt keinen Handlungsbedarf. Doch lohnt es sich den Sachverhalt etwas näher anzuschauen.<sup>3</sup>

## 2. Völkerrechtliche Vorgaben

Die Bundesrepublik Deutschland hat die UN-Kinderrechtskonvention und ihre Zusatzprotokolle ratifiziert und diese (im Range eines Bundesgesetzes) ins nationales Recht überführt. Wie die Bundesregierung eingangs ihres Staatenberichts an den UN-Kinderrechtsausschuss betont, sind diese Abkommen bei der Auslegung anderer Bundesgesetze sowie der Grundrechte und der rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes gemäß dem Grundsatz der völkerfreundlichen Auslegung zu berücksichtigen.

Wie bereits Art. 38 der Kinderrechtskonvention (KRK) zielt das besagte Zusatzprotokoll darauf ab, Kinder vor der Beteiligung an bewaffneten Konflikten und vor der Einziehung in die Streitkräfte zu schützen. Das Zusatzprotokoll legt das Mindestalter sowohl für die unmittelbare Teilnahme an „Feindseligkeiten“ („*hostilities*“) (Art. 1 ZP) als auch für die Einziehung zum verpflichtenden Militärdienst (Art. 2 ZP) auf 18 Jahre fest.

Zugleich verpflichtet es die Vertragsstaaten, das in der Kinderrechtskonvention (Art. 38 Abs. 3 KRK) niedergelegte Mindestalter von 15 Jahren für die Einziehung von *Freiwilligen* in die Streitkräfte anzuheben. Jeder Vertragsstaat muss das entsprechend angehobene Mindestalter verbindlich festlegen und kann es jederzeit erhöhen. Die allermeisten Vertragsstaaten haben sich zu einem Mindestalter von 18 Jahren verpflichtet.

Sofern die Vertragsstaaten des Zusatzprotokolls die Einziehung von Freiwilligen unter 18 Jahren in ihre Streitkräfte gestatten, sind sie verpflichtet, besondere Sicherungsmaßnahmen zu treffen. Diese umfassen *zumindest* einen verlässlichen Altersnachweis, die Zustimmung der Eltern bzw. des Vormunds, eine umfassende Aufklärung über die mit dem Militärdienst verbundenen Pflichten sowie vor allem die Bedingung, dass die Einziehung tatsächlich freiwillig („*genuinely voluntary*“) erfolgt (Art. 3 ZP).

Wie der Begriff „zumindest“ („*as a minimum*“) im Vertragstext darlegt, handelt es sich bei den genannten Sicherungsmaßnahmen nicht um einen abschließenden Ka-

3 Der vorliegende Beitrag beruht in Teilen auf dem umfassenderen Parallelbericht „Kindersoldaten 2019“ zum Zusatzprotokoll, den der Autor für das „Bündnis Kindersoldaten“ erstellt hat.

talog. Auch ist das Zusatzprotokoll in Verbindung mit der Kinderrechtskonvention zu lesen, die das Kindeswohl („*best interests of the child*“) in den Vordergrund rückt und aus der sich ein umfassender Schutzanspruch von Minderjährigen ergibt.

### 3. Rekrutierung von minderjährigen Freiwilligen in der Bundeswehr

Deutschland hat momentan eine Freiwilligenarmee. Während das Mindestalter der – seit 1. Juli 2011 ausgesetzten – Wehrpflicht bei 18 Jahren lag, werden auch 17-jährige Freiwillige in die Bundeswehr aufgenommen. Dies ist völkerrechtlich fixiert: Die Bundesregierung hat bei Hinterlegung der Ratifikationsurkunde des Zusatzprotokolls erklärt, für den Beginn des freiwilligen Dienstes in ihren Streitkräften ein Mindestalter von 17 Jahren als verbindlich im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZP anzusehen.

Die Zahl der minderjährigen „Freiwillig Wehrdienstleistenden“ (FWDL) sowie der minderjährigen Zeitsoldatinnen und Zeitsoldaten belief sich nach Aussetzung der Wehrpflicht für das restliche Jahr 2011 auf 687 Personen. Das entsprach in diesem Zeitraum 4,7 % aller neuen Soldatinnen und Soldaten bei Dienst Eintritt. Teils bedingt durch viele Schulabgänge, aber auch durch umfassende Werbemaßnahmen der Bundeswehr, stieg die Zahl in den Folgejahren an: 2012: 1.202 (5,7 %), 2013: 1.146 (5,9 %), 2014: 1.465 (6,6 %), 2015: 1.511 (7,2 %), 2016: 1.910 (8,2 %), 2017: 2.126 (9,1 %). Nach dem Höhepunkt 2017 ging – mit sinkenden Schulabgängen – die Zahl im Jahre 2018 auf 1.679 (8,4 %) Minderjährige zurück, verblieb aber auf einem hohen Niveau.<sup>4</sup>

Auch wenn das Zusatzprotokoll – bei entsprechenden Schutzmaßnahmen – die freiwillige Rekrutierung von 17-Jährigen nicht verbietet, zeigte sich der UN-Kinderrechtsausschuss in seinen „Abschließenden Bemerkungen“ zu Deutschland im Jahre 2014 besorgt darüber, dass Jugendliche ab 17 Jahren eine militärische Ausbildung bei den Streitkräften beginnen können. Er wiederholte 2014 gegenüber Deutschland seine Empfehlung von 2008<sup>5</sup>, auch das Mindestalter der freiwilligen Rekrutierung für die Streitkräfte auf 18 Jahre festzulegen, um einen höheren Kinderschutz zu erreichen.<sup>6</sup> Innerhalb Deutschlands wird die Forderung, wie gesagt, von zahlreichen

4 Die Daten sind dem Staatenbericht (Bundesregierung 2018, Anhang 2, Tab. 79) an den UN-Kinderrechtsausschuss entnommen. Sie unterscheiden sich geringfügig von den Daten, die sich der BT-Drs. 19/3965 (neu), 24.08.2018, S. 2, entnehmen lassen: 2011: 689, 2012: 1.202 (5,7%), 2013: 1.152 (5,9%), 2014: 1.463 (6,6%), 2015: 1.515 (7,2%), 2016: 1.907 (8,2%), 2017: 2.126 (9,1%).

5 CRC/C/OPAC/DEU/CO/1, 13.02.2008, Ziff. 11.

6 CRC/C/DEU/CO/3-4, 25.02.2014, Ziff. 76 (a) und 77 (a).

Kinder- und Menschenrechtsorganisationen mit großem Nachdruck unterstützt.<sup>7</sup> Auch die Kinderkommission des Deutschen Bundestages hat sich in der 18. Wahlperiode der Forderung nach Anhebung des Mindestalters auf 18 Jahre angeschlossen.<sup>8</sup>

Der Wehrbeauftragte des Bundestages erhebt eine solche Forderung zwar nicht, vertritt aber zumindest die Ansicht, dass die Einstellung 17-Jähriger eine Ausnahme bleiben müsse und nicht zur Regel werden dürfe.<sup>9</sup> Wer noch nicht erwachsen sei, benötige einen besonderen Schutz.<sup>10</sup> Schon in der 18. Wahlperiode hatte er darauf hingewiesen: „Mit dem Engagement Deutschlands bei der Wahrnehmung der völkerrechtlichen Verpflichtungen im Rahmen des Kinder- und Minderjährigenschutzes scheint es nicht ganz leicht zu vereinbaren, wenn die ausnahmsweise Rekrutierung Minderjähriger zum Regelfall mit steigender Tendenz wird.“<sup>11</sup> In dem jüngsten Bericht begrüßte er dementsprechend den Rückgang minderjähriger Freiwilliger im Jahre 2018.<sup>12</sup>

Die Bundesregierung spricht sich ausdrücklich gegen eine Anhebung des Mindestalters aus. Auf Anfrage im Bundestag erachtet sie die bestehende Einstellungspraxis der Bundeswehr in vollem Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands, sodass eine Neubewertung unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten nicht geboten erscheine.<sup>13</sup> Im Staatenbericht an den UN-Kinderrechtsausschuss wird diese Auffassung nochmals bekräftigt. Entsprechende Bundestagsanträge von den Fraktionen Die Linke sowie Bündnis90/Die Grünen, die Rekrutierung von Minderjährigen für die Bundeswehr zu beenden, wurden in der aktuellen 19. Legislaturperiode erwartungsgemäß abgelehnt.<sup>14</sup>

Damit stellt sich die Bundesregierung gegen einen weltweiten Trend. Der eingangs genannten Studie von *Child Soldiers International* (2018) zufolge haben sich inzwischen 151 Staaten zum 18-Jahre-Rekrutierungsstandard (*Straight 18*) bekannt. Laut der Studie haben nur noch 46 Staaten Minderjährige in den Reihen ihrer Streitkräfte. Unter den 168 Vertragsstaaten des Zusatzprotokolls gehören – neben Staaten wie Ägypten, Bangladesch, Bolivien, China, Indien und Pakistan – auch einige NATO-

7 Vgl. terre des hommes et al. 2017; Deutsches Bündnis Kindersoldaten et al. 2019.

8 Deutscher Bundestag, Kommission zur Wahrnehmung der Belange der Kinder, Kommissionsdrucksache 18. Wahlperiode 18/16, 21.09.2016.

9 BT-Drs. 19/700, 20.02.2018, S. 28.

10 BT-Drs. 19/7200, 29.01.2019, S. 25.

11 BT-Drs. 18/10900, 24.01.2017, S. 13.

12 BT-Drs. 19/7200, 29.01.2019, S. 25.

13 BT-Drs. 19/3965 (neu), 24.08.2018, S. 2 f. sowie Bundesregierung 2018: Staatenbericht, Kap. 11.

14 BT-Drs. 19/1747, 19.04.2018.

Staaten dazu, namentlich Belgien, Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Kanada, Niederlande, Österreich, die USA und Zypern. Im Vergleich der europäischen NATO-Staaten liegt jedoch lediglich in Großbritannien die absolute Zahl (2017: 2.290) und der relative Anteil (19 %) Minderjähriger an neuen Rekruten höher als in Deutschland.<sup>15</sup>

Mit dem Festhalten an der Rekrutierung von minderjährigen Freiwilligen schwächt die Bundesregierung nicht nur den internationalen 18-Jahre-Rekrutierungsstandard (*Straight 18*) und untergräbt ihre eigenen intensiven Bemühungen zur internationalen Ächtung des Einsatzes von Kindersoldaten in anderen Weltregionen, die im Staatenbericht hervorgehoben werden.<sup>16</sup> Sie ignoriert auch völkerrechtliche und politisch-moralische Bedenken, die gegen eine militärische Ausbildung von Minderjährigen in Deutschland vorgebracht werden. Auf Grund der Besonderheit des Soldatenberufs greift dabei auch das von der Bundesregierung vorgebrachte Argument nicht, dass die Bundeswehr – im Sinne der Chancengleichheit bei der Berufswahl – jene minderjährige Schulabgänger, die eine militärische Karriere anstreben, nicht gegenüber Gleichaltrigen durch Wartezeiten benachteiligen möchte.<sup>17</sup>

#### 4. Informationspflicht vor Aufnahme in die Streitkräfte

Zu den im Zusatzprotokoll aufgelisteten Sicherungsmaßnahmen zählt die Gewährleistung, dass vor Aufnahme in die Streitkräfte die minderjährigen Freiwilligen über die mit dem Militärdienst verbundenen Pflichten umfassend aufgeklärt werden und die Zustimmung der Eltern (oder des Vormunds) mit Kenntnis der Sachlage erfolgt. Hieraus ergeben sich vor der Aufnahme in die Streitkräfte umfassende Informationspflichten gegenüber Minderjährigen und ihren Eltern.

Die Sicherungsmaßnahmen des Zusatzprotokolls verdeutlichen, dass nationale Streitkräfte kein Arbeitgeber wie jeder andere sind. Mit der Verpflichtung zum Militärdienst ordnen sich die Minderjährigen der Weisungs- und Gehorsamspflicht in den Streitkräften unter und akzeptieren dienstpflichtbedingte Einschränkungen ihrer Grundrechte.<sup>18</sup> Vor allem aber nehmen sie langfristig ein erhöhtes Risiko für Leben und Gesundheit in Kauf. Im Unterschied zu zivilen Arbeitsverträgen können in

15 Deutsches Bündnis Kindersoldaten et al. 2019, S. 5.

16 Bundesregierung 2018: Staatenbericht, Abschnitt 11 d, S. 65 f.

17 BT-Drs. 19/3965 (neu), 24.08.2018, S. 3.

18 Zwar haben Soldatinnen und Soldaten grundsätzlich die gleichen staatsbürgerlichen Rechte wie andere Staatsbürgerinnen und Staatsbürger, doch werden diese „im Rahmen der Erfordernisse des militärischen Dienstes durch seine gesetzlich begründeten Pflichten beschränkt“ (§ 6 SG).

Deutschland zudem die oft langfristigen Dienstverträge nach der Probezeit nicht mehr regulär gekündigt werden. Bei den individuellen Beratungen müssen daher über Ausbildung, Arbeitsplätze und Karrierewege hinaus gerade auch die Pflichten und Risiken umfassend dargelegt werden, die mit einer – zumal langfristigen – Verpflichtung bei den Streitkräften einhergehen. Dahinter steht die Erkenntnis, dass Minderjährige sich leicht beeinflussen und begeistern lassen und möglicherweise die Tragweite ihrer Entscheidung noch nicht angemessen überschauen können. Jugendlichen und ihren Eltern muss daher ein realistisches Bild des militärischen Charakters des Dienstes vermittelt werden.

Der Bundesregierung zufolge wird im Vorfeld einer Einstellung „durch eine umfassende Aufklärung und Beratung bezüglich der Chancen und Risiken des Soldatenberufs und ein intensives, wissenschaftsbasiertes und eignungsdiagnostisches Assessmentverfahren sichergestellt, dass nur 17-Jährige eingestellt werden, die sich eingehend mit den Anforderungen des Soldatenberufs auseinandergesetzt haben und die erforderliche Eignung aufweisen“.<sup>19</sup> Das klingt gut, doch gibt es in der Praxis reichlich Kritik an der Berufsberatung.

Selbst der Wehrbeauftragte des Bundestags führt in seinem Bericht 2018 eine vom Verteidigungsministerium durchgeführte interne Befragung von Soldatinnen und Soldaten an, die die Bundeswehr wieder verlassen haben: „36 Prozent der befragten Soldatinnen und Soldaten auf Zeit sowie 25 Prozent der befragten Freiwillig Wehrdienstleistenden gaben als Grund für ihr Ausscheiden an, ihnen sei durch die Karriereberatung ein anderes Bild ihrer künftigen Tätigkeit vermittelt worden.“<sup>20</sup> Auch der raue Umgang mit Rekruten, Über- oder Unterforderung sowie die mangelnde Förderung vorhandener Fähigkeiten werden als Gründe für einen Abbruch angeführt.<sup>21</sup>

Hohe Abbruchzahlen weisen zumindest indirekt auf Unzulänglichkeiten bei den berufsbezogenen Informationen und Auswahlverfahren der Bundeswehr hin, gerade auch von Minderjährigen. Aus der Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage im Bundestag des Jahres 2016 geht hervor, dass im Zeitraum von 2011 bis 2015 insgesamt 1518 bei der Einstellung minderjährige Soldatinnen und Soldaten während ihrer Probezeit den Dienst beendet haben.<sup>22</sup> Bei einer ähnlichen kleinen Anfrage aus dem Jahre 2018 wurde leider nur nach Soldatinnen und Soldaten auf Zeit

19 BT-Drs. 19/3965 (neu), 24.08.2018, S. 3. Fast wortgleich die Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs im Bundesministerium der Verteidigung, Dr. Peter Tauber, am 8. Februar 2019 auf eine schriftliche Frage (1/345) im Deutschen Bundestag; vgl. BT-Drs. 19/7585, 08.02.2019.

20 BT-Drs. 19/7200, 29.01.2019, S. 24.

21 terre des hommes et al. 2016, S. 4.

22 BT-Drs. 18/7459, 02.02.2016, S. 8.

gefragt, die im Zeitraum von 2011 bis 2017 als Minderjährige eine militärische Ausbildung bei der Bundeswehr aufgenommen hatten. Davon hatten insgesamt 785 Personen ihre Widerspruchsoption ausgeübt und sind aus dem Dienst ausgeschieden.<sup>23</sup> Die „Freiwilligen Wehrdienstleistenden“ wurden hier offenbar nicht mitgezählt. Nur für letztere liegen wiederum Daten für 2018 vor: Demnach wurden im Jahre 2018 insgesamt 232 minderjährig eingestellte FWDler auf eigenen Wunsch und 31 durch die Bundeswehr entlassen.<sup>24</sup>

Auch nach der Probezeit brechen zudem noch etliche minderjährige Soldatinnen und Soldaten oder volljährige Soldatinnen und Soldaten, die bei der Einstellung noch minderjährig waren, ihren Dienst vorzeitig ab oder stellen entsprechende Anträge, verbunden mit den unten genannten Schwierigkeiten, den Dienst zu quittieren.

So ist fraglich, ob Minderjährige im Laufe der Anwerbung durch Karriereberater oder in Karriere- und Assessment-Centern immer sachgerecht beraten und informiert werden. Einiges deutet darauf hin, dass mitunter ein beschönigendes Bild von den beruflichen Möglichkeiten und Herausforderungen in den Streitkräften vermittelt wird und die Pflichten und Risiken des Militärdienstes nicht allen Angeworbenen im Vorfeld des Dienstantritts hinreichend deutlich sind. Ist den angeworbenen Minderjährigen und ihren Eltern (oder Vormündern) tatsächlich bewusst, dass sich der Militärdienst – nach Ablauf der Probezeit – nicht einfach kündigen lässt, dass er dauerhaft mit durch Dienstplichten eingeschränkten Rechten einhergeht und dass er langfristig erhebliche Risiken für Leben und Gesundheit birgt? Oder wird ihnen die Tragweite der Entscheidung erst später im Rahmen des Dienstes deutlich? Und wird nicht nur über den Reiz, sondern auch über die Gefahren von Auslandseinsätzen angemessen informiert, die perspektivisch Jugendliche anlocken können, selbst wenn diese erst später als Volljährige Auslandseinsätze wahrnehmen dürfen?

## 5. Austritt aus der Bundeswehr möglich?

Eine überaus wichtige Schutzmaßnahme im Falle der Rekrutierung von minderjährigen Freiwilligen ist, dass der Militärdienst auch tatsächlich freiwillig erfolgt. In der englischen verbindlichen Fassung des Zusatzprotokolls wird gefordert: „*Such recruitment is genuinely voluntary*“ (Art. 3 Abs. 3a ZP). Dem reinen Wortlaut nach könnte die Norm so ausgelegt werden, als bezöge sie sich lediglich auf den Akt der Einziehung

<sup>23</sup> BT-Drs. 19/3965 (neu), 24.08.2018, S. 5.

<sup>24</sup> Information des Bundesministeriums der Verteidigung an den Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages.

(„*recruitment*“). Dies würde aber bedeuten, dass Minderjährige ggf. gegen ihren Willen in den Streitkräften verbleiben müssten, wenn sie einmal freiwillig rekrutiert wurden. Das würde dem Zweck der Norm und des Zusatzprotokolls widersprechen. Einer systematischen und teleologischen Interpretation zufolge schließt die Freiwilligkeit daher nicht nur den Eintritt in den Militärdienst ein, sondern verlangt auch die Möglichkeit, diesen wieder zu verlassen.

In Deutschland ist indes nach Ablauf von sechs Monaten Probezeit die völkerrechtlich erforderliche tatsächliche Freiwilligkeit nicht mehr gegeben. Eine Entlassung auf Antrag bzw. ein Widerruf der Verpflichtungserklärung ist lediglich innerhalb der Probezeit bzw. der ersten sechs Dienstmonate möglich (vgl. §58h Soldatengesetz). Nach der Probezeit lässt sich das Dienstverhältnis nicht mehr regulär kündigen, sondern allenfalls noch über Härtefälle-Anträge (§55 Abs. 3, §75 Abs. 2 SG) auflösen oder, verbunden mit großen Schwierigkeiten, aus Gewissensgründen verweigern. Die Entlassung ist dann ggf. mit hohen Rückzahlungen für bereits in Anspruch genommene Ausbildungen verbunden.

Zwar ist seit Aussetzung der Wehrpflicht kein Verfahren wegen eigenmächtiger Abwesenheit (§15 WStG) oder „Fahnenflucht“ (§16 WStG) gegen minderjährige Soldatinnen oder Soldaten eingeleitet worden,<sup>25</sup> doch ist das Fernbleiben junger Soldatinnen oder Soldaten von der Bundeswehr grundsätzlich strafrechtlich bewehrt. Die Gefahr, sich nach der Probezeit strafbar zu machen, erfüllte den UN-Kinderrechtsausschuss bereits 2014 mit Sorge.<sup>26</sup> Potenziell betroffen sind – neben erwachsenen Soldatinnen und Soldaten – eben auch alle „Freiwilligen Wehrdienstleistenden“ sowie Zeitsoldatinnen und Zeitsoldaten, die nach Ablauf der Probezeit immer noch minderjährig sind. 2017 waren dies 173 Soldatinnen und Soldaten, in den Jahren zuvor: 31 (2011), 110 (2012), 139 (2013), 169 (2014), 212 (2015) und 222 (2016).<sup>27</sup>

In der Praxis kommt hinzu, dass die Soldatinnen und Soldaten teilweise von sich aus die Probezeit von sechs Monaten verkürzen, um nach der dreimonatigen Grundausbildung zu weiterführenden Lehr- und Ausbildungs- und Studiengängen angemeldet werden zu können. Wer noch zur Probe angestellt ist, dem bleiben entsprechende Fortbildungs- und Karrieremaßnahmen mitunter verstellt. Möglicherweise unterliegen die Jugendlichen dabei auch einem Gruppendruck und ist auch den Vorgesetzten oder den Eltern an einer raschen Zusage gelegen. Dies führt mitunter zu einer Verpflichtung vor Ablauf der Probezeit.

25 BT-Drs. 19/3965 (neu), 24.08.2018, S. 7.

26 CRC/C/DEU/CO/3-4, 25.02.2014, Ziff. 76 (a).

27 BT-Drs. 19/3965 (neu), 24.08.2018, S. 4.

Grundsätzlich ist daher zu fordern, dass Minderjährige nach Erreichen der Volljährigkeit nochmals selbst den Dienstvertrag mit der Bundeswehr unterschreiben, der zuvor lediglich stellvertretend durch die Erziehungsberechtigten (oder den jeweiligen Vormund) unterzeichnet worden war. So wäre eine eigenständige Willenserklärung des/der dann Volljährigen gegeben.

## 6. Militärische Ausbildung für Minderjährige

Im Rahmen des freiwilligen Wehrdienstes (von sieben bis zu 23 Monaten) erhalten bereits minderjährige Freiwillige eine vollständige militärische Grundausbildung und verrichten ab dem vierten Monat ihren Dienst in einer der militärischen Einheiten (Heer, Luftwaffe, Marine, Sanitätsdienst, Streitkräftebasis). Sofern sie sich als Zeitsoldatinnen und Zeitsoldaten für einen längeren Zeitraum verpflichten, schlagen sie eine militärische Karriere ein.<sup>28</sup> Die militärische Ausbildung und der Soldatenberuf jedoch gehen mit besonderen Anforderungen einher, welche die Schutzrechte von Minderjährigen verletzen können.

Minderjährige dürfen in der Bundeswehr zwar keinen Dienst an der Waffe leisten, weder im Ausland noch im Inland, auch nicht als Wachdienst. Allerdings erhalten die minderjährigen Freiwilligen bei der Bundeswehr dieselbe militärische Grundausbildung wie erwachsene Rekruten. Das heißt, sie werden an der Waffe mit scharfer Munition ausgebildet, lernen Krieg zu führen und werden militärisch gedrillt. Dies sollte jedoch aus kinderrechtlichen Sicht nicht Teil der (Aus-)Bildung von Minderjährigen sein. Hinzu kommt: Selbst, wenn die Ausbildung an der Waffe unter strenger Aufsicht erfolgt, ist der Gebrauch von Waffen mit scharfer Munition mit Gefahren verbunden. Medienberichte wiesen im Juni 2017 auf eklatante Verstöße der Sicherheitsbestimmungen und auf erniedrigende Behandlung der Rekruten bei der Schießausbildung am Bundeswehrstandort Sondershausen hin.<sup>29</sup> Auch wurde 2017 ein Einzelfall bekannt, bei der eine 17-jährige Soldatin zum Wachdienst mit der Waffe eingeteilt wurde.<sup>30</sup>

Selbst die SPD-Fraktion im Bundestag, welche die Regierungskoalition aus CDU/CSU und SPD mitträgt, spricht sich dafür aus, die Ausbildung so umzugestalten, dass es bis zur Volljährigkeit eine rein zivile Ausbildung ist, ohne Training an der Waffe und

28 Darüber hinaus bietet die Bundeswehr rein zivile Ausbildungen für den Bereich der Bundeswehrverwaltung an. Diese sind hier (nur) insofern relevant, als sie eine Alternative zur militärischen Ausbildung darstellen.

29 Siehe Spiegel-Online, 17.06.2017.

30 BT Drs. 19/7200, 29.01.2019, S. 26.

ohne jegliche militärische Ausbildungsinhalte.<sup>31</sup> In dem Positionspapier „Schutzbestimmungen für Minderjährige in der Bundeswehr“ von Juni 2017 forderte die Fraktion, „dass für minderjährige Bewerberinnen und Bewerber bis zum Erreichen der Volljährigkeit ein ziviles Beschäftigungsverhältnis bei der Zivilverwaltung der Bundeswehr geschaffen und dafür ein Ausbildungskonzept entwickelt wird“ – und keine Beschäftigung in einem militärischen Dienstverhältnis erfolgt. Im Koalitionsvertrag von 2018 der aktuellen Bundesregierung<sup>32</sup> ist vereinbart, dass die Ausbildung bei der Bundeswehr evaluiert und angepasst werden soll. Hierbei empfiehlt es sich, die Situation und Erfahrungen minderjähriger Rekrutinnen und Rekruten besonders zu untersuchen und unter Berücksichtigung des besonderen Schutzbedarfs Minderjähriger getrennt zu bewerten.

Dies ist auch deswegen wichtig, weil dem Bundesministerium für Verteidigung zufolge der Dienst in den Streitkräften besonderer physischer und psychischer Stärken bedarf.<sup>33</sup> So ist der Grundausbildung bereits funktional ein gewisser Drill eigen. Es bedarf daher einer gewissen mentalen Reife und körperlichen Konstitution, selbst, wenn bei der Einstellung dabei inzwischen auch Einschränkungen gemacht werden. Dass junge Rekrutinnen und Rekruten den Anforderungen (trotz Einstellungstests) auch physisch nicht immer gewachsen sind, zeigte u. a. die Notwendigkeit, ein neues Konzept der „aktivierenden Sportausbildung“ der Bundeswehr aufzusetzen; es wurde im Jahr 2017 als Reaktion auf Vorfälle der Überforderung von Rekruten eingeführt:

Infolge einer Marschübung bei hohen Temperaturen im Rahmen der Grundausbildung in Munster verstarb im Juli 2017 ein Offiziersanwärter, drei weitere mussten auf die Intensivstation eingeliefert werden, einer davon wurde schwer geschädigt, weitere sieben Soldaten hatten Gesundheitsprobleme.<sup>34</sup> Im Januar 2018 brachen bei einem Geländelauf des Ausbildungszentrums in Pfullendorf mehrere Soldaten zusammen.<sup>35</sup> Auch wenn die Bundeswehr zu solchen Vorkommnissen keine Altersangaben der Betroffenen veröffentlicht, bestehen Gefahren der Überforderung gerade auch für

31 BT-Drs. 19747/19.04.2018, S. 5.

32 „Ein neuer Aufbruch für Europa Eine neue Dynamik für Deutschland Ein neuer Zusammenhalt für unser Land“, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode; <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/koalitionsvertrag-zwischen-cdu-csu-und-spd-195906>

33 Siehe etwa die Informationen unter: [www.bmvg.de./de/themen/personal/die-bundeswehr-als-arbeitgeber](http://www.bmvg.de./de/themen/personal/die-bundeswehr-als-arbeitgeber) (abgerufen am 13.04.2019) und die dort abrufbare Broschüre „Bei uns geht es um Weiterkommen. Nicht nur ums Stillstehen. Mach, was wirklich zählt. Karriere bei der Bundeswehr“.

34 BT-Drs. 19/7200, 29.01.2019, S. 37. Siehe auch Presseberichte, etwa Spiegel Online, 17.08.2017; Die Welt, 18.08.2017; Stern, 04.03.2018.

35 Vgl. etwa Zeit Online, 20.02.2018; FAZ, 21.03.2018.

minderjährige Soldatinnen und Soldaten, zumal wenn die Ausbilder – wie in Munster und Pfullendorf offenbar geschehen – ihre Führungspflichten verletzen.

In konkreten Fällen kann also die militärische Ausbildung, zumal jene an der Waffe, dem Schutzziel des Art. 32 der KRK entgegenlaufen, demzufolge Kinder (im Sinne der KRK: Minderjährige) u. a. nicht zu Arbeiten herangezogen werden sollen, die Gefahren mit sich bringen oder ihre Gesundheit oder Entwicklung schädigen. Zudem wird international inzwischen darauf hingewiesen, dass das Hantieren mit gefährlichen Ausrüstungen und Materialien sowie physisch wie psychisch belastende Ausbildungs- und Arbeitsbedingungen beim Militär „gefährliche Arbeiten“ („*hazardous work*“) von Minderjährigen im Sinne der ILO-Konvention 182 und der dazu gehörigen Empfehlung 190 darstellen können.<sup>36</sup> Empfohlen wird, dass die Arbeit von Kindern ab 16 Jahren nur erlaubt wird, wenn die Gesundheit, die Sicherheit und die Sittlichkeit der betreffenden Kinder voll geschützt wird.

Erschwerend kommt hinzu, dass das deutsche Jugendarbeitsschutzgesetz auf minderjährige Soldatinnen und Soldaten keine Anwendung findet. Dem Bundesministerium der Verteidigung zufolge würden zwar zahlreiche Vorgaben des Gesetzes durch bestehende Maßnahmen umgesetzt.<sup>37</sup> Auch wird auf die geltenden Bestimmungen des allgemeinen Arbeitsschutzgesetzes und entsprechende Belehrungen für alle Soldatinnen und Soldaten hingewiesen. Doch der Jugendarbeitsschutz greift eben nicht so, wie dies in zivilen Ausbildungs- und Berufsverhältnissen der Fall ist. Dieses Problem wird auch nicht durch die grundsätzlich begrüßenswerte Handlungshilfe für Vorgesetzte zum Umgang mit Minderjährigen in der Bundeswehr<sup>38</sup> behoben, die derzeit aktualisiert wird und noch 2019 in Form einer Zentralen Dienstvorschrift herausgegeben werden soll<sup>39</sup>.

## 7. Schutz vor rechter Propaganda, entwürdigenden Aufnahmeritualen und sexuellem Missbrauch

Weiterhin kann angezweifelt werden, ob der Militärdienst und die Unterbringung in Kasernen ein angemessenes Umfeld für die Persönlichkeitsentfaltung von Minderjäh-

<sup>36</sup> Vgl. CRIN 2019. Siehe auch Abschnitt 2, Abs. 3, der ILO-Empfehlung 190 betreffend das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit.

<sup>37</sup> Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs im Bundesministerium der Verteidigung, Dr. Peter Tauber, am 8. Februar 2019 auf eine schriftliche Frage (1/345) im Deutschen Bundestag; vgl. BT-Drs. 19/7585, 08.02.2019, S. 88 f. Siehe auch bereits BT Drs. 18/7459, 02.02.2016, S. 8 f.

<sup>38</sup> „Information für Disziplinarvorgesetzte in Einheiten und Verbänden sowie Dienststellenleiter und Dienststellenleiterinnen zum Umgang mit zivilen und militärischen Minderjährigen in der Bundeswehr“ vom 22. Mai 2018.

<sup>39</sup> BT Drs. 19/7200, 29.01.2019, S. 26.

rigen im Geiste der in der UN-Charta und der Kinderrechtskonvention verkündeten Ideale darstellt. Dies gilt umso mehr, als der Wehrbeauftragte auf – 63 (2016), 167 (2017) und 150 (2018) – gemeldete Vorfälle in der Kategorie „Verdacht auf Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates, unzulässige politische Betätigung und Volksverhetzung“ hinweist. Vorwiegend handle es sich hierbei um Propaganda-Delikte wie ausländerfeindliche und antisemitische Äußerungen, das Hören rechtsextremistischer Musik, Hakenkreuzschmierereien, das Zeigen des verbotenen „Deutschen-Grußes“, „Sieg-Heil“-Rufe sowie die Nutzung gespeicherter Bilder, Texten oder Musik mit extremistischen Inhalt.<sup>40</sup> Sofern solche Vorkommnisse gemäß dem Grundprinzip der Inneren Führung nicht konsequent gemeldet, geahndet und unterbunden werden, setzt dies gerade minderjährige Soldatinnen und Soldaten einem erheblichen Meinungsdruck aus.

Von besonderer Bedeutung ist weiterhin – im Sinne des Art. 34 KRK – der Schutz von Minderjährigen vor Misshandlung und Missbrauch. Besonderer Schutzbedarf besteht dabei gerade auch für weibliche Minderjährige. Deren Anzahl stieg seit Aussetzung der Wehrpflicht zum 1. Juli 2011 von 57 im Jahr 2011 (Halbjahr) auf: 152 (2012), 153 (2013), 193 (2014), 247 (2015), 356 (2016), 448 (2017) und 313 (2018).<sup>41</sup>

Das Verteidigungsministerium betont, dass minderjährige Soldatinnen und Soldaten im Rahmen der Ausbildung der besonderen Dienstaufsicht ihrer Vorgesetzten unterliegen. Der Schutz vor sexueller Diskriminierung und vor Übergriffen werde durch diese Dienstaufsicht wirksam umgesetzt.<sup>42</sup> Im Rahmen des Meldewesens Innere und Soziale Lage der Bundeswehr müssten zudem Verdachtsfälle auf entwürdigende Aufnahme-rituale oder gewalttätige Übergriffe von den jeweiligen Dienststellen gemeldet werden. Allerdings werden erst seit 2018 gesondert Daten zur Minderjährigkeit der betroffenen Soldaten und Soldatinnen erhoben. Im Zeitraum vom 1. Januar bis zum 8. August 2018 wurden keine entsprechenden Verdachtsfälle gemeldet.<sup>43</sup> 2017 war jedoch mindestens ein minderjähriger Rekrut vom Skandal um sexuellen Missbrauch und demütigende Aufnahme-rituale in der Staufer-Kaserne in Pfullendorf (Baden-Württemberg) betroffen.

Dass es über Pfullendorf hinaus weitere Hinweise für Verstöße gibt und das Meldesystem innerhalb der Bundeswehr insgesamt Defizite aufweist, legte nicht nur ein

40 BT-Drs. 19/7200, 29.01.2019, S. 56.

41 Staatenbericht an den Kinderrechtsausschuss, Anlage 2, Tab. 79.

42 BT-Drs. 19/3965 (neu), 24.08.2018, S. 6.

43 BT-Drs. 19/3965 (neu), 24.08.2018, S. 6.

Bericht des Generalinspektors Volker Wicker an die Mitglieder des Verteidigungsausschusses des Deutschen Bundestages (2017) nahe<sup>44</sup>, sondern lassen auch zahlreiche Medienberichte erkennen. So kam es etwa zu sexuellen Übergriffen bei den Gebirgsjägern in Bad Reichenhall, in der Kaserne Todendorf oder in der Kaserne Hain bei Gera, um einige bekannt gewordene Vorfälle zu nennen.<sup>45</sup> Auch die jährlichen Berichte des Wehrbeauftragten weisen auf Probleme bei der Vermittlung der Grundsätze der Inneren Führung hin und mahnen an, dass Vorgesetzte entsprechendes Fehlverhalten nicht herunterspielen oder als vernachlässigbare Einzelfälle abtun sollen.<sup>46</sup>

Auch wenn die Daten nicht nach Alter aufgeschlüsselt sind, ist zudem die Zahl der meldepflichtigen Ereignisse und besonderen Vorkommnisse wegen des Verdachts auf Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung aufschlussreich. Sie ist von 86 (2015) auf 131 (2016), 235 (2017) und 288 (2018) gestiegen. Darunter fallen gerade auch sexuelle Übergriffe und Belästigungen gegenüber Soldatinnen und Soldaten innerhalb der Bundeswehr, von verbalen sexuellen Belästigungen über sexuelle Belästigungen durch Berührungen bis hin zu versuchten oder tatsächlichen Nötigungen und Vergewaltigungen. Die tatsächliche Zahl sexuell motivierter Übergriffe dürfte noch deutlich höher liegen, da viele Fälle – aus Scham oder aus Sorge vor beruflichen oder persönlichen Nachteilen – mutmaßlich nicht gemeldet werden. Davon geht auch der Wehrbeauftragte in seinem Bericht 2016 aus.<sup>47</sup> Laut der Studie „Truppenbild ohne Dame?“, die das Zentrum für Militärgeschichte und Sozialwissenschaften der Bundeswehr im Jahre 2014 herausgab, haben 55 Prozent der Frauen und 12 Prozent der Männer in der Bundeswehr eine Form von sexueller Belästigung erlebt. Meist waren dies verbale sexuelle Belästigungen oder unerwünschte Berührungen. Doch drei Prozent der Frauen gaben auch an, mindestens ein Mal Opfer einer sexuellen Nötigung oder Vergewaltigung in der Bundeswehr geworden zu sein und auch bei den Männern gab es solche Fälle.<sup>48</sup>

## 8. Allgemeine Informations- und Werbemaßnahmen der Bundeswehr

Werbung für das Militär bei Minderjährigen widerspricht dem Geist des Zusatzprotokolls und der Kinderrechtskonvention. Demgemäß empfiehlt der UN-Kinderrechtsausschuss, dass Deutschland „alle Formen von Werbekampagnen für die deutschen

44 Vgl. Berliner Zeitung, 30.03.2017.

45 Vgl. etwa: Spiegel-Online, 21.03.2017; NDR, 04.07.2018; Thüringer Allgemeine, 11.07.2018.

46 Siehe etwa BT-Drs. 19/700, 20.02.2018, S. 11 ff.

47 BT-Drs. 18/10900, S. 55.

48 Vgl. Kümmel 2014, S. 49 ff.

Streitkräfte, die auf Kinder abzielen, verbietet.“<sup>49</sup> Dieser Empfehlung schließen sich zahlreiche Kinder- und Menschenrechtsorganisationen in Deutschland sowie u. a. die Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW) an. Auch die Kinderkommission des Deutschen Bundestages sprach sich in der 18. Wahlperiode gegen entsprechende Werbekampagnen aus.<sup>50</sup>

In dem Staatenbericht der Bundesregierung an den UN-Kinderrechtsausschuss heißt es: „Gemäß dem Mindestalter von 17 Jahren für den Eintritt in die Bundeswehr definiert sich die Hauptzielgruppe für personalwerbliche Maßnahmen grundsätzlich auf Personen zwischen 17 und 30 Jahren. Maßnahmen des Jugendmarketings verfolgen im Sinne der Definition der Personalwerbung der Bundeswehr keine personalwerblichen Ziele. Sie sind vielmehr darauf gerichtet, interessierten Jugendlichen allgemeine Erstinformationen über die Bundeswehr zu vermitteln und Berührungspunkte abzubauen. Spezielle, auf Kinder abzielende Werbekampagnen für die deutschen Streitkräfte werden nicht durchgeführt.“<sup>51</sup> In der Praxis lassen sich diese Aussagen nicht halten:

Zum einen werden im Rahmen der vielfältigen personalwerblichen Maßnahmen der Bundeswehr auch Minderjährige unter 17 Jahren angesprochen. So ist davon auszugehen (und wohl auch gewollt), dass Jugendliche auch unter 17 Jahren die zahlreichen Ausbildungs- und Berufsmessen besuchen, bei denen die Bundeswehr teilnimmt, und dass sie kleinere „personalwerbliche Maßnahmen“ (Kofferstand, Info-Mobil etc.) außerhalb militärischer Liegenschaften sowie Veranstaltungen in Berufsinformationszentren nutzen. Auch beteiligt sich die Bundeswehr am sogenannten *Girls' Day* ([girls-day.de](http://girls-day.de)) und *Boys' Day* ([boys-day.de](http://boys-day.de)), um Jugendliche über die beruflichen Möglichkeiten in der Bundeswehr zu informieren. Die Angebote richten sich explizit an Minderjährige ab dem vollendeten 15. Lebensjahr. Weiterhin führt die Bundeswehr ausdrücklich „für die personalwerbliche Zielgruppe (u.a. Schüler) Einzel- und Sammeltruppenbesuche (unabhängig der Schule) überregional durch“, an denen Schülerinnen und Schüler teilnehmen.<sup>52</sup> Ferner sprechen die Veranstaltungen von Karriereberatern an Schulen gerade Minderjährige an, und zwar auch unter 17 Jahren.

Zum anderen verwischt die Unterscheidung zwischen Information und Werbung in der Praxis. Indem die Bundeswehr darauf abhebt, Jugendliche anzusprechen und ein positives Bild der Bundeswehr zu vermitteln, geraten viele ihrer *offline-* und *online-*

49 CRC/C/DEU/CO/3-4, 25.02.2014, Ziff. 76 (b).

50 Deutscher Bundestag – Kommission zur Wahrnehmung der Belange der Kinder, Kommissionsdrucksache 18, Wahlperiode 18/16.

51 Bundesregierung 2018: Staatenbericht, Abschn. 11 a, S. 64.

52 BT-Drs. 19/5135, 18.10.2018, Anlage 5, S. 20. Siehe die dortige Tabellen-Legende.

Angebote des Jugendmarketings zur offensiven Werbung für die Bundeswehr, die weit über die reine Imagepflege und Informationsvermittlung hinausgeht. Deutlich wird dies im Falle der jugendgerechten aufgearbeiteten Webseiten der Bundeswehr. Bereits die diskurslinguistische Analyse von Vogel (2014) kam zu dem Ergebnis, dass die Internet-Präsenz der Bundeswehr Stereotype, Emotionen, und Bedürfnisse von jungen Menschen in einem idealisierten Image kanalisiert, verbunden mit der Message: „Komm‘ zur Bundeswehr!“. Auch auf der aktuellen Website *bundeswehrentdecken.de* werden solche Images produziert und wird aktiv für die Bundeswehr geworben. Dort lässt sich beispielsweise das Jugendmagazin „*BE Strong. Die Infopost der Bundeswehr*“ kostenlos bestellen, das vom Presse- und Informationsstab des Bundesministeriums für Verteidigung herausgegeben wird. Das Jugendmagazin beinhaltet viele Hinweise zu den Berufsmöglichkeiten bei der Bundeswehr und zeugt deutlich die Absicht, junge Menschen für den Arbeitgeber Bundeswehr zu begeistern.

Gerade auch auf Jugendliche ausgerichtet sind zudem die von der Bundeswehr produzierten YouTube-Serien. Der Vorwurf eines regelrechten Militainment (Militär und Entertainment) zum Zwecke der Nachwuchswerbung lässt sich beispielsweise im Falle der von der Bundeswehr produzierten Web-Serie „KSK – Kämpfe nie für dich allein“ erheben, die im November und Dezember 2018 über soziale Medien (YouTube, Instagram, Facebook) veröffentlicht wurde. Die 22 Einzelfolgen (von meist fünf bis zehn Minuten Laufzeit,) drehten sich um einen Dschungelkampflehrgang von KSK-Soldaten in Belize, begleitet von einem zivilen „Abenteurer“ als Hauptprotagonisten, der im typischen Influencer-Format auftrat.<sup>53</sup> Selbst aus Sicht des Verteidigungsministeriums stellten die Videos mehr als reine Imagefilme dar und richteten sich an potenziellen Nachwuchs für die KSK und deren Unterstützungskräfte.<sup>54</sup> Inhalt, Ästhetik und Format sprachen dabei gerade Jugendliche an. Entsprechend wurde die Serie auch in dem Jugendmagazin der Bundeswehr beworben: „Seid gespannt auf Dschungelaction mit Gänsehautgarantie und fiebert täglich um 17 Uhr auf YouTube, Facebook und Instagram mit“, warb das Jugendmagazin „*BE Strong*“ (3/2018, S. 5) – und verwies zugleich auf umfangreiche Zusatzinformationen per Whatsapp, über den Facebook-ChatBot bei „Bundeswehr Exclusive“, bei Snapchat unter „BundeswehrJobs“ und als täglicher Podcast bei Spotify. Dazu gab es auch noch ein passendes Quiz für Interessierte im Alter von 16 bis 20 Jahren.

53 Je nach Folge wurden die Videos auf YouTube zwischen rund 95.000 und 600.000mal aufgerufen, freilich mit sinkender Tendenz (Stand: 22.04.2019).

54 Vgl. den Beitrag „Das KSK bekommt ein Gesicht“ vom 14.11.2018 auf: <https://www.dbwv.de/aktuelle-themen/blickpunkt/beitrag/news/das-ksk-bekommt-ein-gesicht/> (Stand: 22.04.2019).

Solche und viele weitere Angebote der Öffentlichkeitsarbeit der Bundeswehr sprechen gezielt Jugendliche (auch unter 17 Jahren) an und dienen gewiss nicht nur der Information, sondern direkt oder indirekt auch der Nachwuchswerbung. Erneut ist jedoch zu betonen, dass die Bundeswehr kein Arbeitgeber wie jeder andere ist. Dementsprechend muss sie sich davor hüten, mit beschönigenden, verharmlosenden, ästhetisierenden oder glorifizierenden Maßnahmen des Jugendmarketings bereits Minderjährige für den Militärdienst und den Soldatenberuf zu begeistern, der mit beachtlichen, für Jugendliche schwer absehbaren Risiken verbunden ist. Gerade Jugendliche sind vergleichsweise gutgläubig, abenteuerlustig, risikofreudig, Gruppenerlebnissen gegenüber aufgeschlossen und oft auch technikbegeistert und lassen sich daher tendenziell leichter für den Soldatenberuf begeistern als Erwachsene oder gar Mütter oder Väter mit Familie.<sup>55</sup> Entsprechend groß ist die Verantwortung der Bundeswehr, im Rahmen ihrer Informations- und Marketing-Maßnahmen gegenüber Jugendlichen nicht zu suggerieren, dass es beim Militärdienst allein um Spaß, Kameradschaft, Abenteuer und Heldentum geht. Die Risiken von Traumatisierung, Verletzung und Tod, die mit militärischen Einsätzen einhergehen, dürfen nicht spielerisch verharmlost oder ausgeblendet werden.

In diesem Sinne ist es auch zu unterlassen, Assoziationen zu Actionfilmen und Videospielen zu wecken. So stieß etwa die Plakatwerbung der Bundeswehr im Rahmen der Kölner Spielmesse „Gamescom“ 2018 zurecht auf Kritik. Mit bewaffneten Kämpfern in Computerspieloptik und mit Sprüchen im Gamer-Jargon wie „*Multiplayer at its best*“ und „Mehr Open World geht nicht“ betrieb die Bundeswehr auch aus Sicht konservativer Medien<sup>56</sup> gezielt Nachwuchswerbung. Eigenangaben zufolge verfolgte die Bundeswehr mit der Plakataktion das Ziel, zum Nachdenken drüber anzuregen, was wirklich zähle: Krieg spielen oder Frieden sichern (#Gamescom2018#GC18#Bundeswehr). Letztlich betten sich diese und viele weitere Aktionen jedoch in groß angelegte Kampagnen um Nachwuchs ein, mit denen die Bundeswehr seit 2015 unter dem Slogan wirbt: „Mach, was wirklich zählt“. Trotz der gegenläufigen Empfehlung des UN-Kinderrechtsausschuss von 2014 haben solche Maßnahmen erheblich zugenommen.

## 9. Zusammenarbeit der Bundeswehr mit Schulen

Gesellschaftspolitisch umstritten ist in Deutschland die Zusammenarbeit der Bundeswehr mit Schulen. Vereinfacht gesagt lassen sich drei Positionen unterscheiden: Die

<sup>55</sup> terre des hommes et al. 2016, S. 2.

<sup>56</sup> siehe etwa Die Welt, 23.08.2018

erste Position erachtet weder Werbe- noch Informationsmaßnahmen der Bundeswehr an Schulen als problematisch. Die zweite Position lehnt Werbe-, nicht aber Informationsmaßnahmen der Bundeswehr an Schulen ab. Die dritte Position spricht sich allgemein gegen die Präsenz der Bundeswehr an Schulen aus.

Indes ist auch hier darauf hinzuweisen, dass sich Werbe- und Informationsmaßnahmen nur schwer voneinander trennen lassen. Offenkundig ist dies bei den Aktivitäten von Karriereberaterinnen und Karriereberatern an Schulen. Deren Informationen über Ausbildungs- und Karrierewege bei der Bundeswehr gehen zumindest implizit immer auch mit der Werbung für den Dienst bei der Bundeswehr einher. Dies gilt besonders dann, wenn seitens der Schulleitung nicht gleichzeitig auch die Vielfalt beruflicher Werdegänge außerhalb der Bundeswehr aufgezeigt wird, um eine neutrale und ausgewogene Informationsvermittlung zu gewährleisten. Eine solche Forderung lässt sich bereits einem 2010 erstellten Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages zum Thema „Schule und Bundeswehr“ entnehmen.<sup>57</sup>

Allein im vierten Quartal des Jahres 2018 gab es 165 Vorträge oder Veranstaltungen von Karriereberaterinnen und -beratern der Bundeswehr innerhalb und außerhalb des Unterrichts an Schulen oder gelegentlich auch außerhalb von Schulen.<sup>58</sup> In den allermeisten Fällen wurden die Maßnahmen mit Schülerinnen und Schülern der Mittelstufe und der Oberstufe durchgeführt, in einzelnen Fällen auch mit jenen der Unterstufe. Die allermeisten Schülerinnen und Schüler waren dabei minderjährig, vielfach unter 17 Jahre. Auch wenn die Bundeswehr mit anderen zivilen Arbeitgebern um Nachwuchs konkurrieren muss, ist erneut hervorzuheben, dass der Militärdienst und der Soldatenberuf mit größeren Gefahren und umfassenderen Pflichten einhergehen als zivile Berufe. Mit gutem Grund hat daher der UN-Kinderrechtsausschuss die Bundesregierung 2014 aufgefordert, nicht unter Minderjährigen für die Bundeswehr zu werben. Diese Forderung gilt auch für Minderjährige an Schulen. Sofern also die Karriereberatung einen werbenden Charakter annimmt, ist sie zu unterlassen.

Diese Position hat Bestand – auch trotz der jüngeren Kontroverse um den Landesparteitagsbeschluss der Berliner SPD von April 2019. Der Beschluss forderte, das Schulgesetz für das Land Berlin um den folgenden Satz ergänzen: „Es wird militärischen Organisationen untersagt, an Berliner Schulen für den Dienst und die Arbeit im militärischen Bereich zu werben“. Selbst nach der – freilich erst nachträglichen – Klärung, dass es sich nicht um ein Informationsverbot, sondern nur um ein Werbeverbot für die Bundeswehr an Schulen handle, von dem lediglich Karriereberater (und nicht

<sup>57</sup> Deutscher Bundestag, WD3 – 3000 – 185/10.

<sup>58</sup> BT-Drs. 19/5135, 18.10.2018, S. 10-15.

etwa Jugendoffiziere, s. u.) betroffen seien, stieß der Beschluss auf harsche Kritik seitens namhafter Politikerinnen und Politiker, auch aus den Reihen der SPD.<sup>59</sup> Auch das Verteidigungsministerium verteidigte die Besuche sowohl von Karriereberatern als auch von Jugendoffizieren an Schulen. Diese stünden im Zusammenhang mit der verfassungsmäßig verankerten Rolle der Bundeswehr als Parlamentsarmee.<sup>60</sup> Da und insofern jedoch Karriereberatungen durch die Bundeswehr an Schulen implizit einen werbenden Charakter haben, sind sie im Sinne des menschenrechtlichen Kinderschutzes, wie gesagt, zu unterlassen.

Im Unterschied zu Karriereberaterinnen und Karriereberatern dürfen sogenannte „Jugendoffiziere“ nicht direkt für den Dienst in die Bundeswehr werben. Vielmehr sollen sie zumeist im Rahmen schulischer Veranstaltungen über Friedens- und Sicherheitspolitik sowie über die damit zusammenhängenden Aufgaben der Bundeswehr lediglich informieren. Dem Wehrbeauftragten zufolge leisten sie einen „wertvollen Beitrag zur Außendarstellung der Bundeswehr und zur politischen Bildung junger Menschen“.<sup>61</sup> An 61 Standorten bundesweit sind jeweils ein bis vier Jugendoffiziere eingesetzt (wobei allerdings 2018 nur 69 der vorgesehenen 94 hauptamtlichen Jugendoffiziere-Stellen besetzt waren)<sup>62</sup>. Eigenangaben zufolge haben die Jugendoffiziere im Jahre 2017 insgesamt 5.743 Veranstaltungen durchgeführt, an denen insgesamt 157.205 Personen teilnahmen, davon 122.483 Schülerinnen und Schüler (und Studierende) sowie 34.722 Multiplikatoren (inkl. Lehrkräfte und Referendare). Zumeist handelte es sich um Vorträge, Seminare und Informationsveranstaltungen, darüber hinaus auch um Truppenbesuche sowie Teilnahmen an Großveranstaltungen und Podiumsdiskussionen. Die Anzahl der Veranstaltungen und Teilnehmer ist dabei seit 2013 weitgehend stabil.<sup>63</sup>

Zwischen 2008 und 2011 haben die Kultusministerien der Länder sogar Kooperationsvereinbarungen mit der Bundeswehr abgeschlossen, die den Zugang von Jugendoffizieren zu den Schulen und zur Aus- und Fortbildung von Lehrkräften und Referendaren erleichtern. Den Anfang machte Nordrhein-Westfalen. Es folgten (in alphabetischer Reihenfolge): Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Sachsen und das Saarland. Der Wortlaut der Vereinbarungen variiert, doch die fixierten Ziele sind ähnlich. Mittels zusätzlicher Informa-

59 Vgl. etwa: FAZ, 02.04.2019.

60 Vgl. tagesschau.de, 01.04.2019.

61 BT-Drs. 19/7200, 29.01.2019, S. 21.

62 Vgl. ebda.

63 2013: 5.484 Veranstaltungen/152.235 Teilnehmer; 2014: 5.520/161.515; 2015: 5.569/149.966; 2016: 5.468/146.509. Quelle: Bundesministerium der Verteidigung: Jahresbericht der Jugendoffiziere der Bundeswehr 2017, Berlin 26. April 2018, Anlage 3a. Siehe auch: BT-Drs. 19/5135, 18.10.2018, S. 16-19.

tionen durch die Jugendoffiziere sollen Schülerinnen und Schüler (der Sekundarstufen I und II sowie der Berufsschulen) befähigt werden, sich mit Fragen der Friedens- und Sicherheitspolitik, allgemein und auf Deutschlands Rolle bezogen, vertiefend und eigenständig auseinanderzusetzen.

In etlichen Kooperationsvereinbarungen – mit Ausnahme etwa jener in Rheinland-Pfalz<sup>64</sup> – sind ausdrücklich Sicherungsmaßnahmen eingezogen. Sie legen beispielsweise fest, dass Schulen oder Lehrkräfte eigenverantwortlich und freiwillig über die Inanspruchnahme der Angebote der Jugendoffiziere entscheiden dürfen. Jugendoffizieren wird mitunter nochmals explizit verboten, für den Dienst oder die Tätigkeiten in der Bundeswehr zu werben. Teilweise werden Jugendoffiziere ausdrücklich auf die Grundsätze des „Beutelsbacher Konsenses“ verpflichtet, wie gerade auf das Überwältigungsverbot (Indoktrinationsverbot) und das Kontroversitätsprinzip (Ausgewogenheit).<sup>65</sup> Einige Vereinbarungen schreiben vor, dass die Lehrkräfte bei den Veranstaltungen anwesend sein müssen und betonen deren Verantwortung für den Unterricht. Im Saarland und in Hessen haben die Schulen bzw. die Lehrkräfte für eine sachgerechte Information und die Vermittlung pluraler Standpunkte zu sorgen. In Nordrhein-Westfalen sollen ausdrücklich unterschiedliche Institutionen und Organisationen gleichberechtigt und gleichgewichtig einbezogen werden.<sup>66</sup> Die Vereinbarungen in Hessen und Saarland weisen eigens auf die Möglichkeit des Dialogs mit friedenspolitischen Organisationen hin.<sup>67</sup>

Während auch in Bundesländern ohne Kooperationsvereinbarungen Jugendoffiziere in Schulen eingeladen werden, haben solche Vereinbarungen die Zusammenarbeit der Jugendoffiziere mit den Schulen gestärkt und das Angebot erweitert.<sup>68</sup> Doch ist der Schulbesuch von Jugendoffizieren umstritten. So wird der Einfluss der Bundeswehr

64 Kooperationsvereinbarung zwischen dem Ministerium für Bildung, Wissenschaft, Jugend und Kultur des Landes Rheinland-Pfalz und dem Wehrbereichskommando II der Bundeswehr, Mainz, 25. Februar 2010.

65 Besonders deutlich: Kooperationsvereinbarung zwischen dem Ministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur des Landes Mecklenburg-Vorpommern und dem Wehrbereichskommando I Küste der Bundeswehr, Schwerin, 13.07.2010.

66 Kooperationsvereinbarung zwischen dem Ministerium für Schule und Weiterbildung des Landes Nordrhein-Westfalen und dem Wehrbereichskommando II der Bundeswehr, Düsseldorf, 30.08.2012 (aktualisierte Fassung der Kooperationsvereinbarung vom 29.10.2008).

67 Kooperationsvereinbarung zwischen dem Ministerium für Bildung des Saarlandes und dem Wehrbereichskommando II der Bundeswehr, Saarbrücken, 12.04.2011; Kooperationsvereinbarung zwischen dem Hessischen Kultusministerium und dem Wehrbereichskommando II der Bundeswehr, Wiesbaden, 4.11.2010.

68 Vgl. Bundesministerium der Verteidigung: Jahresbericht der Jugendoffiziere der Bundeswehr 2017, Berlin 26.04.2018, S. 4.

auf die inhaltliche Gestaltung des Unterrichts und der Aus- und Fortbildung von Lehrkräften und Referendaren mitunter massiv kritisiert, etwa seitens der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW) sowie überregionaler und lokaler Bündnisse und Elterninitiativen. Sie fordern die Kündigung von Kooperationsvereinbarungen mit der Bundeswehr sowie eine „Schule ohne Bundeswehr“.<sup>69</sup>

Kritikern zufolge hat die Bundeswehr keinen Bildungsauftrag an Schulen. Sofern sie dennoch Informations- und Bildungsarbeit betreibt, besteht – trotz der genannten Sicherungsmaßnahmen – die Gefahr einer einseitigen Darstellung der Sichtweise der Bundeswehr. Friedenspolitische und militärkritische Organisationen werden in der Praxis kaum eingeladen und haben auch nicht die finanziellen und personellen Ressourcen, um ein vergleichbares Gegenangebot an Schulen zu ermöglichen. De facto wird damit den rhetorisch geübten Jugendoffizieren das Feld überlassen, ohne dass kritische Stimmen der Friedensbewegung oder von Kinder- und Menschenrechtsorganisationen zu Wort kommen. Es hängt daher sehr stark von den Lehrkräften ab, ob sie entsprechende Gegenpositionen darlegen und eine ausgewogene Kontroverse gewährleisten (können).

Nicht minder umstritten sind Truppenbesuche durch Schulklassen, etwa im Rahmen von offiziellen Schulausflügen. Anlässlich des „Hessentages 2018“ hat beispielsweise die GEW die Schulleitungen eindringlich gebeten, von Schülergruppenbesuchen bei der Bundeswehr abzusehen. Grundlage hierfür waren Erfahrungen mit der Zurschaustellung von militärischen Gerätschaften und Nahkampfvorführungen, unterlegt mit aufputschendem Rock („*I kill cause I' hungry*“, „*Only the strongest will survive*“), beim „Hessentag 2017“. Sofern Truppenbesuche dennoch stattfinden, sollte die Teilnahme daran freiwillig sein.

## Fazit

Auch wenn sich die Bundesregierung im völligen Einklang mit seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen wähnt und keinen politischen Handlungsbedarf erkennt, lassen sich aus dem Blickwinkel der Menschenrechte von Minderjährigen Forderungen erheben, die einem besseren Kinderschutz dienen. So sollte sich die Bundesregierung nicht dem internationalen *Straight 18*-Rekrutierungstrend verschließen und das Mindestalter für

<sup>69</sup> Siehe etwa: „Bündnis Schule ohne Bundeswehr NRW“ (<https://www.schule-ohne-bundeswehr-nrw.de/>); „Schule ohne Militär“ (<https://schuleohnemilitaer.com/>); „Schule ohne Militär Hannover“ (<https://frieden-hannover.de/schule-ohne-militaer/schule-ohne-militaer/>); „Bildung ohne Bundeswehr“ in Hamburg (<http://bildungohnebundeswehr.blogspot.de/>); „Schulfrei für die Bundeswehr. Lernen für den Frieden“ in Baden-Württemberg ([www.schulfrei-für-die-bundeswehr.de](http://www.schulfrei-für-die-bundeswehr.de)).

die freiwillige Rekrutierung in die Bundeswehr auf 18 Jahre anheben. Auch sollte sie es unterlassen, unter Minderjährigen für die Bundeswehr zu werben, zumal in einer verharmlosenden, beschönigenden, ästhetisierenden und glorifizierenden Weise. Sofern Minderjährige dennoch rekrutiert werden, sollte es ihnen gesetzlich ermöglicht werden, bis zur Erlangung der Volljährigkeit ihren Dienst bei der Bundeswehr jederzeit durch einseitige Erklärung zu beenden. Auch sollten sie keinen militärischen Dienst verrichten und keine militärische Ausbildung erhalten; stattdessen sollten sie, solange sie minderjährig sind, in einem zivilen Beschäftigungsverhältnis stehen und eine ausschließlich zivile Ausbildung genießen. Zugleich müssen gerade auch Minderjährige vor Propaganda-Delikten durch Kameraden und Vorgesetzte sowie vor erniedrigenden Ritualen und sexuellem Missbrauch zuverlässig geschützt werden. Solche Forderungen lassen sich aus den Zielen der Kinderrechtskonvention und des Zusatzprotokolls bezüglich der Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten ableiten.

Darüber hinaus betrifft das Zusatzprotokoll auch den Umgang mit nach Deutschland geflüchteten Kindersoldatinnen und Kindersoldaten, den Waffenhandel in Krisengebiete und in Länder, in denen Kindersoldatinnen und Kindersoldaten rekrutiert werden, sowie die außen- und entwicklungspolitischen Bemühungen Deutschlands, Kinder in bewaffneten Konflikten zu schützen und die Reintegration von ehemaligen Kindersoldatinnen und Kindersoldaten zu fördern. Auch hierzu nimmt der „Schattenbericht Kindersoldaten 2019“ Stellung.

## Literatur

- Berliner Zeitung: „Pfullendorf war keine Ausnahme“, 30.03.2017.  
 Bundesministerium für Verteidigung: Bei uns geht es ums Weiterkommen. Nicht nur ums Stillstehen. Mach, was wirklich zählt. Karriere bei der Bundeswehr, Berlin, o. J.  
 Bundesministerium der Verteidigung: Jahresbericht der Jugendoffiziere der Bundeswehr 2015, Berlin, 13.04.2016.  
 Bundesministerium der Verteidigung: Jahresbericht der Jugendoffiziere der Bundeswehr 2016, Berlin, 06.06.2017.  
 Bundesministerium der Verteidigung: Jahresbericht der Jugendoffiziere der Bundeswehr 2017, Berlin, 26. April 2018.  
 Bundesregierung: Fünfter und Sechster Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, Berlin, 2018.  
 Child Soldiers International: Why 18 matters – A Rights Based Analysis for Child Recruitment, London, 2018. <https://www.tdh.de/was-wir-tun/arbeitsfelder/kinder-im-krieg/materialien-links-adressen/>  
 CRIN (Child Rights International Network): Draft: Military employment constitutes hazardous work for minors, 2019.

- Deutsche Koordination Kindersoldaten: Schattenbericht Kindersoldaten, erstellt von Dr. Hendrik Cremer, Osnabrück/Duisburg, 2007. <http://www.kindersoldaten.info/publikationen/>
- Deutscher Bundestag, Antwort der Bundesregierung: Minderjährige in der Bundeswehr, Drucksache 18/7459, 02.02.2016.
- Deutscher Bundestag, Antwort der Bundesregierung: Rekrutierung von und Umgang mit Minderjährigen in der Bundeswehr, Drucksache 19/3965 (neu), 24.08.2018.
- Deutscher Bundestag, Antwort der Bundesregierung: Zahlen zu Bundeswehrrekrutinnen und Bundeswehrrekruten und Angehörigen der Bundeswehr nach Bundesländern, Drucksache 19/4253, 12.09.2018.
- Deutscher Bundestag, Antwort der Bundesregierung: Öffentliche Auftritte der Bundeswehr im vierten Quartal 2018, Drucksache 19/5135, 18.10.2018.
- Deutscher Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des Verteidigungsausschusses (12. Ausschuss), Drucksache 19/1747, 19.04.2018.
- Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 19/80, 14.02.2019, S. 9431-9439.
- Deutscher Bundestag, Schriftliche Fragen, Drucksache 19/7585, 08.02.2019.
- Deutscher Bundestag, Unterrichtung durch die Bundesregierung: 13. Bericht der Bundesregierung über ihre Menschenrechtspolitik, Drucksache 19/7730, 13.02.2019.
- Deutscher Bundestag, Unterrichtung durch den Wehrbeauftragten: Jahresbericht 2014 (56. Bericht), Drucksache 18/3750, 27.01.2015.
- Deutscher Bundestag, Unterrichtung durch den Wehrbeauftragten: Jahresbericht 2015 (57. Bericht), Drucksache 18/7250, 26.01.2016.
- Deutscher Bundestag, Unterrichtung durch den Wehrbeauftragten: Jahresbericht 2016 (58. Bericht), Drucksache 18/10900, 24.01.2017.
- Deutscher Bundestag, Unterrichtung durch den Wehrbeauftragten: Jahresbericht 2017 (59. Bericht), Drucksache 19/700, 20.02.2018.
- Deutscher Bundestag, Unterrichtung durch den Wehrbeauftragten: Jahresbericht 2018 (60. Bericht), Drucksache 19/7200, 29.01.2019.
- Deutsches Bündnis Kindersoldaten: Schattenbericht Kindersoldaten 2013, von Dr. Hendrik Cremer, Duisburg u. a. 2013. <http://www.kindersoldaten.info/publikationen/>
- Deutsches Bündnis Kindersoldaten: Red Hand Day 2019. Why 18 matters. Situation von Minderjährigen in der Bundeswehr, Pressekonferenz am 11. Februar 2019, Berlin, [www.kindersoldaten.info](http://www.kindersoldaten.info)
- Deutsches Bündnis Kindersoldaten: Schattenbericht Kindersoldaten 2019, von Prof. Dr. Michael Krennerich, Duisburg u. a. 2019.
- Deutsches Bündnis Kindersoldaten/DFG-VK/GEW/Kindernothilfe/terre des hommes (Hg.): Why 18 Matters – eine Analyse der Rekrutierung von Kindern, o.O., 2019. <https://www.tdh.de/was-wir-tun/arbeitsfelder/kinder-im-krieg/materialien-links-adressen/>
- Die Welt: „Bundeswehr Gewaltmarsch: Offizierswärter starb am multiplen Organversagen“, 18.08.2017; <https://www.welt.de/politik/deutschland/article167789707/Offiziersanwaerter-starb-an-multiplem-Organversagen.html>
- Die Welt: „Bundeswehr-Werbung bei der Gamescom löst Kritik aus“, 23.8.2018; <https://www.welt.de/politik/deutschland/article181286174/Multiplayer-at-its-best-Bundeswehr-Werbung-bei-der-Gamescom-loest-Kritik-aus.html>
- Edelstein, Wolfgang/Krappmann, Lothar/Student, Sonja (Hg.): Kinderrechte in die Schule. Gleichheit, Schutz, Förderung, Partizipation, Schwalbach/Ts., 2. Auflage, 2016.

- Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ): „Bundeswehr. Ausbilder sollen Rekruten absichtlich überfordern“, 21.03.2018; <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/bundeswehr-ausbilder-sollen-rekruten-absichtlich-ueberfordern-15504626.html>
- FAZ: „Nahles kritisiert Berliner SPD wegen „Werbeverbot“, 02.04.2019. <https://www.faz.net/aktuell/politik/berlin-spd-erntet-kritik-fuer-bundeswehr-werbeverbot-16121065/nahles-ich-wuerde-der-16121071.html>
- IAO (Internationale Arbeitsorganisation): Empfehlung 190 betreffend das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit.
- Kinderkommission des Deutschen Bundestages: Stellungnahme der Kommission zur Wahrnehmung der Belange der Kinder zum Verhältnis von Militär und Jugend in Deutschland, 2016, Kommissionsdrucksache 18/16; <https://www.bundestag.de/ausschuesse/ausschuesse18/a13/kiko/artikel-empfehlungen-356248>
- Krappmann, Lothar/Petry, Christian (Hg.): Worauf Kinder und Jugendliche ein Recht haben. Kinderrechte, Demokratie und Schule: Ein Manifest, Schwalbach/Ts., 2016.
- Kultusministerkonferenz: Erklärung der Kultusministerkonferenz zur Umsetzung des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, 2006.
- Kümmel, Gerhard: Truppenbild ohne Dame? Eine sozialwissenschaftliche Begleituntersuchung zum aktuellen Stand der Integration von Frauen in die Bundeswehr, Hg. vom Zentrum für Militärgeschichte und Sozialwissenschaften der Bundeswehr, Potsdam, 2014. <http://chefsache-live.sopp.eu/content/uploads/2017/04/zmsbw-truppenbild-ohne-dame.pdf>
- NDR: „Anklage gegen Soldat wegen sexueller Übergriffe“, 04.07.2018; <https://www.ndr.de/nachrichten/schleswig-holstein/Anklage-gegen-Soldaten-wegen-sexueller-Uebergriffe,todendorf108.html>
- Schulze von Gläßer, Michael: Soldaten im Klassenzimmer. Die Bundeswehr an Schulen, Köln, 2012.
- SPD-Bundestagsfraktion: Schutzbestimmungen für Minderjährige in der Bundeswehr. Positionspapier der SPD-Bundestagsfraktion vom 27.06.2017. <https://www.spdfraktion.de/presse/pressemitteilungen/minderjaehrige-gehoren-nicht-waffe>
- Spiegel-Online: „Bundeswehrkaserne in Bad Reichenhall. Gebirgsjäger berichtet von sexueller Belästigung“, 21.03.2017; <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/bundeswehr-in-bad-reichenhall-gebirgsjaeger-berichtet-von-sexueller-belaestigung-a-1139670.html>
- Spiegel-Online: „Bundeswehr. Ausbilder stellten sich beim Schießen zwischen Schützenscheiben“, 17.06.2017; <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/bundeswehr-vorfalle-in-sondershausen-gravierender-als-bisher-bekannt-a-1152514.html>
- Spiegel Online: Tod bei Marsch in Munster. Gutachten belastet Bundeswehr-Ausbilder schwer“, 17.08.2017; <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/bundeswehr-gutachten-belastet-ausbilder-nach-todesfall-in-munster-schwer-a-1196339.html>
- Stern: „Der tödliche Bundeswehr-Marsch in Munster – Rekonstruktion einer Katastrophe“, 04.03.2018; <https://www.stern.de/panorama/gesellschaft/bundeswehr--der-toedliche-marsch-von-munster---chronologie-eines-dramas-7806630.html>
- tagesschau.de: „Bitte keine Soldaten an die Schulen“, 01.04.2019; <https://www.tagesschau.de/inland/bundeswehr-schulen-101.html>
- terre des hommes: Friedenserziehung statt Militärwerbung und Rekrutierung, Osnabrück, 2019; <https://www.tdh.de/?id=645>
- terre des hommes/Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft: Kinder im Visier, Osnabrück/Frankfurt a.M., 2016; <https://www.tdh.de/?id=645>



**WOCHEN  
SCHAU  
VERLAG**

... ein Begriff für politische Bildung

# Politisches Fachbuch

Timo Büchner

## Der Begriff „Heimat“ in rechter Musik

Analysen – Hintergründe – Zusammenhänge

Der Kampf um die Deutungshoheit des Heimatbegriffs wird nicht nur auf der Straße, im Netz und in den Parlamenten geführt – sondern auch in der Musik. Der Einblick in verschiedene Spektren der rechten Musik zeigt: Die vermeintlich unpolitische Deutschrock-Band „Frei.Wild“, die neurechten Rapper „Komplott“ und „Chris Ares“ sowie der neonazistische Liedermacher „Frank Renniecke“ verbreiten ein völkisches Heimatverständnis, das für eine vielfältige Gesellschaft brandgefährlich ist. Das Buch ist ein analytisches Werkzeug für Lehrer\*innen und Praktiker\*innen in der Jugendarbeit.

### Der Autor

Timo Büchner studierte Politische Wissenschaften und Jüdische Studien in Heidelberg. Er volontierte in Yad Vashem (Israel) sowie im Hong Kong Holocaust & Tolerance Centre (VR China) und engagiert sich seit mehreren Jahren gegen die extreme Rechte.



ISBN 978-3-7344-0899-1  
176 S., €12,90

E-Book 978-3-7344-0900-4 (PDF)  
€9,99

[www.wochenschau-verlag.de](http://www.wochenschau-verlag.de)



[www.facebook.com/  
wochenschau.verlag](https://www.facebook.com/wochenschau.verlag)



@wochenschau-ver

Eschborner Landstr. 42-50, 60489 Frankfurt, Tel.: 069/78807720, Fax: 069/788077225, info@wochenschau-verlag.de

Thüringer Allgemeine: „Prozess um sexuellen Übergriff in Kaserne: Bundeswehr-Ausbilder soll Rekrutin belästigt haben“, 11.07.2018; <https://www.thueringer-allgemeine.de/web/zgt/leben/detail/-/specific/Prozess-um-sexuellen-Uebergriff-in-Kaserne-Bundeswehr-Ausbilder-soll-Rekrutin-b-2025717579>

Vogel, Friedemann: Die Zukunft im Visier. Die mediale Selbstinszenierung der Bundeswehr gegenüber Jugendlichen aus der Perspektiver engagierter Diskurslinguistik, in: Medien und Kommunikationswissenschaft, Jg. 62, 2/2014, S. 190-215.

Zeit Online: „Pfullendorf. Bundeswehr ermittelt wegen Gewaltmärschen“, 20.02.2018; <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-02/pfullendorf-bundeswehr-ausbilder-vorwuerfe>

Zentrum Innere Führung: Arbeitspapier Kindersoldaten, Koblenz, 2007.

# FORUM

---

Heiner Bielefeldt

## Moyn's World

### MENSCHENRECHTSKRITIK ALS ORAKEL

#### 1. Kritischer Historiker oder historisierender Fundamentalkritiker?

Samuel Moyn, Geschichtsprofessor an der renommierten Yale University, gehört zu den weltweit bekanntesten Menschenrechtskritikern. Er hat mehrere Monographien zu historischen Facetten der Menschenrechte vorgelegt und damit in der Fachöffentlichkeit Furore gemacht. Aufgrund seiner weit ausgreifenden Recherchen, die zahlreiche Quellen und Literatur in mehreren Sprachen einbeziehen, ist es ihm gelungen, konventionelle Vorstellungen der Menschenrechtsentwicklung gegen den Strich zu bürsten, zuvor ignorierte Zusammenhänge aufzuzeigen und produktive Debatten anzuregen. Moyn ist dabei immer wieder für Überraschungen gut. Mit seinen stets zugespitzten Thesen hat er naturgemäß nicht nur Zustimmung gefunden, sondern auch Kontroversen ausgelöst.

Da in den Lehrbuchdarstellungen der Menschenrechtsentwicklung nach wie vor glattgebügelte Großerozählungen dominieren, gibt es für historisch-kritische Dekonstruktionsarbeit reichlich Anlass. Moyn hat hier zweifellos seine Verdienste – nicht zuletzt als Inspirator einer jüngeren Generation von Historikerinnen und Historikern, die sich des Themas Menschenrechte neuerdings verstärkt angenommen haben. Moyn beschränkt sich indes nicht auf die Dekonstruktion gängiger Klischees und Legitimationsmuster, sondern versteht sich zugleich als prononcierter *politischer Kritiker* der Menschenrechtsbewegung. Seine Bewertungen fallen in der Regel schneidend scharf aus. So stellt er die Menschenrechte in einen engen historischen Zusammenhang zur globalen Hegemonie des Neoliberalismus, gegen die sie – als „*a powerless companion of market fundamentalism*“<sup>1</sup> – nichts ausrichten könnten. Aufgrund ihrer abstrakt-

---

1 Moyn 2018: 216.

moralisierenden Kritik, die sich auf ritualisiertes „*naming and shaming*“ beschränke,<sup>2</sup> seien die Menschenrechte von vornherein zur politischen Wirkungslosigkeit verdammt. Mit ihren „*low ambitions*“<sup>3</sup> repräsentieren sie nach Moyn den Verlust echter politischer Visionen; sie seien allenfalls eine Art „Ersatzutopie“<sup>4</sup> ohne Saft und Kraft oder ein „Trostpries“<sup>5</sup> für enttäuschte Linke. „*Not enough*“ lautet der bezeichnende Titel eines seiner Bücher. Mehr noch: Mit ihrer Fokussierung auf moralische und juristische Normen stünden die Menschenrechte politischer Mobilisierung letztlich nur im Wege. Paradoxerweise eignen sie sich nach Moyn genau deshalb zur moralisierenden Bemäntelung partikularer Interessenspolitik. Das Antipolitische der Menschenrechte<sup>6</sup> prädestiniere sie zum Instrument krypto-politischer Manöver.

Über seinen eigenen Standort als Kritiker gibt Moyn keine Auskunft. Oft klingt er wie ein desillusionierter Linker, der in seinen Schriften den Verlust politischer Utopien und Visionen beklagt. Nicht selten erinnert sein Tonfall aber auch an Carl Schmitt, wenn er etwa klandestine Interessen decouvriert und den normativen Universalismus insgesamt als Verschleierungsstrategie entlarven will.<sup>7</sup> Genauso wenig lässt er erkennen, was genau er denn an die Stelle der Menschenrechte setzen will. „*If the human rights movement does not improve states (...) it will demand replacement, in the name of its own ideals or some better ones.*“<sup>8</sup> Aha, vielleicht kommt eines Tages „irgendetwas Besseres“ – mehr erfährt man nicht. An anderer Stelle orakelt Moyn: „*Human rights were born as the last utopia – but one day another may appear.*“<sup>9</sup> Dass die Geschichte nach vorn ist offen ist, bestreitet kein Mensch. Bei Moyn steht der diffuse Hinweis auf etwaige künftige Alternativen zu den Menschenrechten freilich stets im polemischen Kontext seines Verdikts „*not enough*“.

Worauf genau die Kritik eigentlich zielt, bleibt ebenfalls unscharf. Soll sie die zivilgesellschaftlichen Menschenrechtsbewegungen treffen, also diejenigen, die Moyn gelegentlich als naive „*do gooders*“ (im Deutschen würde man wohl von „Gutmenschen“ sprechen) ironisiert?<sup>10</sup> Oder geht es um die „Sprache“ der Menschenrechte, also eine bestimmte normative Semantik? Oft bezieht sich Moyn auf das „heutige Verständnis“ der Menschenrechte, das er zwar von früheren Epochen abgrenzt, aber inhaltlich nie

2 Ebd.: 218.

3 Ebd.: 220.

4 Der Begriff „*substitute utopia*“ findet sich z. B. in Moyn 2010: 131.

5 Der Begriff „*consolation price*“ kommt öfter vor, vgl. z. B. bei Moyn 2017: 172.

6 Vgl. z. B. Moyn 2010: 213, 218; Moyn 2017: 101.

7 Moyn 2017: 62.

8 Moyn 2015: 181.

9 Moyn 2010: 10.

10 Vgl. z. B. Moyn 2017: 37.

klar definiert. Offensichtlich stört ihn vor allem das, was er die menschenrechtliche „Antipolitik“ nennt: „*a minimalist utopia of antipolitics*“.<sup>11</sup> Mal sind ihm die Menschenrechte zu moralisierend, mal sind sie nicht moralisch genug. Er attackiert sie als wirklichkeitsfremde Illusion – „*the dream of human rights*“<sup>12</sup> – und klagt andernorts darüber, dass der Politik die Kraft zu großen Vision abhanden gekommen sei. Klar ist nur, dass Moyn die Menschenrechte für politisch wenig ambitioniert hält. Als Maßstab dienen dabei meist die verblichenen Sozialutopien des 19. und 20. Jahrhunderts. In anderen Passagen deckt Moyn einen menschenrechtlichen Kryptokonservatismus auf, den er vor allem am Begriff der Menschenwürde festmacht. Konservative Katholiken hätten damit die ursprünglich säkulare Menschenrechtsidee in kommunitäres und religiöses Fahrwasser umgeleitet. Die Idee der Menschenrechte nimmt in Moyns Sicht somit zugleich auch ersatzreligiöse Züge an – analog zu ihrer Funktion als Ersatzutopie nach dem Verschwinden der großen politischen Utopien.

Wiederholt kritisiert Moyn einen angeblich menschenrechtlich motivierten Interventionismus, für den er als Beispiel ausgerechnet den von George W. Bush vom Zaun gebrochenen Irak-Krieg anführt.<sup>13</sup> Dass sich große Teile der Menschenrechtsbewegung aufs Schärfste gegen diese Instrumentalisierung der Menschenrechte für einen völkerrechtswidrigen Angriffskrieg verwahrt haben, findet nicht einmal Erwähnung, geschweige denn systematische Berücksichtigung. Auch sonst kommen interne Menschenrechtsdebatten so gut wie nie zu Wort. Die Ausblendung menschenrechtlicher Kontroversen macht es möglich, die Menschenrechte zu einem Quasi-Subjekt zu verdinglichen, das Moyn dann beispielsweise mit dem Neoliberalismus, also einem anderen Quasi-Subjekt, verpartnert: Letzterer sei der marktfundamentalistische „Wiedergänger“ (auf Deutsch angeführt) der Menschenrechte, heißt es dann raunend. Vorbehaltloser Nominalismus und krasse Essenzialisierungen lösen einander ab. So scharf Moyns Rhetorik ausfällt, so nebulös bleiben seine Konzepte, vor allem der Begriff der Menschenrechte, der ja schließlich den primären Gegenstand seiner Kritik bildet.

## 2. Menschenrechte als Spätgeburt

Schlagartig bekannt wurde Moyn mit seinem 2010 erschienenen Buch „*The Last Utopia*“. Darin stellt er die provokante These auf, der eigentliche Ursprung der internationalen Menschenrechte liege erst in den 1970er Jahren, also eine ganze Generati-

<sup>11</sup> Moyn 2010: 218.

<sup>12</sup> Moyn 2017: XVII.

<sup>13</sup> Vgl. z. B. Moyn 2017: XVII, 13, 87; Moyn 2018: IX.

on später als konventionell von all denen unterstellt wird, die den globalen Durchbruch der Menschenrechte an die Gründung der Vereinten Nationen im Jahre 1945 und die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 knüpfen. Moyn führt eine Menge eindrucksvoller Belege dafür an, dass Mitte der 1970er Jahre in der Tat Neues geschieht:<sup>14</sup> US-Präsident Jimmy Carter bekennt sich zu den Menschenrechten als Leitlinie seiner Außenpolitik; Amnesty International erhält den Friedensnobelpreis; der KSZE-Prozess mündet in die Schlussakte von Helsinki; der Putsch gegen Allende repräsentiert das Ende sozialistischer Hoffnungen in der westlichen Welt, wie zuvor schon der Einmarsch der Warschauer-Pakt-Truppen das Ende des „Prager Frühlings“ und der Visionen eines „Kommunismus mit menschlichem Antlitz“ markiert hat. Es gelingt Moyn anhand zahlreicher Beispiele plausibel zu belegen, dass die Idee der Menschenrechte in dieser politischen Großwetterlage einen enormen Schub nach vorn erfährt. Dies hatte zuvor niemand mit vergleichbarer Deutlichkeit herausgestellt. Darin besteht das bleibende Verdienst seines Buches.

Moyn gibt sich allerdings nicht damit zufrieden, entscheidende politische Durchbrüche der Menschenrechte zu dokumentieren. In seiner Neigung, sich von konventionellen Deutungen<sup>15</sup> scharf abzugrenzen, versteift er sich auf die Behauptung, dass die eigentliche „Geburt“ der Menschenrechte – jedenfalls der Menschenrechte, wie wir sie heute verstehen<sup>16</sup> – erst in den 1970er Jahren stattgefunden habe. Dies ist wahrlich eine steile These, wie er sie offenbar liebt. Der Preis, der dafür zu zahlen ist, fällt allerdings hoch aus. Er besteht darin, dass Moyn die Entwicklung der Nachkriegszeit schlichtweg für belanglos erklären muss. Moyn schreckt tatsächlich nicht davor zurück, hier die Metapher der „Todgeburt“ zu verwenden. „*Death from birth*“ lautet die Überschrift in jenem Kapitel, das den menschenrechtlichen Aspirationen der 1940er Jahr gewidmet ist.<sup>17</sup> Wiederholt diagnostiziert Moyn „*the stillbirth of human rights*“ in jener Zeit.<sup>18</sup> Neben der UN-Erklärung von 1948 verfällt auch die in ihrem Gefolge geschaffene Europäische Menschenrechtskonvention von 1950 demselben vernichtenden Urteil; Moyn redet von „*the essentially stillborn European human rights ,regime*“.<sup>19</sup> Dieses todeborene System habe schließlich Jahrzehnte lang so gut wie keine Wirkung gezeigt. Nur auf dem Hintergrund solcher radikaler Abwertungen vermag Moyn seine These aufrechtzuerhalten, dass die 1970er Jahre nicht nur einen

14 Vgl. Moyn 2010, insb. 140-175.

15 Die Polemik gegen „the conventional wisdom“ durchzieht Moyns Schriften.

16 Solche etwas vage Formulierungen finden sich häufig.

17 Moyn 2010: 44.

18 Ebd.: 89.

19 Ebd.: 80.

qualitativen Sprung nach vorn innerhalb der Menschenrechtsentwicklung bedeuten (was ja sehr plausibel wäre), sondern gleichsam eine *creatio ex nihilo* markieren: „*The drama of human rights, then, is that they emerged in the 1970s, seemingly from nowhere.*“<sup>20</sup>

Damit nicht genug, entkoppelt Moyn die zeitgenössischen Menschenrechte außerdem völlig von historisch älteren Konzepten, insbesondere von den Menschenrechts-erklärungen der Aufklärungszeit und der demokratischen Revolutionen. Auch das liegt in der Logik seiner zugespitzten These von den Menschenrechten als Spätgeburt. Schon auf der ersten Seite seines Buches „*The Last Utopia*“ heißt es: „*The eternal rights of man were proclaimed in the era of Enlightenment, but they were so profoundly different in their practical outcomes – up to and including bloody revolution – as to constitute another conception altogether.*“<sup>21</sup> Dass zwischen menschenrechtlichen Vorstellungen des ausgehenden 18. Jahrhunderts und den Menschenrechtsbewegungen des späten 20. Jahrhunderts grundlegende Differenzen bestehen, bestreitet niemand. Moyn geht aber erheblich weiter, wenn er hier wie auch anderswo eine totale Diskontinuität („*another conception altogether*“) behauptet.

Worin besteht der Unterschied? Nach Moyn bewegen sich die Menschenrechte der Aufklärungszeit und im Zeitalter der demokratischen Revolutionen durch und durch im Kontext der Herausbildung des frühmodernen Nationalstaats: „*they were deeply bound up with the construction, through revolution, if necessary, with state and nation*“.<sup>22</sup> Auch bei den naturrechtlichen Entwürfen jener Zeit handele es sich lediglich um „*a byproduct of the origins of the modern state*“.<sup>23</sup> Als Beleg führt Moyn ausgerechnet den prononciertesten Vertreter des Staatsabsolutismus, Thomas Hobbes an.<sup>24</sup> Zwar verwendet Hobbes tatsächlich den Begriff eines „*jus naturale*“; er tut dies aber, wie auch Moyn weiß, mit der klar formulierten Absicht, gerade die Unmöglichkeit individueller Freiheitsrechte zu demonstrieren und die Alternativlosigkeit vorbehaltloser Staatssouveränität zu beweisen. Dass zwischen Hobbes und den Menschenrechtsbewegungen des 20. Jahrhunderts eine totale Diskontinuität besteht, ist schon deshalb geschenkt, weil Hobbes sowieso nicht in die Geschichte der Menschenrechte hineingeht. Etwaige positive Anknüpfungsmöglichkeiten zwischen gegenwärtigen Menschenrechtsdiskursen und dem freiheitsrechtlichen Erbe der Aufklärung und der demokratischen Revolutionen, für die man etliche Beispiele anbringen könnte, scheinen Moyn

---

20 Ebd.: 3.

21 Moyn 2010: 1 f.

22 Ebd.: 20.

23 Ebd.: 21.

24 Vgl. ebd.: 22.

hingegen schlichtweg nicht zu interessieren; sie werden nicht einmal ernsthaft in Erwägung gezogen. Moyn beschränkt sich darauf, seine radikale Diskontinuitätsthese gelegentlich zu wiederholen; einer kritischen Überprüfung anhand von Gegenevidenzen unterzieht er sie nicht. Für einen Historiker ist dies, gelinde gesagt, ungewöhnlich.

Noch die Menschenrechtskonzepte der Nachkriegszeit, einschließlich der UN-Erklärung von 1948, verbleiben laut Moyn ganz in den Bahnen des Nationalstaats. Der kurze Verweis auf die „Nationen“ in der Präambel – „*a standard of achievement for all peoples and nations*“ – reicht ihm als Beleg dafür, es sich bei der UN-Erklärung im Wesentlichen um „*a template for nations*“ handele.<sup>25</sup> Wenn in den 1940er Jahren von Menschenrechten die Rede sei, gehe es also um nichts Neues. „*Never at any point were they primarily understood as breaking fundamentally with the world of states that the United Nations brought together.*“<sup>26</sup> Genau einen solchen fundamentalen Bruch mit der Welt der Nationalstaaten unterstellt Moyn dann allerdings umso dezidiierter für die Menschenrechtskonzepte der 1970er Jahre, die er damit zur Utopie rechtlicher Supranationalität – „*the utopia of supranational governance through law*“ – hochstilisiert.<sup>27</sup> Die Menschenrechte, wie wir sie seitdem verstünden, so Moyn, zielten unmittelbar auf den Schutz der *Menschheit als solcher*; es gehe nun mit einem Mal um die „*protection of ,humanity*“<sup>28</sup>. Der Begriff der Menschenrechte wird von Moyn somit künstlich aufgespalten in ein primär am Nationalstaat orientiertes älteres Rechtskonzept einerseits, dem er noch die UN-Erklärung von 1948 zuschlägt, und den seit den 1970er Jahren angeblich zum Durchbruch gelangten kosmopolitischen *Menscheitsrechten* andererseits.

Mit der Wirklichkeit der Menschenrechte hat diese artifizielle Disjunktion nichts zu tun. Tatsache ist, dass auch im 21. Jahrhundert der Nationalstaat als der primäre, wenn auch nicht exklusive, Garant der Menschenrechte fungiert, für die er international in regelmäßig durchgeführten Monitoring-Verfahren zur Rechenschaft gezogen wird. Auch Individualbeschwerden an die menschenrechtlichen Fachausschüsse der Vereinten Nationen sind in der Regel nur nach Ausschöpfung des nationalen Rechtswegs möglich – so wie dies analog auch für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gilt. All dies ist sattsam bekannt, und auch Moyn dürfte das wissen. Jüngere Menschenrechtskonventionen wie die UN-Behindertenrechtskonvention von 2006 setzten darüber hinaus ausdrücklich auf die Entwicklung einer nationalen men-

25 Moyn 2018: 214.

26 Moyn 2017: 91.

27 Ebd.: 93.

28 Moyn 2010: 26.

schenrechtlichen Infrastruktur, die zugleich einem internationalen Monitoring unterliegt. Kurz: Menschenrechtspraxis auch im Kontext der Vereinten Nationen setzt heute gerade auf die *Verschränkung* nationaler und internationaler Ebenen politisch-rechtlicher Verantwortung, die sich wechselseitig ergänzen und unterstützen sollen. Eine solche integrale Sicht passt allerdings nicht zu Moyns artifiziiellen Disjunktionen. Um seiner zugespitzten Pointen willen bleibt ihm anscheinend nichts Anderes übrig, als immer wieder abstrakte Gegensätze aufzubauen, die von der tatsächlichen menschenrechtlichen Praxis Lichtjahre entfernt sind. Nur so kommt dann am Ende das Wunder zustande, dass die in der Nachkriegszeit „todgeborenen“ Menschenrechte eine Generation später ihre Auferstehung von den Toten erleben: „*human rights were stillborn and then somehow resurrected*“.<sup>29</sup> Geschichtsschreibung mündet ins Mysterium.

### 3. Trostpflaster in Zeiten neoliberaler Hegemonie?

Metaphern von Tod und Geburt finden sich im Moynsche Opus häufig. Die späte Geburt der Menschenrechte war in seiner Sicht nur möglich nach dem Ableben der großen politischen Utopien im Gefolge von 1968. Dass es hier historische Zusammenhänge gibt, liegt in der Tat nahe. Politische Desillusionierungen dürften durchaus mit dazu beigetragen haben, dass gerade auch innerhalb der politischen Linken das Interesse an Menschenrechten in den 1970er Jahren wuchs. Moyn begnügt sich freilich nicht damit, solche Zusammenhänge aufzuzeigen. Er verbindet damit eine systematische These von polemischer Sprengkraft, nämlich die Behauptung, dass die Menschenrechte *genau an die Stelle* jener verlorenen politischen Visionen und Hoffnungen getreten seien; sie stellten gleichsam deren – wenn auch nur schwaches – funktionales Äquivalent dar. Nur auf diesem Hintergrund lässt sich seine Fundamentalkritik verstehen, die in immer wieder neuen Varianten darauf abzielt, die Menschenrechte als minimalistisch zu entlarven: „*Human rights emerged as a minimalist, hardy utopia that could survive in a harsh climate*“.<sup>30</sup> Dass die Menschenrechte nicht mehr als ein dürrer Ersatz, allenfalls ein „Trostpflaster“ für verblichene politische Hoffnungen seien, durchzieht Moyns Schriften wie ein *basso continuo*. Projekte wie der Internationale Strafgerichtshof gelten ihm als Beleg dafür, dass den Menschen echte politische Zukunftsperspektiven abhandengekommen seien und sich deshalb lieber der juristischen Bewältigung der Vergangenheit zuwenden. „*International courts (...) emerged as an oasis because people had stopped searching for a promised land where the fight for equity involves*

<sup>29</sup> Moyn 2017: 98.

<sup>30</sup> Moyn 2010: 121.

*more than litigating past crime.*<sup>31</sup> Hier stoßen wir wieder einmal auf eine der typischen Antagonismen – diesmal Vergangenheitsorientierung statt Zukunftshoffnung –, wie Moyn sie in etlichen Varianten produziert. Wenn menschenrechtlich Engagierte sich mit Themen wie dem Folterverbot oder der Folterprävention beschäftigen, tut Moyn dies als Zeichen politischer Ermüdung ab; er kann darin nichts anderes sehen als „*one more symptom of an exhausted political utopianism, a loss of faith in our ability to do more than keep evil – including our own – at bay*“.<sup>32</sup> Es fällt schwer, diesen Satz nicht als Ausdruck von Zynismus zu lesen.

In seiner Schrift „*Not enough*“ beschäftigt sich Moyn mit den sozialen Menschenrechten, deren Niedergang in den gegenwärtigen Zeiten neoliberaler Hegemonie er beklagt. Anders als in „*The Last Utopia*“ greift er dabei historisch weit zurück, nämlich bis in die radikale Phase der Französischen Revolution, als utopische Sozialisten wie Gracchus Babeuf für kurze Zeit den Ton angaben.<sup>33</sup> Während in „*The Last Utopia*“ die These der späten Geburt der Menschenrechte zu einer völligen Abwertung der angeblich todegeborenen Menschenrechtsaspirationen der Nachkriegszeit und der UN-Erklärung von 1948 führt, geht Moyn in „*Not enough*“ genau andersherum vor:<sup>34</sup> In der UN-Erklärung von 1948 sieht er jetzt immer noch ein lebendiges Erbe von Wohlfahrtsstaatlichkeit mitsamt substanziellen sozialen Rechte angelegt, das mit dem eigentlichen Durchbruch der Menschenrechte in den 1970er Jahre dann jedoch sukzessive in den Hintergrund getreten sei. Die Rekonstruktion eines versunkenen Rechtedenkens, das auch soziale Gleichheitsideen habe transportieren können, fungiert in „*Not enough*“ somit als Hintergrundfolie für Moyns Kritik an der Gegenwart der Menschenrechte, die er ganz unter die Vorzeichen eines neoliberalen Marktfundamentalismus stellt.

Bei der Rekonstruktion der Geschichte der, wie er meint, heutzutage minimalistisch zurückgestutzten sozialen Rechte greift Moyn nicht nur historisch weit aus. Er hat anscheinend auch kein Problem damit, selbst totalitäre Staaten in diese Geschichtserzählung mit einzubeziehen. Wiederholt zitiert er die unter Stalin erarbeitete Sowjet-Verfassung von 1936 „*with its most unique attention given to a long catalogue of social rights*“.<sup>35</sup> Stalins Verfassung, so Moyn, „*laid out the most full-fledged catalog of rights*

31 Moyn 2017: 83.

32 Ebd.: 121 f.

33 Moyn 2018: 23 f.

34 Moyn gibt im Vorwort zu erkennen, dass ihm dieser Widerspruch bewusst ist; er sieht aber offenbar keinen Anlass dafür, irgendeine seine übergespitzten Thesen zurückzunehmen oder auch nur ernsthaft zu modifizieren. Vgl. Moyn 2018: XI.

35 Moyn 2018: 36. Vgl. ähnlich ebd.: 45.

*ever propounded*<sup>36</sup>. Dies klingt wie ein Kompliment. Erstaunlicherweise wirft Moyn nicht einmal die Frage auf, welche Bedeutung der Begriff des „Rechts“ und ein Katalog sozialer und sonstiger Rechte in einem totalitären Staatswesen innehaben kann, das um des kollektiven Fortschritts willen ganze Menschengruppen der Vernichtung preiszugeben bereit war.

Im Zusammenhang des Nationalsozialismus verwendet er den Begriff des Rechts zwar nicht, er zitiert Hitlers Staat aber als das Beispiel dafür, *„of how far welfare states could go to create intentionally egalitarian outcomes“*<sup>37</sup>. An anderer Stelle suggeriert er darüber hinaus, dass der Nationalsozialismus als einflussreiches Beispiel eines, wenn auch auf die Volksgenossen verengten, wirkmächtigen Wohlfahrtsstaats sogar die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte mit inspiriert haben könnte. Zunächst stellt er zwar pflichtschuldig fest: *„Nobody, after 1945, was a national socialist anymore in name“*<sup>38</sup>, um dann jedoch gleich hinzuzufügen: *„but most people believed in the national welfarism that Adolf Hitler had played no small role in bringing to the world“*<sup>39</sup>. Will Moyn hier behaupten, dass die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, die in „konventioneller“ Sichtweise als entschiedene Absage an die von den Nazis begangenen Mega-Verbrechen gilt, in Wahrheit ein klandestines Erbe von Hitler-Deutschland in sich trage? Der Autor belässt es einmal mehr bei vagen Andeutungen. Irritierend sind darüber hinaus auch die wiederholt eingestreuten Hinweise auf die Erfolge Chinas in der Armutsbekämpfung, die alles in den Schatten stellen, was die Menschenrechte je erreicht hätten.<sup>40</sup> Auf Erläuterungen, geschweige denn kritische Diskussionen, verzichtet er dabei völlig. Vermutlich haben diese Hinweise die Funktion, die Aspirationen der Menschenrechte einmal mehr schwach aussehen zu lassen.

Während Moyn in *„The Last Utopia“* einen historisch verengten Begriff der Menschenrechte verwendet, ohne den er seine These von deren später Geburt von vornherein nicht vertreten könnte, verhält es sich mit seiner Verwendung des Begriffs der sozialen Rechte in *„Not enough“* genau umgekehrt. In *„The Last Utopia“* hatte er die gegenwärtigen Menschenrechte von allen Verbindungen mit dem Erbe von Aufklärung und demokratischer Revolution künstlich abgekoppelt und sogar noch gegenüber den Konzepten der Nachkriegszeit scharf abgesetzt. In *„Not enough“* geschieht nun in gewisser Weise das Gegenteil: Hier vertritt er einen Begriff der sozialen Rechte, der durch

36 Moyn 2018: 36.

37 Ebd.: 37.

38 Moyn 2017: 103 f.

39 Moyn 2017: 104. Es folgt schließlich noch der lapidare Hinweis, dass fortan persönliche Freiheitsrechte immerhin „a crucial rhetorical place“ innehaben sollten.

40 Vgl. Moyn 2018: XII, 8, 175.

seine völlig konturlose Weite irritiert. Autoritäre wohlfahrtsstaatliche Traditionen aus der Bismarckzeit haben darin genauso Platz wie die skandinavische Sozialdemokratie, und das Erbe des utopischen Sozialismus passt genauso gut dazu wie sowjetkommunistische Rechtesemantik. Selbst auf Abgrenzungen gegenüber totalitären Systemen meint Moyn verzichten zu können. Schließlich gilt ihm Stalin als Urheber eines besonders eindrucksvollen Katalogs sozialer Rechte.

Ausgerechnet dieses merkwürdige Amalgam bildet sodann den Hintergrund für eine Fundamentalkritik an den gegenwärtigen Menschenrechten, die ihres sozialrechtlichen Erbes weitgehend entkleidet, mittlerweile zum „*powerless companion of market fundamentalism*“<sup>41</sup> herabgesunken seien. Dass menschenrechtlicher Humanitarismus und ökonomischer Neoliberalismus historisch gleichzeitig zum Durchbruch gelangt seien, könne kein Zufall sein: „*It is no accident that progressive attempts to pursue human rights across the world have coincided with the 'last utopia' of neoliberalism.*“<sup>42</sup> Wie dieses Zitat zeigt, bleibt das Prädikat der letzten Utopie nun nicht mehr den Menschenrechten vorbehalten, sondern kommt auch dem Neoliberalismus zu. Mit Blick auf die gemeinsame Orientierung am Primat des Individuums, in dessen Interesse der Staat zurückgedrängt werden solle, bezeichnet Moyn den liberalen Marktfundamentalismus mehrfach sogar als „Doppelgänger“ (das deutsche Wort bleibt unübersetzt) der zeitgenössischen Menschenrechte.<sup>43</sup>

Eine kritische Überprüfung dieser metaphorisch umschriebenen Kumpanei von Menschenrechten und neoliberalen Markttradikalismus nimmt Moyn nicht vor. Auf empirische Belege verzichtet er völlig. Dass zahlreiche Menschenrechtsdokumente seit den 1990er Jahren dem Staat neben dem unerlässlichen Respekt vor Würde und Freiheit der Menschen auch aktive Schutz- und Gewährleistungspflichten auferlegen und damit gerade *nicht* einer Zurückdrängung der Staatlichkeit das Wort reden, findet keine Erwähnung. Genauso wenig findet man bei Moyn auch nur ansatzhaft eine Definition des Neoliberalismus. Dieser diffuse Umgang mit zentralen Konzepten macht es ihm möglich, die Dinge ineinander zu schieben oder auch gegeneinander zu stellen, wie es ihm gerade beliebt.

Die Wiener Weltmensenrechtskonferenz von 1993 hat die vielzitierte Formel geprägt, dass die bürgerlichen, politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte „unteilbar“ zusammengehören. Dies klingt nicht gerade nach Marktfundamentalismus. Im Gegenteil: Der freiheitliche Rechtsstaat, auf den die bürgerli-

41 Ebd.: 216.

42 Ebd.: 174.

43 Moyn 2018: XI, 218.

chen und politischen Rechte zielen, findet seine Verlängerung in einem funktionsfähigen Sozialstaat, der die wirtschaftlichen und sozialen Menschenrechte mit Leben erfüllen soll. Für solche integralen Perspektiven ist in Moyns Welt jedoch von vornherein kein Platz. Genauso wenig bedenkt er, dass zwischen der menschenrechtlichen Wertschätzung jedes einzelnen Menschen als Träger unantastbarer Würde und unveräußerlicher Rechte und der Zerschlagung von Solidarstrukturen im Namen einer individualistisch angelegten Marktlogik nicht nur ein fundamentaler Unterschied, sondern geradezu ein Gegensatz der Zielsetzungen besteht.

Die Streitschrift „*Not enough*“ mündet in ein politisches Plädoyer, dessen genaue Zielrichtung freilich so nebulös bleibt wie Pythias berühmte Auskünfte im delphischen Orakel: „*It is time, however, to relearn the older and grander choice between socialism or barbarism, and time to elevate it to the global project it has rarely been but must become.*“<sup>44</sup> Man würde schon gern wissen, wie Moyn die historische Rolle Stalins – des Verkünders umfangreicher sozialer Rechte – in dieser historischen Auseinandersetzung zwischen Sozialismus und Barbarei einschätzt. Doch dazu schweigt das Orakel.

#### 4. Religiös-konservative Überformungen liberaler Menschenrechte?

In seinem Buch „*Christian Human Rights*“ beschäftigt sich Moyn schwerpunktmäßig mit einem weiteren Thema, das auch in seinen früheren Schriften gelegentlich anklingt, nämlich mit Beiträgen christlicher, vor allem katholischer Intellektueller bei der Ausformulierung der Menschenrechte in den 1940er Jahren. Die Frage sei dahingestellt, wie sich dieses Interesse mit seiner These vereinbaren lässt, menschenrechtliche Aspirationen in dieser Epoche hätten lediglich eine Todgeburt ohne praktisch-politische Auswirkungen hervorgebracht. Um Kohärenz innerhalb seines Gesamtwerkes scheint Moyn nicht sonderlich besorgt zu sein. Wie dem auch sei – das Thema verdient sicherlich Aufmerksamkeit.

Zu den interessantesten Veränderungen innerhalb der jüngeren Menschenrechtsgeschichte gehört die Aufnahme menschenrechtlicher Ideen von Seiten der christlichen Kirchen in der Nachkriegszeit – teils vorbereitet in den Jahren des Zweiten Weltkriegs oder auch schon früher. Diese Entwicklung ist deshalb bemerkenswert, weil insbesondere die Katholische Kirche zuvor über anderthalb Jahrhunderte hinweg scharfen Widerspruch gegen die Menschenrechte eingelegt hatte. Nicht zuletzt die Religionsfreiheit ist in mehreren päpstlichen Dokumenten in Worten verdammt worden, die

<sup>44</sup> Ebd.: 220.

an Deutlichkeit nichts zu wünschen übriglassen. Nach dem Zweiten Weltkrieg kommt es hier zu fundamentalen Neubewertungen und Neuorientierungen. Im Falle der Katholischen Kirche münden diese schließlich in das Zweite Vatikanische Konzil, das eine gewisse Öffnung der Kirche für die moderne Welt mitsamt ihrem Freiheitsethos repräsentiert. Auch der 1948 gegründete Ökumenische Rat der Kirchen bekennt sich in der Folgezeit wiederholt zu den Menschenrechten. Die Nähe zu den christlichen Kirchen hat natürlich auch Auswirkungen auf das Verständnis der Menschenrechte, die sich fortan neuen Lesarten ausgesetzt sehen und dabei nicht selten – einseitig und historisch versimpelnd – zu „christlichen Werten“ vereinnahmt werden.

Moyn verweist in seinem Buch auf die wachsende Popularität der Menschenrechte im christdemokratischen bzw. gemäßigt konservativen Lager der Nachkriegszeit, die – gemessen an früheren kirchlichen Abwehrpositionen gegen menschenrechtliches Freiheits- und Gleichheitsideen – in der Tat überraschend ist. Statt die Veränderungen als einen evolutionären Prozess wechselseitiger Annäherungen und Adaptionen zu beschreiben (der von Spannungen und Widersprüchen deshalb ja keineswegs frei sein muss), unterstellt Moyn allerdings einmal mehr einen *völligen Neuanfang*, insbesondere den totalen Bruch mit dem Erbe der Aufklärungszeit. Die zuvor liberalen und säkularen Menschenrechte seien durch die Beiträge christlicher Intellektueller wie Jacques Maritain gleichsam entliberalisiert, ins Konservative verschoben und religiös überformt worden. Statt zur Geburtsmetapher greift er in diesem Zusammenhang zum Begriff der „Erfindung“ bzw. „Neuerfindung“ zurück. In manchen Varianten spricht er von der *„Christian invention of human rights in the 1940s“*.<sup>45</sup> Die Menschenrechtssprache der 1940er Jahre sei eine strategisch angelegte Konstruktion der christlichen Rechten, die auf diese Weise das liberal-säkulare Erbe der Aufklärung in Beschlag genommen und religiös umgedeutet habe. *„Their creation brought about a break with the revolutionary tradition and its droits de l’homme, or – better put – a successful capture of that language by forces reformulating their conservatism.“*<sup>46</sup> Kurz: Hinter der neuen Konjunktion der Menschenrechte in der Nachkriegszeit stehe nun *„a project of the Christian right, not the secular left.“*<sup>47</sup>

Als Beleg für die religiös-konservative Umbesetzung der Menschenrechte führt Moyn vor allem den Begriff der Menschenwürde an, der bekanntlich nicht nur die Grundrechte der deutschen Verfassung fundiert, sondern auch Eingang in die Präambel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte gefunden hat. Die starke Bezugnahme auf

45 Moyn 2015: 4.

46 Ebd.: 8.

47 Ebd.: 8.

die Menschenwürde als Grundlage der Menschenrechte in diesen und anderen Texten der Nachkriegszeit stellt in der Tat eine Neuerung dar. In Moyns Sicht repräsentiert sie allerdings wiederum einen totalen Bruch: es gehe um nicht weniger als eine *Neu-Erfindung* der Menschenrechte, die damit entsäkularisiert und dem Erbe von Aufklärung und demokratischer Revolution entrissen würden: „*Human dignity mainly helped wrest both rights and constitutionalism from the heritage of the French Revolution specifically and from political secularism generally (...)*“.<sup>48</sup> Moyn unterstellt in alldem, dass der Begriff der Würde politisch dem Konservativismus zuzuschreiben sei: „*(...) the party most closely associated with claims about human dignity was neither liberal nor socialist but conservative and rigid in its commitment to hierarchy: the Catholic Church*“.<sup>49</sup>

Gegen die pointierte Behauptung, mit dem Begriff der Menschenwürde werde ein antiliberaler Fremdkörper in den ursprünglich liberalen Menschenrechtsansatz hineingeschmuggelt, ließen sich freilich manche Gegenargumente und Gegenevidenzen aufbieten. Moyn ist offenbar bewusst, dass vor allem die Kantische Tradition quer zu seiner Konstruktion steht. Nicht nur hat Kant (von Heinrich Heine posthum als Philosoph der Französischen Revolution bezeichnet) in seinen Schriften aus den 1780er und 1790er Jahren Menschenwürde und Menschenrechte systematisch aufeinander bezogen. Mit dem Begriff der sittlichen Autonomie als Interpretament der Menschenwürde hat er vor allem auch eine dezidiert liberale Perspektive aufgezeigt, in der die Würde des Menschen zur Begründung universaler Freiheitsrechte fungiert. In Gestalt der Kantischen Philosophie liegt somit ein klarer Gegenentwurf zur Moynschen Konstruktion vor. Es ist aufschlussreich zu sehen, wie Moyn mit diesem naheliegenden Gegenargument umgeht. Zunächst marginalisiert er Kants Ausführungen über die Würde des Menschen zu einer „*occasionally referenced dignity*“.<sup>50</sup> Er stellt damit in Abrede, dass der Begriff der Würde in Kants praktischer Philosophie überhaupt einen systematischen Stellenwert hat. Dies alles geschieht ohne jede Auseinandersetzung mit einschlägigen Texten Kants. Sodann bestreitet Moyn pauschal die Relevanz der Kantischen Tradition für die Nachkriegszeit: „*For that matter, there were no Kantians in Germany of note after World War II (...), nor really anywhere else*“.<sup>51</sup> Einen Beleg für diese wahrlich kühne Aussage sucht man vergeblich. Naheliegende Gegenevidenzen zu Moyns steilen Thesen werden hier (wie auch anderswo) nicht nur ignoriert, sondern mit lapidaren Behauptungen entsorgt.

---

48 Ebd.: 59.

49 Moyn 2017: 26.

50 Moyn 2015: 27.

51 Ebd.: 27.

Die Geschichte der christlichen Menschenrechte endete laut Moyn schon nach zwei Jahrzehnten mit dem Kollaps des Christentums in Westeuropa. Wiederum diagnostiziert Moyn nicht weniger als den „Tod“ einer ganzen Weltsicht. Erst dadurch sei in den 1970er Jahren der Weg für die Menschenrechte, wie wir sie heute verstehen, frei geworden. *„The ‚death of Christian Europe‘, as one might call it, forced – along with many other developments – a complete reinvention of the meaning of the human rights embedded in European identity (...).“*<sup>52</sup> Neben dem Tod politischer Utopien braucht es laut Moyn anscheinend auch den Tod der Religion als Voraussetzung dafür, dass die Menschenrechte – wohlgemerkt als *„complete reinvention“*! – erneut die Weltbühne betreten können. Wie die Menschenrechte angeblich das Erbe der politischen Utopien übernehmen, wenn auch nur in abgeschwächter Variante, so rücken sie nun scheinbar in die Nähe einer Ersatzreligion – allerdings einer Ersatzreligion ohne echte Heilsversprechen. Vor allem spricht Moyn dem Menschenrechtsglauben – er verwendet hier tatsächlich das Wort *„faith“* – jede Wirksamkeit ab: *„Disturbingly, it appears that the current faith changes our minds, or at least our rhetoric, with its pieties passing the lips of statesmen daily; but our behavior remains too often unaffected by the principles, with states – and their leaders and populations – failing to surpass their sins in direct response.“*<sup>53</sup> Was bleibt ist belanglose Sonntag rhetorik – mit anderen Worten: *„not enough“*.

## 5. Ein falscher Maßstab

Moyn könnte ein vorzüglicher Historiker sein. Er verfügt über stupende Literaturkenntnis und hat Zugang zu zahlreichen Quellen in verschiedenen Sprachen. Es gelingt ihm, kaum bekannte Texte aufzutreiben und Zusammenhänge aufzuzeigen, die bis dato weitgehend übersehen worden waren. Außerdem hat er eine Begabung für plakative Formulierungen und provokative Zuspitzungen, was der akademischen Debattenkultur guttun könnte. Allerdings vermisst man in seinen Texten jede hermeneutische Sensibilität. Statt sich auf seine Themen – etwa den Anspruch der Menschenrechte – verstehend einzulassen, nimmt er lieber schnelle und pauschale Zuordnungen von außen her vor. Mit grobem Besteck schneidet er das von ihm zusammengestellte Material im Interesse spektakulärer Positionierungen zu. Gegenargumente oder Gegenevidenzen, die seine artifizialen Disjunktionen stören könnten, werden ignoriert, ja beiseite gedrückt.

Moyns Schriften erinnern in ihrer dichotomischen Grundstruktur an Carl Schmitt. Er baut abstrakte Antagonismen auf, an denen der Sinnanspruch der Menschenrech-

52 Ebd.: 99.

53 Moyn 2015: 179.

te zerschellt. Beschworen werden Todgeburt und Wiedererweckung, falsche Versprechungen und bittere Enttäuschungen, nicht zuletzt auch verdächtige ideologische Umdeutungen. In diesem historischen Drama geben die Menschenrechte keine gute Figur ab. Sie verfallen durchgängig dem Verdikt des Minimalismus, das Moyn in immer vielen Varianten bekräftigt: billiger Moralismus, unpolitische Träumerei, Trostpries nach dem Ableben echter politischer Visionen, dürre Ersatzutopie für harte Zeiten, wohlfeile Kompensation der schlimmsten Verwerfungen im Zuge neoliberaler Hegemonie. Die Spätgeburt der Menschenrechte sieht von Anfang an alt aus. Es stellt sich freilich die Frage, ob der Maßstab, anhand dessen Moyn diese Bewertungen vornimmt, überhaupt stimmt. Könnte es sein, dass die Menschenrechte gar nicht jenes schwachbrüstige funktionale Äquivalent zu den verblichenen politischen Utopien darstellen, als die Moyn sie beschreibt und kritisiert?

Statt die Menschenrechte an verblichenen utopischen Heilsvisionen zu bemessen und von dorthin in eine Matrix von Verlust, Schwächung und Politikverfall einzuspannen, wäre es weitaus plausibler, sie als normative *Antwort auf oft krisenhafte gesellschaftliche Pluralisierungsprozesse* zu begreifen. Dazu zählen beispielsweise die konfessionelle Spaltung Europas im Gefolge der Reformation, ein sich sukzessive Bahn brechender religiöser und weltanschaulicher Pluralismus, außerdem die Vielfalt ethischer Positionierungen, die Konkurrenz unterschiedlicher politischer Parteien und Programmatiken (darunter auch utopischer Entwürfe) in der diskursiven Demokratie und nicht zuletzt das Streben nach Anerkennung unterschiedlicher Partnerschafts- und Familienformen, auch jenseits der traditionell dominanten heterosexuellen Ehe und Familie. In den durch Pluralisierungsschübe ausgelösten Krisen repräsentieren die Menschenrechte den immer wieder neuen Versuch, gesellschaftliches Zusammenleben auf der Basis des Respekts vor der gleichen Freiheit aller möglich zu machen. Diese schwierige Aufgabe können die Menschenrechte aber nur dann wahrnehmen, wenn sie ihrerseits *bewusst Abstand* halten gegenüber religiösen Orthodoxien, weltanschaulichen Wahrheitsansprüchen oder politischen Heilsvisionen. Würden sie beispielsweise unmittelbar an die Programmatik progressiver politischer Parteien anschließen (wie Moyn dies scheinbar für wünschenswert hält), könnten sie ihre Funktion, die Bedingungen eines respektvollen und fairen Miteinanders in der politisch pluralistischen Demokratie zu gewährleisten, von vornherein gar nicht leisten. Auch der Versuch, die gesellschaftliche Koexistenz in der Vielfalt der Religionen und Weltanschauungen zu ermöglichen, wäre schon im Ansatz zum Scheitern verurteilt, wenn sich die Menschenrechte selbst unmittelbar an die Stelle der Religion setzen würden. Genau deshalb sind die Menschenrechte ja dezidiert säkulares Recht.

Wenn man die Menschenrechte als historisch unabgeschlossenes Projekt zur respektvollen und fairen Gestaltung des irreversiblen Pluralismus versteht, erfährt die Differenz zwischen Menschenrechten und politischen Sozialutopien eine völlig andere Deutung. Sie erscheint dann nicht mehr wie bei Moyn als Defizit, sondern stellt eine *sinnvolle und bewusste Abstandnahme* dar. Die Menschenrechte sind in dieser Perspektive eben keine Ersatzreligion, keine Quasi-Weltanschauung, und sie treten auch nicht das Erbe der politischen Utopien an. Statt als eine „*minimalist utopia of antipolitics*“ zu fungieren, eröffnen sie Räume für die friedliche Konkurrenz politischer Positionen und Visionen in der pluralistischen Gesellschaft. Menschenrechte sollen dazu beitragen, dass auch Minderheiten und Oppositionelle ihre politischen Hoffnungen angstfrei artikulieren können. Sie können politischen oder religiösen Dissidenten den Rücken stärken, wenn diese saturierte Mainstream-Positionen aufmischen und kritisch-alternatives Denken praktizieren. Sie geben politischen Protestbewegungen institutionellen Schutz und tragen dazu bei, religiös-kulturelle Hegemonien zu durchkreuzen. Bürgerliche, politische, wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ergänzen einander in der Funktion, Machtasymmetrien immer wieder aufs Neue aufzubrechen und die Freiheitschancen für alle zu sichern und zu erweitern. Es fällt auf, dass in Moyns Texten von gesellschaftlicher, politischer oder religiöser Vielfalt kaum je die Rede ist. Dass die Aufgabe der Menschenrechte nicht zuletzt darin besteht, solche Vielfalt zu ermöglichen und zugleich nach Gesichtspunkten von Fairness, Respekt und Gleichberechtigung zu gestalten, kommt in seiner politischen Weltansicht nicht vor. Damit aber versperrt er sich selbst die Möglichkeit zu einer affirmativen Würdigung des Menschenrechtsanspruchs, an dem gemessen die Praxis dann konkret bewertet werden könnte.

Menschenrechtspolitik ist auf kritische Begleitung dringend angewiesen. Sonst kann sie in Selbstgerechtigkeit abgleiten, zum Instrument klientelistischer Interessenspolitik verkommen, internen Fragmentierungsprozessen verfallen oder sich in ideologischen Übersteigerungen aufreiben. Für eine kritische Begleitung der Menschenrechtsentwicklung trägt Moyn allerdings nichts bei. Denn er misst die Menschenrechte an einem ihnen völlig fremden Maßstab. Wenn er die Menschenrechte als eine Ersatz-Utopie (gelegentlich auch eine Ersatz-Religion) kritisiert, schreibt er ihnen eine Rolle zu, die sie sinnvollerweise nie übernehmen können. Das negative Urteil steht daher im Grund *a priori* schon fest; und die umfangreichen historischen Darstellungen bieten lediglich den Treibstoff, mit dem Moyn seine strukturell immer gleiche Kritik stets aufs Neue befeuern kann.

Als Eingangsmotto seines Buches „*Human Rights and the Uses of History*“ führt Moyn ein Wort von Nietzsche an, wonach man die europäische Moral aus der Distanz

heraus anschauen und dann mit anderen Wertsystemen vergleichen solle. Der Kritiker möge sich, so Nietzsches Empfehlung, wie ein Reisender verhalten, der die hohen Türme der Stadt nur anschauen kann, indem er die Stadt verlässt.<sup>54</sup> Reichlich Distanz zu seinem Thema kann man Moyn gern attestieren. Von der Stadt, deren Umriss er von außen anschauen will, hat er sich weit entfernt. Es bleibt nur die Frage, ob er sie jemals von innen gesehen hat.

## Literatur

Moyn, Samuel 2010: *The Last Utopia. Human Rights in History*, Cambridge/Mass.: Harvard University Press.

Moyn, Samuel 2015: *Christian Human Rights*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Moyn, Samuel 2017: *Human Rights and the Uses of History*, London: Verso, 2. Aufl.

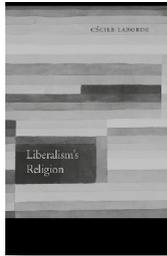
Moyn, Samuel 2018: *Not Enough. Human Rights in an Unequal World*, Cambridge/Mass.: Harvard.

---

<sup>54</sup> Moyn 2017: VII. Das deutsche Original des Nietzsche-Zitats habe ich bislang nicht ausfindig machen können.

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Cécile Laborde (2017): *Liberalism's Religion*, Cambridge/Ma., London, Harvard University Press, 344 S., 36.00 \$, 28.95 £, 32.50 €**



Die Säkularität der konstitutionellen Demokratie ist in der postsäkularen Gesellschaft mit ihrer zusehends multireligiösen Landschaft bei gleichzeitigen Tendenzen der Individualisierung und Säkularisierung unter Druck geraten und in zahlreichen Konflikten unserer Zeit wird das Verhältnis von Religion, Recht und Gesellschaft auf die Probe gestellt. Darf die katholische Kirche den wiederverheiratet geschiedenen Chefarzt eines Krankenhauses in katholischer Trägerschaft entlassen oder widerspricht das dem Diskriminierungsverbot des staatlichen Arbeitsrechts? Verletzt das Kopftuch der muslimischen Lehrerin den Schulfrieden? Kann ein privater Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern die Zuzahlung zu einer Krankenversicherung verweigern, die Leistungen für Kontrazeptiva enthält, was seinen religiös begründeten Normen wi-

derspricht? Kann die sogenannte Spaghetti-Monster-Kirche aufgrund religiöser oder weltanschaulicher Betätigung eine staatliche Anerkennung und entsprechende Privilegien erfahren? Ist das Verbot einer Ganzkörperverhüllung mit Gesichtsschleier mit der Religionsfreiheit vereinbar? Können für Religionsgemeinschaften bei der rituellen Tötung von Tieren Ausnahmen vom Tierschutzgesetz gemacht werden?

Diese und zahlreiche weitere Fragen sind in den letzten Jahren vor Gerichten, in Parlamenten und in der öffentlichen Sphäre verhandelt worden – sei es in den USA, in Frankreich, in Deutschland oder in den europäischen Institutionen. Entsprechend intensiv ist auch in den akademischen Foren die Überzeugungskraft der religionsrechtlichen Arrangements des säkularen Staats diskutiert worden: Vertreter der liberalen politischen Theorie Rawlsianischer Prägung sehen vor allem religiös begründete Ausnahmen bei der Befolgung staatlicher Normen kritisch, da sie hier eine Bevorzugung religiöser gegenüber anderen, etwa philosophischen Konzeptionen des Guten erkennen, die mit dem Fairness-Gebot der Neutralität und Gleichbehandlung nicht zu verein-

baren seien. Für Vertreter der „critical religious studies“ (wie etwa Talal Asad oder die früh verstorbene Saba Mahmood), die Sichtweisen aus dem poststrukturalistischen und postkolonialen Lager zu Gehör bringen, ist der säkulare Staat ohnehin das Ergebnis einer historisch kontingenten Entwicklung des Westens, die selbst noch in den diversen Trennungsregimen tief mit dem Christentum verbunden ist und daher nicht passend oder sogar diskriminierend gegenüber anderen Religionen ist.

Das Erkenntnisinteresse von „*Liberalism's Religion*“ setzt hier an: Cécile Laborde, Professorin für Politische Theorie in Oxford, legt in diesem Buch keine, wie der Titel auf dem ersten Blick zu suggerieren scheint, Apologie des Liberalismus als Quasi-Religion vor, sondern möchte die liberale politische Ordnung mit ihrem Kernprinzip der gleichen Freiheit („*liberal egalitarianism*“) als eine überzeugende universelle Ordnung einsichtig machen, die inklusiv und gerecht im Umgang mit Religionen agiert. Zugleich will sie zeigen, dass es auf dem Boden der liberalen politischen Theorie mit den normativen Ausgangsaxiomen von Freiheit, Gleichheit und Respekt vor der Integrität des Individuums vernünftigerweise einen Spielraum nicht nur für unterschiedliche politische Antworten geben kann, die liberaler oder konservativer ausfallen können, sondern auch für unterschiedliche religionsrechtliche Arrangements im Sin-

ne eines „*minimal secularism*“. Säkularismus versteht Laborde nicht als eine substantielle politische Idee im Sinne einer Ideologie, sondern als eine politische Doktrin, die den angemessenen Platz von Religion im Staat kennzeichnet (113 f.). Diese Platzzuweisung kann sowohl in einer Ordnung kulminieren, die religionsfreundlicher ist, ja, sogar eine, die der mehrheitlich vorherrschenden Religion einen Raum bevorzugter symbolischer Anerkennung vorbehält – hier *Divinatia* genannt –, als auch in eine Ordnung, die die Geltungsansprüche religiöser Normen in der öffentlichen Sphäre zurückdrängt – *Secularia* (151).

Es ist bemerkenswert, dass Laborde ihren argumentativen Fokus von dem Prinzip der religiösen und weltanschaulichen Neutralität her wählt und nicht von dem Prinzip der Religionsfreiheit. Deutschen LeserInnen ist dieses Prinzip einigermaßen vertraut. Obwohl es so explizit gar nicht im Grundgesetz zu finden ist, hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung damit die einschlägigen grundgesetzlichen Regelungen der Religions- und Gewissensfreiheit und die inkorporierten Artikel der Weimarer Reichsverfassung zu Religionsgemeinschaften zu einem Konzept zusammengeführt – Stichwort: der Staat als Heimstatt aller BürgerInnen. So haben auch die von Laborde hier politiktheoretisch entwickelten Kennzeichnungen vor diesem Hintergrund einen Wiedererken-

nungswert: der religiös und weltanschauliche neutrale Staat ist ein Staat, der die individuelle ethische Urteilsbildung seiner BürgerInnen respektiert und um allgemein zugängliche Gründe seiner Politik bemüht ist (*justifiable state*, 126 ff.), dabei gilt der Grundsatz der Gleichbehandlung (*inclusive state*, 131 ff.) und schließlich soll der Staat nicht die letzten Fragen entscheiden wollen (*limited state*, 146 ff.).

Was aber nicht nur für die deutsche Debatte eher ungewöhnlich und sehr innovativ ist, ist der begriffliche Ansatz von Laborde: Zwar versteht sie in Fortführung der rawlsianischen Perspektive Religion und Weltanschauungen als „*comprehensive doctrines*“ im Sinne einer umfassenden Lehre des Guten. Aber die schlichte Analogisierung ist ihr zu wenig, sie möchte darüberhinausgehend die einzelnen interpretativen Dimensionen von Religionen und anderen Lehren des Guten unterscheiden, um so etwa die Bedingungen der Ausnahmen von staatlichen Normen genauer bestimmen zu können. Die gewissermaßen handelsüblichen substantialen und funktionalen Religionsverständnisse sind entweder zu unbestimmt oder aber zu exklusiv, wie Laborde in einem höchst instruktiven Durchgang zeigt (18 ff.). Laborde „zerlegt“ Religion in einzelne Bestandteile, die für das Verhältnis zwischen Bürger und Staat relevant werden können, als wären: Gewissensentscheidungen, Wahr-

heitsbehauptungen, kulturelle Aspekte, Gemeinschaftlichkeit, Rituale und Praktiken, Präferenzen und Projekte (240). Auf diese jeweiligen Dimensionen hat der Staat zu reagieren und zwar differenziert danach, ob es sich um kollektive oder individuelle Akteure handelt. Individuen müssen integer, das heißt in Übereinstimmung mit ihren eigenen moralischen Überzeugungen leben können. Für den Fall der Kollision religiöser Normen mit den Anforderungen staatlicher Normen – diskutiert an religiösen Bekleidungs Vorschriften, Feiertagen und vielen anderen Beispielen –, entwickelt Laborde Kriterien, die im Prozess der Ausbalancierung und Abwägung einzubringen sind (unverhältnismäßige Belastungen, Abgrenzung von moralisch verabscheuungswürdigen Ansprüchen, Mehrheitsbias u. a. m., 203 ff.).

Auch für die Frage, wann und warum Religionsgemeinschaften als kollektiven Akteuren eine Ermäßigung in der Befolgung staatlicher Normen zu gewähren ist und dies womöglich in jeweils spezifischer Weise, entwickelt sie Prüfmaßstäbe, die auf die Kohärenz des jeweiligen Gedankengebäudes einer Religionsgemeinschaft und die Frage der Kompetenz abzielen (171 ff.). Um es an einem Beispiel zu verdeutlichen, auf das Laborde häufiger zurückkommt: Der Staat kann seine Antidiskriminierungsvorschriften nicht in Bezug auf die Katholische Kirche durchsetzen, da die Exklusivität des Zu-

gangs zu Weiheämtern für deren eigenes Selbstverständnis und die Aufrechterhaltung einer kohärenten Struktur zentral ist. Und selbst wenn innerhalb einer Religionsgemeinschaft die theologische Auslegung der religiösen Lehre umstritten sein sollte, hat der Staat nicht die Befugnis zu entscheiden, welche der strittigen Positionen die richtige ist. Allerdings steht dies bei ihr unter der Prämisse, dass die staatliche Souveränität im Grundsatz anerkannt wird, es kann keinen Vorbehalt von Religionsgemeinschaften gegenüber der Kompetenz-Kompetenz des Staates geben (Laborde nutzt hier den deutschen Begriff, 161 ff.). Dies erinnert entfernt an die Kämpfe, die in den ersten Jahrzehnten des Grundgesetzes in der staatskirchenrechtlichen Debatte ausgefochten wurden, als die Vertreter der sogenannten Koordinationslehre die Gleichrangigkeit von Staat und Kirche verteidigten. In Zeiten des postkolonialen „*legal pluralism*“ wird die Souveränität des Staates in vergleichbarer Weise in Frage gestellt und es ist offensichtlich eine neuerliche argumentative Begründungsanstrengung der „*jurisdictional authority*“ des Staates als Bedingungen des gesellschaftlichen Friedens erforderlich.

All diese Überlegungen werden in einem glänzenden Stil vorgetragen, methodisch transparent, stets komplex theoretisch argumentierend mit problemorientierter Einbeziehung empirischer Fälle und unter vorzüglich gelehrter Auseinan-

dersetzung mit den einschlägigen Stimmen – von Ronald Dworkin über Charles Taylor und Jocelyn Maclure bis zu Christopher Eisgruber und Lawrence Sager sowie vielen anderen. Wer die letzten Jahre der angloamerikanischen Debatte rund um Religion, Recht und Demokratie verpasst haben sollte, kann sich in dem rund 70 Seiten umfassenden wissenschaftlichen Apparat diesbezüglich grundlegend informieren. Wenn ein Hauch von Kritik in dieser Hinsicht angebracht ist, dann ist es die Konzentration auf einen Sprachraum. Was nicht auf Englisch geschrieben bzw. ins Englische übersetzt wurde, findet kaum Berücksichtigung. Das ist gerade angesichts der in Deutschland gewichtigen Stellung des Prinzips der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates mit dem entsprechenden intensiven Niederschlag in der wissenschaftlichen Debatte etwas schade, man denke nur an Ernst-Wolfgang Böckenfördes Verständnis einer offenen und umgreifenden Neutralität. Diese Kritik gilt auch dann, wenn man auf der anderen Seite einräumt, dass die „deutsche“ Wissenschaft sich für einige ihrer Beiträge zur Forschung durchaus auch häufiger als bisher des Englischen als der heutigen wissenschaftlichen *lingua franca* bedienen sollte.

In jedem Fall gilt für dieses Buch, das bereits eine intensive Rezeption erfährt: Es stellt einen Meilenstein in der politiktheoretischen Reflexion über den angemessenen Umgang mit Religion im de-

mokratischen Verfassungsstaat dar. Wer an diesem Thema aus der Perspektive des politischen Liberalismus interessiert ist, dem sei hier auf Englisch gesagt:

„*Liberalism's Religion*“ von Cécile Laborde ist ein „*must-read*“.

Tine Stein, Universität Göttingen,  
tine.stein@uni-goettingen.de

**Philipp Gisbertz (2018): Menschenwürde in der angloamerikanischen Rechtsphilosophie**, Baden-Baden, Nomos, 408 Seiten, 104,00 €



Die Menschenwürde spielt inzwischen in vielen nationalen Verfassungen und auch im internationalen Recht die Rolle eines Rechtsbegriffs. Sie wird in einen engen Zusammenhang mit den Menschenrechten gestellt oder auch selbst als zentrales oder grundlegendes Recht begriffen. Das deutsche Grundgesetz weist die Menschenwürde sogar als konstitutive Norm unseres Gemeinwesens aus. Dies bezeugt den starken Einfluss christlicher Moralvorstellungen sowie der praktischen Philosophie Immanuel Kants, des wohl wichtigsten Würdetheoretikers, auf das deutsche Rechtsverständnis. Doch für die auch globale „Karriere“ des Würdekonzepts wohl noch wichtiger waren die

niederschmetternden Erfahrungen mit totaler Herrschaft: Was auch immer mit „Menschenwürde“ gemeint sein mag, der Nationalsozialismus hat es sicher versehrt.

Im angloamerikanischen Bereich stoßen Berufenen auf die Menschenwürde gleichwohl weiterhin auf eine gewisse Skepsis. Der Verdacht, „Würde“ sei eine wohlklingende Leerformel, ist in diesem rechtskulturellen Raum weiter verbreitet als in Deutschland und einigen anderen kontinentaleuropäischen Staaten. Wie Philipp Gisbertz in seiner vergleichend angelegten Studie zur Menschenwürde in der angloamerikanischen Rechtsphilosophie zeigen möchte, nimmt aber auch dort die Zahl der Autorinnen und Autoren zu, die dem Menschenwürdekonzept eine (menschen-)rechtliche Bedeutung beimessen. Gisbertz zeichnet in seinem auf eine Dissertation zurückgehenden Werk den Werdegang des Würdekonzepts nach, um dessen wachsende Relevanz als Rechtsbegriff auch im rechtsphilosophischen Denken Großbritanniens und Nordamerikas verständlich zu machen. Er beginnt

dazu mit weit ausgreifenden ideengeschichtlichen Betrachtungen, an die sich eine Analyse des Begriffs „Menschenwürde“ anschließt, die dann die Grundlage für eine Nachzeichnung der angloamerikanischen Geschichte und Philosophie des Begriffs bildet. In einem Fazit wird schließlich die Menschenwürde als ein kulturübergreifender Wert ausgewiesen.

Für Begriff und Begründung der Menschenwürde ist die Unterscheidung zwischen einer kontingenten und einer notwendigen Würde wesentlich. Kontingent ist die Würde nach Gilbertz, wenn sie Menschen nur nach Maßgabe besonderer sozialer Stellungen oder Leistungen zukommt, wenn sie abstufbar ist und/oder wenn nur einige, aber nicht alle Menschen sie besitzen. Die notwendige Würde müsste demnach allen Menschen als Gleichen unbedingt und unverlierbar zukommen. Damit wird direkt deutlich, dass nur die Würde in diesem zweiten Sinne als Menschenrecht oder sogar als das Recht, aus dem alle übrigen Rechte normativ folgen, in Frage kommt. Dies weckt von vornherein Zweifel an der menschenrechtlichen Relevanz des kontingenten Würdeverständnisses, das etwa in römisch-aristokratischer oder christlicher Form das vorkantische Würdedenken kennzeichnete.

Nicht alle Begründungslinien der Menschenwürde und nicht alle möglichen Begriffsinhalte sind mit der Idee einer Notwendigkeit der Würde verein-

bar. Gisbertz hält etwa gesellschaftsfunktionale Begründungen der Würde à la Niklas Luhmann für wesentlich kontingent; aber auch Konzeptionen, die die Würde im Interesse an Selbstachtung verankern, stehen insofern für ein kontingentes Würdeverständnis, als nicht alle Menschen eine Selbstachtung ausbilden oder einbüßen können. Was dann zum einen bleibt, ist das Gebot menschenwürdiger Lebensumstände als Antwort auf die „soziale Frage“ des 19. und frühen 20. Jahrhunderts. Für die Begründung einer notwendigen Würde wesentlich sind zum anderen eigenschaftsbasierte Rechtfertigungen: Sie nehmen üblicherweise auf die menschliche Moralität, Vernunft und/oder Freiheit Bezug, in christlichen Begründungen zudem auf die Gottesebenbildlichkeit, die allerdings seit dem Sündenfall einen prekären Status besitzt. So waren Luther und Calvin der Ansicht, der Mensch habe seine Gottesebenbildlichkeit durch den Sündenfall verloren und erhalte sie allenfalls durch die Gnade Gottes zurück. Aber auch Vernunft und (Willens-)Freiheit als spezifisch menschliche und den Menschen auszeichnende Eigenschaften sah etwa Luther kritisch: Sie könnten uns dazu verleiten, unser Heil in eigenen Leistungen zu suchen, anstatt unsere schlechthinnige Abhängigkeit von der Gnade Gottes gläubig anzunehmen.

Dieser letzte Umstand ist nun auch für Gilbertz' Rechtsvergleich relevant, denn

namentlich der Calvinismus hat die angloamerikanische Rechtskultur, vor allem in den Vereinigten Staaten, stark geprägt. Eine zentrale These des Autors lautet denn auch, dass die Menschenwürde ungeeignet gewesen sei, unter den vielen nicht zuletzt protestantischen Sekten Einigkeit zu stiften, denen die amerikanischen *Founding Fathers* und frühen Siedler angehörten. Zur Geschichte der USA habe vielmehr von Anfang an die Notwendigkeit eines pragmatischen Umganges mit dem Faktum eines (zunächst innerchristlichen) Pluralismus gehört. Für einen solchen Umgang wäre aber die Berufung auf die Menschenwürde eher hinderlich gewesen, zumal sie mit ihrer Betonung von Vernunft, (Willens-)Freiheit und Gottesebenbildlichkeit katholisch konnotiert gewesen sei.

Aber auch weitere Merkmale des philosophischen Klimas im angloamerikanischen Kulturraum seien dem Menschenwürdegedanken eher abträglich gewesen. Gisbertz zählt dazu die philosophische Dominanz des Empirismus und des Pragmatismus, die ihre Fortsetzung im antimetaphysischen logischen Positivismus und in der analytischen Philosophie gefunden hätten. Nicht zuletzt sei auch der in Großbritannien einflussreiche Utilitarismus maßgeblich für die allenfalls zurückhaltende Rezeption des Würdegedankens gewesen.

Einen wesentlichen Wendepunkt in der angloamerikanischen Rechtsphiloso-

phie markiert Gisbertz zufolge die Gerechtigkeitstheorie von John Rawls. Rawls habe den Würdegedanken philosophisch salonfähig gemacht, indem er kantisches Gedankengut wie den kategorischen Imperativ in einer metaphysisch entschlackten Form vorstellte. Nicht zufällig sind international einflussreiche Kantianerinnen wie Christine Korsgaard und Barbara Herman aus der Rawls-Schule hervorgegangen. Rawls selbst hat allerdings, wie Gisbertz in einer klugen Analyse zeigt, mit seiner späteren Hinwendung zum politischen Liberalismus ein bloß kontingentes Würdeverständnis nahegelegt. Für seinen politischen Liberalismus ist der Anspruch kennzeichnend, das ideale Selbstverständnis der Bürgerinnen und Bürger liberaldemokratischer Verfassungsstaaten auf den Begriff zu bringen. Dies macht es zumindest sinnvoll möglich, seine spätere Philosophie partikularistisch zu lesen, zumal Rawls für sie auf alle philosophisch anspruchsvollen Fundierungsversuche, zu denen auch das kantische Würdedenken zählt, verzichten möchte.

Der Gedanke der Würde ist daher heute vor allem für politische Philosophinnen und Philosophen interessant, die zwar ebenfalls ohne unnötig strittige Metaphysik auskommen, auf eine anspruchsvolle philosophische Begründung von Rechten und Gerechtigkeit aber gleichwohl nicht verzichten wollen. Wichtige Beispiele, auf die Gisbertz eingeht, bilden

Martha Nussbaum, Jeremy Waldron und Ronald Dworkin. So passt Nussbaum ihre wohlbekannte Liste menschlicher Grundfähigkeiten an die Spezies-Norm eines unserer Würde gemäßen Lebens an. Waldron deutet die Idee der Menschenwürde als Universalisierung eines herausgehobenen Status für alle Menschen. Dworkin schließlich weist der Menschenwürde eine argumentative Schlüsselrolle in seinem Versuch zu, die Welt der Werte, von der persönlichen Lebensführung bis zur politischen Moral und dem positiven Recht, umfassend und stimmig zu interpretieren.

Gisbertz gibt damit einen guten Überblick über die neuere Diskussion des Würdegedankens in der angloamerikanischen Rechtsphilosophie. Auch wer sich für die Ideengeschichte dieses Gedankens interessiert, wird vielfach fündig, selbst wenn die Ausführungen hier notgedrungen stärker an der Oberfläche bleiben. So kann Gisbertz nicht klären, wie sich die von ihm bemerkte Würdeskepsis des Protestantismus mit der Tatsache verträgt, dass gerade Kant ein stark protestantisch geprägter Denker war. Auch ist das Buch nicht frei von jener Umständlichkeit, Betulichkeit und methodischen Übervorsichtigkeit, wie sie für deutsche Dissertationen leider typisch sind. Geradezu peinlich zahlreich sind auch die Referenzen auf den Erstgutachter von Gisbertz' Doktorarbeit. Hier hätte dem Buch ein energisches Lektorat gut getan.

Dessen wichtigste Grenze besteht aber darin, dass Gisbertz die eigentlich philosophische Auseinandersetzung mit der Idee einer allen Menschen notwendig zukommenden Würde vermeidet. Er bleibt bis zuletzt unentschieden, wie wir diese Idee genau verstehen sollten und wie wir sie gegen skeptische Einwände verteidigen können. Wie verhalten sich etwa die möglichen Begriffsinhalte der Nichtdemütigung, der menschenwürdigen Lebensbedingungen, der selbstbewussten Selbstbestimmung und der moralischen Selbstgesetzgebung zueinander? Und vor allem: Wie soll eine metaphysisch sparsame Würdebegründung gelingen, wenn doch alle spezifisch menschlichen Eigenschaften nur einigen, aber nicht allen Angehörigen unser Art tatsächlich zukommen? Gisbertz behilft sich hier mit der Idee einer „Eigenschaftspotentialität“: Auch wenn nicht alle Menschen faktisch zu Willensfreiheit, Vernunft und Moral befähigt seien, so seien doch alle es potenziell als Angehörige einer durch diese Eigenschaften charakterisierten Art. Aber dieses Argument funktioniert nicht, denn nicht alle individuellen Menschen sind auch nur potenziell mündige Personen; manche sind etwa von Geburt an geistig schwer beeinträchtigt.

Das Würdemerkmal einer mit den Menschenrechten koextensiven Allgemeinheit lässt sich durch eine eigenschaftsbasierte Begründung daher nicht

einholen. Somit bleibt unklar, wie die Menschenrechte ihren rechtfertigenden Grund in einer notwendigen Würde finden sollten. Eine mögliche Alternative wäre, die Menschenwürde nicht als Grund für unseren Status als Rechtssubjekte zu sehen, sondern als deren Inbegriff. Eine Menschenwürde zu besitzen, *bedeutet* demnach nichts anderes, als ein Subjekt von Menschenrechten zu sein. Damit indes ist der Würdebegriff redundant; der Begriff des „Status als Rechtssubjekt“ reicht aus. Wer gleichwohl an einen semantischen Mehrwert des Würdekonzpts glaubt, sollte vielleicht der von Dworkin gelegten Spur folgen. Womöglich erweist sich die Würde dann als

eine organisierende Idee hinter der Liste unserer grundlegenden Rechte. Aus ihr ginge etwa hervor, welches Menschenbild dieser Liste Kohärenz verleiht und auch bei ihrer notwendigen Weiterentwicklung im Lichte neuer Standardbedrohungen leitend sein sollte. Dies aber ist bislang nur eine vage Idee, von deren Fruchtbarkeit abhängen könnte, ob das Konzept der Menschenwürde die interkulturelle Aufmerksamkeit von Rechtsphilosophen, die es zunehmend findet, auch verdient.

Bernd Ladwig

Freie Universität Berlin, Otto-Suhr-Institut für  
Politikwissenschaft

bernd.ladwig@fu-berlin.de



**WOCHEN  
SCHAU  
VERLAG**

... ein Begriff für politische Bildung

# Antisemitismus

Hans-Peter Killguss, Marcus Meier,  
Sebastian Werner (Hg.)

## Bildungsarbeit gegen Antisemitismus

Grundlagen, Methoden & Übungen

Antisemitismus ist Teil der deutschen Geschichte, aber auch der deutschen Gegenwart. Insbesondere in Schulen kommt es immer wieder zu antisemitischen Beschimpfungen oder gar Übergriffen. Lehrkräfte, aber auch alle anderen, die mit Jugendlichen arbeiten, sehen sich daher mit der Frage konfrontiert, wie sie mit dem Thema umgehen sollen. Das Handbuch hilft nicht nur dabei, verschiedene antisemitische Phänomene zu erkennen und einzuordnen, es bietet neben einführenden Texten auch zahlreiche Methoden für den Einsatz in der schulischen und außerschulischen Bildungsarbeit.



ISBN 978-3-7344-0894-6,  
244 S., € 24,90

E-Book ISBN 978-3-7344-0895-3 (PDF),  
€ 19,99

### Die Herausgeber

**Hans-Peter Killguss** ist Diplom-Pädagoge und seit 2008 Leiter der Info- und Bildungsstelle gegen Rechtsextremismus im NS-Dokumentationszentrum der Stadt Köln.

**Marcus Meier** ist Geschäftsführer der Kölnischen Gesellschaft für Christlich-Jüdische Zusammenarbeit und Lehrbeauftragter der Universität zu Köln.

**Sebastian Werner** ist Politikwissenschaftler. Er leitet das Projekt „Jederzeit wieder! Gemeinsam gegen Antisemitismus!“ der Kölnischen Gesellschaft für Christlich-Jüdische Zusammenarbeit.



## AUTORINNEN UND AUTOREN

---

*M. Ehteshamul Bari*, PhD (Macquarie University, Sydney, Australia), Senior Lecturer in Law, School of Law, University of New England, New South Wales, Australia.

*Heiner Bielefeldt*, Professor, Inhaber des Lehrstuhls für Menschenrechte und Menschenrechtspolitik der Universität Erlangen-Nürnberg; von 2010 bis 2016 UN-Sonderberichterstatte für Religions- und Weltanschauungsfreiheit.

*Christina Binder*, Professorin für Internationales Recht und Internationalen Menschenrechtsschutz am Institut für Öffentliches Recht und Völkerrecht der Universität der Bundeswehr München.

*Thomas Demmelhuber*, Professor für Politikwissenschaft, Inhaber des Lehrstuhls für Politik und Gesellschaft des Nahen Osten an der Universität Erlangen-Nürnberg.

*Sarah Fick*, Senior lecturer, Department of Public Law and Jurisprudence at the Faculty of Law, University of Western Cape, South Africa.

*Radley Henrico*, Senior lecturer, Department of Public Law and Jurisprudence at the Faculty of Law, University of Western Cape, South Africa.

*David Keseberg*, Forschungsassistent der Forschungsgruppe Amerika der Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP), Berlin.

*Michael Krennerich*, Professor für Politikwissenschaft am Lehrstuhl für Menschenrechte und Menschenrechtspolitik der Universität Erlangen-Nürnberg; seit 2007 Vorsitzender des Nürnberger Menschenrechtszentrums.

*Jörg Maywald*, Geschäftsführer der Deutschen Liga für das Kind, Honorarprofessor an der Fachhochschule Potsdam und Sprecher der National Coalition Deutschland – Netzwerk zur Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention.

*Gerd Oberleitner*, UNESCO Chair in Human Rights and Human Security, Professor für Völkerrecht an der Universität Graz und Leiter des Europäischen Trainings- und Forschungszentrums für Menschenrechte und Demokratie an der Universität Graz.

*Claudia Zilla*, promovierte Politikwissenschaftlerin, Senior Fellow in der Forschungsgruppe Amerika der Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP), Berlin

Katharina Gerarts (Hg.)  
**Methodenbuch  
Kinderrechte**  
Beteiligung von Kindern  
und Jugendlichen an  
Kinderrechten  
für Politik & Co.

Was brauchen Kinder und Jugendliche für ein gutes Aufwachsen? Was benötigen sie, um ihre Rechte verwirklichen zu können? Wo besteht Handlungsbedarf? Diese Fragen können Kinder und Jugendliche am besten selbst beantworten. Entsprechend sind in der UN-Kinderrechtskonvention und der Hessischen Kinder- und Jugendrechtecharta die Berücksichtigung des Kinderwillens und der Beteiligung von Kindern und Jugendlichen verankert. Vor diesem Hintergrund wurden in Hessen Workshops mit verschiedenen Altersgruppen durchgeführt, um mit den Kindern und Jugendlichen selbst zu erarbeiten, was diese für ein gutes Aufwachsen brauchen. Im Methodenbuch Kinderrechte werden die Möglichkeiten der Einbindung von Kindern und Jugendlichen in die Realisierung kinderfreundlicher Politik beleuchtet. Die Erstellung von kinderrechtlichen Wegweisern für Politik und Institutionen wird methodisch unterfüttert.



ISBN 978-3-95414-137-1, 96 Seiten, € 12,90

PDF: ISBN 978-3-95414-138-8, € 10,99

#### Die Herausgeberin

Katharina Gerarts ist Diplom-Pädagogin und promovierte qualitative Kindheitsforscherin. Sie ist Professorin für Kindheitswissenschaften an der Ev. Hochschule Darmstadt und leitet den Studiengang Bildung, Erziehung und Kindheit/childhood studies. Von 2017 bis 2019 war sie zudem ehrenamtliche Beauftragte für Kinder- und Jugendrechte im Land Hessen.