

Hannah Birkenkötter*

Hat der Begriff der Rechtsstaatlichkeit ein emanzipatorisches Potenzial?

Vor knapp fünfzig Jahren bezeichnete der englische Historiker E.P. Thompson Rechtsstaatlichkeit als ein „uneingeschränktes menschliches Gut“¹ – eine überraschende Charakterisierung des marxistischen Historikers, zumal in einem Werk, das sich primär der repressiven Seite des Rechts widmet. Der schillernde Begriff der Rechtsstaatlichkeit, der *rule of law*,² ist seit jeher ambivalent. Sein Gehalt ist ebenso umstritten³ wie die Frage seiner normativen Bewertung. Sehen manche in der Rechtsstaatlichkeit, unabhängig vom materiellen Inhalt des Rechts, einen Eigenwert,⁴ so haben andere kritisiert, dass ein solches Verständnis von Rechtsstaatlichkeit auf einer doppelt falschen Prämisse beruht, nach der Macht wirksam durch Recht eingehetzt werden könne und die relevante einzuhegenden Macht nur die staatliche Hoheitsgewalt sei.⁵

Ungeachtet solcher Kritik erfreut sich der Begriff in der Rechtspraxis ungebrochen großer Beliebtheit. Gerade im Völkerrecht wird zunehmend argumentiert, dieses oder jenes Verhalten internationaler Akteure verstöße gegen die Rechtsstaatlichkeit, die nun auch im völkerrechtlichen Vokabular Einzug gehalten hat.⁶ Nun ist nicht jeder Gebrauch

* Ich danke Eva Ricarda Lautsch, Dana Schmalz sowie den Teilnehmer*innen der Tagung „Ressourcen der Rechtskritik“ und der Redaktion der *Kritischen Justiz* für wertvolle Hinweise.

1 E.P. Thompson, Whigs & Hunters. The Origin of the Black Act, London 1975 [Neudruck 2013], 208.

2 Der Begriff „rule of law“, den sowohl Thompson als auch die englischsprachige Völkerrechtswissenschaft verwendet, wird ins Deutsche je nach Kontext mit Rechtsstaatlichkeit oder Herrschaft des Rechts übersetzt. Ich werde im Folgenden den Begriff der Rechtsstaatlichkeit synonym mit dem Begriff *rule of law* verwenden, weil der Verweis auf bestimmte verfahrensrechtliche Garantien, den *rule of law* enthält, m.E. mit der Übersetzung „Rechtsstaatlichkeit“ besser abgebildet werden. Gleichwohl bleibt die Übersetzung schon wegen der je unterschiedlichen Begriffsgeschichten unscharf. Vgl. für eine umfassende, rechtsgeschichtliche und -vergleichende Darstellung der unterschiedlichen Begriffstraditionen Luc Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris 2002.

3 Jeremy Waldron, Is the rule of law an essentially contested concept (in Florida)?, *Law and Philosophy* 21 (2002), 137-164.

4 Traditionell verknüpft mit dem Argument, dass die durch einen rechtlichen Rahmen geschaffene Vorhersehbarkeit die individuelle Autonomie erhöht, vgl. Friedrich A. von Hayek, *Der Weg zur Knechtschaft*, Landsberg am Lech 1981 (4. unv. Aufl.), Kapitel 6; s.a. Joseph Raz, *The Rule of Law and its Virtue* [1977], in: Raz, *The Authority of Law*, Oxford 2009 (2. Aufl.), 210-229, wenngleich weniger auf den ökonomischen Fortschritt ausgerichtet.

5 Roberto M. Unger, *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, New York 1976, 166-181.

6 Vgl. die aus einem mehrjährigen Prozess in der Generalversammlung hervorgegangene *Erklärung der Tagung der Generalversammlung auf hoher Ebene über Rechtsstaatlichkeit auf nationaler und*

des Begriffs der Rechtsstaatlichkeit ein theoretisch fundierter Beitrag;⁷ seine inflationäre Verwendung eher ein Problem als der Hinweis auf eine interessante Fragestellung. Dennoch: Selbst eine sehr kritische Stimme wie die von Judith Shklar, die nicht nur den inflationären Gebrauch des Begriffs kritisiert, sondern auch die einflussreiche Definition der *rule of law* Diceys als „unglücklichen Ausbruch englischer Provinzialität“ diskreditiert, schreibt der Rechtsstaatlichkeit dennoch einen zentralen Platz in der politischen Theorie zu.⁸

Hat der Begriff der Rechtsstaatlichkeit also ein emanzipatorisches Potenzial, kann er mithin als Ressource der Rechtskritik wirken? Der Frage soll in diesem Beitrag nachge-spürt werden. Der erste Teil stellt Thompsons These vor. Im zweiten Teil wird dann eine Episode völkerrechtlicher Praxis, nämlich die Auseinandersetzung um die Reaktion der Vereinten Nationen auf die Cholera-Epidemie in Haiti, vorgestellt, in der der Begriff der Rechtsstaatlichkeit eine prominente argumentative Rolle spielte. Der Beitrag schließt mit einem kurzen Fazit: Der Begriff der Rechtsstaatlichkeit benennt als analytische Kategorie das emanzipatorische Potenzial des Rechts, hat aber in der Praxis keinen eigenständigen emanzipatorischen Gehalt. Das ist nicht zuletzt deswegen der Fall, weil der Begriff in der Praxis immer nur angewendet werden kann, wenn auch benannt wird, *welches* Recht herrschen soll. Die analytische Kategorie der Rechtsstaatlichkeit wird so mit einem spezifischen, materiellen Inhalt gefüllt. Auf dieser Basis kann der Begriff der Rechtsstaatlichkeit nicht als solcher emanzipatorisch wirken.

1. Rechtsstaatlichkeit als ein „uneingeschränktes menschliches Gut“: von Eigentumsrechten im England des 18. Jahrhunderts

Thompson schreibt in seinem Buch „Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act“ über den Begriff der Rechtsstaatlichkeit:

„[T]he rules of law were a nuisance, to be manipulated and bent in what ways they could [...]. But the rule of law itself, the imposing of effective inhibitions upon power and the defence of the citizen from power's all-intrusive claims, seems to me to be an unqualified human good [...]. The forms and rhetoric of law acquire a distinct identity which may, on occasion, inhibit power and afford some protection to the powerless.“⁹

Dass es sich bei der Rechtsstaatlichkeit um ein *unqualified good* handele, also um etwas vorbehaltlos Gutes, hat gerade in Thompsons marxistischem Umfeld nicht nur Zustimmung hervorgerufen.¹⁰ Morton Horwitz mag hier mit seiner Rezension des Buches *pars pro toto* für die Kritik stehen: Wie ein Mann der Linken den Rechtsstaat für etwas uneingeschränkt Gutes halten könne! empört sich Horwitz, denn der Begriff der Rechtsstaatlichkeit mit seinem Fokus auf formellem Recht und Verfahrens- statt materieller Gerech-

internationaler Ebene, UN Doc. A/Res/67/1. Der Tagesordnungspunkt „Rechtsstaatlichkeit auf nationaler und internationaler Ebene“ wird seit 2006 jährlich im Sechsten Unterausschuss der Generalversammlung verhandelt, siehe auch *infra* Fn. 21.

7 Zu diesem Problem knapp Waldron (Fn. 3), 160-162.

8 Judith N. Shklar, Political Theory and the Rule of Law, in: Hutchinson/Monahan (Hrsg.), *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, Toronto 1987, 1-16.

9 Thompson (Fn. 1), 208 (Hervorhebung durch Verf.).

10 Vgl. Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, New York 2004, 137.

tigkeit sorge dafür, dass mit der vermeintlichen Trennung von Recht und Politik zwar formelle Gleichheit propagiert, damit aber zugleich materielle Ungleichheit perpetuiert werde.¹¹ Andere Theoretiker*innen sind positiver. Judith Shklar etwa erkennt in Thompson einen Verfechter der Montesquieu'schen Idee, dass Rechtsstaatlichkeit einem einzigen Ziel diene, nämlich rohe Gewalt einzuhegen – die Unterwerfung unter das Recht schließt bei aller Kritik an dem materiellen Gehalt einer je bestimmten Rechtsordnung jedenfalls die gänzlich willkürliche Gewaltausübung aus, und genau hierin liegt das Potenzial des Begriffs der Rechtsstaatlichkeit.¹²

Und tatsächlich zeigt Thompson in seinem explizit als Epilog konzipierten Überlegungen durchaus meisterhaft die Ambivalenz und das kritische Potenzial des Rechts auf. „Whigs and Hunters“ ist eine Geschichte des Black Act, einem besonders harschen englischen Gesetz von 1723, das verschiedene Vermögensdelikte, insbesondere die Wilderei von königlichen Hirschen und anderen Tieren, unter scharfe Strafen stellte. Es verdankt seinen Namen der Praxis der Wilderer, ihre Gesichter zu schwärzen, um weniger erkennbar zu sein und sich so der Strafverfolgung zu entziehen. Gegen diese Personengruppe richtete sich der Black Act und sah die Todesstrafe für Dutzende, wenn nicht gar hundernte von Tatbeständen vor.¹³ Die bis dato herrschende Geschichtsschreibung hatte den Black Act als Reaktion auf eine Notsituation verstanden, und Thompson setzt dem eine „thick description“, eine quellengestützte, sehr detaillierte Beschreibung entgegen.¹⁴

Bei dem Black Act, so Thompsons Kernthese, handelt es sich um den Höhepunkt einer Auseinandersetzung um Nutzungs- und Eigentumsrechte, bei denen das tradierte Gewohnheitsrecht der englischen Wälder durch neue, kapitalistisch orientierte Eigentumsrechte überlagert wurde. Im Wesentlichen zeigt sich hier eine Auseinandersetzung zwischen einem neuen, erstarkenden Landadel, der auf der Grundlage absoluter Eigentumsrechte bestehende, gewohnheitsrechtliche Nutzungsrechte stark einschränkte, was die lokale Bevölkerung von der Nutzung der Wälder ausschloss, teils mit verheerenden wirtschaftlichen Folgen. Durch seine unverhältnismäßig scharfen Strafen unterband der Black Act jede Möglichkeit des Widerstands gegen diese Neuordnung der Eigentums- und Nutzungsverhältnisse und sanktionierte Aufbegehren nicht selten mit dem Tod. Es geht, kurz gesagt, in „Whigs and Hunters“ fast ausschließlich um die dunkle Seite eines Rechts, das seinem Inhalt nach vor allem als Instrument der Herrschenden funktioniert und Machtverhältnisse perpetuiert. Thompson verkennt keineswegs, dass das Recht durch die Mächtigen strategisch eingesetzt wird, um die eigene Position zu stärken und auszubauen: „the rulers played the games of power according to rules which suited

11 Morton J. Horwitz, The Rule of Law: An Unqualified Human Good?, *Yale Law Journal* 86 (1977), 561–566 (566).

12 Shklar (Fn. 8) führt dieses Verständnis der Rechtsstaatlichkeit auf Montesquieu zurück und kontrastiert es mit einem aristotelischen Verständnis der Rechtsstaatlichkeit als vernünftigem Diskurs innerhalb einer begrenzten Gruppe, um für das Montesquieu'sche Verständnis zu plädieren.

13 Je nachdem, ob unterschiedliche Tatbestandsmerkmale, wie etwa Bewaffnung oder Kleidung, als separate Tatbestände gezählt werden, vgl. Thompson (Fn. 1), 2.

14 Auch wenn sich Thompson nicht explizit auf ihn bezieht, kann der methodische Zugriff vielleicht am besten als „thick description“ im Sinne von Clifford Geertz beschrieben werden: Clifford Geertz, Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture [1973], in: Martin/McIntyre (Hrsg.), *Readings in the Philosophy of Social Science*, Boston 1984, 213–231.

them“,¹⁵ heißt es an einer Stelle, und weiter: „for many of England’s governing élite the rules of law were a nuisance, to be manipulated and bent in what ways they could“.¹⁶

Aber, und das ist entscheidend: Während einzelne Rechtsregeln kurzerhand zu Humbug erklärt und verdreht werden können, um so der herrschenden Klasse zu dienen, ist dies für das Recht als Ganzes gerade nicht möglich. Thompson selbst formuliert es so: „the rulers were, in serious senses, [...] the prisoners of their own rhetoric; [...] they could not break those rules or the whole game would be thrown away [...] [I]t was inherent in the very nature of the medium which they had selected for their own self-defence that it could not be reserved for the exclusive use only of their own class“.¹⁷ Das ist der Silberstreifen am Horizont, der dem Recht (nicht den einzelnen Rechtsregeln) selbst inhärent ist.¹⁸ Es ist gerade eine Voraussetzung für das Funktionieren des Rechts *als Ideologie*, dass es sich als unabhängig von Manipulation geriert und als gerecht erscheint. Das gelingt nur, so Thompson, wenn das Recht sich an seine eigenen Vorgaben hält und gelegentlich auch tatsächlich gerecht ist.¹⁹ Durch das Bekenntnis zum Recht unterwerfen sich die Herrschenden seinen Formen und Institutionen, und hierin liegt das emanzipatorische Potenzial der Rechtsstaatlichkeit: Auch wenn die Rechtsregeln primär den Herrschenden dienen, so erlangen sie doch in ihrer Gesamtheit eine Unabhängigkeit und Eigendynamik, die punktuell die Machtlosen schützen kann. Das ist das *unqualified good*.

2. Der Begriff der Rechtsstaatlichkeit im Völkerrecht, speziell: in der Auseinandersetzung um die rechtliche Verantwortlichkeit der Vereinten Nationen für den Ausbruch der Cholera in Haiti

Thompson ist im deutschsprachigen Raum, jedenfalls in der Literatur zum Rechtsstaat und der Rechtsstaatlichkeit, weitestgehend unbeachtet geblieben. Dagegen hat er in der Völkerrechtswissenschaft eine veritable Renaissance erlebt.²⁰ Das Völkerrecht beschäftigt sich mit dem Begriff der Rechtsstaatlichkeit seit etwa zwei Jahrzehnten, nicht zuletzt aufgrund der zahlreichen internationalen Rechtsstaatsförderprogramme sowie kontroversen

15 Thompson (Fn. 1), 206.

16 Ebd., 207.

17 Ebd., 206.

18 Die Unterscheidung zwischen einzelnen Rechtsregeln und dem Recht als Ganzem hat eine lange Tradition, die auch Jörn Reinhardt und Dana Schmalz in der Einleitung zu dieser Ausgabe hervorheben.

19 Ebd., 205: „The essential precondition for the effectiveness of law, in its function as ideology, is that it shall display an independence from gross manipulation and shall seem to be just. It cannot seem to be so without upholding its own logic and criteria of equity; indeed, on occasion, by actually *being just*.“ (Hervorhebung im Original).

20 Thompson wird in so unterschiedlichen Werken wie einem marxistischen Zugriff auf das Völkerrecht, einer historischen kritischen Analyse der Kolonialzeit, einem allgemeinen Kurs der Den Haager Völkerrechtsakademie, aber auch in der analytischen Rechtstheorie rezipiert: Bhupinder S. Chimni, An Outline of a Marxist Course on Public International Law, Leiden Journal of International Law 17 (2004), 1-30 (10); Lauren Benton, Law and Colonial Cultures, Cambridge 2002, 254-264; James Crawford, Chance, Order, Change: The Course of International Law. General Course on Public International Law, Leiden 2014, 254; Jeremy Waldron, The Rule of Law and the Importance of Procedure, Nomos 50 (2011), 3-31 (10-11).

Debatten in der Praxis, was mit Rechtsstaatlichkeit gemeint sei.²¹ Mindestens drei Arten von Fragestellungen zum Begriff Rechtsstaatlichkeit können in der völkerrechtlichen Debatte unterschieden werden: Erstens Untersuchungen, die aus einer begriffsgeschichtlichen Perspektive heraus Kerngehalte eines Rechtsstaatlichkeitsbegriffs destillieren wollen, um diese dann auf der internationalen Ebene, also in erster Linie auf zwischenstaatliche Beziehungen, aber auch auf internationale Organisationen, anzuwenden (oder eine solche Anwendbarkeit abzulehnen, weil die internationale Rechtsordnung eben keine staatliche ist);²² zweitens (kritische) Auseinandersetzungen mit Rechtsstaatsförderprogrammen im Rahmen des sog. „state building“;²³ und drittens Versuche, Rechtsstaatlichkeit als Konjunkturbegriff für ganz unterschiedliche Phänomene zu begreifen,²⁴ wozu auch kritische Versuche zählen, die erläutern, warum bestimmte Rechtsstaatlichkeitsverständnisse andere verdrängen.²⁵

Während die These des uneingeschränkten menschlichen Guts in der Regel kritisch gesehen wird,²⁶ erkennen auch kritische Völkerrechtswissenschaftler*innen ein gewisses emanzipatorisches Potenzial des Rechtsstaatlichkeitsbegriffs an. Der marxistische Völkerrechtler B. S. Chimni weist etwa darauf hin, dass völkerrechtliche Regeln eine relative Unabhängigkeit besitzen, in denen die subalterne Klasse – wenn auch stets eingeschränkt

21 Siehe die Debatten im Sicherheitsrat im Jahr 2003, UN Doc. S/PV.4833 und S/PV.4835, und im Jahr 2004, UN Doc. S/PV.5052 und S/PV.5052(Resumption 1). Weitere Debatten im Sicherheitsrat zu dem Agendapunkt Rechtsstaatlichkeit in den Jahren 2006-2014 waren weitaus weniger kontrovers. Seit 2006 findet eine jährliche Debatte im Sechsten Unterausschuss unter dem Agendapunkt „Rechtsstaatlichkeit auf der nationalen und internationalen Ebene“ statt, die in einer jährlichen Resolution der Generalversammlung mündet, siehe UN Doc. A/61/142 für eine Einführung des Agendapunkts und zuletzt die Resolution der Generalversammlung vom 15. Dezember 2020, UN Doc. A/Res/75/141.

22 Für Versuche, Grundzüge der Rechtsstaatlichkeit auf die Völkerrechtsordnung zu übertragen, vgl. Simon Chesterman, *An international rule of law?*, *The American Journal of Comparative Law*, 56 (2008), 331-361; Crawford (Fn. 20), 253-369; ablehnend Richard Collins, *The Rule of Law and the Quest for Constitutional Substitutes in International Law*, *Nordic Journal of International Law* 83 (2014), 87-127; vermittelnd Ian Hurd, *The international rule of law and the domestic analogy*, *Global Constitutionalism*, 4 (2015), 365-395.

23 Weitestgehend positive Bewertungen der Rechtsstaatsförderung bei Thomas Carothers, *Promoting the rule of law abroad: in search of knowledge*, Washington D.C. 2006; kritischer Laura Grenfell, *Promoting the Rule of Law in Post-Conflict States*, Cambridge 2013.

24 Heike Krieger/Georg Nolte, *The International Rule of Law - Rise or Decline? – Approaching Current Foundational Challenges*, in: Krieger/Nolte/Zimmermann (Hrsg.), *International Rule of Law: Rise or Decline?*, Oxford 2019, 3-30; Machiko Kanetake/André Nollkaemper, *The International Rule of Law in the Cycle of Contestations and Deference*, in: dies. (Hrsg.), *The Rule of Law at the National and International Levels: Contestations and Deference*, Oxford 2016, 445-460.

25 Sundhya Pahuja hat ausführlich dargelegt, wie Anfang der 1990er Jahre ein insbesondere von den blockfreien Staaten vorangetriebenes Verständnis der Rechtsstaatlichkeit als Prinzip für die zwischenstaatlichen Beziehungen einem Verständnis von Rechtsstaatlichkeit als Gegenstand der Entwicklungszusammenarbeit wich, vgl. Sundhya Pahuja, *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*, Cambridge 2013, 172-253; Stephen Humphreys argumentiert, dass die freiheitliche Dimension von Rechtsstaatlichkeit heute von einem Verständnis der Rechtsstaatlichkeit als „law and order“ überlagert wird, vgl. Stephen Humphreys, *Theatre of the Rule of Law. Transnational Legal Intervention in Theory and Practice*, Cambridge 2010.

26 Tamanaha (Fn. 10), 137-141; Chimni (Fn. 20), 10; Benton (Fn. 20), 255, die darauf hinweist, dass Thompson mit seiner Annahme des uneingeschränkten menschlichen Guts vorsichtiger umgeht, als es ihm seine Kritiker vorwerfen.

durch den Inhalt der insgesamt die *transnational capital class* bevorteilenden völkerrechtlichen Regeln – ihre Interessen gerade auch in Formen des Rechts durchsetzen kann.²⁷ Der Begriff der Rechtsstaatlichkeit ist zuletzt auch eingesetzt worden, um das Verhalten machtvoller Akteure, insbesondere internationaler Organisationen und allen voran der Vereinten Nationen, zu kritisieren.²⁸ Ein solcher Fall soll im Folgenden kurz dargestellt werden: der Bericht des Sonderberichterstattlers über extreme Armut, Philip Alston, zur Antwort der Vereinten Nationen auf die Cholera-Epidemie in Haiti aus dem Jahr 2016.

2.1 Die Vereinten Nationen in Haiti, Rechtsstaatlichkeit und der Ausbruch der Cholera

Im April 2004 mandatierte der Sicherheitsrat eine Stabilisierungsmission in Haiti (*United Nations Stabilization Mission in Haiti*, MINUSTAH).²⁹ MINUSTAH löste eine kleinere Interimsbrigade ab, die einige Monate zuvor angesichts der eskalierenden Gewalt nach dem Rücktritt des umstrittenen Präsidenten Bertrand Aristide, der unter ungeklärten Umständen Haiti verließ, in das Land entsandt worden war. MINUSTAH sollte insgesamt 13 Jahre in Haiti bleiben und war eine der umfangreichsten und komplexesten Friedenssicherungsmissionen der Vereinten Nationen, mit zeitweise über 10.000 Peacekeepers. Die Mission unterhielt sowohl eine militärische als auch eine zivile Komponente und hatte weitreichende Befugnisse zur Stabilisierung, Vorbereitung von Wahlen und dem Schutz der Menschenrechte. Nach dem verheerenden Erdbeben im Januar 2010, dem mehrere hunderttausend Menschen zum Opfer fielen, wurde das Mandat nochmals erweitert.³⁰ Die MINUSTAH war eine der wichtigsten Missionen mit einem Mandat zur Unterstützung der Wiederherstellung und Aufrechterhaltung der Rechtsstaatlichkeit. Dazu zählen u.a. die Unterstützung der Polizei und anderer Institutionen, etwa der Verwaltung und der Gerichte, sowie dem Strafvollzug inklusive Gefängnisreform.

Cholera brach in Haiti im Oktober 2010 aus. MINUSTAH hatte in der haitianischen Bevölkerung bereits zuvor wenig Vertrauen genossen; mit dem Choleraausbruch verloren die Vereinten Nationen endgültig die Unterstützung der lokalen Bevölkerung.³¹ Die Epidemie forderte bis 2016 rund 9000 Todesopfer und über 700.000 Infizierte; das entspricht mehr als 7% der haitianischen Bevölkerung.³² Es ist heute eindeutig, dass die Epi-

27 Chimni (Fn. 20), 10; siehe auch Benton (Fn. 20), 253 ff.

28 Der wohl bekannteste Kontext ist der *Kadi-Fall*, in dem der EuGH mit dem Begriff einer europäischen *rule of law* (im Deutschen: Rechtsgemeinschaft) argumentierte, um den europäischen Umsetzungsakt auf seine materielle Rechtmäßigkeit anhand des Maßstabs des Europarechts zu überprüfen und einen Verstoß dieses Umsetzungsakts und damit zumindest mittelbar des Sicherheitsrats gegen rechtsstaatliche Grundsätze festzustellen, vgl. Urteil des Gerichtshofs (Große Kammer) vom 3. September 2008, *Yassin Abdullah Kadi und Al Barakaat International Foundation gegen Rat der Europäischen Union und Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, ECLI:EU:C:2008:461, Rn. 281 ff.

29 UN Doc. S/Res/1542 (2004). Zur MINUSTAH insgesamt Nicolas Lemay-Hébert, United Nations Stabilization Mission in Haiti (MINUSTAH), in: Koops/MacQueen/Tardy/Williams, *The Oxford Handbook of United Nations Peacekeeping Operations*, Oxford 2015, 720-741.

30 UN Doc. S/Res/1927 (2010).

31 Lemay-Hébert (Fn. 29), 725.

32 Philip Alston, Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, UN Doc. A/71/367 (2016), 2.

demie auf ein Kontingent nepalesischer Peacekeeper zurückzuführen ist, die aus einer mit Cholera befallenen Gegend einreisten. Der Choleraausbruch ereignete sich kurz nach Stationierung des nepalesischen Kontingents. Zuvor hatte es mindestens 100 Jahre lang keine Cholera in Haiti gegeben; es gibt keine offizielle Verzeichnung von Cholera in Haiti vor 2010.³³

Im November 2011 reichten das haitianische *Bureau des Avocats Internationaux* und das US-amerikanische *Institute for Justice & Democracy in Haiti* Beschwerden für über 5000 Choleraopfer bei den Vereinten Nationen ein. Vermutlich konnte sich Cholera nur deswegen so schnell verbreiten, weil die Wasserversorgungs- und Abwassersysteme und die sanitären Einrichtungen unzureichend waren.³⁴ Die Organisationen forderten bessere Wasserversorgungssysteme, Entschädigung für die Opfer sowie eine öffentliche Entschuldigung der Vereinten Nationen für ihre rechtswidrigen Handlungen. Die Vereinten Nationen lehnten diese Forderungen 15 Monate später als unzulässig ab: Nur privatrechtliche Forderungen seien zulässig, hier handele es sich aber um Forderungen, die „a review of political and policy matters“ erforderten.³⁵ Eine Beschwerde blieb erfolglos, ebenso ein zivilrechtliches Verfahren vor einem New Yorker Bezirksgericht, das 2016 in der Berufungsinstanz endgültig abgewiesen wurde, weil die Vereinten Nationen als internationale Organisation vor nationalen Gerichten absolute Immunität genießt.³⁶

2.2 „Das Bekenntnis zur Rechtsstaatlichkeit einhalten“: Rechtsstaatlichkeit als argumentatives Mittel

2016 veröffentlichte der damalige Sonderberichterstatter für extreme Armut und Menschenrechte, Philip Alston, einen Bericht, in dem er die Antwort der Vereinten Nationen als rechtlich unhaltbar kritisierte.³⁷ Der Bericht wurde bereits vor Veröffentlichung an die New York Times gespielt und sorgte für erhebliche Schlagzeilen.³⁸ Im Wesentlichen argumentiert Alston, dass es sich eindeutig um eine privatrechtliche Schadensersatzforderung handelt und das Argument, die Forderung bedürfe eines „review of political and policy matters“, nicht haltbar sei.³⁹ Der Bericht schließt mit der Forderung, die Vereinten Nationen sollten ihre rechtliche Verantwortung sowie den privatrechtlichen Charakter der Forderung anerkennen und geeignete Widergutmachungsleistungen, u.a. eine Entschuldigung und Schadensersatzzahlungen, erbringen.⁴⁰

33 Zu dem Hintergrund der Choleraepidemie ausführlich Alston, ebd., 6-7, m.w.N.

34 Bureau des Avocats Internationaux/Institute for Justice & Democracy in Haiti, Cholera Accountability, <http://www.ijdh.org/choleraaccountability/>.

35 Zitiert nach Alston (Fn. 32), 10, Fn. 18.

36 Georges v. United Nations, US Court of Appeals 2nd Circuit, Case 15-455, Document 257-1, Entscheidung vom 18. August 2016. Zu der Problematik der Einordnung als Privatrecht oder „policy matter“ sowie Immunität ausführlich Katarina Lundahl, The United Nations and the remedy gap: the Haiti Cholera dispute, Die Friedens-Warte 88 (2013), 77-117; eine Chronik des Verfahrens mit Links zu Schriftsätzen und Urteilen findet sich bei Bureau des Avocats Internationaux/Institute for Justice & Democracy in Haiti, Cholera Litigation, <http://www.ijdh.org/cholera-litigation/#>.

37 Alston (Fn. 32).

38 Jonathan M. Katz, U.N. Admits Role in Cholera Epidemic in Haiti, NY Times vom 17. August 2016, <https://www.nytimes.com/2016/08/18/world/americas/united-nations-haiti-cholera.html>.

39 Alston (Fn. 32), 12.

40 Ebd., 21-22.

In unserem Zusammenhang ist der Bericht deswegen besonders interessant, weil Alston argumentativ den Begriff der Rechtsstaatlichkeit, die zu fördern die Vereinten Nationen in Haiti mandatiert waren, gegen die Organisation als Ganzes wendet. Bereits in der Einleitung fordert Alston, dass die Vereinten Nationen ihrem Bekenntnis zur Rechtsstaatlichkeit gerecht werden sollten. Prominent heißt es dann:

„The rule of law. The Secretary-General and the Deputy Secretary-General have given strong voice to the resolutions of the General Assembly in which the Assembly underscored the central importance of respecting the rule of law. Yet, the approach of the United Nations in this case undermines the rule of law and diminishes the Organization’s credibility as an advocate for its respect. By failing to take even minimal steps to hold itself accountable and compensate those affected, or even to explain the reasons for its refusal to do so, the United Nations replicates the very behaviour it seeks to modify elsewhere.“⁴¹

Das ist im Wesentlichen Thompsons analytische Verwendung des Begriffs der Rechtsstaatlichkeit normativ gewendet: Die Herrschenden, so Thompson, sind an die Gesamtheit der Regeln und die damit einhergehenden Institutionen gebunden, selbst wenn sie einzelne Regeln immer wieder zu ihrem Vorteil verwenden können. Hier wird gefordert, dass dies so sein *sollte*: Die Vereinten Nationen sollten sich an jene Regeln halten, die sie selbst propagierten. Alston fordert aber mehr als nur die Unterwerfung unter bestimmte Formen und Rechtsregeln, sondern wendet diese dann auch im konkreten Fall an. Auf dieser Basis kommt er zu dem Schluss, dass die Vereinten Nationen ihre Rechtsauffassung ändern, ihre Verantwortung anerkennen, eine Entschuldigung aussprechen sowie angemessene Entschädigungszahlungen bereitstellen müssen.

In der Folge entwickelten die Vereinten Nationen einen sogenannten „Neuen Ansatz“, der zum einen auf Prävention und die Verhinderung eines neuen Cholera-Ausbruchs gerichtet ist, zum anderen Entschädigungszahlungen und weitere materielle Unterstützung für die Familien von Choleraopfern bereitstellt.⁴² Allerdings enthält der Neue Ansatz keine Anerkenntnis einer irgendwie gearteten rechtlichen Verantwortung. Auch ist der Trust Fund, aus dem die Opferfamilien entschädigt werden sollten, auf freiwillige Beiträge angewiesen, und es wurde bislang nur ein Bruchteil des angestrebten Betrags erreicht; zudem wurde das Geld hauptsächlich in Entwicklungsprojekte investiert und nicht unmittelbar den Opferfamilien als Entschädigungszahlung zugesprochen. Im April 2020 wandten sich insgesamt zehn Sonderberichtersteller*innen der Vereinten Nationen gemeinschaftlich an den Generalsekretär. Sie forderten erneut, die Vereinten Nationen sollten sich zu ihrer rechtlichen Verantwortung bekennen, den Neuen Ansatz rechtlich einrahmen und dabei insbesondere das Recht auf wirksame Beschwerde, insbesondere bezüglich der mangelnden Entschädigung für die erlittenen Schäden, berücksichtigen.⁴³ Bislang sind keine Schritte in diese Richtung erfolgt.

41 Ebd., 19.

42 Generalsekretär der Vereinten Nationen, A new approach to cholera in Haiti: Report by the Secretary-General, UN Doc. A/71/620 (2016).

43 Brief des Sonderberichterstatters für Extreme Armut und acht weiteren Sonderberichtersteller*innen an den Generalsekretär der Vereinten Nationen, António Guterres, vom 28. April 2020, 4.

3. Hat der Begriff der Rechtsstaatlichkeit ein emanzipatorisches Potenzial?

Was lässt sich aus der Fallstudie zu Haiti für den Begriff der Rechtsstaatlichkeit und seiner Praxisverwendung lernen? Zunächst einmal ist offensichtlich, dass die Bemühung des Begriffs der Rechtsstaatlichkeit im politisch-rechtlichen Praxisdiskurs offenkundig nicht zu dem gewünschten strategischen Ergebnis führt. Das liegt, so die Vermutung des vorliegenden Beitrags, vor allem daran, dass der Begriff der Rechtsstaatlichkeit, so wie ihn Thompson verwendet, primär als analytischer Begriff zu verstehen ist.⁴⁴ Interessant ist die Verwendung gleichwohl, weil der Rechtsstaatlichkeitsbegriff einhergeht mit einer Kritik am Mangel rechtlicher Rahmung der gefundenen Lösung für die Entschädigung der Cholera-Opfer in Haiti. Oder anders ausgedrückt: Aus dem Bekenntnis zur Rechtsstaatlichkeit ergebe sich die Pflicht, Rechtsmittel bereitzustellen und die Lösung menschenrechtlich einzurahmen. Das setzt – unausgesprochen – voraus, dass es einen Eigenwert des Rechtlichen geben muss, aus dem heraus ein emanzipatorisches Potenzial erwachsen kann.

Im Praxisdiskurs funktioniert der Verweis auf die Rechtsstaatlichkeit aber nicht losgelöst von den spezifischen Regeln, um die es geht. Alston argumentiert in unserem Beispiel in seiner Funktion als Sonderberichterstatter für Menschenrechte und extreme Armut, mit dem Ziel, die Vereinten Nationen zu einem Kurswechsel zu bewegen.⁴⁵ Entsprechend verwendet er den Großteil des Berichts darauf, die rechtliche Situation zu erörtern und darzulegen, warum die Vereinten Nationen eine rechtliche Pflicht zur Schadensersatzleistung trifft. Der Verweis auf den Begriff der Rechtsstaatlichkeit bei Alston geht also über den allgemeinen Verweis, die Vereinten Nationen mögen sich an die Regeln, die sie anderswo umsetzen wollen, halten, hinaus: Es geht um ganz konkrete Regeln, an die sich gehalten werden soll. Das lässt sich auch in anderen Kontexten beobachten, etwa im Zusammenhang mit der Debatte um Rechtsstaatlichkeitskriterien in der Europäischen Union.⁴⁶ Damit wirkt der Begriff der Rechtsstaatlichkeit im Praxisdiskurs immer nur im Partikularen, nicht auf einer grundlegenden Ebene.

Warum dann den Begriff überhaupt bemühen? Alston hätte für sein eigentliches Rechtsargument den Begriff der Rechtsstaatlichkeit nicht gebraucht. Er bemüht ihn dennoch, um seiner Strahlkraft willen, um als Praktiker, als der er hier agiert, seinem Argument mehr Gewicht zu verleihen. Der Verweis auf einen Bruch der Rechtsstaatlichkeit gibt einen Hinweis darauf, dass der Bruch einer bestimmten Rechtsregel zugleich eine Erschütterung des Rechts als Ganzem darstellt. Das ist freilich ein zweischneidiges Schwert. Denn natürlich kann auch ein lediglich vermeintlicher Rechtsbruch, gekoppelt an den Rechtsstaatsbegriff, dieselbe Strahlkraft des Begriffs bemühen. Das ist in Deutschland etwa im Zuge der Flüchtlingskrise von 2015 geschehen. Damit zurück zur Ausgangsfrage: Hat der Begriff der Rechtsstaatlichkeit ein emanzipatorisches Potenzial? Am ehesten wohl dort, wo er als theoretische Kategorie verstanden wird und Auskunft gibt,

44 Zur Lesart des Begriffs bei Thompson als analytische Kategorie siehe auch Adriaan Bedner, *The promise of a thick view*, in: May/Winchester, *Handbook on the Rule of Law*, Cheltenham 2018, 34-47 (42).

45 Martti Koskenniemi hat verschiedentlich darauf hingewiesen, dass die völkerrechtliche Argumentationsweise, die „Methode“, davon abhängt, in welchem Kontext man sich bei welchem Zielpublikum Gehör verschaffen möchte, vielleicht am pointiertesten in Martti Koskenniemi, Letter to the Editors of the Symposium, *American Journal of International Law*, 93 (1999), 351-361.

46 Ich danke Eva Lautsch für diesen Hinweis.

worin der Eigenwert rechtlicher Regeln liegen kann: „the forms and rhetoric of law acquire a distinct identity which may, on occasion, inhibit power and afford some protection“.⁴⁷ Im Kontext eines konkreten rechtlichen Arguments dient der Begriff allerdings nicht in einer emanzipatorischen, sondern lediglich in einer unterstützenden Weise. So weit die Bemühung der konkreten Rechtsregel also nicht selbst emanzipatorisch wirkt, tut es auch der Begriff der Rechtsstaatlichkeit nicht.

Digitale Technologien in Kindheit und Jugend



Aufwachsen in überwachten Umgebungen
Interdisziplinäre Positionen zu Privatheit und Datenschutz in Kindheit und Jugend
Herausgegeben von Dr. Ingrid Stapf, Prof. Dr. Regina Ammicht Quinn, Dr. Michael Friedewald, PD Dr. Jessica Heesen und Prof. Dr. Nicole Krämer
2021, 381 S., brosch., 79,- €
ISBN 978-3-8487-6916-2
(Kommunikations- und Medienethik, Bd. 14)



Digitale Technologien prägen zunehmend Kindheit und Jugend. Worüber wenig reflektiert wird, sind Privatheits-, Überwachungs- und Datenschutzfragen in diesem sensiblen und wichtigen gesellschaftlichen Bereich. Diesem Themenkomplex widmet sich die vorliegende Publikation.



**Bestellen Sie im Buchhandel oder
versandkostenfrei online unter nomos-shop.de**

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



Nomos

47 Thompson (Fn. 1), 208.