

Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer gemein- europäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justiziabilität?

Heike Krieger*

I. An den Grenzen der Justiziabilität?	187
II. Unerlässliches Element einer gemeineuropäischen Grundrechtsdogmatik	189
III. Ein leeres Versprechen?	191
IV. Positive Verpflichtungen im Lichte demokratie-theoretischer Kritik	193
1. Die Perspektive des völkerrechtlichen Konsensprinzips	194
2. Die Perspektive von Demokratie- und Gewaltenteilungsgrundsatz	196
3. Angemessenheit des subjektiv-rechtlichen Anspruchs auf staatliches Handeln?	197
V. Methodisch-dogmatische Vorkehrungen zur Ausbalancierung von Demokratie und Individualgerechtigkeit	200
1. Auf methodischer Ebene: Achtung der Grenzen der dynamisch-evolutiven Auslegung	200
a) Wortlaut	201
b) Dialogisches Verfahren der Rechtsfortbildung	202
c) Nachfolgende Praxis	204
aa) Der gemeinsame europäische Standard	204
bb) Fehlender Bezug zum Vertrag	206
cc) Begrenzung des Beurteilungsspielraums trotz fehlender Zustimmung	208
2. Auf dogmatischer Ebene: Kontrolldichte und mitgliedstaatlicher Beurteilungsspielraum	209
VI. Fazit	212

I. An den Grenzen der Justiziabilität?

Die subjektiv-rechtliche Einklagbarkeit von staatlichen Handlungspflichten gibt dem Einzelnen weitreichende Möglichkeiten, mittels der Judikative auf den demokratischen Willensbildungsprozess Einfluss zu nehmen. Anstatt beispielsweise arbeitsrechtliche Schutzvorschriften oder bestimmte Arbeitnehmerrechte im politischen Diskurs, etwa mittels gewerk-

* Prof. Dr., die Verfasserin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Völkerrecht an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag beruht auf einem Panel-Statement im Rahmen eines EMRK-Symposiums aus Anlass des Erscheinens der 2. Auflage des EMRK/GG-Kommentars (Konkordanzkommentar), hrsgg. von *Oliver Dörr*, *Rainer Grote* und *Thilo Marauhn* und greift in Teilen auf ihre Kommentierung zu "Funktionen von Grund- und Menschenrechten" in diesem Kommentar zurück.

schaftlicher Tätigkeit, durchzusetzen, kann der Betroffene den Weg vor die Gerichte suchen.¹ Auf diese Weise vermag er u. U. nicht nur seine individuellen, sondern auch weiterreichende gesellschaftspolitische Interessen² zu verwirklichen, für die im demokratischen – parlamentarischen oder plebiszitären – Gesetzgebungsverfahren keine ausreichenden Mehrheiten zustande gekommen sind.³ Damit ist eine gerichtliche Entscheidung über positive Handlungspflichten des Staates für den Richter immer mit der Frage verbunden, wann ein subjektives Recht auf staatliches Handeln “die Grenzen des ohne Verstoß gegen Gewaltenteilungs- und Demokratieprinzip durch ein Gericht Entscheidbaren”⁴ überschreitet. Die Frage nach den demokratischen Grenzen positiver Verpflichtungen verschärft sich auf Ebene der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), insofern die demokratische Legitimation eines internationalen Gerichts schon grundsätzlich als geringer betrachtet wird.⁵ Demgemäß scheint sich auch die Bewertung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu positiven Handlungspflichten zu wandeln: Was man zunächst für ein unerlässliches Element eines wirksamen europäischen Grundrechtsschutzes gehalten hatte (II.), gerät zunehmend in die Kritik, weil es je nach Perspektive des Betrachters, entweder nicht halten kann, was es verspricht, oder mehr verspricht, als es sollte. So wird die Schutzgewährung durch die EMRK einerseits für lückenhaft erachtet, weil die Konvention soziale Rechte nicht ausdrücklich gewährleistet (III.). Andererseits wird die Spruchpraxis des Gerichtshofs zu den positiven Verpflichtungen in Staatenpraxis und Literatur zunehmend als zu aktivistisch betrachtet und einer durch das Demokratieprinzip informierten Kritik unterzogen (IV.). Im Folgenden soll diese Kritik analysiert und im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs bewertet werden (V.).

¹ Siehe z. B. EGMR Nr. 52806/09; 22703/10, §§ 129 ff. – *Vilnes u.a. v. Norwegen* (2013) und Nr. 48420/10, 59842/10 und 36516/10 – *Eweida u.a. v. Vereinigtes Königreich* (2013).

² In der Bedeutung über die Rechtspositionen der Beschwerdeführer weit hinaus reichen z. B. folgende Verfahren beim BVerfG, die positive Verpflichtungen zum Gegenstand haben: BVerfGE 125, 39 (Adventssonntage Berlin); BVerfGE 125, 175 (Hartz IV); BVerfG, 2 BvR 2728/13 vom 14.01.2014, <<http://www.bverfg.de>> (OMT-Verfahren).

³ Siehe z. B. den Sachverhalt von EGMR Nr. 25579/05 – *A.B.C. v. Irland* (2010).

⁴ BVerfG, 2 BvR 2728/13 vom 14.1.2014 (Anm. 2), Abw. Meinung *Lübbe-Wolff*, Abs.-Nr. 3.

⁵ Siehe dazu: *B. Baade*, Eine Charta für Kriminelle – Zur demokratietheoretischen Kritik am EGMR und dem aktiven Wahlrecht von Strafgefangenen, AVR 51 (2013), 339 (343).

II. Unerlässliches Element einer gemeineuropäischen Grundrechtsdogmatik

In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sind positive Verpflichtungen unerlässliches Element der Grundrechtsdogmatik geworden. Sie übernehmen für die Ebene der EMRK die Funktionen, die im deutschen Verfassungsrecht den sog. objektivrechtlichen Grundrechtsfunktionen zukommen. Positive Verpflichtungen umfassen Schutzpflichten und derivative Teilhaberechte ebenso wie verfahrens- und organisationsrechtliche Schutzwirkungen von Menschenrechten. Dabei sind vor allem Schutzpflichten und verfahrensrechtliche Schutzwirkungen in ihrer Herleitung vergleichbar. Der Gerichtshof leitet positive Verpflichtungen aus den Gewährleistungen der EMRK auf der Grundlage eines Zusammenspiels von materiellem Gehalt und Bedeutung der menschenrechtlichen Verbürgung mit der Gewährleistungsgarantie des Art. 1 EMRK sowie dem Erfordernis der Wirksamkeit des Menschenrechtsschutzes nach der EMRK ab. Hierfür wendet er die dynamisch-evolutive Auslegungsmethode im Licht von Ziel und Zweck der Konventionsverbürgungen an.⁶ Wiederholt stellt der Gerichtshof darauf ab, dass die Rechte und Freiheiten der Konvention nicht theoretisch und illusionär, sondern effektiv und praktisch sein und eine wirkliche und tatsächliche Freiheit gewährleisten sollen.⁷

Auch eine funktionale Perspektive, die auf die grundrechtsexternen oder sog. "fremdnützigen" Zwecke des Grundrechtsschutzes abstellt,⁸ zeigt die vielfältigen Funktionen, die positive Handlungspflichten im System des europäischen Menschenrechtsschutzes entfalten: Sie erfassen unterschiedlichste Bereiche der Rechtsordnung und gestalten mittlerweile fast alle staatlichen Politikfelder, nicht zuletzt weil die meisten Verbürgungen der EMRK eine Herleitung positiver Verpflichtungen dogmatisch erlauben.⁹ Der Gerichtshof begleitet die rechtsstaatlichen Reformprozesse in der Türkei, in den EU-Mitgliedstaaten, wie Bulgarien und Rumänien, und in den osteuropäischen Mitgliedstaaten des Europarates. Hier ermöglichen positive Handlungspflichten dem Gerichtshof gerade im Fall defizitärer Rechts- und Ver-

⁶ H. Krieger, Funktionen von Grund- und Menschenrechten, in: O. Dörr/R. Grote/T. Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2. Aufl. 2013, Kap. 6, zu den Schutzpflichten Rn. 24 ff.; zu den verfahrensrechtlichen Schutzwirkungen Rn. 118.

⁷ EGMR A 32, § 24 – *Airey v. Irland*.

⁸ A. Ungern-Sternberg, Autonome und funktionale Grundrechtskonzeptionen, in: N. Matz et al. (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem, 2012, 69 ff.; s. a. O. Klein, Fremdnützige Freiheitsgrundrechte, 2003.

⁹ H. Krieger (Anm. 6), Rn. 47.

waltungssysteme, von den Mitgliedstaaten wirksame legislative, administrative und judikative Maßnahmen einzufordern, z. B. zum Schutz des menschlichen Lebens vor vorhersehbaren Naturkatastrophen,¹⁰ menschlich verursachten Umweltkatastrophen¹¹ oder zur Ausgestaltung einer wirksamen Rechtsordnung, etwa zum Gesundheitsschutz¹² oder zum Schutz vor Straftaten.¹³

Aber auch in rechtsstaatlich ausdifferenzierten Rechtsordnungen sind positive Verpflichtungen ein zentrales Instrument zur Absicherung gesellschaftlicher Strukturen über den Schutz der Freiheit des Einzelnen hinaus. Der Gerichtshof schützt sozialstaatliche Belange,¹⁴ indem er Handlungspflichten des Staates bei sozialer Not begründet,¹⁵ Interessen von Mietern auf der Grundlage von staatlichen Schutzpflichten stärkt¹⁶ oder die Beschränkung der Rechte von Eigentümern im Interesse des Mieterschutzes im Rahmen der Abwägung mit dem Allgemeininteresse nach Art. 1 Abs. 2 ZP 1 für konventionsgemäß hält,¹⁷ sozialrechtliche Ansprüche verfahrensrechtlich absichert,¹⁸ aus Art. 2 EMRK als derivativem Teilhaberecht einen Anspruch auf medizinische Versorgung¹⁹ und aus Art. 1 ZP 1 i. V. m. Art. 14 EMRK einen Anspruch auf gesetzlich vorgesehene staatliche Sozialleistungen herleitet²⁰. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu positiven Handlungspflichten erfasst aber auch den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen, insofern er umweltrechtliche oder umweltinformationsrechtliche Ansprüche entwickelt hat.²¹

Schließlich hat der Gerichtshof positive Verpflichtungen auch genutzt, um originäre Belange des internationalen Menschenrechtsschutzes zu ver-

¹⁰ EGMR Nr. 15339/02 u. a., §§ 128-137, 147-160 – *Budayeva u.a. v. Russland* (2008).

¹¹ EGMR Nr. 48939/99, §§ 71, 89 ff., 102 f. – *Öneryildiz v. Türkei* (GK) (2004).

¹² EGMR Nr. 45076/05, §§ 84 ff. – *Arskaya v. Ukraine* (2013).

¹³ EGMR Nr. 49382/6, §§ 39 ff. – *Saso Gorgiev v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia"* (2012).

¹⁴ H. Krieger (Anm. 6), Rn. 96; I. Leijten, Defining the Scope of Economic and Social Guarantees in the Case Law of the ECtHR, in: E. Brems (Hrsg.), *Shaping Rights in the ECHR*, 2014, 109 ff.; S. Schmahl/T. Winkler, *Schutz vor Armut in der EMRK?*, AVR 48 (2010), 405 ff.

¹⁵ EGMR Nr. 29392/95, §§ 69 ff. – *Z. v. Vereinigtes Königreich* (GK) (2001).

¹⁶ EGMR Nr. 47148/99, §§ 68-89 – *Novoseletskiy v. Ukraine* (2005).

¹⁷ EGMR Nr. 22774/93, § 49 – *Immobiliare Saffi v. Italien* (GK) (1999).

¹⁸ EGMR Nr. 69524/01, § 30 – *Bulgakova v. Russische Föderation* (2007).

¹⁹ EGMR Nr. 25781/94, § 219 – *Zypern v. Türkei* (GK) (2001); EGMR Nr. 26828/06, § 176 – *Makuc u.a. v. Slowenien* (2007).

²⁰ EGMR Nr. 40892/08, § 37 – *Koua Poirrez v. Frankreich* (2003); EGMR Nr. 65731/01, §§ 47 ff. – *Stec u.a. v. Vereinigtes Königreich* (GK) (2005).

²¹ EGMR Nr. 14967/89, § 53 – *Guerra u.a. v. Italien* (GK) (1998); *Öneryildiz v. Türkei* (Anm. 11), § 90.

bessern. Er hat der verfahrensrechtlichen Schutzwirkung eine wesentliche Auffangfunktion übertragen, wenn Beweisschwierigkeiten vor internationalen Gerichten im Fall der Tötung im staatlichen Gewahrsam dazu führen, dass eine primäre Konventionsverletzung nicht eindeutig festgestellt werden kann. Hier greifen die Untersuchungspflichten der Staaten insbesondere bei Verstößen ihrer Organe gegen Art. 2, 3, 4 und 5 EMRK.²²

Die zentrale Rolle positiver Handlungspflichten lässt sich schließlich daran ablesen, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs ihrerseits die Jurisprudenz in zahlreichen Mitgliedstaaten beeinflusst hat. Die Anerkennung der Wirkung von Grundrechten auch auf die Beziehung von Privaten untereinander – sei es auf der Grundlage von Schutzpflichten, sei es mittels der Konstruktion der Drittwirkung – ist oft Ergebnis der Rezeption der Rechtsprechung des EGMR.²³ Dies gilt für Frankreich,²⁴ Italien,²⁵ die Niederlande,²⁶ Österreich²⁷ und selbst das Vereinigte Königreich²⁸. Deutet diese Praxis also daraufhin, dass positive Handlungspflichten für einen wirksamen Grundrechtsschutz unentbehrlich geworden sind, sind sie doch nicht unproblematisch.

III. Ein leeres Versprechen?

Im Lichte der Bestrebungen auf der Ebene der Vereinten Nationen, wirtschaftliche und soziale Rechte justiziabel zu machen und den politischen und bürgerlichen Rechten gleichzustellen,²⁹ finden sich Stimmen in der Literatur, die das Fehlen ausdrücklicher sozialer Gewährleistungen in der

²² H. Krieger (Anm. 6), Rn. 117 ff.; siehe u. a. EGMR Nr. 43290/98, §§ 105 ff. – *McShane v. Vereinigtes Königreich* (2002); s. a. *Önerıldiz v. Türkei* (Anm. 11), Rep. 2004-XII, § 93; EGMR Nr. 14811/04 § 122 – *Gisayev v. Russland* (2011).

²³ H. Krieger (Anm. 6), Rn. 38.

²⁴ M. Hunter-Henin, France, in: D. Oliver/J. Fedtke (Hrsg.), *Human Rights and the Private Sphere*, 2007, 98 (106 ff.).

²⁵ C. Favilli/C. Fusaro, Italy, in: D. Oliver/J. Fedtke (Anm. 24), 276 (296 ff.).

²⁶ S. Lindenberg, The Constitutionalisation of Private Law in the Netherlands, in: T. Barkhuysen (Hrsg.), *Constitutionalisation of Private Law*, 2005, 97 ff.

²⁷ G. Kucsko-Stadlmayer, Allgemeine Struktur der Grundrechte, in: HGR VII/1, § 187, Rn. 56-60.

²⁸ S. Banakas, The Constitutionalisation of Private Law in the UK, in: T. Barkhuysen (Anm. 26), 83 ff.

²⁹ Z. B. durch die Einführung einer Individualbeschwerde durch das Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, UN Doc. A/RES/63/117 vom 10.12.2008, in Kraft seit 5.5.2013, <<https://treaties.un.org>>; s. a. Vienna Declaration and Programme of Action vom 25.6.1993, A/CONF.157/23, Ziff. 2; World Summit Outcome, A/Res/60/1 vom 16.9.2005, Ziff. 13.

EMRK als schweres Versagen des Konventionstextes kritisieren. Die konzeptionelle Grundlage der EMRK sei unzureichend, einen modernen holistischen Menschenrechtsschutz zu garantieren. Die Konvention werde dem Konzept von der Unteilbarkeit der Menschenrechte nicht gerecht.³⁰ Dies könne auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den positiven Verpflichtungen der Staaten nicht ausgleichen. Vielmehr gebe es nur wenig Anzeichen, dass der Gerichtshof die wirtschaftliche und soziale Situation der Menschen im Geltungsbereich der EMRK tatsächlich verbessert habe.³¹

Diese Kritik kann sich darauf berufen, dass es der Gerichtshof in zahlreichen Entscheidungen abgelehnt hat, der Konvention soziale Rechte i. S. originärer Leistungsrechte zu entnehmen.³² So hat er ausdrücklich klargestellt, dass sich aus Art. 8 EMRK weder ein Anspruch auf eine Wohnung³³ noch auf eine finanzielle Unterstützung in Form von Erziehungsgeld³⁴ oder Rente und Sozialhilfe³⁵ entnehmen lässt. Ebenso wenig gewährleistet das Recht auf Privatheit ein originäres Leistungsrecht auf Elternzeiten.³⁶ Selbst die Gewährleistung eines Rechts auf ein soziales Existenzminimum haben die Straßburger Organe in einigen Entscheidungen abgelehnt.³⁷ Gleiches gilt für ein Recht auf Arbeit.³⁸ Offen geblieben ist bislang, ob es eine Pflicht aus Art. 2 EMRK gibt, einen Mindeststandard an medizinischer Versorgung zu garantieren.³⁹

Eine gewisse Zurückhaltung des Gerichtshofs, positive soziale Verpflichtungen zu begründen, deutet sich auch in einem Wechsel der Begründungsschwerpunkte im Verhältnis zum Fall *Airey* an. In dieser Entscheidung hatte der Gerichtshof erstmals hervorgehoben, dass die Konventionsverbürgungen auch holistisch zu verstehen sein können:

³⁰ A. Williams, *The European Convention on Human Rights, the EU and the UK: Confronting a Heresy*, EJIL 24 (2013), 1157 (1171 f.).

³¹ A. Williams (Anm. 30), 1157 (1176 f.).

³² H. Krieger (Anm. 6), Rn. 94.

³³ EGMR Nr. 27238/95, § 99 – *Chapman v. Vereinigtes Königreich* (GK) (2001).

³⁴ EGMR Rep. 1998-II, 579, §§ 25 f. – *Petrovic v. Österreich*; EKMR DR 46, 251 (253) – *Andersson und Kullman v. Schweden*.

³⁵ EKMR CD 38, 9 (13) – *X v. Niederlande*; EKMR CD 43, 24 ff. – *X v. Vereinigtes Königreich*; EKMR DR 9, 134 f. – *X v. Belgien*; EGMR Nr. 30517/96, § 2 – *Aunola v. Finnland* (2001).

³⁶ EGMR Nr. 30078/06, § 130 – *Konstantin Markin v. Russland* (2012).

³⁷ EKMR DR 3, §§ 30-32 – *Müller*; EGMR Nr. 40772/98, § 2 – *Pancenکو v. Lettland* (1999); EGMR Nr. 58830/00 – *Sarmina und Sarmin v. Russland* (2005).

³⁸ U. a. EGMR Nr. 10140/82 – *X v. Schweiz*; EGMR Nr. 25904/06, § 49 – *Lesjak v. Kroatien* (2010).

³⁹ EGMR Rep. 2001-IV, 1, § 219 – *Zypem v. Türkei*.

“Wenn die Konvention auch im Wesentlichen bürgerliche und politische Rechte enthält, haben viele von ihnen doch Elemente und Auswirkungen sozialer und wirtschaftlicher Natur. Der EGMR ist daher wie die Kommission der Auffassung, dass der bloße Umstand, dass eine Auslegung der Konvention, die in die Sphäre sozialer und wirtschaftlicher Rechte hineinwirkt, kein entscheidender Grund gegen eine solche Auslegung sein sollte. Es gibt keine wasserdichte Trennwand, die jene Sphäre von dem von der Konvention umfassten Bereich abgrenzt.”⁴⁰

Dem steht die Argumentation im Fall *N. v. Vereinigtes Königreich* gegenüber, mit der der Gerichtshof wieder deutlicher die Gewährleistung der bürgerlich-politischen Rechte in den Vordergrund rückt:

“Although many of the rights it contains have implications of a social or economic nature, the Convention is essentially directed at the protection of civil and political rights.”⁴¹

Wiederkehrende Begründung für die Zurückhaltung des EGMR, den Verbürgungen der Konvention (originäre) Leistungsrechte zu entnehmen, ist die Annahme, dass es eine politische und keine juristische Frage sei, ob ein Vertragsstaat entsprechende Haushaltsmittel zur Verwirklichung solcher Rechte bereitstellen wolle. Art. 8 EMRK lege den Mitgliedstaaten eine so weitreichende positive Verpflichtung zu einer allgemeinen Sozialpolitik nicht auf.⁴²

IV. Positive Verpflichtungen im Lichte demokratietheoretischer Kritik

Aber nicht nur die Zurückhaltung des Gerichtshofs im Bereich sozialer Rechte wird kritisiert. Ebenso finden sich Stimmen, denen die Rechtsprechung des Gerichtshofs gerade zu sozialen Rechten zu weit reicht. Diese Kritik beruft sich auf das völkerrechtliche Konsensprinzip ebenso wie auf innerstaatliche Grundsätze von Demokratie und Gewaltenteilung. Dabei kommt auf zwischenstaatlicher Ebene dem völkerrechtlichen Konsensprin-

⁴⁰ *Airey v. Irland* (Anm. 7), § 26 (= EuGRZ 1979, 626 ff.); s. a. EGMR Rep. 2000-XI, 373, § 56 – *Annoni di Gussola u.a. v. Frankreich*.

⁴¹ EGMR Nr. 26565/05, §§ 34-43 – *N. v. Vereinigtes Königreich* (2008).

⁴² *Chapman v. Vereinigtes Königreich* (Anm. 33), § 98; s. a. EGMR Nr. 24882/94, §§ 109 f. – *Beard v. Vereinigtes Königreich*; EGMR Nr. 24876/94, § 112 – *Coster v. Vereinigtes Königreich*; EGMR Nr. 25289/94, § 110 – *Lee v. Vereinigtes Königreich*; EGMR Nr. 25154/94, § 105 – *Jane Smith v. Vereinigtes Königreich*.

zip die Aufgabe zu, die innerstaatlichen Vorstellungen von Demokratie und Gewaltenteilung abzusichern, insofern Beschränkungen dieser Grundsätze gegenüber einem internationalen Gericht von der Zustimmung der Staaten abhängig gemacht werden. Die Zustimmung ist ihrerseits demokratisch im Ratifikationsverfahren durch die Beteiligung des Parlamentes abgesichert.

1. Die Perspektive des völkerrechtlichen Konsensprinzips

Der EGMR hat positive Verpflichtungen mittels der dynamisch-evolutiven Interpretation der Konvention hergeleitet. Während selbst kritische Stimmen dieser Auslegungsmethode Raum geben, wenn es um die Anpassung des Schutzbereichs an neue gesellschaftliche Herausforderungen geht,⁴³ scheint gerade die Entwicklung weiterer Grundrechtsfunktionen jenseits der abwehrrechtlichen Funktion ein deutliches *aliud* gegenüber dem historischen Konsens der Mitgliedstaaten dazustellen. Im Einklang mit der klassisch-liberalen Grundrechtsidee, die im anglo-amerikanischen Rechtskreis vorherrscht,⁴⁴ sollte die EMRK (zunächst) auf justiziable klassische Freiheitsrechte und politische Mitwirkungsrechte als Voraussetzungen demokratischer Staatlichkeit beschränkt sein. Nur insoweit vermochten die Mitgliedstaaten einer internationalen Kontrolle zuzustimmen.⁴⁵ So hieß es im *Teitgen*-Bericht,

“berufliche Freiheiten und soziale Rechte, denen eine grundlegende Bedeutung zukomme, müssten in der Zukunft ebenfalls definiert und geschützt werden, aber wer würde nicht verstehen, dass es notwendig sei, am Anfang zu beginnen und die politische Demokratie in der Europäischen Union zu garantieren, und dann die Wirtschaft zu koordinieren, bevor man damit anfangen könne, die soziale Demokratie zu verbreiten.”⁴⁶

Demgemäß ist der Schutz sozialer Rechte im Wortlaut der Konvention nicht explizit niedergelegt.

⁴³ *Lord Hofmann*, The Universality of Human Rights, Judicial Studies Board Annual Lecture 19.3.2009, 21 f., <<https://www.judiciary.gov.uk>>.

⁴⁴ Vgl. C. Enders, in: K. H. Friauf/W. Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2000, vor Art. 1 Rn. 7 ff.; s. I. Berlin, Two Concepts of Liberty, in: I. Berlin, Four Essays on Liberty, 1990, 122.

⁴⁵ K. Partsch, Die Rechte und Freiheiten aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: K. Bettermann et al. (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. 1, 1966, 235 (331).

⁴⁶ Council of Europe, Collected edition of the “Travaux préparatoires” of the European Convention on Human Rights, Bd. I, 1975, 197 (219).

In Lichte dieser historischen Wurzeln der EMRK ist die dynamisch-evolutive Auslegungsmethode in besonderem Maße dem Vorwurf ausgesetzt, sich von der Zustimmung der Mitgliedstaaten abzulösen.⁴⁷ Dieser Vorwurf wird gegenwärtig insbesondere im Vereinigten Königreich laut, wo jenseits der Auseinandersetzungen über das Wahlrecht der Strafgefangenen anlässlich des Falls *Hirst*⁴⁸ mit Sorge auch die Ausdehnung der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu sozialen Menschenrechten beobachtet wird.⁴⁹

Für die EMRK ist die gerichtliche Herleitung sozialstaatlicher Leistungspflichten aus einer dynamisch-evolutiven Interpretation auch deshalb problematisch,⁵⁰ weil die Mitgliedstaaten des Europarates soziale Garantien völkerrechtlich in einem eigenen Übereinkommen, der Europäischen Sozialcharta,⁵¹ vereinbart haben. Die Sozialcharta ist aber deutlich zurückhaltender formuliert als die EMRK. Im Grundsatz verpflichtet die Sozialcharta die Mitgliedstaaten, gewährt dem Einzelnen aber keine subjektiven Rechte.⁵² Demgemäß ist auch ihr Überwachungsmechanismus zunächst nur als Berichtssystem ausgestaltet worden. Die Skepsis der Staaten gegenüber sozialen Rechten und deren gerichtlicher Durchsetzbarkeit wird auch darin erkennbar, dass nicht nur das Vereinigte Königreich, sondern auch Deutschland sowie Dänemark, Griechenland, Island, Kroatien, Luxemburg, Polen, Portugal, Spanien, die Schweiz und Tschechien bis zum Januar 2014 die re-

⁴⁷ *Brown v. Stott* (2003) 1 AC 681 (703); *Lord Hofmann* (Anm. 43), 20 f.; *A. Williams* (Anm. 30), 1157 (1177); s. a. *K.-H. Ladewig/L. Viellechner*, Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte, AVR 46 (2008), 42 (47); aus Sicht des Grundgesetzes dazu als Problem des "Vertrags auf Rädern" bzw. der "schleichenden Änderung völkerrechtlicher Verträge": *A. v. Ungern-Sternberg*, Zur Konsensmethode des EGMR, AVR 51 (2013), 312 (322 f.) sowie generell 324 ff.

⁴⁸ Siehe dazu *B. Baade* (Anm. 5), 339 ff.

⁴⁹ Kritisch, weil die Rechtsprechung des EGMR als zu weitgehend empfunden wird: *Baroness Hale of Richmond*, *Beanstalk or Living Instrument: How Tall Can the ECHR Grow?*, *Barnard's Inn Reading 2011*, 2 f.; s. a. *House of Lords and House of Commons Joint Committee on Human Rights*, 29th Report, 21.7.2008, unter <www.publications.parliament.uk>, para. 167, siehe aber para. 192; zur Kritik jenseits des Vereinigten Königreichs: *M. Bossuyt*, *Should the Strasbourg Court Exercise More Self-Restraint? On the Extension of the Jurisdiction of the European Court of Human Rights to Social Security Regulations*, HRLJ 28 (2007), 321; *J. Gerards*, *The Scope of ECHR Rights and Institutional Concerns*, in: *E. Brems* (Anm. 14), 84 ff.

⁵⁰ *H. Krieger* (Anm. 6), Rn. 93 und 96.

⁵¹ ETS Nr. 35, 18.10.1961; in Kraft getreten am 26.2.1965; siehe <<http://conventions.coe.int>>.

⁵² *C. Dröge*, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 2003, 269 ff.; zu Ausnahmen: *U. Becker*, *European Social Charter*, in: *R. Wolfrum* (Hrsg.), *MPEPIL*, Online-Edition unter <<http://www.mpepil.com>>; Stand: Mai 2007, Rn. 36.

vidierte Europäische Sozialcharta von 1996 nicht ratifiziert haben.⁵³ Noch schlechter ist der Ratifikationsstatus zum kollektiven Beschwerderecht für nationale und internationale Berufsverbände von Arbeitnehmern und Arbeitgebern sowie für internationale und nationale Nichtregierungsorganisationen.⁵⁴

2. Die Perspektive von Demokratie- und Gewaltenteilungsgrundsatz

Angesichts der weitreichenden Auswirkungen der Entscheidungen des Gerichtshofs auf die innerstaatliche Rechtsordnung der Mitgliedstaaten beschränkt sich die Kritik an positiven Verpflichtungen aber nicht allein auf die völkerrechtliche Perspektive. Die Rechtsprechung wird vielmehr noch grundsätzlicher aus dem Blickwinkel der innerstaatlichen Demokratie- und Gewaltenteilungsgrundsätze kritisiert. Positive Verpflichtungen waren nämlich Gegenstand einiger der kontroversen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in den letzten Jahren. So betrifft die Rechtsprechung zu *Caroline von Hannover*⁵⁵ in Deutschland, zum Streit um das Kreuzifix in italienischen Klassenzimmern im Fall *Lautsi*⁵⁶ und zur Gleichstellung von Transsexuellen in Litauen⁵⁷ positive Verpflichtungen der Mitgliedstaaten. Dementsprechend wird der Vorwurf, die Rechtsprechung zu positiven Verpflichtungen sei Ergebnis eines unangemessenen richterlichen Aktivismus, in alten wie neuen Mitgliedstaaten des Europarates geäußert.⁵⁸

Die Kritik befürchtet, dass der Gerichtshof auf Grundlage der Rechtsprechung zu den positiven Verpflichtungen die einfache Rechtsordnung

⁵³ ETS Nr. 163, 3.5.1996; in Kraft getreten am 1.7.1999, siehe <<http://www.coe.int>>.

⁵⁴ Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints, ETS Nr. 158, Änderungsprotokoll vom 9.11.1995, in Kraft getreten am 1.7.1998.

⁵⁵ EGMR Rep. 2004-VI, 1, § 57 – *von Hannover v. Deutschland (Nr. 1)* (GK); Nr. 40660/08 und 60641/08, §§ 114 f., 120, 125 – *von Hannover v. Deutschland (Nr. 2)* (GK) (2012).

⁵⁶ EGMR Nr. 30814/06, § 58 – *Lautsi v. Italien* (2009); EGMR Nr. 30814/06, § 62, §§ 68 ff. – *Lautsi v. Italien* (GK) (2011).

⁵⁷ EGMR Nr. 27527/03, § 56 – *L. v. Litauen* (2007).

⁵⁸ *K.-H. Ladewig*, Europe as Transnational Law – Europe Has to Be Conceived as a Heterarchical Network and Not as a Superstate, GLJ 10 (2009), 1357 (1364 f.); *Lord Hofmann* (Anm. 43), 24; *L. Urbaitè*, Judicial Activism in the Approach of the European Court of Human Rights to Positive Obligations of the State, Baltic Yearbook of International Law 11 (2011), 211 (214).

der Mitgliedstaaten überformen könnte, weil Interessen, die in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung an sich einfach-rechtlich geschützt sind, zu menschenrechtlich-geschützten Interessen aufgewertet würden.⁵⁹ Letztlich geht es dabei um die Frage, wer gerade im Mehrebenensystem grundsätzliche gesellschaftspolitische Fragestellungen entscheiden sollte: die nationale Gesellschaft, das demokratisch unmittelbar legitimierte nationale Parlament, nationale oder internationale Gerichte.⁶⁰ Die Auswirkungen gerichtlicher Entscheidungen auf den demokratischen Prozess können nämlich im Fall positiver Handlungspflichten sehr viel weiter reichen als bei abwehrrechtlichen Unterlassungspflichten. Während bei einer abwehrrechtlichen Konstellation der Staat eine bestimmte Maßnahme unterlassen muss, können für die Erfüllung einer Schutzpflicht grundsätzlich mehrere angemessene Schutz- bzw. Förderungsmaßnahmen in Betracht kommen. Daher bedürfen Schutz- und Leistungsansprüche regelmäßig gesetzgeberischer Akte.⁶¹ In diesen gesetzgeberischen Prozess greifen Gerichte ein, wenn sie festlegen, welche der vielzähligen möglichen Maßnahmen unangemessen und nicht ausreichend sind. Damit aber übertragen positive Verpflichtungen die Verantwortung für die Lösung gesellschaftspolitischer Konflikte den Gerichten in weitaus größerem Maße, als dies abwehrrechtliche Unterlassungspflichten tun, die u. U. durch das Unterlassen einer einzigen exekutiven Maßnahme erfüllt werden können. Gerade dort, wo es um die Beziehungen von Privaten untereinander geht, nehmen die Gerichte über Schutzpflichten zudem weitreichenden Einfluss auf die eigenständige Verantwortungswahrnehmung der Gesellschaft selbst.⁶² Hier mag ein mehr an Fürsorge ein weniger an Demokratie nach sich ziehen.

3. Angemessenheit des subjektiv-rechtlichen Anspruchs auf staatliches Handeln?

Dabei verschärft sich die Wirkungsweise positiver Handlungspflichten, wenn sie subjektiv-rechtlich ausgestaltet sind. Es geht dann auch um die Frage, in welchem Umfang der Einzelne über den "Umweg" internationaler Menschenrechtsgerichtsbarkeit jenseits der demokratischen Verfahren von

⁵⁹ Vgl. *K.-H. Ladeur*, Die Beobachtung der kollektiven Dimension der Grundrechte durch eine liberale Grundrechtstheorie, *Der Staat* 50 (2011), 493 (495).

⁶⁰ *K.-H. Ladeur* (Anm. 58), 1357 (1364 f.); *Lord Hofmann* (Anm. 43), 24.

⁶¹ Vgl. *C. Starck*, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 6. Aufl. 2010, Art. 1 Rn. 194.

⁶² Vgl. *K.-H. Ladeur* (Anm. 59), 493 (510).

Wahlen und Abstimmungen oder gesellschaftlicher Selbstorganisation Einfluss auf den nationalen gesetzgeberischen Prozess nehmen sollte. Denn unter der EMRK stand von Anbeginn der individualrechtliche Ansatz im Vordergrund – anders als unter dem Grundgesetz, für das lange umstritten war, ob der staatlichen Schutzpflicht als einer objektiv-rechtlichen Funktion ein individuelles subjektives Recht gegen den Staat auf Schutz vor Übergriffen von privater Seite entspricht.⁶³ So hat der Gerichtshof auch keinen objektiv-rechtlichen Begründungsansatz gewählt,⁶⁴ sondern darauf abgestellt, dass Art. 1 EMRK die Rechte der Konvention unmittelbar jeder Person garantiert. Diese Rechte können die Individuen mittels der Individualbeschwerde geltend machen. Zwar gibt es unter der EMRK kein einklagbares Recht auf Normerlass, da der EGMR nur Feststellungsurteile fällt. Kann der Einzelne aber erfolgreich geltend machen, in seinen Menschenrechten verletzt zu sein, bewirkt er, dass der Staat konventionsgemäße Gesetzesbestimmungen schaffen muss.⁶⁵ Über den Einzelfall hinaus kann das Individuum damit gerade über positive Handlungspflichten Änderungen des einfachen Rechts herbeiführen. Diese Wirkung des individualrechtlichen Ansatzes der Konvention wird noch dadurch verstärkt, dass der Gerichtshof ebenso wie das Bundesverfassungsgericht die Idee zurückgewiesen hat, dass es menschenrechtliche Fragestellungen geben könnte, die – wie die *political question doctrine* – grundsätzlich seiner Überprüfung entzogen seien,⁶⁶ so dass der Gerichtshof auch nicht auf diese Weise dem Gewaltenteilungs- und Demokratieprinzip Rechnung tragen kann.⁶⁷ Demgemäß wenden sich auch die weitreichendsten Reformforderungen unmittelbar gegen den individualrechtlichen Rechtsschutz durch den Straßburger Gerichtshof.⁶⁸

Eine so grundlegende Zurückweisung des heutigen Systems des europäischen Menschenrechtsschutzes berücksichtigt aber seine zentrale Funktion nicht hinreichend: Es ist das Wesen der Menschenrechte, das Interesse des Einzelnen gegenüber der Entscheidung der Mehrheit zur Geltung zu bringen.⁶⁹ Auch wenn die EMRK über Subsidiaritätsgrundsatz und *margin of appreciation* darauf ausgerichtet ist, mitgliedstaatlichen Traditionen und Be-

⁶³ H. Krieger (Anm. 6), Rn. 73.

⁶⁴ H. Krieger (Anm. 6), Rn. 30.

⁶⁵ H. Krieger (Anm. 6), Rn. 74.

⁶⁶ Z. B. im Rahmen von Art. 15 EMRK: H. Krieger, Notstand, in: O. Dörr/R. Grote/T. Maruhn (Anm. 6), Kap. 8 Rn. 7.

⁶⁷ Siehe zu diesem Gedanken BVerfG, 2 BvR 2728/13 (Anm. 2), Abw. Meinung Lübbe-Wolff, Abs.-Nr. 3 f.

⁶⁸ Lord Hofmann (Anm. 43), 27.

⁶⁹ Ausführlich zu dem Argument und der Figur der “*countermajoritarian difficulty*”: B. Baade (Anm. 5), (341 f., 361).

sonderheiten Rechnung zu tragen,⁷⁰ dient gerade der internationale Menschenrechtsschutz dazu, dem, der in Widerspruch zu diesen Traditionen und nationalen Vorstellungen lebt, Schutz zu gewähren. Wer sich im Einklang mit der nationalen Tradition und der vorherrschenden politischen Vorstellung befindet, bedarf des internationalen Menschenrechtsschutzregimes regelmäßig nicht. Wer in seinem Staat auf den politischen Willensbildungsprozess wirksam Einfluss nehmen kann und mit seinen Anliegen Gehör findet, wird nicht den Weg nach Straßburg beschreiten. Gerade die Hinwendung zum Internationalen dient so dazu, demokratische Vorstellung einer Mehrheit und menschenrechtliche Freiheiten des Einzelnen in Einklang zu bringen, weil sie den unverstellten Blick von außen ermöglicht, der manchmal selbst den nationalen (Verfassungs-)Gerichten verbaut sein mag.⁷¹

Dass der Einzelne damit umfassende Rechtsänderungen auf nationaler Ebene bewirken und auf alle Politikfelder Einfluss nehmen kann, ist letztlich auch keine Besonderheit von Schutzpflichten und Leistungsrechten. Auch in abwehrrechtlichen Konstellationen kann die Feststellung einer Konventionswidrigkeit weitreichende gesetzgeberische Folgen zeitigen und unter Umständen erhebliche Belastungen für den Haushalt mit sich bringen. Die rechtliche und tatsächliche Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung im Wechselspiel zwischen nationalem Gesetzgeber, Bundesverfassungsgericht und Straßburger Gerichtshof ist hierfür ein allfälliges Beispiel.⁷²

⁷⁰ “The Court must moreover take into account the fact that Europe is marked by a great diversity between the States of which it is composed, particularly in the sphere of cultural and historical development.”, *Lautsi v. Italien* (2011) (Anm. 56), §§ 68 ff.

⁷¹ Siehe für Deutschland beispielsweise: EGMR Nr. 17851/91 – *Vogt v. Deutschland* (GK) (1995).

⁷² Z. B. H. Satzger, Sicherungsverwahrung – Europarechtliche Vorgaben und Grundgesetz, *Strafverteidiger* 33 (2013), 243 ff.; insofern hiermit auch Handlungspflichten verbunden sind, handelt es sich gerade in Bezug zu Inhaftierten regelmäßig um Fälle der Eingriffskompensation.

V. Methodisch-dogmatische Vorkehrungen zur Ausbalancierung von Demokratie und Individualgerechtigkeit

Statt daher den lauter werdenden Rufen nach einer grundsätzlichen Abkehr vom bisherigen System des subjektiv-rechtlich angelegten Menschenrechtsschutzes nachzugeben, gilt es vielmehr, den längst in der Rechtsprechung des Gerichtshofs angelegten methodisch-dogmatischen Vorkehrungen Rechnung zu tragen, die subjektiv-rechtlich einklagbaren Handlungspflichten mit dem Konsensprinzip ebenso wie mit den Grundsätzen von Gewaltenteilung und Demokratie im Mehrebenensystem in Einklang zu bringen: der angemessen begrenzten Anwendung der dynamisch-evolutiven Auslegungsmethode und der Bestimmung der Kontrolldichte im Rahmen des Beurteilungsspielraums der Mitgliedstaaten.

1. Auf methodischer Ebene: Achtung der Grenzen der dynamisch-evolutiven Auslegung

Auf methodischer Ebene ist es Aufgabe des Gerichtshofs bei der Anwendung der dynamisch-evolutiven Auslegungsmethode das völkerrechtliche Erfordernis der staatlichen Zustimmung zu beachten, indem er die Grenzen dieser Auslegungsmethode respektiert. Der Gerichtshof selbst weiß darum, dass seine Rechtsprechung von der Zustimmung der Mitgliedstaaten getragen sein muss.⁷³

Die dynamisch-evolutive Auslegungsmethode findet sich im Völker- wie im Verfassungsrecht. Da völkerrechtliche Verträge auf einen langen Zeitraum angelegt sind, muss angenommen werden, dass die Vertragsparteien ihren Bestimmungen ein Verständnis zugrunde legen wollten, das sich veränderten Umständen über die Zeit hinweg anpasst.⁷⁴ Demgemäß kommt der historischen Auslegung bereits nach der Wiener Vertragsrechtskonvention (Art. 32 WVK) nur eine unterstützende Funktion zu. Die dynamisch-evolutive Auslegung muss sich aber im Rahmen der allgemeinen Auslegungsmethoden nach Art. 31 WVK halten. Daher ist der Wille der Vertragsparteien zu ermitteln, wie er sich vor allem aus dem Vertragswortlaut

⁷³ H.-J. Cremer, Regeln der Konventionsinterpretation, in: O. Dörr/R. Grote/T. Marauhn (Anm. 6), Kap. 4 Rn. 24.

⁷⁴ So der IGH, Dispute regarding Navigational and Related Rights (*Costa Rica v. Nicaragua*), (Judgment) (2009) I.C.J. Reports 2009, paras. 66-68.

(Art. 31 Abs. 1 WVK) und der nachfolgenden Praxis der Vertragsstaaten (Art. 31 Abs. 3 lit a) und b)) ergibt.⁷⁵ Die Berücksichtigung des Willens der Vertragsparteien erfordert zudem, dass Gerichte den Vorrang des förmlichen Vertragsänderungsverfahrens als unmittelbarem Ausdruck dieses Willens respektieren.⁷⁶

a) Wortlaut

Demgemäß ist die Herleitung positiver Verpflichtungen nicht ausschließlich auf ein dynamisches Verständnis der Konvention gegründet, sondern der Gerichtshof zieht ausdrücklich auch den Wortlaut einzelner Verbürgungen der EMRK heran. Besondere Bedeutung kommt hier dem Begriff “respect” (Achtung) zu. So hat der Gerichtshof beispielsweise zu Beginn seiner Rechtsprechung über positive Handlungspflichten im Fall *Campbell u. Cosans* die besondere Bedeutung dieses Begriffs im Rahmen von Art. 2 ZP 1 unter Heranziehung der Entstehungsgeschichte betont. Er leitet aus dem Umstand, dass der Begriff der Achtung, der bewusst in Art. 2 ZP 1 aufgenommen worden ist, weiter reicht als der Begriff der Anerkennung oder Berücksichtigung, positive Handlungspflichten ab.⁷⁷ Den Bezug zum Begriff der Achtung stellt auch die Standardformel zu positiven Verpflichtungen aus Art. 8 EMRK her: “positive obligations inherent in an effective ‘respect’ for family life”.⁷⁸ Über die Wortlautauslegung, die er zudem in einer historischen Auslegung gründet, vermag der Gerichtshof die Herleitung positiver Verpflichtungen in besonderer Weise an den Willen der Vertragsparteien zurückzubinden. Gleiches gilt aber auch für die systematische Auslegung, auf die sich der Gerichtshof stützt, wenn er Art. 1 EMRK zur Begründung positiver Handlungspflichten anführt.

⁷⁵ G. Nolte, First report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation, A/CN.4/660, 19.3.2013, § 62.

⁷⁶ H.-J. Cremer (Anm. 73), Rn. 35; A. v. Ungern-Sternberg (Anm. 47), 312 (325 f.).

⁷⁷ EGMR A 48, § 37 (a) – *Campbell u. Cosans v. Vereinigtes Königreich*: “As is confirmed by the fact that, in the course of the drafting of Article 2 (P1-2), the words ‘have regard to’ were replaced by the word ‘respect’ (see documents CDH (67) 2, 163) the latter word means more than ‘acknowledge’ or ‘taken into account’; in addition to a primarily negative undertaking, it implies some positive obligation on the part of the State.”

⁷⁸ Z. B. EGMR A 91, § 23 – *X und Y v. Niederlande*; EGMR A 299, § 55 – *Hokkanen v. Finnland*; EGMR Nr. 25337/94, § 73 – *Craxi v. Italien (Nr. 2)* (2003); EGMR Nr. 5614/72, § 73 – *Svenska Lokmannaförbundet v. Schweden*; EKMR DR 42, 178 (186) – *Cheall v. Vereinigtes Königreich*.

b) Dialogisches Verfahren der Rechtsfortbildung

Hinzu kommt das von *Rudolf Bernhardt* und *Hans-Joachim Cremer* angeführte dialogische Verfahren der Fortbildung der EMRK, das die dynamisch-evolutive Auslegung durch den Gerichtshof abstützt. Hat ein Staat mit seiner Interpretation der Konvention in einem konkreten Verfahren keinen Erfolg, bleibt dennoch die Möglichkeit, diese Interpretation erneut in einem anderen Verfahren wieder geltend zu machen und das Gericht aufzufordern, seine Rechtsauffassung zu korrigieren. Die Staaten bleiben trotz rechtskräftiger Urteile frei, in späteren Fällen der Auslegung des Gerichtshofs zu widersprechen. Auf diese Weise können auch die Richter feststellen, ob ihre Interpretation von der Zustimmung der Mitgliedstaaten getragen wird.⁷⁹ Mittels einer solchen diskursiven Fortbildung der EMRK ist die Herleitung von Schutzpflichten, die seit den 80er Jahren Bestandteil der Spruchpraxis sind, als nachfolgende Vertragspraxis bei der Anwendung der EMRK längst vom Konsens der Vertragsstaaten mitumfasst.⁸⁰ Gleiches gilt für die verfahrensrechtlichen Schutzwirkungen.

Wenn der Gerichtshof demgegenüber im Hinblick auf den sozialen Gehalt der Verbürgungen in jüngerer Zeit wieder vorsichtiger formuliert, mag dies Ergebnis wiederholter Widersprüche der Konventionsstaaten gegenüber einer zu weitreichenden sozialgeprägten Auslegung der EMRK sein. Denn die Vertragsstaaten beziehen sich gerade im Bereich der wirtschaftlichen und sozialen Rechte ausdrücklich auf die Grenzen der dynamisch-evolutiven Auslegung: den Umfang ihrer Zustimmung und den Vorrang des förmlichen Veränderungsverfahrens.

So hatte das Vereinigte Königreich im Fall *N. v. Vereinigtes Königreich* ausdrücklich vorgebracht, dass die Annahme, Art. 3 EMRK begründe ein Abschiebungshindernis in Fällen schwerer Erkrankung das Konsensprinzip umgehe:

“The interpretation of the Convention, as with any international treaty, was confined by the consent of the Contracting States. The practical effect of extending Article 3 to cover the applicant’s case would be to grant her, and countless others afflicted by Aids and other fatal diseases, a right to remain and to continue

⁷⁹ *R. Bernhardt*, Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im deutschen Rechtsraum, in: *R. Geiger*, Völkerrechtlicher Vertrag und staatliches Recht vor dem Hintergrund zunehmender Verdichtung der internationalen Beziehungen, 2000, 147 ff. (154); *H.-J. Cremer* (Anm. 73), Rn. 58.

⁸⁰ *G. Ress*, The Duty to Protect and to Ensure Human Rights Under the European Convention of Human Rights, in: *E. Klein* (Hrsg.), The Duty to Protect and to Ensure Human Rights, 2000, 165 (183); *K. Wiesbrock*, Internationaler Schutz der Menschenrechte vor Verletzungen durch Private, 1999, 157.

to benefit from medical treatment within a Contracting State. It was inconceivable that the Contracting States would have agreed to such a provision. The Convention was intended primarily to protect civil and political, rather than economic and social, rights. The protection provided by Article 3 was absolute and fundamental, whereas provisions on health care contained in international instruments such as the European Social Charter and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights were merely aspirational in character and did not provide the individual with a directly enforceable right. To enable an applicant to claim access to health care by the 'back door' of Article 3 would leave the State with no margin of appreciation and would be entirely impractical and contrary to the intention behind the Convention."⁸¹

Diesem Einwand hat der Gerichtshof in der Entscheidung nicht nur dadurch Rechnung getragen, dass er die Bedeutung der sozialen Komponente des Menschenrechtsschutzes nach der EMRK gegenüber der Formulierung im Fall *Airey* zurückgenommen hat, ohne dies allerdings ausdrücklich klarzustellen.⁸² Er hat darüber hinaus auch im konkreten Fall unter erheblicher Kritik aus der Literatur einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK verneint, obwohl seine Rechtsprechung in früheren Fällen in eine andere Richtung wies.⁸³ Die dynamisch-evolutive Auslegungsmethode, die sich auf eine diskursive Entwicklung der Konvention stützt, gelangt damit nicht zu unumkehrbaren Auslegungsergebnissen.⁸⁴ Entscheidend bleibt vielmehr die Zustimmung der Vertragsstaaten.

Allerdings hält der Gerichtshof nicht immer konsequent diese Grenze dynamischer Auslegung ein. Im Fall *Demir und Baykara* hatte die Türkei geltend gemacht, dass sich ein Teil der Vertragsstaaten ausdrücklich gegen ein weiteres Zusatzprotokoll über wirtschaftliche und soziale Rechte ausgesprochen habe. Obwohl also ein Rechtsetzungsprojekt, das soziale Rechte weiter in der EMRK verankern sollte, am Willen der Vertragsparteien gescheitert war, hat der Gerichtshof sich den entsprechenden Konsequenzen entzogen. Da die Vertragsstaaten vor allem die Europäische Sozialcharta nicht schwächen wollten, sei diesem Verhalten eher ein europäischer Konsens zu entnehmen, soziale Rechte auch über die EMRK zu schützen.⁸⁵ Ob

⁸¹ *N. v. Vereinigtes Königreich* (Anm. 41), § 24.

⁸² So herausgestellt in EGMR Nr. 26565/05, Joint Dissenting Opinion of Judges *Tulkens, Bonello* and *Spielmann* § 6 – *N. v. Vereinigtes Königreich* (Anm. 41).

⁸³ *A. Williams* (Anm. 30), 1157 (1179 f.).

⁸⁴ *H.-J. Cremer* (Anm. 73), Rn. 45/76; der zu Recht darauf hinweist, dass ein entsprechender Konsens nicht zur Derogation der Rechte führen kann; dafür auch im Lichte mehrpoliger Grundrechtsverhältnisse: *A. v. Ungern-Sternberg* (Anm. 47), 312 (330 f./336).

⁸⁵ EGMR Nr. 34503/97, § 84 – *Demir und Baykara v. Türkei* (2008): "The Court notes that the Government further invoked the absence of political support on the part of member

dieser Konsens allerdings auch die Möglichkeit der subjektiv-rechtlichen Durchsetzung vor dem Straßburger Gerichtshof erfasst, ist im Lichte der fehlenden Zustimmung zum Fakultativprotokoll zur Europäischen Sozialcharta aber gerade zweifelhaft.

c) Nachfolgende Praxis

Schließlich kann sich der Gerichtshof zur Rechtfertigung der dynamisch-evolutiven Auslegung auf die nachfolgende Praxis der Vertragsstaaten berufen. Hierzu greift er auf den sog. gemeinsamen europäischen Standard zurück.⁸⁶

aa) Der gemeinsame europäische Standard

Der gemeinsame europäische Standard bezeichnet die einheitliche Praxis und Rechtsüberzeugung der Mitgliedstaaten.⁸⁷ Hierzu zählen zum einen ihre innerstaatliche Gesetzgebung und ihre Verwaltungspraxis.⁸⁸ Zum anderen zieht der Gerichtshof universelle und europäisch-regionale völkerrechtliche Verträge, aber auch Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze sowie die unverbindlichen Empfehlungen und Resolutionen der Organe des Europarates heran.⁸⁹ Kann der Gerichtshof dieser Praxis und den sonstigen völkerrechtlichen Vereinbarungen eine Übereinstimmung der

States, in the context of the work of the Steering Committee for Human Rights, for the creation of an additional protocol to extend the Convention system to certain economic and social rights. The Court observes, however, that this attitude of member States was accompanied, as acknowledged by the Government, by a wish to strengthen the mechanism of the European Social Charter. The Court regards this as an argument in support of the existence of a consensus among Contracting States to promote economic and social rights. It is not precluded from taking this general wish of Contracting States into consideration when interpreting the provisions of the Convention.”

⁸⁶ Zu dieser Rechtsfigur: EGMR Nr. 25680/94, §§ 55, 64 f. – *I v. Vereinigtes Königreich* (2002); EGMR Nr. 44362/04, § 31 – *Dickson v. Vereinigtes Königreich* (2006); EGMR Nr. 6339/05, § 81 – *Evans v. Vereinigtes Königreich* (2007); EGMR Nr. 48009/08, § 110 – *Mosley v. Vereinigtes Königreich* (2011).

⁸⁷ *Mosley v. Vereinigtes Königreich* (Anm. 86): “Third, the existence or absence of a consensus across the Member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, is also relevant to the extent of the margin of appreciation: where no consensus exists, the margin of appreciation afforded to States is generally a wide one. Similarly, any standards set out in applicable international instruments and reports are relevant to the interpretation of the guarantees of the Convention and in particular to the identification of any common European standard in the field.”

⁸⁸ *G. Nolte* (Anm. 75), § 98.

⁸⁹ *Demir und Baykara v. Türkei* (Anm. 85), § 69 ff.

ZaöRV 74 (2014)

Mitgliedstaaten über die Bedeutung der in Rede stehenden Interessen oder der zu ergreifenden Schutzmaßnahmen entnehmen, vermag diese Übereinstimmung die sog. margin of appreciation, den Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten, zu reduzieren.⁹⁰ Ein solcher weiter Spielraum bei der Auswahl der zu ergreifenden Maßnahmen wird den Mitgliedstaaten nämlich vom Gerichtshof zuerkannt,⁹¹ um seiner grundsätzlich subsidiären Rolle gegenüber der direkten demokratischen Legitimation der nationalen Organe gerecht zu werden. Insbesondere bei der Gestaltung allgemeiner Politiken betont er, dass in einer demokratischen Gesellschaft vertretbare, überaus unterschiedliche Ansichten vorherrschen könnten, so dass den nationalen Politikentscheidungen ein höheres Gewicht zukomme.⁹² Da also dieser Spielraum Demokratie- und Gewaltenteilungsgrundsätze im Verhältnis zu den Vertragsstaaten absichern soll,⁹³ muss seine Beschränkung die Grenzen der dynamisch-evolutiven Auslegungsmethode besonders respektieren.

Dass diese Grenzen aber hinreichend eingehalten werden, wird in der Literatur bezweifelt. Der Rechtsprechung zur Kontrolldichte fehle es an der erforderlichen Konsistenz, so dass sie den demokratieschützenden Implikationen der margin of appreciation nicht gerecht werde. Vielmehr erhöhe der Gerichtshof die Kontrolldichte stetig mit dem ungerechtfertigten Ziel, den Grundrechtsstandard in Europa mittels seines Konzepts einer "European public order" auf einem hohen Niveau zu vereinheitlichen.⁹⁴ Er implementiere gegen den Willen einzelner Mitgliedstaaten seine Vorstellung von einer solchen Ordnung.⁹⁵ Diese Kritik findet insofern einen Anknüpfungspunkt in der Rechtsprechung, als sich der Gerichtshof im Hinblick auf den ge-

⁹⁰ Einerseits: EGMR Rep. 1997-II, 620, §§ 41 ff. – *X, Y und Z v. Vereinigtes Königreich*; andererseits: EGMR Rep. 2003-III, 51, § 47 – *Odièvre v. Frankreich*; EGMR Rep. 2002-I, 207, § 66 – *Kutzner v. Deutschland*; EGMR Nr. 36919/02, § 38 – *Armoniene v. Litauen* (2008).

⁹¹ *H. Krieger* (Anm. 6), Rn. 65.

⁹² EGMR Rep. 2003-VIII, 189, § 97 – *Hatton u.a. v. Vereinigtes Königreich*; s. a. EGMR A 98, 32, § 46 – *James and Others v. Vereinigtes Königreich*.

⁹³ *B. Baade* (Anm. 5), 339 (361 m. w. N.).

⁹⁴ *Lord Hofmann* (Anm. 43), 14, 21; siehe auch kritisch zur Handhabung und Vorhersehbarkeit: *E. Brems*, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, *ZaöRV* 56 (1996), 240 (285); *C. Dröge* (Anm. 52), 379; *B. Hoffstetter*, European Court of Human Rights: Positive Obligations in *E. and Others v. United Kingdom*, *International Journal of Constitutional Law* 2 (2004), 525 (527); *S.-M. Hutchinson*, The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights, *ICLQ* 48 (1999), 638 (641); *I. Koutnatzis/K. Weilert*, Fragen der menschlichen Reproduktion vor dem EGMR, *AVR* 51 (2013), 72 (106); *P. Thielbörger*, Positive Obligations in the ECHR after the *Stoicescu* Case, *European Yearbook on Human Rights* 2012, 258 (267 f.); *D. Xenos*, The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights, 2012, 5.

⁹⁵ *Lord Hofmann* (Anm. 43), 23.

meinsamen europäischen Standard eben nicht immer an die Grenzen der dynamisch-evolutiven Auslegungsmethode hält, wie sie in einem engen Verständnis von Art. 31 Abs. 3 lit. b) WVK zum Ausdruck kommen.⁹⁶ Danach muss die spätere Übung einen Bezug zum Vertrag aufweisen⁹⁷ und eine (stillschweigende) Zustimmung der Vertragsparteien widerspiegeln.⁹⁸

bb) Fehlender Bezug zum Vertrag

So fehlt es in einigen Entscheidungen bereits an einem Bezug zum Vertrag, da der Gerichtshof nicht immer auf einen gemeinsamen *europäischen* Standard abstellt. Vielmehr verlangt er von den Mitgliedstaaten unter Bezug auf die Praxis außereuropäischer Staaten, dass sie eine Einschränkung ihres Beurteilungsspielraums hinnehmen, obwohl kein *europäischer* Wertekonsens besteht.

Beispiel hierfür ist die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Transsexuellen. Mangels eines gemeinsamen europäischen Standards zum Umfang der Rechte von Transsexuellen hat der Gerichtshof lange Zeit keine Verletzung einer positiven Handlungspflicht wegen der Weigerung, das Geburtsregister zu ändern, angenommen, sondern die margin of appreciation der Vertragsstaaten hervorgehoben.⁹⁹ Im Jahr 2002 hat das Gericht allerdings seine Rechtsprechung gegenüber dem Vereinigten Königreich unter Berufung auf den Wandel in der Praxis außereuropäischer Staaten geändert. Den Umstand, dass in den Vertragsstaaten kein Konsens entstanden ist, hielt der Gerichtshof angesichts ihrer Verschiedenheit nicht für erheblich.¹⁰⁰ Die Beto-

⁹⁶ A. v. Ungern-Sternberg (Anm. 47), 312 (327).

⁹⁷ G. Nolte (Anm. 75), § 111.

⁹⁸ O. Dörr, in: O. Dörr/K. Schmalenbach (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary, 2012, Art. 31 Rn. 86; aus der internationalen Spruchpraxis: WTO, Japan: *Alcoholic Beverages II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R and WT/DS11/AB/R, sect. E.; skeptisch gegenüber einem so engen Verständnis G. Nolte (Anm. 75), § 107 gerade unter Heranziehung der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Selbst wenn man die Vorgehensweise des Gerichtshofs als Variante der systematischen Auslegung nach Art. 31 Abs. 3 lit c) WVK interpretiert, wie z. B. O. Dörr (Anm. 98), Rn. 97, bleibt die Schwierigkeit bestehen, dass in vielen Anwendungsfällen nicht alle EMRK-Vertragsstaaten zugleich Mitgliedstaaten der herangezogenen völkerrechtlichen Verträge sind, s. O. Dörr (Anm. 98), Rn. 100.

⁹⁹ Z. B. EGMR A 106, §§ 35, 37 – *Rees v. Vereinigtes Königreich*.

¹⁰⁰ *I v. Vereinigtes Königreich* (Anm. 86), §§ 39, 65: “In its follow up study submitted on 17 January 2002, Liberty noted that while there had not been a statistical increase in States giving full legal recognition of gender re-assignment within Europe, information from outside Europe showed developments in this direction. For example, there had been statutory recognition of gender re-assignment in Singapore, and a similar pattern of recognition in Canada, South Africa, Israel, Australia, New Zealand and all except two of the States of the United States of America.”; H. Krieger (Anm. 6), Rn. 68.

nung des außereuropäischen Wertekonsenses mag nicht zuletzt dem Umstand geschuldet sein, dass seit 1990 die Unterschiede in den Wertvorstellungen zwischen den Mitgliedstaaten eher größer geworden sind. Dies hat der Gerichtshof auch im Fall *I v. Vereinigtes Königreich* unterstrichen:

“..., the lack of such a common approach among forty-three Contracting States with widely diverse legal systems and traditions is hardly surprising.”¹⁰¹

Soll der gemeinsame europäische Standard dazu dienen, mittels der dynamisch-evolutiven Auslegung den jeweiligen Wertekonsens der Mitgliedstaaten zum Zeitpunkt der Entscheidung zu bestimmen,¹⁰² erscheint es widersprüchlich, wenn der Gerichtshof hierfür auf außereuropäische Rechtsordnungen zurückgreift, zumal sich aus der Konvention keine ausdrückliche Befugnis des Gerichtshofs ergibt, außereuropäische Standards derart zu berücksichtigen, dass sie den Umfang der Konventionsverbürgungen unmittelbar bestimmen könnten. Gerade im Lichte von Konsens- und Demokratieprinzip muss es vielmehr auf die Praxis der Mitgliedstaaten selbst ankommen.¹⁰³

Daher ist es vielversprechender, wenn der Gerichtshof den Gestaltungsspielraum des Mitgliedstaates durch andere völkerrechtliche Verpflichtungen konkretisiert, denen sich der Mitgliedstaat ausdrücklich unterworfen hat, insbesondere im Rahmen des Europarates. Beispielsweise hat der Gerichtshof in der Entscheidung *Rantsev* zum Verbot des Menschenhandels aus Art. 4 EMRK unter Heranziehung des Palermo Protokolls¹⁰⁴ und der Konvention des Europarates gegen den Menschenhandel¹⁰⁵ von 2005 konkrete positive Verpflichtungen abgeleitet, Maßnahmen zu ergreifen, um den Menschenhandel zu verhindern, Verstöße zu ahnden und Opfer zu schützen.¹⁰⁶ Auf diese Weise tritt der Gerichtshof nicht nur dem Einwand mangelnder Rechtssicherheit angesichts eines weiten Gestaltungsspielraums entgegen, sondern er handelt auch im Einklang mit dem völkerrechtlichen Konsensprinzip.¹⁰⁷ So hat er im Fall *Tanase* bei der Bestimmung des gemeinsamen europäischen Standards Moldawien ausdrücklich entgegengehalten, dass es sich freiwillig den Verpflichtungen des einschlägigen völker-

¹⁰¹ *I v. Vereinigtes Königreich* (Anm. 86), § 65.

¹⁰² *A. v. Ungern-Sternberg* (Anm. 47), 312 (328).

¹⁰³ *A. v. Ungern-Sternberg* (Anm. 47), 312 (331 f.).

¹⁰⁴ BGBl. 2005 II, 995.

¹⁰⁵ Konvention des Europarates gegen Menschenhandel vom 16.5.2005, SEV Nr. 197, in Kraft getreten am 1.2.2008.

¹⁰⁶ EGMR Nr. 25965/04, §§ 286-289 – *Rantsev v. Zypern und Russland* (2010).

¹⁰⁷ *H. Krieger* (Anm. 6), Rn. 69, 76.

rechtlichen Vertrages unterworfen habe.¹⁰⁸ Dabei kommt der systematischen Interpretation, die hier nach Art. 31 Abs. 3 lit c) WVK angewendet wird, eine wohl höhere Legitimationswirkung zu als der dynamisch-evolutiven: Denn es dient einer gleichmäßigen Anwendung des Rechtes, wenn sich eine Auslegung in das allgemeine Rechtssystem einfügt.¹⁰⁹ Zugleich wird dem völkerrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben Rechnung getragen.¹¹⁰

cc) Begrenzung des Beurteilungsspielraums trotz fehlender Zustimmung

Noch schwerer wiegt die kritische Nachfrage, wieso Mitgliedstaaten sich im Lichte des Konsensprinzips überhaupt einen gemeinsamen europäischen Standard als Begrenzung ihres demokratisch begründeten Beurteilungsspielraums entgegenhalten lassen müssen, wenn sie selbst an der einschlägigen europäischen Praxis nicht teilnehmen. Für die Begründung eines gemeinsamen europäischen Standards ist es für den Gerichtshof nämlich ausreichend, eine allgemeine Rechtsentwicklung in der Mehrheit der Mitgliedstaaten festzustellen. Der betroffene Staat muss die zur Ermittlung des Standards angeführten völkerrechtlichen Vereinbarungen gerade nicht ratifiziert haben:

“It will be sufficient for the Court that the relevant international instruments denote a continuous evolution in the norms and principles applied in international law or in the domestic law of the majority of member States of the Council of Europe and show, in a precise area, that there is common ground in modern societies.”¹¹¹

Darüber hinaus zieht der Gerichtshof auch die Praxis solcher Organe des Europarates heran, bei denen er selbst ausdrücklich annimmt, dass sie nicht die Vertragsstaaten repräsentieren.¹¹²

Die begrenzende Wirkung des gemeinsamen europäischen Standards rechtfertigt sich aber einerseits aus seiner “souveränitätsschonenden” Ausgestaltung¹¹³ und andererseits aus der Funktion des europäischen Menschenrechtsschutzes. Auf zwischenstaatlicher Ebene erlaubt die Ermittlung des jeweiligen gemeinsamen europäischen Standards die Interpretation der EMRK immer auch an den Willen des jeweiligen Bestandes an Mitgliedstaa-

¹⁰⁸ EGMR Nr. 7/08, § 176 – *Tanase v. Moldawien* (GK) (2010).

¹⁰⁹ Vgl. *A. v. Bogdandy/I. Venske*, *Zur Herrschaft internationaler Gerichte*, *ZaöRV* 70 (2010), 1 (43 ff.).

¹¹⁰ *O. Dörr* (Anm. 98), Rn. 90.

¹¹¹ *Demir und Baykara v. Türkei* (Anm. 85), § 86.

¹¹² *Demir und Baykara v. Türkei* (Anm. 85), § 75.

¹¹³ *A. v. Ungern-Sternberg* (Anm. 47), 312 (335).

ten anzupassen. Auch neue Mitgliedstaaten können so ab ihrem Beitritt den Wertekonsens mitbeeinflussen, der nicht allein den Absichten der ursprünglichen Konventionsstaaten überlassen bleibt.¹¹⁴ Zudem kann die Rechtsfigur nachfolgender Praxis bei der interpretatorischen Fortentwicklung eines Vertrages sowohl begründend als auch begrenzend wirken.¹¹⁵ Fehlt es an einem gemeinsamen europäischen Standard, bleibt in der Regel auch ein weiter Beurteilungsspielraum bestehen.¹¹⁶

Vor allem aber lebt hier die Frage nach dem Mehrebenenverhältnis zwischen Einzelfallgerechtigkeit und dem Respekt vor der Entscheidung des demokratischen Gesetzgebers auf. Im Verhältnis zum Individuum verstärkt die Idee von der begrenzenden Wirkung des gemeinsamen europäischen Standards die individualrechtsschützende Funktion der internationalen Menschenrechtsgerichtsbarkeit in der transnationalen Perspektive des Mehrebenensystems. Der subjektive Eindruck einer Grundrechtsbeeinträchtigung dürfte sich verschärfen, wenn sich das Individuum einem staatlichen Handeln oder Unterlassen ausgesetzt sieht, dass in der Mehrzahl der europäischen Staaten als grund- und menschenrechtswidrig qualifiziert wird. Der Gerichtshof muss eben nicht nur den Staaten gegenüber eine Einschränkung ihrer Handlungsspielräume begründen, sondern auch den Individuen gegenüber erläutern, wieso ein europaweit überwiegend für menschenrechtswidrig erachtetes Handeln oder Unterlassen im Verhältnis zu ihrem Staat gerechtfertigt sein soll.

2. Auf dogmatischer Ebene: Kontrolldichte und mitgliedstaatlicher Beurteilungsspielraum

Entscheidend für die Legitimität der Spruchpraxis ist damit eine konsistente Bestimmung des Umfangs der Kontrolldichte. Dabei sind zwar die verschiedenen Stufen der Kontrolldichte bereits in der Rechtsprechung angelegt, werden vom Gerichtshof aber nicht immer konsequent angewandt.¹¹⁷ Im Wesentlichen sind drei Stufen der Kontrolldichte zu unterscheiden, die zumindest teilweise auch eine Entsprechung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts finden¹¹⁸: eine Offenkundigkeitsprü-

¹¹⁴ H.-J. Cremer (Anm. 73), Rn. 37; A. v. Ungern-Sternberg (Anm. 47), 312 (325).

¹¹⁵ G. Nolte (Anm. 75), § 60.

¹¹⁶ *Lautsi v. Italien* (2011) (Anm. 56), § 70.

¹¹⁷ J. Kratochvíl, *The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*, NQHR 29 (2011), 324 (347 f.).

¹¹⁸ H. Krieger (Anm. 6), Rn. 71.

fung, ob der Mitgliedstaat Schutzmaßnahmen überhaupt nicht ergriffen hat oder ob die getroffenen Maßnahmen offensichtlich gänzlich unzureichend sind;¹¹⁹ eine am Untermaßverbot orientierte Prüfung, bei der der Gerichtshof nachvollzieht, ob der Mitgliedstaat alle wesentlichen Umstände ausreichend berücksichtigt und von seinem Beurteilungsspielraum vertretbar Gebrauch gemacht hat;¹²⁰ sowie Prüfungskonstellationen, in denen der Gerichtshof unter Anlegung eines engen Kontrollmaßstabes seine Argumentation an die Stelle der nationalen Argumentation setzt.

Einen besonders weiten Beurteilungsspielraum billigt der Gerichtshof den Mitgliedstaaten bei der legislativen Ausgestaltung von Sozialpolitiken, wie der Rentenpolitik oder der Wohnraumpolitik, zu. Oft geht es dabei um eine Anwendung von Art. 1 ZP 1 EMRK.¹²¹ Hierfür kann auch die Frage ausschlaggebend sein, ob sich ein Staat in einem politischen Übergangsprozess befindet.¹²² Der Gerichtshof überprüft dann im Lichte eines weiten Beurteilungsspielraums, ob die Entscheidung des Gesetzgebers "manifestly without reasonable foundation" ist. In den meisten der einschlägigen Entscheidungen nimmt er dann allerdings doch wieder eine sehr detaillierte Verhältnismäßigkeitsprüfung vor.¹²³ Derartige Widersprüchlichkeiten sollte der Gerichtshof im Interesse seiner Legitimation vermeiden. Denn die einschlägigen Entscheidungen legen zu Recht nahe, dass eine niedrige Kontrolldichte anzulegen ist, wenn es um gesetzgeberische oder plebiszitär abgesicherte Entscheidungen¹²⁴ insbesondere bei den sozialen Rechten geht, die nicht vom ursprünglichen Konsens der Vertragsstaaten erfasst waren. Dies gilt umso mehr, wenn die in Rede stehenden Rechte nicht zu den vom Gerichtshof hervorgehobenen, besonders schutzwürdigen Konventionsgewährleistungen zählen. Eine reduzierte Kontrolldichte bedeutet dabei aber keinen Freibrief für die Mitgliedstaaten. Auch unter Anlegung eines Offenkundigkeitsmaßstabes hat der Gerichtshof Verletzungen positiver Handlungspflichten festgestellt.¹²⁵

¹¹⁹ Vgl. BVerfGE 56, 54 (81); BVerfGE 77, 170 (214 f.); BVerfGE 77, 381 (405); BVerfGE 79, 174 (202); BVerfGE 85, 191 (212 f.); BVerfGE 121, 317 (350).

¹²⁰ Vgl. BVerfGE 88, 203 (262).

¹²¹ Z. B. *Stec u.a. v. Vereinigtes Königreich* (Anm. 20), § 52; s. a. *J. Kratochvil* (Anm. 117), 324 (348 m. w. N.).

¹²² EGMR Nr. 30255/09, § 96 – *Bitto u.a. v. Slowakei* (2014).

¹²³ Z. B. *Bitto u.a. v. Slowakei* (Anm. 122), § 96, §§ 101 ff.; *J. Kratochvil* (Anm. 117), 324 (348).

¹²⁴ *I. Koutnatzis/K. Weilert* (Anm. 94), 72 (93 f.); *A. v. Ungern-Sternberg* (Anm. 47), 312 (330).

¹²⁵ Z. B. *Budayeva u.a. v. Russland* (Anm. 10), §§ 128-137, 147-160.

Eine erhöhte Kontrolldichte nimmt der Gerichtshof an, wenn den betroffenen Rechten eine erhebliche Bedeutung zukommt.¹²⁶ Allerdings kann den Staaten auch hier ein weiter Beurteilungsspielraum verbleiben, wenn es um grundlegende gesellschaftspolitische Fragestellungen geht. Unter bestimmten Umständen kann dieser weite Beurteilungsspielraum nicht einmal durch das Vorliegen eines gemeinsamen europäischen Standards eingeschränkt werden.¹²⁷ Im Fall *A.B.C. v. Irland* nennt der Gerichtshof als Grund hierfür, dass in den Mitgliedstaaten noch immer keine Einigkeit darüber bestehe, ob das ungeborene Leben unter den Schutz von Art. 2 EMRK falle.¹²⁸ Auch findet sich ein ausdrücklicher Bezug auf die “profound moral views” der irischen Bevölkerung,¹²⁹ was in der Dissenting Opinion als gefährliche Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung zugunsten moralischer Vorstellungen gewertet worden ist.¹³⁰ Setzt man die Gewährung eines weiten Beurteilungsspielraums jedoch in den Gesamtkontext des Urteils, zeigt sich, dass es dem Gerichtshof hier vorrangig um den Respekt vor den nationalen demokratischen Prozessen in Form von Volksabstimmungen und nationaler Gesetzgebung geht.¹³¹ Vor diesem Hintergrund vollzieht der Gerichtshof dann nur noch die von Irland getroffene Abwägung nach und lehnt einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK ab. Der Gerichtshof beschränkt sich hier zu Recht darauf zu überprüfen, ob das innerstaatliche Gesetzgebungsverfahren den Anforderungen an eine grundrechtskonforme Ausgestaltung eines solchen Verfahrens entsprochen hat. Hierzu gehören eine begründete Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen, aber z. B. auch entsprechende Aussprachen im Parlament oder im Kontext eines Plebiszits.¹³² In der Anwendung eines Standards dem Untermaßverbot vergleichbar dürfte ein angemessener Interessenausgleich zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Berücksichtigung des innerstaatlichen Demokratieprinzips liegen.

Der Gerichtshof geht aber noch einen Schritt weiter und billigt u. U. auch bei positiven Verpflichtungen dem Mitgliedstaat nur einen engen Beurteilungsspielraum zu. Jenseits des gemeinsamen europäischen Standards entsprechen die Kriterien, die der Gerichtshof aufstellt, um eine erhöhte Kontrolldichte zu begründen, auch hier in weiten Teilen denen, die das Bundes-

¹²⁶ *A.B.C. v. Irland* (Anm. 3), § 232.

¹²⁷ *A.B.C. v. Irland* (Anm. 3), §§ 233 ff.

¹²⁸ *A.B.C. v. Irland* (Anm. 3), §§ 237.

¹²⁹ *A.B.C. v. Irland* (Anm. 3), § 241.

¹³⁰ *A.B.C. v. Irland* (Anm. 3), § 9, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni and Poalelungi.

¹³¹ *A.B.C. v. Irland* (Anm. 3), § 239.

¹³² *H. Krieger* (Anm. 6), Rn. 76; *A.B.C. v. Irland* (Anm. 3), § 239.

verfassungsgericht für die Kontrolldichte bei Schutzpflichten aufgestellt hat. So bestimmt das Bundesverfassungsgericht den Umfang des Spielraums, den es dem nationalen Gesetzgeber gewährt, u. a. durch die Eigenarten des Sachbereichs und die Bedeutung des betroffenen Rechtsguts.¹³³ Ein vergleichbares Kriterium für die Einschränkung der margin of appreciation findet sich auch in der Rechtsprechung des Straßburger Gerichtshofs, wonach der Umfang der Kontrolldichte von der betroffenen Ausprägung der menschenrechtlichen Gewährleistung und dem Gewicht der berührten individuellen Interessen abhängig ist.¹³⁴ In jüngster Zeit scheint das Kriterium der besonderen Schutzbedürftigkeit bestimmter sozialer Gruppen (vulnerable groups) hinzuzutreten. In der Entscheidung *Söderman* beruft sich der Gerichtshof z. B. ausdrücklich auf die besondere Schutzbedürftigkeit von Kindern, um die hohe Kontrolldichte zu begründen.¹³⁵ In diesen Fällen tritt der Gerichtshof in eine eigene Würdigung der abzuwägenden Interessen und der vom Staat ergriffenen Maßnahmen ein und beurteilt, ob der Staat im Lichte der betroffenen Verbürgung einen adäquaten Rechtsrahmen vorhält.¹³⁶ Zu Recht nimmt der Gerichtshof hier an, dass der Schutz der Menschenrechte eine strenge richterliche Kontrolle verlangt.

VI. Fazit

Betrachtet man die Grundlinien der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Kontrolldichte, zeigt sich, dass er durchaus bestrebt ist, den Ausgleich zwischen individueller Einzelfallgerechtigkeit und Rücksichtnahme auf Demokratie und Gewaltenteilungsgrundsätze im Rahmen der margin of appreciation sachgerecht herzustellen. Dabei kommt der Kontrolldichte die entscheidende Funktion zu, den Individualrechtsschutz mit den Grundsätzen von völkerrechtlichem Konsensprinzip und innerstaatlichen Demokratie- und Gewaltenteilungsgrundsätzen in Einklang zu bringen. Der Gerichtshof sollte hier noch deutlicher als bisher die verschiedenen, auch in der nationalen Verfassungsgerichtsbarkeit bekannten, Stufen der Kontrolldichte systematisieren und konsistent anwenden. Denn die Zweifel an der Legiti-

¹³³ BVerfGE 88, 203 (262).

¹³⁴ Jüngst etwa: EGMR Nr. 5786/08, § 79 – *Söderman v. Schweden* (2013); s. a. z. B. *Mosley v. Vereinigtes Königreich* (Anm. 86), § 109.

¹³⁵ *Söderman v. Schweden* (Anm. 134), § 81; den Beginn einer solchen Entwicklung sehen auch: *L. Peroni/A. Timmer*, Vulnerable Groups: the Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law, *International Journal of Constitutional Law* 11 (2013), 1056 (1082).

¹³⁶ *Söderman v. Schweden* (Anm. 134), §§ 86-117.

mität seiner Herangehensweise muss der Gerichtshof ernstnehmen. Ein Ausscheren von Staaten, wie dem Vereinigten Königreich, aus dem System des Europäischen Menschenrechtsschutzes ist keine regionale oder bilaterale Frage, sondern droht viel umfassender den erreichten menschenrechtlichen *acquis* der Völkerrechtsgemeinschaft erheblich zurückzuwerfen.

ZaöRV 74 (2014)

