

Die Anwendung des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit auf rechtsunverbindliche internationale Standards

*Katharina Reiling**

Abstract	311
I. Einführung	312
II. Eine Annäherung an das Problem	314
1. Formale Lesart in der deutschen Literatur	314
2. Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes	316
3. Soft Law	318
4. Für ein funktionales Verständnis der Völkerrechtsfreundlichkeit	320
III. Das Beispiel der Humanisierung von Haftbedingungen	322
1. Internationale Instrumente	323
2. Die Indizwirkungsrechtsprechung	327
a) Das Jugendstrafvollzugsurteil und die Folgeentscheidungen zum Haftrecht	327
b) Ausdehnung auf das Betreuungsrecht	329
c) Rezeption in der Praxis	330
d) Zwischenergebnis	330
IV. Die offene Flanke der Indizwirkungsrechtsprechung	331
1. Legitimationsfrage	332
2. Subjektiv-öffentliches Recht auf Berücksichtigung von Soft Law	336
V. Auf dem Weg zu einer allgemeinen Indizwirkungsrechtsprechung?	337

Abstract

Ogleich rechtsunverbindliche Standards (sog. Soft Law) eine große Rolle auf der internationalen Ebene spielen, ist bislang offen, ob ihre innerstaatliche Rezeption über den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes möglich ist. In seiner jüngeren Rechtsprechung (grundlegend BVerfGE 116, 69, 90 f.) trägt das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) der Bedeutung dieses Soft Law allerdings Rechnung, indem es Berichten internationaler Menschenrechtsausschüsse eine Indizwirkung für eine Grundrechtsverletzung zubilligt. Der Beitrag nimmt diese Rechtsprechung zum Anlass, um das Verhältnis des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes zu Soft Law näher zu untersuchen. Er zeigt auf,

* Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Habilitandin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. *Hans Christian Röhl* an der Universität Konstanz.

dass ein funktionales Verständnis der Völkerrechtsfreundlichkeit für eine innerstaatliche Rezeption von Soft Law spricht, mahnt aber zugleich an, die damit einhergehenden Legitimationsprobleme nicht außer Acht zu lassen.

I. Einführung

Rechtsunverbindliche Standards spielen im internationalen Bereich eine große Rolle, da dieses sog. Soft Law als Regelungsinstrument viele Vorzüge gegenüber den klassischen Quellen des Völkerrechts hat.¹ Insbesondere ermöglicht sein Einsatz, die Lösung globaler Probleme zügig anzugehen, wenn es, wie oftmals, schwer ist, den Staatenkonsens zu erreichen, den es für den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags bedarf. Dieser Befund wirft die Frage auf, ob das nationale Recht die Bedeutung von Soft Law auf der internationalen Ebene abbildet. Einen Mechanismus für seine Rezeption im innerstaatlichen Bereich könnte der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes (GG) darstellen. In der deutschen Literatur wird diese Möglichkeit zwar zum Teil in Erwägung gezogen, jedoch bleibt man im Ergebnis meist skeptisch.² In der jüngeren Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts hat der Sache nach eine Anwendung des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit auf Soft Law hingegen bereits stattgefunden, und zwar in seiner Indizwirkungsrechtsprechung.³ Danach soll ein Verstoß gegen internationale Standards mit Menschenrechtsbezug eine Verletzung von Grundrechten in dem Sinne indizieren, dass ihre Verletzung die Verletzung von Verfassungsgrundsätzen nahe legt. Diese Indizwirkung erinnert stark an die zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) entwickelte Berücksichtigungspflicht,⁴ da in beiden Fällen ein Verstoß gegen eine internationale Spruchpraxis einen Verfassungsverstoß zwar nicht bedingt, aber impliziert. Das BVerfG begründet seine Indizwirkungsrechtsprechung allerdings nicht ausdrücklich mit dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit. Ein weiterer Unterschied zur bekannten Berücksichtigungspflicht besteht darin, dass die Maßstäbe keine Entscheidungen internationaler Ge-

¹ Zu den Vorteilen *K. W. Abbott/D. Snidal*, Hard and Soft Law in International Governance, IO 54 (2000), 421 ff.; *M. Knauff*, Der Regelungsverbund, Recht und Soft Law im Mehrebenensystem, 2010, 292 f.; *K. Ipsen*, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 20 Rn. 21.

² Siehe unten II. 1.

³ BVerfGE 116, 69 (90 f.).

⁴ Aus der Perspektive des BVerfG eine Parallele ziehend *G. Lübke-Wolff*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafvollzug und Untersuchungshaftvollzug, 2016, 26 (28 f.).

richte, sondern rechtlich unverbindliche Äußerungen von Menschenrechtsausschüssen sind. Die Indizwirkungsrechtsprechung hat weitreichende Folgen in der deutschen Rechtsordnung; insbesondere hat auf internationaler Ebene ausgearbeitetes Soft Law zu Haftbedingungen, wie die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze, direkten Eingang in das Recht und die Rechtsprechung zum deutschen Straf- und Untersuchungshaftvollzug gefunden.⁵ In seiner jüngsten Entscheidung aus dem Jahr 2016 hat das BVerfG schließlich den engeren Bereich der Haft verlassen und die Frage erörtert, ob die Äußerungen des Ausschusses zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen nach Art. 34 UN-Behindertenrechtskonvention (BRK) einer ärztlichen Zwangsbehandlung Betreuter entgegenstehen können.⁶

Diese Rechtsprechung wird aus menschenrechtlicher Sicht begrüßt,⁷ aus Sicht des Verfassungsrechts ist sie aber heikel. Denn die Standards, die das BVerfG zur Auslegung der Grundrechte heranzieht, sollen trotz ihrer fehlenden Rechtsverbindlichkeit und ungeachtet ihrer rechtlichen Qualität den Inhalt des deutschen Rechts determinieren können. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Zuständigkeiten der Soft Law setzenden Institutionen im Unterschied zum EGMR, dem ausdrücklich die Rolle des Hüters der Konvention zugewiesen ist (Art. 32 Abs. 1 EMRK), begrenzter sind.⁸ Zudem entscheidet ein Gericht im Einzelfall, während es bei Standards um Maßstabssetzung geht, und sie damit deutlicher in einem Spannungsverhältnis zur Gesetzgebung stehen. Das BVerfG ist auf diese Brisanz kaum eingegangen. Die entsprechende Feststellung in seiner Leitentscheidung erging als *obiter dictum* mit einer dünnen Begründung, denn es wird schlicht auf die – ebenfalls dürftig begründete – Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts⁹ verwiesen.¹⁰

Das BVerfG schweigt somit sowohl zur rechtlichen Grundlage als auch zu den rechtlichen Herausforderungen seiner Indizwirkungsrechtspre-

⁵ Siehe unten III. 2. a) Auch eine Ausdehnung auf das Auslieferungsverfahren zur Strafverfolgung wird befürwortet, m. w. N. H. Kromrey, Haftbedingungen als Auslieferungshindernis, 2017, 175 ff.

⁶ BVerfGE 142, 313 (345 ff.).

⁷ So die wohl einhellige Ansicht in der strafrechtlichen und kriminologischen Literatur, siehe die Beiträge in Forum Strafvollzug 61 (2012), Heft 3, "Internationale Standards und Regelungen für den Strafvollzug"; F. Neubacher, Verfassungs- und menschenrechtliche Grenzen der Strafvollzugsgestaltung, Zeitschrift Bewährungshilfe 58 (2011), 82 (97); mit Blick auf andere Rechtsordnungen E. Klein, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. VI/2, 2009, § 177 Rn. 32 ff.

⁸ M. Ruffert/C. Walter, Institutionalisiertes Völkerrecht, 2. Aufl. 2015, § 12 Rn. 545.

⁹ BGE 118 Ia, 64 (70); bereits BGE 102 Ia, 279 (284); dazu H. Keller/K. Schädler, ZSR 32 (2013), 195 (211 f.).

¹⁰ BVerfGE (Anm. 3).

chung. Diese Zurückhaltung des Gerichts mag auch der Grund dafür sein, warum die Rechtsprechung in der allgemeinen Diskussion bislang kaum wahrgenommen wurde.¹¹ Vor diesem Hintergrund nimmt der Beitrag die Indizwirkungsrechtsprechung zum Anlass, das Verhältnis des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit zu rechtsunverbindlichen internationalen Standards näher zu untersuchen. Dazu wird zunächst auf einer allgemeinen Ebene danach gefragt, ob sich der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit überhaupt auf rechtsunverbindliche Standards beziehen kann (II.). Im Anschluss wird dann auf die Rechtsprechung des BVerfG eingegangen, die für Haftbedingungen einen solchen Weg einzuschlagen scheint (III.). Dieses Anschauungsmaterial bildet den Ausgangspunkt dafür, die rechtlichen Probleme, die eine Einbeziehung von Soft Law in den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit in sich birgt und die das BVerfG – so der zentrale Kritikpunkt des Beitrags – zu wenig berücksichtigt hat, zu behandeln (IV.). In einem Fazit (V.) wird die Frage behandelt, ob diese Entscheidungspraxis des BVerfG verallgemeinerungsfähig ist oder auf die besondere Situation der Haft begrenzt ist.

II. Eine Annäherung an das Problem

1. Formale Lesart in der deutschen Literatur

Eine Anwendung des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit auf Soft Law wird in der deutschen Literatur gewöhnlich entweder nicht thematisiert oder mit dem Argument abgelehnt, dass es sich bei Soft Law nicht um Rechtsquellen im klassischen Sinne handele.¹² Soft Law ist nach dem zuletzt genannten Verständnis eine bloße Tatsache und sein Einbezug bedeutet die Gefahr einer Relativierung verfassungsrechtlicher Vorgaben “al-

¹¹ In einer Randnummer immerhin erwähnt bei *T. Kingreen/R. Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 32. Aufl. 2016, § 3 Rn. 65a; behandelt wurde die Rechtsprechung v. a. im Strafrecht, m. w. N. *H. Müller-Dietz*, Strafvollzug und Verfassungsrecht, in: F. Dünkel/K. Drenkhahn/C. Morgenstern (Hrsg.), Humanisierung des Strafvollzugs, 2008, 11 (25 ff.).

¹² V. a. *P. Kunig*, Völkerrecht und Staatliches Recht, in: W. Graf Vitzthum/A. Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 7. Aufl. 2016, 2. Abschnitt. Rn. 20; *K. Hailbronner*, Völkerrechtliche und staatsrechtliche Aspekte von Verhaltenskodizes multinationaler Unternehmen, in: I. v. Münch (Hrsg.), Staatsrecht. Völkerrecht. Europarecht, FS für H. J. Schlochauer, 1981, 329 (355, 357, 366); *H. Sauer*, Staatsrecht III, 4. Aufl. 2016, Rn. 40 a, b; zurückhaltend auch *K. Doebring*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2004, Rn. 744.

lein aufgrund (vorgeblicher) faktischer Zwänge".¹³ Andere Autoren zeigen sich hingegen aufgeschlossener.¹⁴

Die Diskussion um die Rolle unverbindlicher internationaler Standards und damit um den Anwendungsbereich des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit ist im Zug der Rechtsprechung des BVerfG zum Stellenwert der Rechtsprechung des EGMR im deutschen Recht neu entfacht. Nach dieser Rechtsprechung müssen nicht nur die EMRK-Garantien, sondern auch dazu ergehende Entscheidungen des EGMR bei der Auslegung und Anwendung der Grundrechte berücksichtigt werden.¹⁵ Oftmals wird die EMRK als eine Ausnahmekonstellation betrachtet und gegen eine generelle Übertragbarkeit der dazu ergangenen Rechtsprechung des BVerfG auf Menschenrechtsinstrumente argumentiert, dass andere Konventionen regelmäßig nicht über eine obligatorische gerichtliche Instanz wie den EGMR verfügten, sondern nur eine nicht-verbindliche Spruchpraxis aufwiesen; der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit könne sich daher allenfalls auf diese Konventionen selbst beziehen,¹⁶ während ein Einbezug auch der nicht-verbindlichen Spruchpraxis skeptisch betrachtet wird.¹⁷ Andere betonen, dass nach dieser Rechtsprechung auch Entscheidungen des EGMR unabhängig vom konkreten Streitgegenstand innerstaatlich zu berücksichtigen

¹³ So für eine Einbeziehung internationaler Belange jenseits bindenden Völkerrechts *H. Sauer* (Anm. 12).

¹⁴ Etwa *C. Tomuschat*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. XI, 3. Aufl. 2013, § 226 Rn. 33; *S. Laskowski*, *Das Menschenrecht auf Wasser*, 2010, 195 ff.; bereits *B. Simma/S. Benningsen*, *Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte im Völkerrecht – Der Internationale Pakt von 1966 und sein Kontrollverfahren*, in: J. F. Baur/K. J. Hopt/K. P. Mailänder (Hrsg.), *FS für Ernst Steindorff*, 1990, 1477 (1497).

¹⁵ BVerfGE 111, 307 (320); BVerfGE 128, 326 (367 f.).

¹⁶ So auch für die UN-Behindertenkonvention BVerfGE 128, 282 (306) sowie für die UN-Kinderrechtskonvention, BVerfG (K), Beschluss v. 5.7.2013 – 2 BvR 708/12, Rn. 21-24; für das Übereinkommen Nr. 29 der ILO bereits BVerfGE 98, 169 (206), allerdings noch mit dem entsprechenden Willen des Verfassungsgebers begründend.

¹⁷ Ablehnend zur UN-Kinderrechtskonvention *M. Jestaedt*, *Das Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern*, in: B. Veit/D. Coester-Waltjen/E. Schumann/V. Lipp (Hrsg.), *Alles zum Wohl des Kindes?*, 2012, 13 (30 ff.); zur Diskussion um die Berücksichtigung der Spruchpraxis zu Art. 6 Nr. 4 der Europäischen Sozialcharta siehe – im Ergebnis ablehnend – *G. Buchholtz*, *Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge*, 2014, 244 ff.; zurückhaltend (Berücksichtigungspflicht "nicht oder nur abgeschwächt") zur Spruchpraxis von Sachverständigenausschüssen zu UN-Menschenrechtsverträgen *D. König/S. Schadendorf*, *Die Rezeption der UN-Frauenrechtskonvention in Karlsruhe und in Straßburg*, *DÖV* 67 (2014), 853 (857).

sein,¹⁸ so dass für eine Differenzierung allein nach der Verbindlichkeit der Spruchpraxis kein triftiger Grund bestünde.¹⁹

Für die Kernfrage nach der Ausdehnung des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit auch auf unverbindliche Standards ist diese Diskussion in der deutschen Literatur allerdings nicht zielführend, da sie auf die Bedeutung von Soft Law im internationalen Bereich kaum eingeht bzw. da ihre Vergleichsfolie ausschließlich EMRK und EGMR sind. Vor diesem Hintergrund sollen der Inhalt und die Funktion des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit (2.) sowie die Bedeutung von Soft Law (3.) genauer untersucht werden, um anschließend beurteilen zu können, ob der Grundsatz überhaupt ein Einfallstor für internationale Instrumente jenseits der klassischen Rechtsquellen darstellen kann (4.).

2. Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes

Die Funktion des – aus der Zusammenschau mehrerer Einzelbestimmungen des GG wie Art. 1 Abs. 2, 9 Abs. 2, 24, 25, 26, 59 Abs. 2 und der Präambel abgeleiteten – Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit ist es, internationalen Belangen in der innerstaatlichen Rechtsordnung Geltung zu verschaffen.²⁰ Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass Völkerrecht in Deutschland – abgesehen von den allgemeinen Regeln des Völkerrechts, denen nach Art. 25 GG ein Zwischenrang zukommt – nur einen schwachen, da einfachgesetzlichen Rang hat, vgl. Art. 59 Abs. 2 GG, während die internationale Rechtsordnung in Abwesenheit effektiver Mechanismen zur zwangsweisen Durchsetzung von Völkerrecht in besonderem Maße auf die Indienstnahme innerstaatlicher Organe angewiesen ist; Völkerrecht betrifft nämlich zunehmend nicht nur das Außenverhältnis, d. h. die Pflichten der Staaten untereinander, sondern zielt auch darauf, innerstaatlich umgesetzt zu werden,²¹ man denke an den Schutz von Menschenrechten oder den Umweltschutz. Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit soll danach

¹⁸ Mit der “faktischen Orientierungs- und Leitfunktion” von Entscheidungen des EGMR begründend BVerfGE 111, 307 (320); BVerfGE 128, 326 (367).

¹⁹ A. Proelß, Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG, in: H. Rensen/S. Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, 553 (572 f.) mit der Einschränkung, dass die Spruchpraxis hinreichend konkret sein müsse.

²⁰ Von einer “Harmonisierung” sprechend M. Payandeh, Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip, JöR 57 (2009), 465 (499 ff.).

²¹ W. G., Friedman, The Changing Structure of International Law, 1978, 60 ff.

dem Völkerrecht innerstaatliche Wirksamkeit verleihen und kann so zu einer progressiven Integration der beiden Rechtsordnungen²² beitragen. Diese innerstaatliche Aufwertung von Völkerrecht kann weiter dazu beitragen, Verstöße der Bundesrepublik gegen Völkerrecht abzuwenden. Das BVerfG hat die Rolle des Grundsatzes in der Entscheidung zur Bodenreform in der Sowjetischen Besatzungszone (SBZ) wie folgt beschrieben:²³

“Die Verfassung hebt bestimmte Einrichtungen und Rechtsquellen der internationalen Zusammenarbeit und des Völkerrechts hervor (Art. 23 Abs. 1, Art. 24, Art. 25, Art. 26 und Art. 59 Abs. 2 GG). Insoweit erleichtert das Grundgesetz die Entstehung von Völkerrecht unter Beteiligung des Bundes und sichert dem entstandenen Völkerrecht Effektivität. Das Grundgesetz stellt die Staatsorgane mittelbar in den Dienst der Durchsetzung des Völkerrechts und vermindert dadurch das Risiko der Nichtbefolgung internationalen Rechts”.

Erreicht werden soll dies insbesondere über das Gebot völkerrechtsfreundlicher Auslegung der nationalen Rechtsordnung.²⁴ Danach ist einer Norm bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten möglichst diejenige Bedeutung beizumessen, die mit völkerrechtlichen Vorgaben in Einklang steht.²⁵ Konkret wird die völkerrechtsfreundliche Auslegung bei unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln relevant, sinngemäß gilt sie aber auch für die Ausfüllung von Ermessens- und Beurteilungsspielräumen;²⁶ das betrifft auch später, d. h. zeitlich nach dem nationalen Umsetzungsgesetz ergangene Parlamentsgesetze²⁷ – der *lex posterior*-Grundsatz ist insofern völkerrechtsfreundlich auszulegen, sofern kein entgegengesetzter Wille des Gesetzgebers zu erkennen ist – und die Ebene des Verfassungsrechts.²⁸ Aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit ergibt sich für alle drei Staatsorgane die Pflicht, das Völkerrecht zu respektieren.²⁹ Dieses Gebot der völkerrechtsfreundlichen Auslegung ist kein deutsches Spezifikum, sondern ist, wenn auch in ganz unterschiedlichen Ausformungen und Nuancen, in vielen nationalen Rechtsordnungen anerkannt;³⁰ Tradition hat die

²² P.-M. Dupuy, *International Law and Domestic (Municipal) Law*; in: MPEPIL, 2011, Rn. 134 ff.

²³ BVerfGE 112, 1 (24).

²⁴ Zu den Inhalten D. Knop, *Völker- und Europarechtsfreundlichkeit als Verfassungsgrundsätze*, 2013, 200 ff.

²⁵ Auf die *Eurocontrol*-Entscheidungen, BVerfGE 58, 1 (34); BVerfGE 59, 63 (89), Bezug nehmend R. Geiger, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 6. Aufl. 2013, 170.

²⁶ M. Schweitzer/H.-G. Dederer, *Staatsrecht III*, 11. Aufl. 2016, Rn. 242 (244).

²⁷ BVerfGE 74, 358 (370); D. Knop (Anm. 24), 206 ff.

²⁸ R. Geiger (Anm. 25), 170.

²⁹ BVerfGE 112, 1 (26).

³⁰ A. Noelkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, 2011, 147 ff.

völkerrechtsfreundliche Auslegung insbesondere in den USA, wo sie der U.S. Supreme Court bereits im Jahr 1804 in der Rechtssache *Murray v. The Schooner Charming Betsy* anerkannt hat.³¹

3. Soft Law

Soft Law wird in der internationalen Rechtsordnung³² in Angelegenheiten, in denen der Abschluss und die Durchführung eines völkerrechtlichen Vertrages nicht schnell oder effektiv genug erscheinen, als die bessere Alternative zu Hard Law betrachtet.³³ Ein rechtlicher Vorteil gegenüber Hard Law rührt daher, dass das Ratifikationserfordernis entfällt; sein politischer Vorteil ist u. a., dass Soft Law wegen seiner fehlenden Rechtsverbindlichkeit als weniger bedrohlich wahrgenommen wird, so dass sich ein Konsens und präzise Inhalte einfacher erreichen lassen.

Es wird aber nicht mehr in einen strikten Gegensatz zu Hard Law gesetzt.³⁴ Vielmehr lassen sich ausgehend von seinem Verhältnis zu den klassischen Rechtsquellen verschiedene Kategorien von Soft Law unterscheiden.³⁵ Zunächst kann Soft Law als Initiator oder Katalysator zur Herausbildung von Hard Law beitragen, indem es in Verträge aufgenommen wird oder wenn sich im Laufe der Zeit eine entsprechende Rechtsüberzeugung bildet, man denke an die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR), deren Garantien in Teilbereichen, z. B. dem Folterverbot, heute gewohnheitsrechtliche Geltung beigemessen wird.³⁶ Zum anderen kann Soft Law dazu dienen, Hard Law zu konkretisieren, um die einheitliche Anwendung von Recht zu befördern; ein Beispiel dafür sind die diversen Empfeh-

³¹ 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804).

³² Zugeschrieben wird die erstmalige Verwendung *Lord McNair*, einem ehemaligen Völkerrechtsprofessor und Präsidenten des IGH, dazu *W. Wengler*, Rechtsvertrag, Konsensus und Absichtserklärung im Völkerrecht, JZ 31 (1976), 193 (195 mit Anm. 19); allgemein *H. Nasser*, Sources and Norms of International Law: A Study on Soft Law, 2008.

³³ Zu den generellen Gründen *M. Knauff* (Anm. 1), 248 ff.; speziell für die internationale Ebene, 292 f.

³⁴ *A. Boyle*, Soft Law in International Law-Making, in: M. Evans (Hrsg.), International Law, 4. Aufl. 2014, 118 ff.; *G. C. Shaffer/M. A. Pollack*, Hard vs. Soft Law, Minn. L. Rev. 94 (2010), 706 ff.; für eine binäre Sichtweise aber noch *P. Weil*, Towards Relative Normativity in International Law?, AJIL 77 (1983), 411 ff.; den Begriff Soft Law daher als redundant ablehnend v. a. *J. Klabbers*, The Redundancy of Soft Law, Nord. J. Int'l L. 65 (1996), 167 ff.

³⁵ *A. Peters*, Völkerrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2012, 93.

³⁶ Dazu *A. von Arnould*, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, § 3 Rn. 282.

lungen und Hinweise von Internationalen Organisationen zur Auslegung der ihnen anvertrauten Verträge.³⁷

Dieser Bedeutungszuwachs von Soft Law hat die Frage nach einer Konzeptbildung aufgeworfen, da die ursprünglich rein negative Begriffsdefinition, als diejenigen Regeln, die nicht der klassischen Definition des internationalen Rechts unterfallen, und deren Verletzung nicht gerichtlich geltend gemacht werden kann und die keine Folgen nach dem Recht der Staatenverantwortlichkeit auslösen,³⁸ dem Phänomen nicht mehr gerecht wird. Eine Konzeption, die Soft Law auf inhaltsarme Bestimmungen bezieht,³⁹ orientiert sich noch zu sehr an der AEMR als einer der ersten gewichtigen Soft Law-Dokumente, und ist daher zu eng, da sich Soft Law, wie beschrieben, nicht auf Programmsätze beschränkt, sondern z. B. die sehr detaillierten Verlautbarungen internationaler Akteure zur Konkretisierung von Völkerrecht umfasst.⁴⁰ Meist wird die Zwischenstellung von Soft Law als sein Charakteristikum herausgestellt.⁴¹ Danach soll Soft Law trotz der fehlenden Rechtsverbindlichkeit mehr als ein bloßes Faktum sein.⁴² Seine Zwischenstellung rühre zunächst daher, dass Soft Law verhaltensbezogene Erwartungen formuliere, was es von Gentlemen's Agreements und den Regeln der Völkercourtoisie unterscheide.⁴³ Weiter komme dem Soft Law unterfallenden Phänomenen eine "Verbindlichkeit jenseits von Rechtsverbindlichkeit" zu, denn obgleich dem Adressaten ein Entscheidungsspielraum verbleibe, müsse er bei Missachtung von Soft Law mit Konsequenzen, wie etwa einer Benennung des Verstoßes oder der Vorenthaltung von Vorteilen, rechnen, so dass *de facto* ein Druck zu seiner Beachtung bestünde.⁴⁴ Als ein Paradebeispiel dafür, wie Staaten unverbindliche Regelungen aufgrund ihrer Autorität befolgen, gelten Resolutionen der Generalversammlung der Vereinten

³⁷ Für das Umweltvölkerrecht *J. Friedrich*, International Environmental "Soft Law", 2013, 22 ff.

³⁸ M. w. N. *M. Knauff* (Anm. 1), 215.

³⁹ Etwa *W. Heusel*, "Weiches" Völkerrecht, 1991, 43.

⁴⁰ *U. Dieckert*, Die Bedeutung unverbindlicher Entschlüsse internationaler Organisationen für das innerstaatliche Recht der Bundesrepublik Deutschland, 1993, 30 ff.

⁴¹ *C. Tomuschat*, Die Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten, ZaöRV 36 (1976), 444 (476); *T. Stein/C. von Buttlar/M. Kotzur*, Völkerrecht, 14. Aufl. 2017, § 4 Rn. 32; *D. Thürer*, "Soft Law" – eine neue Form von Völkerrecht?, ZSR 104 (1985), 429 (433 f.); *A. Peters* (Anm. 35), 91; allgemein *M. Knauff* (Anm. 1), 220 ff.; speziell für die internationale Ebene. Ein enger Soft Law-Begriff bezieht ihn nur auf Regelungen von Hoheitsträgern bzw. Völkerrechtssubjekten, während andere auch von Privaten erlassene Regelungen einbeziehen wollen.

⁴² *J. H. van Hoof*, Rethinking the Sources of International Law, 1983, 187 f.; *H. Hillgenberg*, A Fresh Look at Soft Law, EJIL 10 (1999), 499 (500 f.).

⁴³ *T. Schweisfurth*, Völkerrecht, 2006, 2. Kap. Rn. 164 (168).

⁴⁴ *M. Knauff* (Anm. 1), 220.

Nationen (UN);⁴⁵ die Verfassung der International Labour Organization (ILO) verpflichtet die Staaten zwar nicht zur Umsetzung von Empfehlungen der ILO, sie müssen aber über den Stand der Umsetzungsmaßnahmen berichten,⁴⁶ so dass gleichwohl Druck zu ihrer Umsetzung besteht.

4. Für ein funktionales Verständnis der Völkerrechtsfreundlichkeit

Nach dieser Untersuchung zum Soft Law und zur Völkerrechtsfreundlichkeit ist eine Verknüpfung der beiden Kategorien möglich und vorzugswürdig:

In begrifflicher Hinsicht hängt eine Zuordnung von Soft Law zum Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit allerdings vom Rechtsverständnis⁴⁷ ab. Löst man sich vom überkommenen monistisch-etatistischen Rechtsbegriff und lässt ein pluralistisches Verständnis zu, das auch andere nicht-staatliche Normensysteme einbezieht,⁴⁸ dann ist es durchaus möglich, Soft Law auch dann als Recht aufzufassen, wenn es sich noch nicht zu Hard Law entwickelt hat.⁴⁹ Denn wie gezeigt, bewegt sich Soft Law in einer Grauzone, da es trotz Rechtsunverbindlichkeit um Verhaltenserwartungen geht, die auf Durchsetzung zielen und für deren Überwachung oftmals internationale Instanzen zuständig sind. Aus der Steuerungswirkung von Soft Law wird daher zum Teil für die Einordnung als besondere Normkategorie plädiert.⁵⁰ Für eine solche rechtliche Aufwertung spreche auch, dass das gewöhnliche binäre Verständnis von Recht⁵¹ gerade für die internationale Ebene nicht passe, da im Völkerrecht eine solche Negativabgrenzung schwierig sei, weil dort zentrale Durchsetzungsmöglichkeiten fehlten und so auch formal verbindliches Recht nicht klar von Politik und Moral unterschieden werden könne.⁵² Auch sei die enge Wechselwirkung von Hard und

⁴⁵ E. Klein/S. Schmahl, in: W. Graf Vitzthum/A. Proelß (Anm. 12), 4. Abschnitt Rn. 139.

⁴⁶ Art. 19 Abs. 6 lit. c, d ILO-Verfassung.

⁴⁷ B. Rütters/C. Fischer/A. Birk, *Rechtstheorie*, 9. Aufl. 2016, § 2.

⁴⁸ K. F. Röhl/H. C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, § 24 III., IV.

⁴⁹ Den Rechtscharakter ablehnend allerdings die wohl h. A., dazu m. w. N. C. Walter, *Grundlagen und Rahmenbedingungen für die Steuerungskraft des Völkerrechts*, *ZaöRV* 76 (2016), 363 (368); anders jüngst M. Goldmann, *Internationale öffentliche Gewalt*, 2015, 394 ff.

⁵⁰ A. Peters (Anm. 35), 91.

⁵¹ Die Kategorie des Soft Law strikt ablehnend J. Klabbers (Anm. 34); P. Weil (Anm. 34), 416.

⁵² A. Peters (Anm. 35), 91; zum Problem J. H. van Hoof (Anm. 42), 188 f.; M. Bothe, *Legal and Non-Legal Norms – A Meaningful Distinction in International Relations*, *NYIL* 11 (1980), 65 ff.

Soft Law zu sehen, die eine Trennung als unnatürlich erscheinen lasse.⁵³ Trotzdem bleiben Vorbehalte gegenüber einer Einordnung von Soft Law als Recht. Zu sehen ist v. a. die Heterogenität von Soft Law und die Staatenpraxis, die Soft Law als ein flexibles Instrument betrachtet, das gerade nicht völkerrechtlich bindend sein soll.⁵⁴ Die Diskussion über das Verhältnis von Soft Law und Recht zeigt allerdings, dass es jedenfalls nicht ausgeschlossen ist, Soft Law als Recht aufzufassen.

Entscheidend ist letztlich aber nicht die begriffliche Einordnung. Stellt man nämlich auf die Funktion des Grundsatzes ab, dann ist seine Anwendung auf Soft Law – jedenfalls für bestimmte Arten – zu bejahen. Denn die Annäherung von Landes- und Völkerrecht, um die es dem Grundsatz geht, trifft insbesondere auf Soft Law zu, das rechtsverbindliche internationale Vorgaben, v. a. Völkervertragsrecht, konkretisiert. Denn solches rechtsbegleitendes Soft Law⁵⁵ zielt darauf, die einheitliche Einhaltung von Hard Law durch die Vertragsstaaten zu ermöglichen. Aus der Perspektive der internationalen Ebene besteht daher ein Bedürfnis nach seiner Anwendung durch innerstaatliche Stellen. Das Anliegen des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit, das Risiko völkerrechtlicher Verstöße der Bundesrepublik abzuwenden, trifft zudem im Grundsatz auch auf solches Soft Law zu; allerdings bleibt der allgemeine Verweis auf Konsequenzen von Soft Law-Verstößen zu vage für die Operationalisierung eines Rechtsprinzips,⁵⁶ insofern sollte man die Anwendung auf solche internationalen Instrumente beschränken, die über institutionalisierte Mechanismen der Druckausübung verfügen.

Gegen ein solches funktionales Verständnis spricht auch nicht, dass die Verfassung primär auf die klassischen Quellen des Völkerrechts abstellt.⁵⁷ Zunächst wurde die faktische Bindungskraft von Soft Law erst in den letz-

⁵³ Für Menschenrechtsstandards *E. Riedel*, Theorie der Menschenrechtsstandards, 1986, 260 ff., der Normen des Hard Law und des Soft Law zu “Kombinationsstandards” zusammenfassen will, d. h. die nicht-verbindlichen Regelungen werden damit zu einem Bestandteil des Rechts.

⁵⁴ Zurückhaltend auch *C. Janik*, Die Bindung internationaler Organisationen an internationale Menschenrechtsstandards, 2012, 210; für Sozialstandards deren rechtsquellentheoretische Heterogenität betonend *A. Nußberger*, Sozialstandards im Völkerrecht, 2005, 459.

⁵⁵ Zum Begriff *M. Knauff* (Anm. 1), 381 ff.

⁵⁶ Zur Rechtsnatur *N. Sternberg*, Der Rang von Menschenrechtsverträgen im deutschen Recht unter Berücksichtigung von Art. 1 Abs. 2 GG, 1999, 189 ff.

⁵⁷ Einen “*numerus clausus* innerstaatlich relevanter Völkerrechtsquellen” ablehnend auch *V. Röben*, Außenverfassungsrecht, 2007, 68; anders aber *P. Kunig*, Deutsches Verwaltungshandeln und Empfehlungen internationaler Organisationen, in: K. Hailbronner/G. Ress/T. Stein (Hrsg.), Staat und Völkerrechtsordnung, FS für K. Doehring, 1989, 529 (530 f., 536 f.).

ten Jahren hinreichend erkannt;⁵⁸ v. a. muss man, wenn man denn die Ableitung von Grundsätzen aus Einzelbestimmungen des Grundgesetzes (GG) bejaht, auch bereit sein, sich von ihrem Wortlaut zu lösen und eine eigenständige Auslegung des Grundsatzes zulassen.⁵⁹ Einschränkend wird man aber zumindest eine normative Rückbindung an die Verfassungsbestimmungen verlangen müssen, die die Basis des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit bilden;⁶⁰ eine solche normative Grundlage ist bei Soft Law, das Völkervertragsrecht konkretisiert, Art. 59 Abs. 2 GG. Ob es darüber hinaus noch einer thematischen Rückbindung an die Grundlagen des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit bedarf,⁶¹ kann bei dem hier behandelten⁶² menschenrechtsbezogenen Soft Law offen bleiben, da thematischer Anknüpfungspunkt Art. 1 Abs. 2 GG i. V. m. mit den einschlägigen Grundrechten bildet.

Schließlich deutet auch ein Blick auf das Unionsrecht darauf hin, dass Soft Law zur Völkerrechtsfreundlichkeit einer Rechtsordnung beitragen kann: Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Grimaldi* eine Verpflichtung nationaler Stellen zur Berücksichtigung von unverbindlichen Handlungsformen nach Art. 189 Abs. 5 Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV), jetzt Art. 288 Abs. 5 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), wegen des Grundsatzes der Gemeinschafts- bzw. Unionstreue bejaht, insbesondere wenn sie verbindliche europäische Regelungen ergänzen.⁶³ Diese Rechtsprechung hat der EuGH in einem Verfahren zum Außenwirtschaftsrecht dann auf internationales Soft Law übertragen.⁶⁴

III. Das Beispiel der Humanisierung von Haftbedingungen

In seiner Leitentscheidung zum Jugendstrafvollzug vom 31.5.2006 hat das BVerfG erstmals explizit die Bedeutung von Soft Law für deutsche Grundrechte festgestellt. Zuvor hatte das Gericht internationale Empfehlungen

⁵⁸ S. Vöneky, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Anm. 14), § 236 Rn. 24.

⁵⁹ U. Dieckert (Anm. 40), 162.

⁶⁰ K.-P. Sommermann, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung, AöR 114 (1989), 391 (415 ff.).

⁶¹ K.-P. Sommermann (Anm. 60), 419 f.

⁶² Siehe unten III.

⁶³ EuGH, Slg. 1989, Rn. 16 (18) – *Salvatore Grimaldi*; bestätigt in Slg. 2003, I-8875, Rn. 41 – *Altair Chimica*.

⁶⁴ Eine unmittelbare Anwendung wurde aber ausdrücklich ausgeschlossen, EuGH, Slg. 1993, I-363, Rn. 17 f. – *Deutsche Shell*.

nur gelegentlich als Argumentationshilfe herangezogen,⁶⁵ bekannt ist insofern v. a. seine Entscheidung zur Haftverschonung, in der es Richtlinien des Ministerkomitees des Europarats herangezogen hat, um zu unterstreichen, dass eine Untersuchungshaft nur in streng begrenzten Ausnahmefällen zulässig ist.⁶⁶ Nach einem Blick auf Inhalt und Bedeutung von Soft Law zu Haftbedingungen (1.) wird näher auf die Entscheidung zum Jugendstrafvollzug und die Folgerechtsprechung eingegangen (2.).

1. Internationale Instrumente

Der Umgang mit Gefangenen und ihre Haftbedingungen betreffen einen besonders sensiblen Bereich der Menschenrechte.⁶⁷ Das liegt an der Eigenart der Vollzugsanstalt, da der Aufenthalt in solchen "totalen Institutionen"⁶⁸ mit beschränkten Zugangsmöglichkeiten zur Justiz, zur Öffentlichkeit, zu Dienstleistungen und zu Alltagsbeschäftigungen einhergeht⁶⁹ und gleichzeitig die Gefahr von Übergriffen und Misshandlung durch das Personal, aber auch durch Mitinsassen,⁷⁰ in sich birgt.⁷¹ Der Staat, der die Personen in Gewahrsam hat, ist daher gehalten, ihnen den entsprechenden Schutz zukommen zu lassen.

Das Völkerrecht hat sich dem Problem durch Mindestgarantien für Inhaftierte angenommen.⁷² Zentral ist das Verbot der Folter, grausamer, unmenschlicher bzw. erniedrigender Behandlung oder Strafe, das insbesondere in Art. 5 AEMR niedergelegt und völkergewohnheitsrechtlich anerkannt ist

⁶⁵ Etwa die Spruchpraxis der Europäischen Kommission für Menschenrechte zu Art. 4 II und III EMRK im Rahmen des Art. 12 II, III GG, BVerfGE 74, 102 (121); mit weiteren Beispielen *H. Kremser*, "Soft Law" der UNESCO und Grundgesetz, 1996, 246 f.

⁶⁶ BVerfG, NJW 19 (1966), 243 (244).

⁶⁷ Zu Strafgefangenen als Träger von Menschenrechten wegweisend *B. Freundenthal*, Die staatsrechtliche Stellung von Gefangenen, 1910.

⁶⁸ *E. Goffman*, Asyle. Über die soziale Situation psychiatrischer Patienten und anderer Insassen, 1973, 20 ff.

⁶⁹ *A. Wittling-Vogel*, Grußworte, in: A. Dessecker/R. Dopp (Hrsg.), Menschenrechte hinter Gittern, 2016, 9.

⁷⁰ Zum Phänomen *S. Ernst*, Gewalt unter erwachsenen männlichen Inhaftierten in deutschen Justizvollzugsanstalten, 2008.

⁷¹ *H. Müller-Dietz*, Menschenrechte und Strafvollzug, in: H.-J. Albrecht (Hrsg.), Kriminalität, Kriminalitätskontrolle, Strafvollzug und Menschenrechte. Internationales Kolloquium zum Gedenken an G. Kaiser, 2016, 43 (44); *J. Goerdeler*, Internationale Richtlinien im Justizvollzug, in: A. Dessecker/R. Dopp (Anm. 69), 93.

⁷² Ein Überblick über die diversen internationalen Instrumente bei *F. Neubacher*, Der internationale Schutz von Menschenrechten Inhaftierter durch die Vereinten Nationen und den Europarat, Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe 48 (1999), 210 ff.

sowie völkervertragsrechtlich in den regionalen Menschenrechtskonventionen (für Europa Art. 3 EMRK) und in Art. 7 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR) garantiert wird.⁷³ Das UN-Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (UNCAT) statuiert nur eine Minimaldefinition für den Folterbegriff.⁷⁴ Der IPbpR enthält besonders für die Untersuchungshaft und Jugendliche weitere Bestimmungen zu humanen Haftbedingungen, wie ein Trennungsgebot (Art. 10). In Europa wird das Folterverbot im Rahmen des Übereinkommens zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe des Europarats (ECPT) konkretisiert; dieses definiert den Begriff der Folter aber bewusst nicht, da man fürchtete, man könne entweder zu allgemein oder zu eng bleiben.⁷⁵ Dieser völkerrechtliche Befund zeigt, dass seine Garantien zu Haftbedingungen in der Regel vage bleiben und sich auf das Verbot von Folter und Misshandlung zurückziehen, aber, von einigen Ansätzen wie etwa dem IPbpR abgesehen, nicht einen menschenwürdigen Umgang in der Haft gewährleisten können.

Auf diese Schwächen des Hard Law wurde schon früh reagiert. Vorreiter waren die UN, die bereits in den 1950er Jahren das Instrument von Standards nutzten, um ihre Vorstellungen mit den Mindeststandards zur Behandlung Strafgefangener (sog. Minima)⁷⁶ zum Ausdruck zu bringen. Der Europarat übernahm die Minima als die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze (European Prison Rules, EPR)⁷⁷ und gestaltete sie weiter aus.⁷⁸ In Teil I legen die EPR 9 Grundprinzipien fest, während die weiteren Nummern 10 bis 108 sich konkret auf die Haftbedingungen mit Sonderregelungen für bestimmte Gefangenengruppen, die Bereiche der Gesundheitsfürsorge, Sicherheit und Ordnung, das Anstaltspersonal, Inspektion und Aufsicht,

⁷³ C. Morgenthal, Internationale Instrumente und Entwicklungen zur Humanisierung des Strafvollzugs, in: F. Dünkel/K. Drenkhahn/C. Morgenstern (Anm. 11), 35.

⁷⁴ J. Herrmann, Implementing the Prohibition of Torture on Three Levels, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2 (2007), 299 (300).

⁷⁵ J. Herrmann (Anm. 74).

⁷⁶ Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, adopted by the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, and approved by the Economic and Social Council by its resolutions 663 C (XXIV), 31.7.1957 and 2076 (LXII), 13.5.1977; überarbeitet durch die sog. UN Nelson Mandela Rules, UN Doc. A/Res/70/175, 17.12.2015.

⁷⁷ Recommendation of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules, adopted by the Committee of Ministers at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies, Rec (2006)2, 11.1.2006.

⁷⁸ Dazu K. Laubenthal, Strafvollzug, 7. Aufl. 2015, 20; F. Dünkel, Die europäischen Strafvollzugsgrundsätze von 2006 und die deutsche Strafvollzugsgesetzgebung, Forum Strafvollzug 2/2012, 141 ff.

U-Haft sowie rechtskräftig verurteilte Strafgefangene beziehen. Der Europäische Ausschuss zur Verhütung von Folter (Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, CPT)⁷⁹ ist ein Präventionsmechanismus, der entgegen seiner deutschen Bezeichnung weit über die Realisierung des Folterverbots hinausgeht; er wurde im Rahmen von ECPT nach dem Vorbild des Internationalen Komitees des Roten Kreuzes, jedoch auf Friedenszeiten bezogen, geschaffen und überprüft mittels Delegationen unter Heranziehung von Experten⁸⁰ die Haftbedingungen durch Inspektionen (vgl. Art. 7 ECPT) von Gefängnissen und anderen geschlossenen Einrichtungen in den Mitgliedstaaten des Europarats, kann dabei Vier-Augen-Gespräche mit den Inhaftierten führen (Art. 8 Abs. 3 ECPT), über seine Beobachtungen berichten und Maßnahmen vorschlagen, Art. 10 ECPT.⁸¹ Der CPT dokumentiert in seinen Besuchsberichten nicht nur die Haftbedingungen in den einzelnen Ländern; der Ausschuss versteht sein Mandat vielmehr sehr weit und hat in seinen Jahresberichten (Art. 12 ECPT) – seine präventive Funktion betonend – Standards entwickelt⁸², die allgemeine Hinweise zu gehäuften Problemen geben und so zu einer Verbesserung des Schutzes von Inhaftierten beitragen sollen (Corpus of Standards oder CPT-Standards).⁸³ Der CPT-Standard über die Einzelhaft zum Beispiel zielt darauf, diese zu minimieren und knüpft sie daher an strenge Bedingungen.⁸⁴

Menschenrechte werden – gerade vor dem Hintergrund finanzieller Engpässe und externer Faktoren – im Alltag von Freiheitsentziehungen aber nicht immer gewahrt.⁸⁵ Das Völkerrecht hat Durchsetzungsmechanismen entwickelt:⁸⁶ Zum einen besteht ein beim Committee against Torture (CAT) angesiedeltes Staatenberichts- und Untersuchungssystem (Art. 19, 20

⁷⁹ Monographisch *D. Cernko*, Die Umsetzung der CPT-Empfehlungen im deutschen Strafvollzug, 2014.

⁸⁰ Zur Zusammensetzung Art. 7 II ECPT.

⁸¹ Art. 4 ECPT. Die meisten Vertragsstaaten haben der Publikation der Berichte zugestimmt, zur Arbeitsweise *J. Kozma*, Das Europäische Komitee zur Verhütung von Folter (CPT), in: A. Dessecker/R. Dopp (Anm. 69), 83 ff.

⁸² Es handelt sich um die *substantive sections* in den Jahresberichten, siehe <<http://www.coe.int>>.

⁸³ *D. Cernko* (Anm. 79), 35 f.; *J. Kozma* (Anm. 81), 83 (90); auch *M. Ruffert/C. Walter* (Anm. 8), § 12 Rn. 556.

⁸⁴ 21st General Report of the CPT, 1.8.2010-31.7.2011, CPT/Inf (2011) 28 part 2, 20.

⁸⁵ Für Europa *H.-J. Kerner/F. Czerner*, Die Empfehlungen des Europarats zum Freiheitsentzug im Kontext europäischer und internationaler Instrumentarien, in: BMJ, Die Empfehlungen des Europarats zum Freiheitsentzug, 2004, 1 ff.; *F. Pfäfflin*, Das Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment des Europarats, *Recht & Psychiatrie* 23 (2005), 24 (29).

⁸⁶ Siehe die Übersicht bei *D. Cernko* (Anm. 79), 37 ff.

UNCAT),⁸⁷ und das Ministerkomitee des Europarats ist sogar berechtigt, von den Regierungen Berichte über getroffene Maßnahmen zur Beachtung der EPR zu verlangen, Art. 15 b der Europaratssatzung. Zum anderen wird international auf eine stärkere Öffnung der Haftanstalten durch Kontrollleinrichtungen mit Besuchsrechten hingewirkt; die geschaffenen Ausschüsse können ihre Standards allerdings nicht zwangsweise durchsetzen.⁸⁸ In Europa fördert weiter der EGMR die Humanisierung von Haftbedingungen im Rahmen seiner Rechtsprechung. Dabei lässt sich beobachten, dass er zunehmend auf die EPR und CPT-Standards Bezug nimmt, diese als Argumentationstopos und Auslegungshilfe benutzt und auf diese Weise zu ihrer Effektivität beiträgt.⁸⁹ Zudem hat er mit seiner Piloturteilstechnik für sich in Anspruch genommen, nicht nur punktuell Missstände festzustellen, sondern auf die flächendeckende Verbesserung der Haftbedingungen in den Mitgliedstaaten hinzuwirken;⁹⁰ dieses Verfahren verstärkt den Druck auf die Staaten, hängt aber immer noch von deren Kooperationsbereitschaft ab.⁹¹

Die genannten internationalen Instrumente zu humanen Haftbedingungen machen das Völkerrecht vollzugsfähig, indem sie es konkretisieren und dabei an aktuelle Herausforderungen anpassen. Obgleich es sich nicht um Rechtsnormen im klassischen Sinne handelt, offenbaren die Mechanismen auf der internationalen Ebene, die auf eine innerstaatliche Verwirklichung hinwirken, dass sie nicht bedeutungslos sind. Es handelt sich somit um rechtsbegleitendes Soft Law,⁹² das über institutionalisierte Durchsetzungsmechanismen abgesichert ist.⁹³ Allerdings kann es von Seiten der internationalen Ebene nicht effektiv durchgesetzt werden. Für Deutschland hat sich, wie sogleich zu zeigen ist, das BVerfG diesem Problem mit seiner Indizwirkungsrechtsprechung angenommen und eine innerstaatliche Vollzugsfunktion im Sinne einer *dédoublement fonctionnel*⁹⁴ übernommen.

⁸⁷ Dazu A. Stein, Das Verbot der Folter im internationalen und nationalen Recht, 2007, 147 ff.

⁸⁸ Zu den Durchsetzungsmechanismen und ihren Schwächen J. Kozma (Anm. 81), 83 (84, 88, 92); D. Cernko (Anm. 79), 41 ff.

⁸⁹ C. Morgenthal (Anm. 73), 35 (48 f.).

⁹⁰ Zur Anwendung im Bereich der Haft J. Baumann, Das Piloturteilsverfahren als Reaktion auf massenhafte Parallelverfahren, 2016, 125 ff.

⁹¹ Siehe das Problem des Wahlrechts für Strafgefangene im Vereinigten Königreich, *Hirst v. the United Kingdom (No. 2)* [GC], 6.10.2005, EGMR 2005-XI, 69 ff.

⁹² H. Pollähne, Neue Perspektiven für das Jugendstrafvollzugsrecht nach der BVerfG-Entscheidung, *Strafverteidiger* 27 (2007), 553 (554 ff.).

⁹³ Zu dieser Kategorie siehe oben II. 3.

⁹⁴ G. Scelle, Le phénomène juridique de *dédoublement fonctionnel*, in: W. Schätzel/H.-J. Schlochauer (Hrsg.), *Rechtsfragen der internationalen Organisation*, FS für H. Wehberg, 1956, 324 (331, 339).

2. Die Indizwirkungsrechtsprechung

a) Das Jugendstrafvollzugsurteil und die Folgeentscheidungen zum Haftrecht

Die Leitentscheidung des BVerfG geht auf zwei Verfassungsbeschwerden zurück, mit denen der inhaftierte Beschwerdeführer sich gegen die Postkontrolle und verschiedene Disziplinarmaßnahmen zur Wehr setzte, da er darin eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 10 GG, Art. 2 Abs. 2 GG und Art. 5 Abs. 1 GG sah. Das Gericht belässt es in seiner Entscheidung nicht dabei, das Ob einer gesetzlichen Grundlage für Grundrechtsbeschränkungen, die über den bloßen Entzug der Freiheit hinausgehen, festzustellen, sondern macht zugleich in der Form eines Pflichtenkatalogs Mindestvorgaben für künftige gesetzliche Regelungen. Diese müssen sich materiell am Vorrang des Vollzugsziels der sozialen Integration orientieren; den Gesetzgeber trifft für die Ausgestaltung des Vollzugs eine Beobachtungs- und Ermittlungspflicht dergestalt, dass er vorhandene Erkenntnisse aus der Vollzugspraxis und der Wissenschaft ausschöpfen muss. In diesem Zusammenhang stellt das Gericht dann fest:⁹⁵

“Auf eine den grundrechtlichen Anforderungen nicht genügende Berücksichtigung vorhandener Erkenntnisse oder auf eine den grundrechtlichen Anforderungen nicht entsprechende Gewichtung der Belange der Inhaftierten kann es hindeuten, wenn völkerrechtliche Vorgaben oder internationale Standards mit Menschenrechtsbezug, wie sie in den im Rahmen der Vereinten Nationen oder von Organen des Europarates beschlossenen einschlägigen Richtlinien und Empfehlungen enthalten sind (...), nicht beachtet beziehungsweise unterschritten werden.”

Der Senat belässt es bei dieser Andeutung, wonach auch internationale Vorgaben ohne Rechtsverbindlichkeit Grundrechtsrelevanz aufweisen; die einschlägigen Richtlinien und Empfehlungen werden in der Entscheidung nicht näher konkretisiert, sondern er benennt die entsprechenden Fundstellen. In späteren Entscheidungen wird das Gericht konkreter und zieht seine Rechtsprechung auch jenseits von Jugendstrafvollzug und Gesetzgebung heran:

In einer Nichtannahmeentscheidung zur Ausgestaltung von Untersuchungshaftträumen⁹⁶ ist erstmals explizit von der “indiziellen Bedeutung internationaler Standards” für einen Verstoß gegen die Menschenwürde die

⁹⁵ BVerfG (Anm. 3).

⁹⁶ BVerfG (K), Beschluss v. 13.11.2007 – 2 BvR 939/07, Rn. 11 ff.

Rede; die Kammer zieht sie auch als Maßstab für die Fachgerichtsbarkeit heran; zudem benennt sie die EPR und die UN-Mindeststandards als solche Indizmaßstäbe. Auch in seiner Entscheidung zur medizinischen Zwangsbehandlung eines im Maßregelvollzug Untergebrachten greift das BVerfG die Indizwirkungsrechtsprechung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG für die UN-Grundsätze für den Schutz von psychisch Kranken zur Konkretisierung der UN-Behindertenkonvention auf.⁹⁷ Den Anwendungsbereich der Indizwirkungsrechtsprechung und ihre Bedeutung für die Fachgerichtsbarkeit und die Exekutive konkretisiert das Gericht dann insbesondere in einem Verfahren zu Einschlusszeiten im Vollzug der Untersuchungshaft, mit dem Verstöße gegen Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 4 GG gerügt wurden: Es stellt fest, dass diese Rechtsprechung nicht nur für die Auslegung der Grundrechte und die Überprüfung von Grundrechtsverstößen relevant ist, sondern die internationalen Standards auch bei der Ausübung des behördlichen Ermessens zu berücksichtigen sind.⁹⁸ In dieser Entscheidung rekurriert der Senat zudem nicht nur auf die EPR, sondern auch auf die CPT-Standards. Bei diesen äußert sich das Gericht aber zurückhaltender: Ihnen komme eine Indizwirkung in dem Sinne, dass

“bei jeder Unterschreitung dieses Wertes die Annahme einer Grundrechtsverletzung naheläge, schon deshalb nicht zu, weil es sich hier bereits der Formulierung nach nicht um einen menschenrechtlichen Mindeststandard, sondern um die Angabe eines anzustrebenden Ziels handelt”.⁹⁹

Dieses Argument überzeugt kaum, da die CPT-Standards detailreicher und nuancierter sind als die EPR;¹⁰⁰ so legen sie im Fall fest, dass Untersuchungsgefangene eine angemessene Zeit des Tages – acht Stunden oder mehr – außerhalb ihrer Hafträume verbringen und dort sinnvollen Aktivitäten nachgehen können.¹⁰¹ Im Ergebnis stellt das Gericht dann auch eine Grundrechtsverletzung fest:

“Nicht zuletzt angesichts des enormen Ausmaßes der Entfernung der Haftbedingungen des Beschwerdeführers von diesem Zielwert hätte jedoch Anlass zu

⁹⁷ BVerfGE 128, 282 (307 f., 313).

⁹⁸ BVerfG (K), Beschluss v. 17.10.2012 – 2 BvR 736/11, Rn. 27; ebenso OLG Hamm, Beschluss v. 3.7.2014 – III-3 Ws 213/14, Rn. 17.

⁹⁹ BVerfG (K) (Anm. 98), Rn. 34.

¹⁰⁰ R. Haverkamp, *Frauenvollzug in Deutschland*, 2011, 72.

¹⁰¹ 2nd General Report on the CPT's activities covering the period 1.1.-31.12.1991, CPT/Inf (92) 3 [EN], 13.

näherer Prüfung der Zumutbarkeit dieser Haftbedingungen in der besonderen Konstellation der Untersuchungshaft bestanden.“¹⁰²

In einer Kammerentscheidung zur Entkleidung und Videoüberwachung eines psychisch auffälligen Strafgefangenen zieht es die Indizwirkungsrechtsprechung im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts heran; es benutzt die CPT-Jahresberichte über Österreich, Finnland und Belgien, wonach die Praxis, Gefangene nackt in Beobachtungszellen unterzubringen, als inakzeptable, erniedrigende Behandlung zu werten sei und stattdessen unbedingt die Ausstattung der Gefangenen mit Spezialkleidung empfohlen wird, um die Unverhältnismäßigkeit der Behandlung des Beschwerdeführers zu begründen.¹⁰³

b) Ausdehnung auf das Betreuungsrecht

In seiner jüngsten Entscheidung aus dem Jahr 2016 behandelt das BVerfG die Grenzen einer Berücksichtigung der Spruchpraxis internationaler Menschenrechtsinstitutionen. In der Entscheidung geht es um freiheitsentziehende Maßnahmen jenseits des Strafvollzugs und der Untersuchungshaft; behandelt wird die Frage, ob die UN-Behindertenkonvention und die sie konkretisierende Spruchpraxis des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen einer ärztlichen Zwangsbehandlung von untergebrachten Betreuten entgegenstehen. Der Ausschuss hatte in seinem Bericht über Deutschland die Regelungen des Betreuungsrechts beanstandet und gefordert, alle ersetzenden Entscheidungen abzuschaffen und ein System der unterstützenden Entscheidung an ihre Stelle treten zu lassen.¹⁰⁴ Der Ausschuss forderte die Staaten in seinen Leitlinien zu Art. 14 BRK zudem auf, jede Form der Zwangsbehandlung aufzugeben.¹⁰⁵ Der Senat sah diese Interpretation der BRK wohl als zu weitgehend an. Er betont, dass dem Ausschuss in der BRK kein Mandat zur verbindlichen Interpretation des Vertragstextes übertragen worden sei, dagegen vielmehr sich

¹⁰² BVerfG (K) (Anm. 98), Rn. 34.

¹⁰³ BVerfG (K), Beschluss v. 18.3.2015 – 2 BvR 1111/13, Rn. 34.

¹⁰⁴ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding Observations on the Initial Report of Germany, UN Doc. CRPD/C/DEU/CO/1, 13.5.2015, 25 f.

¹⁰⁵ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Guidelines on Article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, adopted during the Committee's 14th session, September 2015, VI, 12.

“ein nationales Gericht (...) mit den Auffassungen eines zuständigen internationalen Vertragsorgans in gutem Glauben argumentativ auseinandersetzen (...), sie aber nicht übernehmen”

müsse; insofern verweist er auf seine Rechtsprechung zur Berücksichtigung der Entscheidungen des EGMR, die ebenfalls einen strikten Vollzug internationaler Vorgaben ablehnt.¹⁰⁶

c) Rezeption in der Praxis

Die Indizwirkungsrechtsprechung wird in der deutschen Rechtspraxis befolgt: Nach der Leitentscheidung aus dem Jahre 2006 berücksichtigten die verschiedenen Landesparlamente die EPR bei der Verabschiedung ihrer Strafvollzugsgesetze;¹⁰⁷ die Passage des BVerfG zur Berücksichtigung internationaler Standards hat sogar Eingang in Gesetzestexte gefunden.¹⁰⁸ Die Indizwirkungsrechtsprechung wird zudem zurückhaltend, aber mit zunehmender Tendenz von der Fach- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit rezipiert.¹⁰⁹

d) Zwischenergebnis

Soft Law zu humanen Haftbedingungen findet in Deutschland nicht nur über die Ausübung moralischen Drucks Beachtung,¹¹⁰ sondern hat über die Rechtsprechung des BVerfG eine Aufwertung normativer Art erfahren.¹¹¹

¹⁰⁶ BVerfG (Anm. 6), 346 f.

¹⁰⁷ *F. Dünkel* (Anm. 78), 141; kritisch *J. Goerdeler* (Anm. 71), 93 (99 f.).

¹⁰⁸ Etwa § 6 I Justizvollzugsgesetz Baden-Württemberg: “Justizvollzugsanstalten sind entsprechend ihrem Zweck und den jeweiligen Erkenntnissen der Erfordernisse eines zeitgemäßen Justizvollzugs auszugestalten. Völkerrechtlichen Vorgaben und den internationalen Standards mit Menschenrechtsbezug, wie sie in den von den Vereinten Nationen oder Organen des Europarats beschlossenen einschlägigen Richtlinien und Empfehlungen enthalten sind, ist Rechnung zu tragen.”

¹⁰⁹ OLG Stuttgart, Beschluss v. 7.7. 2015 – 4 Ws 38/15 (V), Rn. 20; OLG Hamm (Anm. 98), Rn. 15 ff.; Verfassungsgerichtshof Berlin, Beschluss v. 3.11.2009 – 184/07, Rn. 26; ohne Bezug auf die Indizwirkungsrechtsprechung KG Berlin, Urteil v. 14.8. 2012 – 9 U 121/11, Rn. 11 f.

¹¹⁰ So zu den EPR noch *F. Neubacher* (Anm. 72), 213; auch *J. Feest*, Europäische Maßstäbe für den Justizvollzug, *Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe* 55 (2006), 259 (261).

¹¹¹ Als “Rettungsanker” bezeichnend *H. Pollähne*, Internationale Standards gegen föderalen Wildwuchs?, in: *J. Goerdeler/P. Walkenhorst* (Hrsg.), *Jugendstrafvollzug in Deutschland*, 2007, 141 (142); *R. Haverkamp* (Anm. 100), 73.

Diese entspricht der Sache nach dem Gehalt, der dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit beigemessen wird.¹¹² Denn zur Berücksichtigung dieser internationalen Standards werden alle drei Staatsgewalten verpflichtet; die Indizwirkung ihrer Missachtung für Grundrechtsverstöße sowie ihre Relevanz für Ermessensentscheidungen entsprechen dem Gebot völkerrechtsfreundlicher Auslegung der nationalen Rechtsordnung. Daher bedeutet die Indizwirkungsrechtsprechung eine Ausdehnung des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit auf rechtsbegleitendes Soft Law.

IV. Die offene Flanke der Indizwirkungsrechtsprechung

Die Indizwirkungsrechtsprechung des BVerfG lässt die rechtlichen Kernfragen offen.¹¹³ Dies betrifft zunächst ihre unklare Grundlage. Auf den ersten Blick ist es erstaunlich, dass es das Gericht vermeidet, die Indizwirkungsrechtsprechung mit dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit zu begründen, obwohl die Indizwirkung von rechtsunverbindlichen internationalen Standards für die Verletzung von Grundrechten, wie oben gezeigt, der Sache nach dem Gehalt der Völkerrechtsfreundlichkeit entspricht und sich daher eine entsprechende Herleitung angeboten hätte. Die Zurückhaltung des Gerichts mag mit der formalen Lesart des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit in der deutschen Lehre und den verfassungsrechtlichen Bedenken, die teilweise gegen seine Ausdehnung auf Soft Law angebracht werden, erklärbar sein.¹¹⁴ Indem sich das Gericht hinsichtlich der rechtlichen Herleitung bedeckt hält, geht es Kritik von vornherein aus dem Weg. Dies leitet über zur offenen Flanke der Indizwirkungsrechtsprechung: Ihr wunder Punkt ist das Legitimationsproblem (1.);¹¹⁵ eine weitere rechtliche Folgefrage, die offen bleibt, betrifft die prozessuale Durchsetzbarkeit von Soft Law (2.).

¹¹² Zum Gehalt siehe oben II. 2.

¹¹³ R. Callsen, Eingriffsnormen und Ordre Public-Vorbehalt im Internationalen Arbeitsrecht, 2015, 428.

¹¹⁴ Siehe oben II. 1.

¹¹⁵ Speziell zur innerstaatlichen Bedeutung der General Comments des UN-Menschenrechtsausschusses H. Keller/L. Grover, General Comments of the Human Rights Committee and Their Legitimacy, in: H. Keller/G. Ulfstein (Hrsg.), UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy, 2012, 116 ff.

1. Legitimationsfrage

Der Begriff des Soft Law ist verharmlosend. Denn Soft Law beschreibt nicht nur, sondern die internationalen Institutionen entwickeln eigene Wertungen und Rechtsvorstellungen zu, wie das hier behandelte Beispiel der Haftbedingungen zeigt, auch grundrechtsrelevanten Angelegenheiten. Auch rechtsbegleitendes Soft Law hat nicht nur einen Ergänzungscharakter. Gerade die Entscheidung des BVerfG zur medizinischen Zwangsbehandlung, bei der der UN-Fachausschuss für sich die authentische Auslegung der BRK beanspruchte, zeigt, wie weitgehend solche Interpretationen internationaler Spruchkörper gehen können. Im Gefolge der Indizwirkungsrechtsprechung wird Soft Law aber innerstaatliche Rechtsrelevanz verliehen, über das Gebot der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des GG sogar Verfassungsrelevanz. Das Gebot der Völkerrechtsfreundlichkeit wird insofern zum Transformationsmechanismus für außerstaatliche Regelungen.¹¹⁶ Dabei ist insbesondere die Rolle der Rechtsprechung zu sehen, die über den Hebel der Völkerrechtsfreundlichkeit verpflichtet wird, Soft Law gegenüber der Exekutive und sogar gegenüber der Legislative Gehör zu verschaffen. Zwar fordert eine völkerrechtsfreundliche Auslegung keinen unbedingten Vollzug internationaler Verlautbarungen, aber die Anwendung dieser Methode kann, wie die Beispiele gezeigt haben, weitreichende Wirkungen in der nationalen Rechtsordnung, etwa die Nichtigkeitserklärung von Rechtsakten, haben.¹¹⁷

Diese Aufwertung von Völkerrecht über die Auslegung der nationalen Rechtsordnung ist – aus einer innerstaatlichen Perspektive – bereits für Hard Law problematisch, da die Legitimität völkerrechtlicher Entscheidungsprozesse oftmals als weniger gesichert angesehen wird als diejenige innerstaatlicher Entscheidungsprozesse.¹¹⁸ Daher wird für die völkerrechtskonforme Auslegung teils eine besondere Rechtfertigung verlangt.¹¹⁹ Bei Soft Law zeigen sich die Legitimationsprobleme besonders deutlich, da es oftmals keinen gesicherten rechtlichen Anforderungen unterliegt, ja, wie die Gründe für die Verwendung von Soft Law zeigen, diese sogar außen vor

¹¹⁶ Kritisch *R. Pfeffer*, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, 2009, 184 f.

¹¹⁷ Ebenso *J.-P. Hix*, Zur Rechtfertigung der Auslegung des EU-Rechts im Lichte des Völkerrechts, in: U. Becker/A. Hatje/M. Potacs/N. Wunderlich (Hrsg.), *Verfassung und Verwaltung in Europa*, FS für J. Schwarze, 2014, 141 (145 f.).

¹¹⁸ Insbesondere zum Problem des Ungleichgewichts des internationalen Rechts *S. Oeter*, Chancen und Defizite internationaler Verrechtlichung, in: B. Zangl/M. Zürn (Hrsg.), *Verrechtlichung*, 2004, 4 (56 ff.).

¹¹⁹ Zur Diskussion m. w. N. *J.-P. Hix* (Anm. 117), 141 (146 ff.).

lassen soll.¹²⁰ In die Erstellung von Soft Law¹²¹ ist das Parlament nicht direkt involviert, sondern Vertreter der Exekutive sowie externe Experten und Sekretariate.¹²² Zwar hat man auch bei rechtsbegleitendem Soft Law formal das Zustimmungsgesetz der gesetzgebenden Körperschaft, an das man Legitimation anknüpfen könnte.¹²³ Ob man tatsächlich davon ausgehen kann, dass sich allein wegen der faktischen Relevanz von Soft Law in der internationalen Rechtsordnung das Zustimmungsgesetz auch auf Soft Law bezieht,¹²⁴ erscheint so pauschal aber zweifelhaft; so ist beim hier behandelten Beispiel der Haft zu sehen, dass der CPT sein Mandat nach Art. 1 ECPT inzwischen sehr weit versteht und sich unter Berufung auf seine präventive Funktion weniger Folter und Misshandlung als vielmehr allgemein den Unterbringungs- und Behandlungsbedingungen in geschlossenen Einrichtungen widmet,¹²⁵ das verdeutlicht, dass die parlamentarische Zustimmung in dieser Lesart nur noch ein formaler Akt ist. Durch die Aufwertung von Soft Law über den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit drohen dementsprechend die Mitwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten des Parlaments ausgehöhlt zu werden, die das GG mit dem Gesetzesvorbehalt und seinem dualistischen Verhältnis von Landes- und Völkerrecht wahren möchte.¹²⁶

Als Antwort wird, möchte man wegen des Legitimationsproblems die Aufwertung von Soft Law nicht gänzlich verwerfen,¹²⁷ teils das Erfordernis einer innerstaatlichen Legitimationsgrundlage angeboten. Leitet man diese aus der Verfassung selbst als eine Art Öffnungsklausel¹²⁸ ab, so ist die Legitimationsfrage damit aber noch nicht beantwortet; möchte man den Geset-

¹²⁰ Ebenso *M. Goldmann* (Anm. 49), 166, der aber auch betont, dass sich eine pauschale Bewertung verbietet.

¹²¹ Zum Verfahren bei den Empfehlungen des Ministerkomitees siehe *H. Jung*, Die Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarats, in: J. Bröhmer/R. Bieber/C. Callies/C. Langefeld/S. Weber/J. Wolf (Hrsg.), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, FS für G. Ress, 2005, 519 (521); für die CPT *D. Cernko* (Anm. 79), 18 ff., 26 ff.

¹²² Kritisch für die CPT-Berichte *M. D. Evans/R. Morgan*, Preventing Torture, 1998, 199; *F. Pfäfflin* (Anm. 85), 24 (29 f.); *D. Cernko* (Anm. 79), 26 f.

¹²³ So *C. Tietje*, Internationalisiertes Verwaltungshandeln, 2001, 610 ff. für dynamische gesetzliche Verweise auf unverbindliche internationale Empfehlungen.

¹²⁴ *C. Tietje* (Anm. 123), 612.

¹²⁵ *D. Cernko* (Anm. 79), 16 f.

¹²⁶ Daher ablehnend *K. Hailbronner*, Entwicklungstendenzen des Wirtschaftsvölkerrechts, 1983, 31, der eine "international begründete Nebenordnung" befürchtet; verfassungsrechtliche Bedenken weiter bei *K. Meesen*, Internationale Verhaltenskodizes und Sittenwidrigkeitsklauseln, NJW 34 (1981), 1131 (1132); *C. Engel*, Völkerrecht als Tatbestandsmerkmal, 1989, 252 f.

¹²⁷ *K. Hailbronner* (Anm. 12), 329 (355, 357, 366).

¹²⁸ Die Berücksichtigungspflicht bei Menschenrechten unmittelbar aus Art. 1 II i. V. m. Art. 59 II GG ableitend *A. Proelß* (Anm. 19), 553 (570 ff.); ähnlich *C. Tietje* (Anm. 123), 616: Gebot internationaler Zusammenarbeit als kollidierendes Verfassungsgut.

zesvorbehalt generell auf Soft Law ausdehnen, so widerspricht das der Funktion von Soft Law als Flexibilisierungsinstrument.¹²⁹ Im Anschluss an die zivilrechtliche Rechtsprechung¹³⁰ wird in der Literatur danach gefragt, ob das jeweilige Soft Law Ausdruck eines Wertekonsenses sei, was u. a. unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des Dokuments und des Abstimmungsverhaltens der Staaten festzustellen sei.¹³¹ Nur in diesem Fall dürfe Soft Law innerstaatliche Relevanz beigemessen werden. In dieselbe Richtung geht auch das vom BVerfG in Bezug genommene Schweizer Bundesgericht, das die EPR unter Verweis darauf heranzieht, dass sie Ausdruck “gemeinsamer Rechtsüberzeugungen der Mitgliedstaaten des Europarats” seien.¹³² Möchte man demnach entscheidend auf die Qualität des Soft Law abstellen, muss man aber auch Kriterien benennen, um die Frage nach der Wahrung kollektiver Interessen beurteilen zu können; diese bleiben bislang noch unklar.¹³³ Um die Qualität von Soft Law zu bewerten, kann man sich an den bereits in der Literatur zum internationalen Verwaltungsrecht entwickelten Ansätzen zur Legitimation internationaler Maßnahmen orientieren:

Zum einen wird das Legitimationsproblem am Beispiel internationaler Standards diskutiert. Standards werden danach definiert als

“Detail-Regelungen sekundärer oder tertiärer internationaler Rechtssetzung oder privater Rechtsetzer, die auf Anwendung und Durchsetzung in den nationalen Rechtsordnungen angelegt sind”,¹³⁴

was auch auf das hier thematisierte, rechtsbegleitende Soft Law zutrifft. Dieser Ansatz sieht ein konstitutionelles Problem für solche Standards, die innerstaatlich durch Vermutungs- oder Beweislastregeln mehr oder weniger formal rezipiert werden.¹³⁵ Die hier behandelte Indizwirkungsrechtsprechung kann man wegen ihrer Transformationswirkung mit solchen Vermutungs- oder Beweislastregeln vergleichen. Aus dem Demokratieprinzip leitet dieser Ansatz dann Anforderungen an die internationale Standardsetzung ab: Einer ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage für Standards bedürfte es nur bei solchen mit weitreichenden Festlegungen, im Übrigen müs-

¹²⁹ Zur Diskussion zu Art. 59 Abs. 2 GG S. Vöneky (Anm. 58), § 236 Rn. 25; U. Dieckert (Anm. 40), 163.

¹³⁰ Insbesondere der *Nigerianischen-Kulturgut*-Fall, BGHZ 59, 82.

¹³¹ R. Geiger (Anm. 25), § 38 III; K. Meesen (Anm. 126), 1131 (1132); U. Dieckert (Anm. 40), 229 ff., 241.

¹³² BGE 102 Ia, 279 (284).

¹³³ Ansätze aber bei U. Dieckert (Anm. 40), 230 ff., und K. Meesen (Anm. 126), 1131 (1132).

¹³⁴ H. C. Röhl, Internationale Standardsetzung, in: C. Möllers/A. Voßkuhle/C. Walter (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, 318 (337 ff.).

¹³⁵ H. C. Röhl (Anm. 134), 318 (337 ff.).

se v. a. auf ein transparentes Verfahren, die gleichmäßige Interessenberücksichtigung und den tatsächlichen Sachverstand der Einrichtung geachtet werden.¹³⁶ Zum anderen wird das Legitimationsproblem bei “alternativen Instrumenten” auf internationaler Ebene diskutiert.¹³⁷ Alternative Instrumente sollen Soft Law und reine Informationsinstrumente wie die PISA-Studie sein.¹³⁸ Als Ausgleich für festgestellte Defizite bei der Input-Legitimation einiger dieser Instrumente wie namentlich PISA wird die Einhaltung von Prinzipien, nämlich eine Rechtsgrundlage, ein transparentes, breit angelegtes und nicht von Zeitdruck geprägtes Annahmeverfahren und als Gegengewicht auf der Umsetzungsebene die Einbeziehung unabhängiger Experten verlangt.¹³⁹

Bezogen auf die in der Indizwirkungsrechtsprechung maßgeblich herangezogenen Standards der EPR und der CPT bleiben nach diesen Maßstäben Bedenken. Eine Ermächtigungsgrundlage wird man für Haftbedingungen zwar nicht verlangen können und auch Experten sind bei beiden integriert; gerade bei den CPT-Standards wird aber die fehlende Transparenz kritisiert, die eine Beobachtung von außen erschwert.¹⁴⁰ Das BVerfG spricht das Legitimationsproblem nur indirekt an. So ist es bei den CPT-Standards zurückhaltender in der Anwendung als bei den unter der Ägide des Ministerkomitees entstandenen EPR.¹⁴¹ Eine solche Trennung zwischen EPR und CPT-Standards ist aber schon aus dem Grund nicht weiterführend, dass beide eng verzahnt sind, v. a. weil sich die EPR seit der Neufassung 2006 an den CPT-Standards orientieren.¹⁴²

Wünschenswert wäre es daher gewesen, dass sich das Gericht explizit der Qualität des von ihm herangezogenen Soft Law gewidmet hätte. Rechtlich ist eine solche gerichtliche Kontrolle auf die Einhaltung von Qualitätskriterien bei Soft Law auch möglich, da es gerade nicht rechtsverbindlich ist. In tatsächlicher Hinsicht stößt eine solche gerichtliche Qualitätskontrolle internationaler Standards allerdings auf Ermittlungsprobleme;¹⁴³ darüber hinaus sind konkrete Qualitätskriterien nötig, an denen sich solche Standards messen lassen. Diese Probleme sind aber auch nicht unüberwindbar: In Bezug auf den Kontrollmaßstab wäre es möglich, an die entsprechenden Vor-

¹³⁶ H. C. Röhl (Anm. 134), 318 (339 ff.).

¹³⁷ M. Goldmann (Anm. 49).

¹³⁸ M. Goldmann (Anm. 49), 5.

¹³⁹ M. Goldmann (Anm. 49), 46 ff.

¹⁴⁰ M. w. N. D. Cernko (Anm. 79), 16, 396, 421 ff.

¹⁴¹ BVerfG (K) (Anm. 98), Rn. 34, sowie oben unter III. 2.

¹⁴² K. Laubenthal (Anm. 78), 22.

¹⁴³ Zum Ermittlungsproblem U. Dieckert (Anm. 40), 235.

arbeiten in der Literatur¹⁴⁴ anzuknüpfen. Was die kognitiven Probleme betrifft, so ist es in der Tat zweifelhaft, ob ein Gericht das passende Forum für eine Aufarbeitung des Entstehungsprozesses internationaler Standards darstellt. Diese Beobachtungsaufgabe scheint vielmehr bei den beiden anderen Gewalten besser angesiedelt zu sein.¹⁴⁵ Eine entsprechende nationale Begleitung des Entstehungsprozesses internationaler Standards müsste dann aber auch institutionell abgesichert werden. Insofern wäre das BVerfG als Verfassungsgericht in der Lage, eine Anstoßfunktion auszuüben, indem es auf das Legitimationsproblem hinweist und auf seine Lösung drängt.

2. Subjektiv-öffentliches Recht auf Berücksichtigung von Soft Law

Das Gericht hat sich nicht explizit zur Durchsetzungsfrage geäußert, d. h. ob Inhaftierte die Berücksichtigung von Soft Law vor Gericht einfordern können.¹⁴⁶ Gewöhnlich wird Soft Law nicht als Recht und daher auch nicht als klagbar eingestuft.¹⁴⁷ In Folge der Indizwirkungsrechtsprechung wird in der Literatur damit gleichwohl sympathisiert.¹⁴⁸ Die folgenden Gesichtspunkte könnten für diese Annahme sprechen:

Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit verhält sich selbst nicht zur Frage der Klagbarkeit völkerrechtlicher Regelungen auf staatlicher Ebene. Ein entsprechend subjektiv-öffentliches Recht würde den Vollzug internationaler Vorgaben zwar weiter effektuieren, was aus Sicht der durchsetzungsschwachen internationalen Ebene vorzugswürdig wäre und daher auch dem Anliegen des Grundsatzes entspräche; ein solches umfassendes Optimierungsgebot¹⁴⁹ lässt sich dem Grundsatz aber kaum entnehmen, da dieser im Ausgangspunkt eine Konfliktvermeidungsregel¹⁵⁰ bzw. genauer gesagt ein Überbrückungs-Mechanismus ist und innerstaatliche Stellen für internationale Belange in die Pflicht nimmt. Die Frage der prozessualen Durchsetzbarkeit kann daher nur für die völkerrechtlichen Vorgaben bestimmt werden, um deren innerstaatliche Anwendung es konkret geht. Wenn danach internationale Standards mit Menschenrechtsbezug relevant

¹⁴⁴ Siehe etwa *M. Goldmann* (Anm. 49), 46 ff.; *H. C. Röhl* (Anm. 134), 318 (337 ff.).

¹⁴⁵ Zur Begleitungsaufgabe *H. C. Röhl* (Anm. 134), 318 (340 f.).

¹⁴⁶ Ablehnend Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung v. 9.12.2010 – Vf. 3-VI-09, Rn. 16, 26.

¹⁴⁷ *F. Neubacher* (Anm. 72), 212; bzgl. der EPR *K. Laubenthal* (Anm. 78), 22.

¹⁴⁸ *H. Pollähne* (Anm. 111), 141 (143).

¹⁴⁹ So *A. Proelß* (Anm. 19), 553 (570).

¹⁵⁰ *M. Payandeh* (Anm. 20), 465 (485).

werden, so spricht der Anspruchscharakter der Menschenrechte für eine Klagbarkeit auch von entsprechendem rechtsbegleitenden Soft Law.

Darauf deutet auch die Rechtsprechung des BVerfG hin. Denn das Gericht hat in seiner Entscheidung zu Einschlusszeiten im Vollzug der Untersuchungshaft, wie dargetan, betont, dass internationale Standards auch bei der behördlichen Ermessensausübung und ihrer gerichtlichen Kontrolle zu berücksichtigen seien. Im Anschluss an diese Feststellung heißt es:

“Soweit Entscheidungen, die rechtlich geschützte Belange des Einzelnen betreffen, in das Ermessen der Behörden gestellt sind, hat der Betroffene zwar keinen unmittelbaren gesetzlichen Anspruch auf eine bestimmte behördliche Entscheidung, wohl aber einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Insofern greift die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG”.¹⁵¹

Diese Betonung des Prozessrechts könnte darauf hindeuten, dass der Einzelne ein subjektiv-öffentliches Recht auf die Berücksichtigung von Soft Law haben soll. Im Kontext der Haft muss man auch sehen, dass in Verwaltungssituationen wie dem Vollzug, in denen der Anstalt ein breiter Ermessensspielraum eröffnet ist, eine solche Aufwertung von Soft Law die Rechtsschutzsituation erheblich verbessern kann, da sie administrative Entscheidungs- und Begründungsmöglichkeiten einschränkt.¹⁵²

Danach wird man eine Durchsetzbarkeit in Form eines Anspruchs auf Berücksichtigung von Soft Law durchaus bejahen können. Erkennt man ein solches subjektiv-öffentliches Recht an, dann wird die innerstaatliche Bedeutung von Soft Law jedoch weiter forciert; die oben angesprochene Legitimationsfrage stellt sich dann umso dringender.

V. Auf dem Weg zu einer allgemeinen Indizwirkungsrechtsprechung?

Mit seiner Indizwirkungsrechtsprechung erweist sich das BVerfG als “Hardener of Soft Law”,¹⁵³ da es internationalen unverbindlichen Standards Rechtsrelevanz in der deutschen Rechtsordnung verleiht. Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit wird damit im Bereich der Menschenrechte

¹⁵¹ BVerfG (K) (Anm. 98), Rn. 27; ebenso OLG Hamm (Anm. 98), Rn. 17.

¹⁵² Zum Problem J. Goerdeler (Anm. 71), 93 (106).

¹⁵³ Der Prozess des sog. Hardening of Soft Law umfasst verschiedene Rezeptionsmechanismen; neben einer gesetzlichen Normierung geschieht das Hardening auch durch die Maßstabbildung in der gerichtlichen Rechtsanwendung, dazu W. Hoffmann-Riem, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, 45.

von Inhaftierten auf rechtsbegleitendes Soft Law ausgedehnt. Auf diese Weise können zwar Individualrechte geschützt und v. a. Haftbedingungen verbessert werden, kritikwürdig ist allerdings, dass sich das Verfassungsgericht zu den rechtlichen Kernfragen der Indizwirkungsrechtsprechung auschweigt und insbesondere das zentrale Legitimationsproblem, das mit einer solchen normativen Aufwertung von Soft Law verbunden ist, übergeht.

Das führt zur Frage nach der Verallgemeinerungsfähigkeit der Indizwirkungsrechtsprechung. Möglicherweise ist diese weitgehende Rechtsprechung des BVerfG allein der besonderen Sachmaterie der Haft geschuldet, für die gesetzliche Maßstäbe lange Zeit gefehlt haben, so dass ein Bedürfnis der Rechtspraxis nach konkretisierenden Standards bestand und eine zu große Zurückhaltung gegenüber dem Gesetzgeber nicht angebracht erschien. Die jüngste Entscheidung des Gerichts zur UN-Behindertenkonvention¹⁵⁴ lässt sich in dieser Hinsicht unterschiedlich interpretieren. Einerseits betont das Gericht die Grenzen einer Aufwertung von Soft Law, andererseits zeigt es damit aber auch, dass es grundsätzlich bereit ist, diesem jenseits von Haftsituationen innerstaatliche Rechtsrelevanz zuzubilligen. Der entscheidende Punkt ist, wie gezeigt,¹⁵⁵ dass es dem Anliegen des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit entspricht, jedenfalls rechtsbegleitendes Soft Law in diesen einzubeziehen, da so Völker- und Landesrecht einander angenähert werden können. Eine Tendenz zu einer solchen Aufwertung lässt sich auch in der Instanzgerichtsbarkeit beobachten, die z. B. im Umwelt- und im Arbeitsrecht unverbindliche internationale Standards als Auslegungshilfe und Argumentationsmuster heranzieht.¹⁵⁶ Möchte man rechtsbegleitendes Soft Law über den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit danach innerstaatlich rezipieren, dann sollte man aber die Voraussetzungen für diese Aufwertung und die Frage ihrer Realisierbarkeit angehen. Eine solche Kontrolle der Öffnung der deutschen Rechtsordnung nach außen ist eine Aufgabe, die das BVerfG – denkt man etwa an seine Rechtsprechung zum europäischen Integrationsprozess – auch durchaus zu übernehmen in der Lage wäre.

¹⁵⁴ BVerfGE (Anm. 6), 346 f.

¹⁵⁵ Siehe oben II. 4.

¹⁵⁶ Bereits die *Voerde*-Entscheidung zur Frage, ob die Immissionswerte der TA Luft als sog. antizipierte Sachverständigengutachten gerichtlich bedeutsam sind, BVerwGE 55, 250 (259); weitere Beispiele aus dem Umweltrecht bei W. Dürner, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), *Umweltvölkerrecht*, 82. EL Januar 2017, Rn. 37; nach anfänglicher Zurückhaltung zieht das BAG jetzt auch die Berichte zur Europäischen Sozialcharta heran, etwa BAGE 104, 155 (167, 169 f.); zum "zaghaften Sinneswandel" m. w. N. G. Buchholtz (Anm. 17), 248 mit Anm. 193, 249.