

# Archiv des Völkerrechts

Herausgegeben von  
Sigrid Boysen · Markus Tobias Kotzur  
Robert Uerpmann-Witzack

Kirsten Schmalenbach / Julia Pleiel  
An Ocean of Plastic

Birgit Spießhofer  
Die Transnationalisierung des  
Klimaschutzrechts

Markus Kaltenborn / Nina-Annette Reit-Born  
Public Private Partnerships  
als Akteure des globalen Gesundheitsrechts

Christian Schaller  
Die zeitliche Dimension des  
Besatzungsvölkerrechts



Band 57 Heft 1 März 2019

Archiv des Völkerrechts  
57. Band · 1. Heft

Inhalt dieses Heftes

Abhandlung

- Kirsten Schmalenbach/Julia Pleiel*: An Ocean of Plastic. What can a Future “Treaty on Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction” Contribute to Solving a Global Problem ..... 1
- Birgit Spießhofer*: Die Transnationalisierung des Klimaschutzrechts. Normative Strategien von Rio bis Kattowitz innerhalb und außerhalb des Völkerrechts ..... 26
- Markus Kaltenborn/Nina-Annette Reit-Born*: Public Private Partnerships als Akteure des globalen Gesundheitsrechts ..... 53
- Christian Schaller*: Die zeitliche Dimension des Besatzungsvölkerrechts ..... 83

Besprechungen

- Stefanie Schmahl*: Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen. Handkommentar  
Referentin: *Elisabeth Rossa* ..... 115
- Helen Duffy*: Strategic Human Rights Litigation – Understanding and Maximizing Impact  
Referent: *Alexander Graser* ..... 117

umgesetzt. So geht der Gesetzgeber in Einklang mit Art. 18 UN-KRK davon aus, dass die gemeinsame Sorge der Eltern dem Kind zum Wohle gereicht, da deren Übertragung auf beide Elternteile auch gegen den Willen eines Elternteils bereits dann erfolgen soll, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht (§ 1626a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 S. 1 BGB). Die gesetzgeberische Entscheidung zu einer negativen Kindeswohlprüfung wird von *Schmahl* allerdings zu Recht kritisiert (S. 240). Die Neufassung des § 1626a BGB bemüht sich mit Anerkennung und Förderung der gemeinsamen Sorge zwar, Art. 18 der Kinderrechtskonvention gerecht zu werden, übersieht dabei jedoch die Notwendigkeit einer stets vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls nach Art. 3 der Konvention. Dieser kann nur durch eine positive Prüfung der Übereinstimmung einer Maßnahme mit den Belangen und Interessen des Kindes genüge getan werden und ist nicht bereits dann ausreichend erfüllt, wenn das Kindeswohl einer Maßnahme lediglich nicht entgegensteht.

Die hier nur ausschnittsweise und grob skizzierte Unterschiedlichkeit der Umsetzungsergebnisse und -bemühungen allein in Deutschland vermag einen Eindruck davon zu vermitteln, wieviel Arbeit dem Kinderrechtsschutz auf nationaler und internationaler Ebene in Zukunft noch bevorsteht. Die Kommentierung befähigt den Leser dazu, sich ein stimmiges Bild von dem aktuellen Stand des Kinderrechtsschutzes zu verschaffen und die jeweils mit den einzelnen Konventionsartikeln verbundenen Problemfelder zu erkennen und kritisch zu beleuchten. Dabei stellen die gründliche Auseinandersetzung mit Gerichtsentscheidungen deutscher und ausländischer Gerichte und die Bezugnahme auf relevante Sekundärliteratur zentrale Aspekte dieses Werkes dar. Der Kommentar richtet sich damit sowohl an Praktiker als auch an Wissenschaftler, deren Interesse dem Menschenrechtsschutz gilt und bietet – wie schon die Voraufgabe – wertvolle Ausführungen und Anhaltspunkte für eine vertiefte Beschäftigung mit der Kinderrechtskonvention. Als bislang einzige deutschsprachige und derart umfassende Kommentierung der Kinderrechtskonvention ist eine Lektüre für jegliche Arbeit mit dem Übereinkommen unumgänglich.

Dr. Elisabeth Rossa, Köln

HELEN DUFFY, *Strategic Human Rights Litigation – Understanding and Maximizing Impact*, Oxford, Hart Publishing 2018, 328 S.

Strategic Litigation ist en vogue, zunehmend auch im deutschsprachigen Raum. In der neu gegründeten Nomos-Schriftenreihe zu diesem Thema sprach Helmrich kürzlich von einem „regelrechten Hype“ (Helmrich, *Pyrrhusniederlage?*, S. 237, 238, in: ders., *Die Verfassungsbeschwerden gegen den Pflegenotstand*, 2017). Freilich stellt derselbe Autor auch fest: „Wir wissen eigentlich gar nicht, was strategische Prozessführung ist“ (Helmrich in seinem so betitelten Beitrag in: Graser/ders. (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*, Baden-Baden 2019, im Erscheinen). Eine Monographie zum Thema, wie *Helen Duffy* sie jetzt vorgelegt hat, sollte also höchst willkommen sein. Und tatsächlich trifft sie in eine Lücke.

Worum geht es? Strategic Litigation ist kein fest umrissener Begriff, sondern zunächst einmal bloß die Selbstetikettierung einer sich ausdehnenden Rechtspraxis, und dabei zwar die wohl geläufigste, aber keineswegs die einzige. Begriffe wie *cause lawyering*, *public interest* oder auch *impact litigation* sind ebenfalls gebräuchlich und wären in mancher Hinsicht auch präziser. Denn gerade das Attribut „strategisch“ führt immer wieder zu Missverständnissen. Gemeint ist nicht

etwa eine geschickte Prozessvertretung, wie sie wohl ohnehin zu den anerkannten Qualitätsmerkmalen anwaltlicher Vertretung gehört. Als strategisch wird im gegebenen Kontext vielmehr die Wahl des Gerichtsverfahrens als Mittel der Zielerreichung bezeichnet, also der Einsatz eines Prozesses als solchem.

Ferner geht es bei in diesem Sinne strategischen Verfahren um mehr als die Durchsetzung der geltend gemachten Rechtsposition. Verfolgt werden – zumindest auch – andere Ziele, die außerhalb des prozessrechtlich vorgegeben Rahmens liegen. Hierzu zählen unter anderem die Fortentwicklung des Rechts im Rahmen eines Grundsatzurteils oder auch kleinerer Zwischenschritte, die Möglichkeit einer Artikulation des verfolgten Anliegens nach den Regeln und im Forum eines Gerichtsverfahrens und – damit verbunden – die öffentliche Aufmerksamkeit sowie der politische Druck, den dies erzeugen kann.

Thematisch braucht mit diesem Verständnis noch keine Festlegung getroffen zu sein. Man kann mit diesem Mittel für alles Mögliche streiten, für das Weltklima, gegen Rüstungsexporte, für Tierrechte etc. Ob mit dem Etikett der Strategic Litigation eine bestimmte inhaltliche Orientierung verbunden sein sollte, namentlich ein Gemeinwohlbezug, wird unterschiedlich gesehen. Charakteristisch ist ein solcher Bezug zweifellos, ein entsprechendes Selbstverständnis in der Praxis entsprechend verbreitet. Das Problem liegt darin, dass unter Gemeinwohl sehr Unterschiedliches verstanden werden kann.

Mit dieser und anderen begrifflichen Fragen setzt *Duffy* sich kaum auseinander – und braucht es auch nicht. Schon im Titel ist ihre Untersuchung auf Strategic Human Rights Litigation beschränkt. Sie schreibt damit in einen Diskurs hinein, in dem Begriffliches wenig thematisiert wird, und für eine community, die sich in ihrem Selbstverständnis einig ist. Die *Autorin* selbst ist, wie sie im Vorwort schreibt, seit einem Vierteljahrhundert Teil dieser community, auch heute noch, neben der Professur, die sie inzwischen an der juristischen Fakultät im niederländischen Leiden innehat, ausweislich der dortigen Webseite in Teilzeit. *Duffy* gehört zu den profiliertesten Protagonistinnen dieser Szene, überdies mit einem bemerkenswert kosmopolitischen Werdegang. In dem Buch – auch das stellt sie zu Anfang klar – verarbeitet sie vor allem ihre eigenen Erfahrungen.

Der Untertitel des Buchs trifft eine weitere Festlegung: „Understanding and Maximizing Impact“ – ein Fokus, den die *Autorin* konsequent verfolgt. Das mag zunächst nach einer allzu engen Ausrichtung klingen, fast wie Ratgeberliteratur, nach einer akademisch eingebundenen Handreichung von der erfahrenen Praktikerin. Aber das täte dem Werk unrecht. Die Frage nach den Wirkungen ist zentral, ein Schlüssel zum Verständnis der untersuchten Praxis.

*Duffy* geht diese Frage mit einer Differenziertheit an, wie sie bislang noch nicht erreicht worden ist. Das Buch gliedert sich in drei Teile. Grundlegend und mit 145 Seiten so lang wie die beiden anderen zusammen ist der mittlere. Darin stellt sie in fünf Kapiteln Fallstudien vor: „genocide in Guatemala; slavery in Niger; forced disappearance in Argentina; torture and detention in the ‚war on terror‘; and Palestinian land rights“). Umrahmt werden diese detailreichen Schilderungen von zwei analytischen Teilen, in denen immer wieder der Bezug zu konkreten Fällen hergestellt wird, zu den im Mittelteil dargestellten und zu vielen anderen.

Der erste Teil soll den Kontext umreißen. Nach einem kurzen Überblick im ersten Kapitel erfährt man im zweiten in konziser Form zunächst viel über die Akteure, Verfahren, tatsächliche Herausforderungen und auch über die Entwicklung einiger konkreter rechtlicher Parameter für die gerichtliche Verfolgung menschenrechtlicher Anliegen. Wer die Szenerie schon kennt, kann hier cursorisch lesen, für andere ist dies eine gelungene Einführung. Auch der rein innerstaatlichen Dimension der Strategic Litigation ist in diesem Anfangsteil ein kurzer Abschnitt

gewidmet. Der Schwerpunkt jedoch liegt auf Verfahren, die vor internationalen Gerichten oder von Akteuren aus unterschiedlichen Ländern in transnationaler Zusammenarbeit betrieben werden.

Nicht überlesen sollte man die folgenden beiden Kapitel, die wohl wichtigsten im Buch. Hier behandelt *Duffy* ihre Kernfrage nach den Wirkungen von Strategic Litigation. Sie zeigt auf, dass gewonnene Prozesse ebenso wenig verlässlich für die Zielerreichung stehen, wie verlorene unbedingt ein Scheitern bedeuten. Das ist keine neue Erkenntnis, sondern spätestens seit Lobels „Success Without Victory“ (2004) geradezu ein Mantra in der Szene. Aber *Duffy* bringt diese Einsicht in besonders gedrängter, substantiiertes Darstellung zur Geltung und schafft sich so die Basis, um im Anschluss sehr gründlich, aber ohne Redundanzen die möglichen Wirkungsdimensionen („levels of impact“) strategischer Verfahren zu entfalten. Das findet man in dieser Differenziertheit bislang noch nirgends. Dieser Abschnitt dürfte bis auf weiteres der Referenzpunkt für akademische Arbeiten zu dieser Frage werden.

Das heißt freilich nicht, dass *Duffy* das „Wirksamkeitsrätsel“ in diesem Kapitel gelöst hätte. Durchweg sind es mögliche Wirkungen, von denen die Rede ist. Nicht selten – und auch das ist ein Verdienst des Buches – gründet sich deren Identifikation auf Erfahrungswissen der *Autorin* und kann dann auch meist anhand der Fallstudien illustriert werden. Aber mehr als eine Plausibilisierung ist so nicht zu leisten. Belastbare Belege gibt es noch kaum. Oft dürften solche auch nur schwer zu erbringen sein. Jedenfalls bedürfte es hierfür empirischer Untersuchungen mit deutlich größerer Tiefenschärfe. Den Boden hierfür hat *Duffys* Arbeit allerdings bestens bereitet. Eine entsprechende Rezeption gerade auch in dieser Hinsicht wäre ihr deswegen zu wünschen.

Im dritten Teil behandelt die *Autorin* dann die praktische Durchführung strategischer Verfahren. Las sich diese Zielsetzung im Buchtitel noch eher ambitioniert („Maximising Impact“), kommt die entsprechende Kapitelüberschrift zurückhaltender daher: „Litigating Strategically and Meeting the Challenges“. So sind die Lehren für die Praxis, die *Duffy* hier zieht, zwar oft sehr konkret, aber sie büßen nichts von der Differenziertheit der vorangegangenen Teile ein. An das Klischee einer Handreichung für Strategic Litigators erinnert hier allenfalls die Gliederung, die tatsächlich auch als Checkliste taugen würde. (Im Text tritt *Duffy* einem solchen Verständnis ihrer Arbeit freilich auch explizit entgegen, vgl. S. 273.) Dieser dritte Teil ist damit von offensichtlichem Wert für die Praxis, aber nicht minder erhellend für analytische Betrachtungen eben dieser Praxis, deren akademisches Verständnis, wie gesagt, noch durchaus entwicklungsfähig ist.

Damit wären wir wieder bei jener Lücke angelangt, von der eingangs die Rede war: Das Phänomen der Strategic Litigation ist in der einschlägigen Literatur bislang weder systematisch noch gar umfassend erschlossen worden. Das akademische Interesse hieran war lange gering, und so sind es bis dato regelmäßig die Akteure selbst gewesen, die auch für die Reflektion des Phänomens verantwortlich zeichnen (bemerkenswert auf dem deutschsprachigen Markt zuletzt Kaleck/Saage-Maaß, Unternehmen vor Gericht. Globale Kämpfe für Menschenrechte, Berlin 2016; Kaleck, Mit Recht gegen die Macht: Unser weltweiter Kampf für die Menschenrechte, 2015).

So ist es, wie gesagt, auch im Fall von *Helen Duffy*, und ihre Monographie spiegelt das deutlich wider. So beachtlich ihr wissenschaftlicher Beitrag auch sein mag, konzeptionell ist ihr Werk zugeschnitten auf die Zielgruppe jener „human rights defenders around the world“, denen sie es im Übrigen auch ausdrücklich widmet. Ihnen teilt *Duffy* ihre Erfahrungen mit, an sie richten sich die praktischen Lehren, die sie daraus zieht.

Die Frage nach der Legitimität von strategischen Verfahren stellt sich für die *Autorin* deswegen auch weniger als grundsätzlicher Einwand denn als technische Herausforderung: Was kann man tun, um eine Instrumentalisierung von Opfern zu vermeiden? Wie sicherstellen, dass die individuellen Parteiinteressen nicht in den Hintergrund geraten? Zweifellos sind diese Fragen virulent. Aber Strategic Litigation stößt immer wieder auch auf kategorische Kritik (so in Deutschland besonders vehement die Rezension zu Kalecks Buch von Hillgruber in der FAZ, „Unrecht haben immer die anderen“, <https://www.faz.net/-gqc-8bmfq>; 28.12.2015), auf die es zu erwidern gälte.

Überdies wird bei *Duffy* die Auswahl der Fallstudien nicht weiter begründet, wie es bei einer systematischen Studie wohl zu erwarten wäre – es sind einfach *ihre* Fälle, von denen *Duffy* berichtet. Das ist insofern bereichernd und auch durchaus erfrischend, als es deswegen auch nicht die allseits bekannten Klassiker der Strategic Litigation sind, sondern bisher kaum beschriebene Verfahren. Man mag *Duffys* Material auch nicht die Eignung absprechen. Die *Autorin* hat einen reichen Erfahrungsschatz und versteht es, viel aus ihren Fällen herauszuholen. Aber dieses Vorgehen bedeutet eben auch eine Perspektivverengung. Augenfällig ist das vor allem insofern, als rein innerstaatliche Verfahren nur am Rande vorkommen.

In vieler Hinsicht fügt sich *Duffys* Werk also durchaus in den einschlägigen praktikerdominierten Diskurs ein. Das heißt aber nicht, dass es sich auf praktische Empfehlungen beschränkt. Vielmehr leistet es einen wesentlichen Beitrag auch zum Verständnis des Phänomens und ist damit gewinnbringend für eine Leserschaft weit über die direkt adressierte Szene hinaus. Auch wenn *Duffy* die besagte Lücke keineswegs schließt, trägt sie doch ein gutes Stück dazu bei, sie zu füllen. Es gibt bislang keine vergleichbare monographische Arbeit, jedenfalls nicht in Europa, aber wohl auch andernorts nicht. Gerade die Gedanken zu den Wirkungsdimensionen und damit möglichen Zielsetzungen von Strategic Litigation dürften *Duffys* Buch schnell zur Standardlektüre machen.

Prof. Dr. Alexander Graser, Regensburg