

„Strasbourg has developed mission creep“: Wie berechtigt ist die Kritik der britischen Konservativen Partei am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte?

Katrin Durst*

Inhalt

A.	EGMR und EMRK auf dem britischen Prüfstand	208
B.	„And now they want to give prisoners the vote.“ – Die kritisierte EGMR-Rechtsprechung	209
	I. Extraterritoriale Anwendbarkeit der EMRK	209
	II. Abschiebefälle	210
	III. Rechte von Strafgefangenen	211
	1. Wahlrecht	211
	2. Zugang zu künstlicher Befruchtung	212
	3. Nachträgliche Überprüfung von lebenslangen Freiheitsstrafen	213
	IV. Zusammenfassung: Alles eine Frage der Politik?	213
C.	„The European Court of Human Rights has lost its legitimacy in Britain“ – Zur Legitimität des EGMR	213
	I. Fehlende demokratische Legitimation?	213
	II. Völkervertragliche Verpflichtung aus der EMRK	214
	III. Grenzen der Legitimität des EGMR	214
	IV. Rechtsprechungsgrundsätze des EGMR	215
	1. „Living instrument doctrine“	215
	2. Subsidiaritätsgrundsatz und „Margin of Appreciation“	216
	3. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	217
	V. Zwischenfazit	217
D.	„Arbitrary Strasbourg Diktats based on the Whims of European Judges“? – Die konservative Kritik im Lichte der Rechtsprechungsgrundsätze	218
	I. Nationales statt europäisches Problem	218
	II. Dynamische Auslegung	219
	III. Eingeschränkter Beurteilungsspielraum bei Bestehen eines europäischen Konsens	221

* Cand. iur. Katrin Durst ist Studentin an der Universität des Saarlandes und Absolventin des trilateralen Masterprogramms Lille-Warwick-Saarbrücken. Der Beitrag ist eine überarbeitete Fassung der Arbeit, die im Rahmen eines Seminars zum universellen und regionalen Menschenrechtsschutz bei Prof. Dr. Thomas Giegerich LL.M. entstanden ist. Für die Betreuung und wertvolle Anregungen sei Dipl.-Jur. Sebastian Zeitmann LL.M. herzlich gedankt.

IV. Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip	222
E. Back to the Magna Carta? – Überlegungen zum Schluss	224

„This is the country that wrote Magna Carta [...] we do not require instructions from judges in Strasbourg.“

David Cameron¹

A. EGMR und EMRK auf dem britischen Prüfstand

Über 60 Jahre nach Abschluss der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) hat die britische Konservative Partei den möglichen Austritt des Vereinigten Königreichs aus dieser angekündigt. In dem 2014 veröffentlichten Strategie-Papier „*Protecting Human Rights in the UK – The Conservative’s Proposal for Changing Britain’s Human Rights Laws*“ vertritt sie die Auffassung, dass sowohl die Rechtsprechungspraxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), als auch die nationale Umsetzung der EMRK in Form des Human Rights Act 1998 der Glaubwürdigkeit von Menschenrechten im Vereinigten Königreich geschadet hätten.² Dies sei darauf zurückzuführen, dass der EGMR nicht mehr als internationales Gericht mit Zuständigkeit für wenige bedeutende Fälle agiere, sondern durch eine schleichende Ausweitung seiner Rechtsprechung (*mission creep*) immer weiter in Bereiche eingriffe, die der staatlichen Entscheidungsfindung vorbehalten sein müssten. Dadurch, dass britische Gerichte nach den Bestimmungen des Human Rights Act 1998 nationale Gesetze in konventionskonformer Weise auszulegen und dabei die Rechtsprechung des EGMR zu berücksichtigen haben, würde die Souveränität des britischen Parlaments unterlaufen.

Gestützt auf diese Argumentation hat es sich die Konservative Partei zum Ziel erklärt, den Human Rights Act 1998 durch eine britische Bill of Rights zu ersetzen, die die Rechte aus der EMRK enthält. Bei deren Auslegung und bei der Interpretation von Parlamentsgesetzen sollen die britischen Gerichte nicht länger verpflichtet sein, die Rechtsprechung des EGMR zu beachten. Außerdem soll dem Straßburger Gerichtshof eine bloß beratende Funktion zukommen und dessen Urteile nur dann für das Vereinigte Königreich verbindlich sein, wenn sich das Parlament nicht dagegen ausspricht (*democratic override*). Sollten die anderen Vertragsstaaten nicht mit einer entsprechenden Änderung der Europäischen Menschenrechtskonvention einverstanden sein, sehen sich die Konservativen in letzter Konsequenz auch zu einem Austritt aus dieser bereit.³

1 Van der Luit-Drummon, Trashing human rights, Solicitors Journal v. 3.10.2014.

2 Grayling, Protecting Human Rights in the UK, The Conservatives’ Proposals for Changing Britain’s Human Rights Laws, 2014, https://www.conservatives.com/~media/Files/Downloadable%20Files/HUMAN_RIGHTS.pdf (20.3.2015), S. 3.

3 Mason, Grayling says European court of human rights has lost legitimacy, The Guardian v. 30.12.2013.

Auch wenn der Euroskeptizismus der Briten und ihrer Konservativen Partei spätestens seit Ankündigung eines Referendums über den Verbleib des Vereinigten Königreichs in der Europäischen Union⁴ bekannt ist, erreicht dieser mit der Kritik am EGMR eine völlig neue Dimension. Denn im Unterschied zum „Brexit“ würde der Austritt aus der EMRK für die Briten bedeuten, ein System zu verlassen, das sie selbst ganz entscheidend mitgeprägt und ausgestaltet haben. So waren es britische konservative Politiker wie *Sir David Maxwell Fyfe* und *David Eccles*, die sich in den 1950er Jahren dafür einsetzten, eine verbindliche Menschenrechtskonvention und einen europäischen Gerichtshof zu schaffen, der sowohl Staaten als auch Einzelnen zugänglich sein sollte.⁵ Aus diesem Grunde und weil das Vereinigte Königreich bis auf wenige Ausnahmen als Musterschüler bei der Umsetzung der EGMR-Urteile gilt, sehen sich die Konservativen als besonders dazu berechtigt, über die Legitimität der EGMR-Rechtsprechung zu urteilen.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der EGMR tatsächlich vor einem Legitimitätsproblem steht, oder ob es sich bei der Kritik der Konservativen vor allem um wahlkampf-taugliche Polemik im Hinblick auf die im Frühjahr 2015 anstehenden Parlamentswahlen handelt. Dies hängt davon ab, ob die von der Konservativen Partei vorgebrachten Kritikpunkte im Hinblick auf einen möglichen *mission creep* des EGMR auf belastbaren Argumenten beruhen. Um dieser Frage nachzugehen soll zunächst ein Überblick über die Urteile gegeben werden, auf die sich die Konservativen in ihrem Papier beziehen. Anschließend sollen die Grundlagen und Grenzen der Legitimität des Gerichtshofs in aller notwendigen Kürze dargestellt und durch eine Übertragung der dabei aufgezeigten Grundsätze auf die kritisierten Fälle untersucht werden, ob der EGMR bei diesen seine Befugnisse überschritten hat.

B. „And now they want to give prisoners the vote.“⁶ – Die kritisierte EGMR-Rechtsprechung

In ihrem achtseitigen Strategie-Papier „*Protecting Human Rights*“ nennt die Konservative Partei einige Beispiele, welche die „schleichende Ausweitung“ der EGMR-Rechtsprechung belegen sollen. Diese lassen sich in folgende Fallgruppen einordnen.

I. Extraterritoriale Anwendbarkeit der EMRK

Ein Teil der kritisierten Rechtsprechung betrifft die Fälle, in denen der EGMR über die extraterritoriale Anwendbarkeit der EMRK zu entscheiden hatte. Im Fall

4 *Lamiat*, David Cameron vows earlier EU referendum if Tories win election, *The Independent* v. 5.1.2015.

5 *Partsch*, Die Entstehung der Europäischen Menschenrechtskonvention, *ZaöRV* 1953/1954, S. 634 f.; *Duranti*, Curbing Labour’s Totalitarian Temptation: European Human Rights Law and British Postwar Politics, *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism and Development* 3 (2012), S. 361 ff.

6 *Van der Luit-Drummon*, (Fn. 1).

*Al-Skeini u.a. gegen Vereinigtes Königreich*⁷ ging es um die Tötung von sechs irakischen Zivilisten im Jahre 2003 in der Region Al-Basra, während das Vereinigte Königreich dort Besatzungsmacht war. Fünf von ihnen wurden von britischen Soldaten unter anderen bei Schusswechseln getötet und der sechste starb nach einem Verhör in einem britischen Militärgefängnis. Im Anschluss weigerten sich die britischen Militärbehörden, eine unabhängige und gründliche Untersuchung der Todesfälle vorzunehmen. Der Fall *Al-Jedda gegen Vereinigtes Königreich*⁸ betraf die mehr als dreijährige Haft eines irakischen Zivilisten in einem von britischen Streitkräften geführtem Gefängnis in der irakischen Stadt Basra.

In beiden Fällen begründete der EGMR die Anwendbarkeit der EMRK damit, dass das Vereinigte Königreich aufgrund seiner militärischen Intervention effektive Kontrolle über irakisches Territorium erlangt und damit Hoheitsgewalt (*jurisdiction*) im Sinne des Art. 1 EMRK ausgeübt habe. Er verurteilte das Vereinigte Königreich im Fall *Al-Skeini* wegen Verletzung des Rechts auf Leben gemäß Art. 2 EMRK durch die Nichtaufklärung der Todesfälle. Im Fall *Al-Jedda* sprach der Gerichtshof eine Verurteilung wegen Verletzung des Rechts auf Freiheit nach Art. 5 EMRK aus. Beide Entscheidungen werden von den Konservativen mit dem Argument kritisiert, die Anwendbarkeit der EMRK auf Fälle außerhalb des britischen Territoriums behindere die Streitkräfte bei der Wahrnehmung ihrer schützenden Funktion.⁹

II. Abschiebefälle

Ebenfalls wurden von der Konservativen Partei die Fälle kritisiert, in denen der EGMR auf Grundlage seiner in *Soering gegen Vereinigtes Königreich*¹⁰ entwickelten Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK die Abschiebung von (mutmaßlichen) Straftätern verhinderte, wenn diesen im Empfangsstaat Folter oder unmenschliche Behandlung drohten.

In *Chahal gegen Vereinigtes Königreich*¹¹ entschied der EGMR, dass eine Abschiebung des Sikh-Anführers und mutmaßlichen Terroristen *Chahal* nach Indien wegen der Großbritannien obliegenden Schutzpflicht aus Art. 3 EMRK auch dann unzulässig sei, wenn *Chahal* nachweislich eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstelle, da sich eine Abwägung dieses öffentlichen Interesses mit den Rechten aus Art. 3 EMRK verbiete.

In der Rechtssache *Sufi und Elmi gegen Vereinigtes Königreich*¹² stoppte der EGMR die Abschiebung der beiden Beschwerdeführer nach Mogadischu mit einer Eilmaßnahme nach Art. 39 EGMR-VerfO. Dies wurde damit begründet, dass die aktuelle Situation in der Hauptstadt Somalias ausreichend sei, anzunehmen, dass jeder dorthin

7 EGMR, Nr. 55721/07, *Al-Skeini u.a. gegen Vereinigtes Königreich*.

8 EGMR, Nr. 27021/08, *Al-Jedda gegen Vereinigtes Königreich*.

9 *Grayling*, (Fn. 2), S. 7.

10 Vgl. EGMR, Nr. 14038/88, *Soering gegen Vereinigte Königreich*, Rdnr. 90 f.

11 EGMR, Nr. 22414/93, *Chahal gegen Vereinigtes Königreich*.

12 EGMR, Nr. 8319/07 und 11449/07, *Sufi und Elmi gegen Vereinigtes Königreich*.

Zurückgeschickte der Gefahr von Folter und unmenschlicher Behandlung im Sinne des Art. 3 EMRK ausgesetzt sei.

Ebenfalls per Eilmaßnahme nach Art. 39 EGMR-VerfO verhindert wurde die Auslieferung *Abu Quatadas*, der „rechten Hand“ *Osama Bin Ladens* in Europa, an Jordanien.¹³ In dieser Rechtssache verneinte der EGMR zwar eine mögliche Verletzung von Art. 3 EMRK, stellte jedoch fest, dass eine Auslieferung das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK verletze, da nicht auszuschließen sei, dass im jordanischen Verfahren gegen *Abu Qatada* durch Folter erlangte Beweismittel verwendet werden würden. Dieser Fall hat – unter anderem wegen der durch den zwölfjährigen Prozess entstandenen Kosten in Höhe von 1,7 Millionen Pfund – für große Kritik in der Öffentlichkeit gesorgt und zur Behauptung der Konservativen geführt, dass der EGMR die Rechte Einzelner über das Allgemeininteresse stelle.¹⁴

Darüber hinaus kritisieren die Konservativen die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK, nach der eine Abschiebung dann unzulässig ist, wenn diese einen ungerechtfertigten Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens bedeutet. Nach Ansicht der Konservativen würde der EGMR dabei nämlich Verletzungen der Konvention feststellen, ohne die Einschränkungsmöglichkeiten in Art. 8 Abs. 2 EMRK in angemessener Weise zu berücksichtigen¹⁵ und sich dadurch nicht nur an die Stelle des Gesetzgebers setzen, sondern auch die öffentliche Sicherheit im Vereinigten Königreich gefährden.¹⁶

III. Rechte von Strafgefangenen

1. Wahlrecht

Mediale und auch internationale Aufmerksamkeit erlangte das Urteil *Hirst gegen Vereinigtes Königreich*,¹⁷ in dem sich der EGMR mit der Frage befasste, ob ein pauschaler Entzug des Wahlrechts bei allen Strafgefangenen mit der EMRK vereinbar ist. Der Beschwerdeführer *John Hirst* war 1980 wegen Totschlags zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt worden und deshalb gemäß Section 3 des Representation of the People Act 1983 für die Dauer seiner Haft von der Teilnahme an Wahlen jeglicher Art ausgeschlossen. Nach erfolgloser Klage vor nationalen Gerichten gegen diese Bestimmung wandte er sich an den EGMR und rügte unter anderem eine Verletzung seines Rechts auf freie Wahlen nach Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls (ZP) zur EMRK. Dieser Klage wurde sowohl im Urteil der Kammer vom 30. März 2004, als auch nach Revision der britischen Regierung im Urteil der Großen Kammer vom 6. Oktober 2005 stattgegeben und befunden, dass ein derartiger Entzug des Wahlrechts von Strafge-

13 Vgl. EGMR, Nr. 8139/09, *Othman (Abu Quatada) gegen Vereinigtes Königreich*.

14 *Travis*, Theresa May criticises human rights convention after Abu Qatada affair, *The Guardian* v. 8.7.2013.

15 *Grayling*, (Fn. 2), S. 3.

16 *Raab*, *Strasbourg in the Dock: Prisoner Voting, Human Rights & the Case for Democracy*, 2011.

17 EGMR, Nr. 74025/01, *Hirst gegen Vereinigtes Königreich*.

fängenen nicht mit Art. 3 des 1. ZP vereinbar sei. In der Folge wurde das Vereinigte Königreich dazu verpflichtet, Vorschläge für eine Gesetzesänderung einzubringen, um diese Konventionsverletzung zu beseitigen. Trotz der erneuten Verurteilung in *Greens und MT gegen Vereinigtes Königreich*,¹⁸ infolgedessen der EGMR Großbritannien im Rahmen eines sogenannten Piloturteil-Verfahrens nach Art. 61 EGMR-VerfO eine sechsmonatige Frist zum Tätigwerden setzte, ist eine solche Gesetzesänderung bis heute nicht erfolgt. Ganz im Gegenteil wurde am 10. Februar 2011 im britischen Parlament ein gemeinsamer Entschließungsantrag für die Beibehaltung des *status quo* mit 234 zu 22 Stimmen angenommen.¹⁹ Nach Auffassung der Abgeordneten sei es die Aufgabe des demokratisch legitimierten Parlaments und nicht eines internationalen Gerichtshofs, über die Angemessenheit eines Entzugs des Wahlrechts von Strafgefangenen zu entscheiden. Dieser Linie folgt auch die Konservative Partei und wirft dem EGMR vor, über ein Thema zu entscheiden, wofür ihm keine Kompetenz zustehe.²⁰

2. Zugang zu künstlicher Befruchtung

Ebenfalls die Rechte von Strafgefangenen betraf der Fall *Dickson gegen Vereinigtes Königreich*.²¹ *Kirk Dickson*, der 1994 zu einer Haftstrafe von 15 Jahren wegen Mordes verurteilt worden war, beantragte im Jahr 2001 zusammen mit seiner Frau Zugang zu künstlicher Befruchtung, da sie wegen des Alters seiner Frau zum Zeitpunkt seiner voraussichtlichen Entlassung im Jahr 2009 nicht mehr in der Lage sein würden, auf natürlichem Wege Kinder zu bekommen. Dieser Antrag wurde vom Innenministerium abgelehnt, woraufhin die *Dicksons* erfolglos Klage vor den nationalen Gerichten erhoben. Daraufhin wandten sie sich an den EGMR und machten eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 8 und 12 EMRK durch die Entscheidung des Innenministeriums geltend. Die Große Kammer des EGMR entschied, dass die Verweigerung des Zugangs zu künstlicher Befruchtung in diesem Fall eine Verletzung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 8 EMRK darstellte und verurteilte das Vereinigte Königreich zur Zahlung von Schadensersatz an die Kläger. Diesem Urteil hält die Konservative Partei entgegen, der EGMR habe Art. 8 EMRK in einer Weise ausgelegt, die die Verfasser der EMRK niemals im Sinn gehabt hätten, und damit bewirkt, dass nun viel mehr Strafgefangenen Zugang zu künstlicher Befruchtung gewährt werden müsste.²² Damit spiegelt sie die auch in den Medien geteilte Befürchtung

18 EGMR, Nr. 60041/08 und 60054/08, *Greens und MT gegen Vereinigtes Königreich*.

19 *Bellamy*, The democratic legitimacy of international human rights conventions: political constitutionalism and the Hirst case, in: Føllesdal/Schaffer/Ulfstein, *The Legitimacy of International Human Rights Regimes, Legal, Political and Philosophical Perspectives*, 2014, S. 245.

20 *Grayling*, (Fn. 2), S. 3.

21 EGMR, Nr. 44362/04, *Dickson gegen Vereinigtes Königreich*.

22 *Grayling*, (Fn. 2), S. 3.

der Bevölkerung wider, dass Strafgefangenen letztlich mehr Rechte zugestanden würden, als freien Bürgern.²³

3. Nachträgliche Überprüfung von lebenslangen Freiheitsstrafen

Schließlich richtet sich die Kritik der Konservativen Partei gegen das Urteil *Vinter u.a. gegen Vereinigtes Königreich*,²⁴ in dem der EGMR entschieden hatte, dass lebenslange Freiheitsstrafen ohne die Möglichkeit einer nachträglichen Revision der Strafe gegen Art. 3 EMRK verstoßen. Nach Ansicht der Konservativen würde dem Staat damit die Möglichkeit genommen, bei besonders schweren Verbrechen wie zum Beispiel Mord mit einer angemessenen Strafe zu reagieren.

IV. Zusammenfassung: Alles eine Frage der Politik?

Allen kritisierten Urteilen ist gemeinsam, dass sie hochpolitische Themen betreffen, über die – als Ausprägung des Grundsatzes staatlicher Selbstbestimmung – typischerweise nationale Parlamente und Regierungen entscheiden. Daher bedeuten die Entscheidungen des EGMR, mit denen die von den Staatsorganen getroffenen Entscheidungen zu einem Verstoß gegen die Konvention erklärt werden, zugleich einen Eingriff in die staatliche Souveränität. Aus diesem Grund stellt sich zum einen die Frage, mit welcher Legitimität der EGMR überhaupt Urteile gegen souveräne Staaten erlassen und deren Umsetzung erwarten kann. Zum anderen ist zu klären, ob und inwieweit diese grundsätzliche Befugnis hinsichtlich der Auslegung der Konventionsrechte zugunsten der staatlichen Selbstbestimmung Grenzen gesetzt sind.

C. „The European Court of Human Rights has lost its legitimacy in Britain“²⁵ – Zur Legitimität des EGMR

I. Fehlende demokratische Legitimation?

Ein von den Konservativen des Öfteren vorgebrachtes Argument gegen die Legitimität des EGMR ist seine angeblich fehlende demokratische Legitimation im Vergleich zu den nationalen Parlamenten.²⁶ Dem ist insoweit zuzustimmen, als die Richter des EGMR nicht direkt von den Bürgern der einzelnen Mitgliedstaaten des Europarats gewählt werden. Allerdings ordnet Art. 22 EMRK ihre Wahl durch die Parlamentarische Versammlung an, der Vertreter aller Vertragsstaaten angehören. Daraus ergibt sich zumindest eine indirekte demokratische Legitimation, die sogar über die so man-

23 *Doyle*, Prisoner allowed to father a child from jail because of ‘human right to a family life’, *Daily Mail* v. 1.6.2011.

24 EGMR, Nr. 66069/09, 130/10 und 3896/10, *Vinter u.a. gegen Vereinigtes Königreich*.

25 *Mason*, (Fn. 3).

26 *Palmer*, The European Court of Human Rights has neither authority nor legitimacy – David Cameron must realise that the Strasbourg Court has no democratic right to overrule us, *The Telegraph* v. 28.1.2012.

cher nationaler Verfassungsrichter hinausgeht. So werden beispielsweise die Richter des britischen Supreme Courts überhaupt nicht vom Volk gewählt, sondern von speziellen Kommissionen vorgeschlagen und anschließend vom Monarchen ernannt.²⁷

II. Völkervertragliche Verpflichtung aus der EMRK

Unabhängig von der Frage nach der demokratischen Legitimation seiner Richter, wurzelt die Legitimität des EGMR als Institution in der EMRK, in der sich die Vertragsstaaten verpflichtet haben, seine Urteile als für sie verbindlich anzuerkennen. Diese Verpflichtung gilt nach dem völkerrechtlichen Grundsatz *pacta sunt servanda* auch für das Vereinigte Königreich, das die Konvention als erster Staat im Jahre 1951 ratifiziert hat.²⁸ Gemäß Art. 19 EMRK hat der EGMR die Aufgabe, die Einhaltung der Verpflichtungen, welche die Vertragsparteien in der Konvention und den Protokollen dazu übernommen haben, sicherzustellen. Dies geschieht dadurch, dass der Gerichtshof nach Anrufung durch eine Individual- oder Staatenbeschwerde nach Art. 33 und 34 EMRK einen Vertragsstaat verurteilen kann, sollte er eine Verletzung eines der in der Konvention oder in den Protokollen garantierten Rechts feststellen. Gemäß Art. 46 EMRK sind die Vertragsstaaten verpflichtet, in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des Gerichtshofs zu befolgen. Wie dies im Einzelfall geschieht, ist dem jeweiligen Vertragsstaat selbst überlassen.²⁹ Nur in Ausnahmefällen, zum Beispiel anlässlich eines sogenannten Piloturteil-Verfahrens³⁰ oder wenn nur eine bestimmte Maßnahme in Frage kommt, kann der EGMR angeben, wie diese Maßnahme konkret auszusehen hat.³¹

Diese grundsätzliche Befugnis zum Erlass von Urteilen berechtigt den EGMR jedoch nicht zu einer grenzenlosen Freiheit bei der Auslegung der Konventionsrechte. Vielmehr ist anzunehmen, dass infolge der auf Konsens beruhenden Legitimität des EGMR seine Auslegungsfreiheit nur bis zu dem Punkt bestehen kann, an dem die Mitgliedstaaten der EMRK seine Rechtsprechung noch als legitim erachten. Dies ist zumindest dann nicht mehr der Fall, wenn sich die Vertragsstaaten zu sehr in ihrer Souveränität beeinträchtigt sehen.³²

III. Grenzen der Legitimität des EGMR

Daraus folgt, dass sich der Gerichtshof bei der Auslegung der Rechte aus der Konvention in einem Spannungsfeld zwischen der Achtung der Volkssouveränität und dem Schutz von Individualrechten befindet. Einerseits soll er zum Schutz von Indi-

27 Vgl. <https://www.supremecourt.uk/about/appointments-of-justices.html> (20.3.2015).

28 *Duranti*, (Fn. 5), S. 361 ff.

29 EGMR, Nr. 71503/01, *Assanidze gegen Georgien*, Rdnr. 202.

30 EGMR, Nr. 31443/96, *Broniowski gegen Polen*, Rdnr. 193 f.

31 EGMR, Nr. 71503/01, *Assanidze gegen Georgien*, Rdnr. 202.

32 Vgl. auch *Petman*, Menschenrechte zwischen souveränem Willen und internationalen Standards, in: Haller/Günther/Neumann (Hrsg.), Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa – Gerichte als Vormund der Demokratie?, 2011, S. 179.

vidualrechten als überstaatliche Kontrollinstanz fungieren, die korrigierend auf das Verhalten der Staaten einwirkt. Andererseits besteht die Gefahr, dass er sich bei der Wahrnehmung dieser Funktion zu einer „Vierten Instanz“³³ aufschwingt und dadurch seine Akzeptanz bei den Vertragsstaaten verliert.

Aufgrund der großen Vielfalt der Fälle, die der EGMR zu entscheiden hat, und der sich im Laufe der Zeit ändernden Rechtsanschauungen ist es unmöglich, abstrakt festzulegen, wo dabei die Grenze einer als legitim erachteten Auslegung verläuft. Gleichwohl haben sich aus der jahrzehntelangen Rechtsprechungspraxis gewisse Auslegungskriterien entwickelt, die das Gleichgewicht zwischen effektivem Menschenrechtsschutz und Achtung der nationalen Souveränität gewährleisten sollen. Diese können als vom ganz überwiegenden Teil der Mitgliedstaaten als anerkannt betrachtet werden und bilden somit gute Indikatoren dafür, wie weit der EGMR bei der Auslegung der Konventionsrechte gehen darf.

IV. Rechtsprechungsgrundsätze des EGMR

Grundsätzlich legt der EGMR die Konvention nach Wortlaut, Sinn und Zweck sowie Systematik aus.³⁴ Um einen effektiven Schutz von Individualrechten zu gewährleisten, vertritt der Gerichtshof jedoch die Auffassung, dass die EMRK als „lebendiges Instrument“ (*living instrument*)³⁵ zu betrachten und dementsprechend dynamisch auszulegen sei.³⁶

1. „Living instrument doctrine“

Dies bedeutet, dass der EGMR die in der Konvention niedergelegten Grundrechte nicht nach den Bedingungen zum Zeitpunkt ihrer Entstehung, sondern vielmehr auf der Grundlage der aktuellen sozialen und wirtschaftlichen Gegebenheiten interpretiert. Dadurch kann sich der in der Konvention festgelegte Menschenrechtsschutz im Laufe der Zeit ändern und sich flexibel an die jeweils aktuelle Situation anpassen. Mit dem Ziel, nicht theoretische und illusorische, sondern praktische und effektive Rechte zu gewähren (*effet utile*),³⁷ geht der EGMR dabei oft von einem sehr weiten Schutzbereich der Konventionsrechte aus. Obwohl diese dynamische Vertragsinterpretation auch heute noch vereinzelt kritisiert wird, lässt sie sich sehr gut durch das in der Prä-

33 *Lorange*, Definition und Entwicklung der Menschenrechte im internationalen Kontext und Volkssouveränität, in: Haller/Günther/Neumann, (Fn. 32), S. 195.

34 Vgl. auch Art. 31 ff. der Wiener Vertragsrechtskonvention, die diese gewohnheitsrechtlichen Regeln des Völkervertragsrecht kodifiziert haben.

35 EGMR, Nr. 5856/72, *Tyrer gegen Vereinigtes Königreich*, Rdnr. 32; *Cremer*, Regeln der Konventionsinterpretation, in: Dörr/Grothe/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2013, Kap. 4, Rdnr. 41.

36 *Ehlers*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrecht und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 2 III, Rdnr. 48.

37 Vgl. EGMR, Nr. 6694/74, *Artico gegen Italien*, Rdnr. 33; *Cremer*, (Fn. 35), Rdnr. 56; *Frowein*, Die evolutive Auslegung der EMRK, in: Marauhn (Hrsg.), Recht, Politik und Rechtspolitik in den internationalen Beziehungen, 2005, S. 5 f.

ambel formulierte Ziel, die Wahrung und Fortentwicklung der Menschenrechte zu gewährleisten, legitimieren und kann als allgemein akzeptierter Auslegungsstandard des EGMR betrachtet werden.³⁸

Als Gegengewicht hierzu hat der EGMR den Subsidiaritätsgrundsatz in seine Rechtsprechungsprinzipien aufgenommen, der dazu dient, nationale Sichtweisen auf Menschenrechte mit einer einheitlichen Anwendung der Konvention in Einklang zu bringen.³⁹

2. Subsidiaritätsgrundsatz und „Margin of Appreciation“

Nach diesem Prinzip ist die Einhaltung der EMRK in erster Linie Sache der Vertragsstaaten und der EGMR darf nur dann eine Verurteilung vornehmen, wenn offensichtliche Defizite festgestellt werden. Dabei geht der Gerichtshof grundsätzlich von einem Ermessensspielraum (*margin of appreciation*)⁴⁰ der Staaten hinsichtlich der Auslegung der Konvention aus. Wie weit dieser im Einzelfall reicht, hängt von verschiedenen Faktoren, wie zum Beispiel den Umständen, dem in Rede stehenden Handeln und seinem Hintergrund ab.⁴¹ Darüber hinaus werden in ständiger Rechtsprechung folgende Kriterien zur Bestimmung des Ermessensspielraums vertreten.

Zum einen differenziert der EGMR nach den in Rede stehenden Rechten aus der Konvention. Geht es um eines der absoluten Rechte aus Art. 3, 4 und 7 EMRK kommt den Vertragsstaaten in der Regel kein Ermessensspielraum zu, da ein solcher mit dem universellen Charakter dieser Bestimmungen nicht vereinbar wäre.⁴²

Bei relativen Rechten richtet sich der Ermessensspielraum unter anderem danach, ob ein europaweiter Konsens besteht oder nicht.⁴³ Dabei wird dessen Bestehen oder Nichtbestehen in erster Linie durch einen Vergleich der Rechtssysteme und der Praxis in den Konventionsstaaten ermittelt.⁴⁴ Mitunter stellt der EGMR aber auch auf internationale Menschenrechtsabkommen oder sogenanntes *soft law* ab. Wird festgestellt, dass bezüglich einer bestimmten Frage eine europaweit einheitliche Auffassung besteht, ist der staatliche Beurteilungsspielraum entsprechend enger und die Kontrolle durch den EGMR größer. Andersherum steht den Staaten ein weiter Ermessensspielraum zu, wenn sich keine Einheitlichkeit in den Gesetzen und in der Rechtspraxis der

38 *White/Ovey*, The European Convention on Human Rights, 2010, S. 73 ff.

39 *Arai-Takahashi*, The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR, 2002, S. 3; *Peters/Altwickler*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2012, § 2, Rdnr. 1 ff.

40 EGMR, Nr. 5493/72, *Handyside gegen Vereinigtes Königreich*; *White/Ovey*, (Fn. 38), S. 78 ff.; *Peters/Altwickler*, (Fn. 39), § 3, Rdnr. 18 f.

41 Vgl. EGMR, Nr. 30141/04, *Schalk und Kopf gegen Österreich*, Rdnr. 98; EGMR, Nr. 33985/96 und 33956/96, *Smith und Grady gegen Vereinigtes Königreich*, Rdnr. 88.

42 *Greer*, The margin of appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights, Human Rights Files No. 17, 2000, S. 27.

43 Vgl. *von Ungern-Sternberg*, Die Konsensmethode des EGMR, Eine kritische Bewertung mit Blick auf das völkerrechtliche Konsens- und das innerstaatliche Demokratieprinzip, AVR 51 (2013), S. 312-338.

44 *Prepelub*, Die Entwicklung der Margin of Appreciation-Doktrin im Hinblick auf die Pressefreiheit, ZaöRV 2001, S. 771-832.

anderen Staaten feststellen lässt. Dieser Auslegungsgrundsatz ermöglicht es einerseits, das in der EMRK erklärte Ziel eines einheitlichen menschenrechtlichen Schutzniveaus in Europa zu verfolgen. Andererseits stellt er aber auch sicher, dass die Mitgliedstaaten einen größtmöglichen Handlungsspielraum haben, so lange sich zu einem bestimmten Thema noch keine gemeinsame europäische Auffassung herausgebildet hat. Daher ist das Bestehen oder Nichtbestehen eines europäischen Konsens eines der wichtigsten Kriterien in der Rechtsprechung des EGMR.

Nicht zu vernachlässigen ist aber auch die Frage, wie wichtig das in Rede stehende Recht für den Einzelnen ist. Geht es um ein Recht mit einer hohen Bedeutung für die individuelle Existenz oder Identität des Einzelnen, besteht nur ein sehr enger staatlicher Ermessensspielraum.⁴⁵

Demgegenüber ist der Beurteilungsspielraum umso weiter, je mehr der betreffende Sachverhalt eine moralische und ethische Bewertung erfordert,⁴⁶ oder der Staat private und öffentliche Interessen gegeneinander abwägen muss.⁴⁷

3. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Auch wenn den Staaten ein weiter Beurteilungsspielraum zusteht, überprüft der EGMR die in Rede stehende Maßnahme anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips, um zu gewährleisten, dass die Staaten diesen nicht überschreiten. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss ein staatliches Verhalten, das in ein von der Konvention und den Protokollen geschütztes Recht eingreift, einen legitimen Zweck verfolgen und zur Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein.⁴⁸ Einen Schwerpunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung bildet dabei regelmäßig die Frage, ob die Maßnahme angemessen ist, d.h. ob der Vertragsstaat die widerstreitenden Interessen gegeneinander abgewogen und zu einem vertretbaren Ausgleich gebracht hat.

V. Zwischenfazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der EGMR aufgrund der ihm in der EMRK zugedachten Rolle als „Hüter der Konventionsrechte“ dazu befugt ist, Urteile gegen die Mitgliedstaaten zu erlassen und deren Umsetzung zu verlangen und hierzu auch hinreichend demokratisch legitimiert ist. Allerdings findet diese aus dem Konsens der Mitgliedstaaten abgeleitete Befugnis dort ihre Grenze, wo der EGMR bei der Auslegung der Konvention keinen angemessenen Ausgleich zwischen dynamischer Vertragsauslegung einerseits und Berücksichtigung nationaler Ermessensspielräume unter den Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit andererseits zu schaffen vermag.

45 EGMR, Nr. 6339/05, *Evans gegen Vereinigtes Königreich*, Rdnr. 77.

46 Vgl. EGMR, Nr. 21830/93, *X, Y und Z gegen Vereinigtes Königreich*, Rdnr. 44.

47 Vgl. EGMR, Nr. 42326/98, *Odièvre gegen Frankreich*, Rdnr. 49.

48 *Arai-Takahashi*, (Fn. 38), S. 14; *van Dijk/van Hoof*, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 1998, S. 79 f.

Versteht man diese Auslegungsgrundsätze also als eine Art rechtlichen Rahmen für die Legitimität von EGMR-Entscheidungen, muss dies auch im Hinblick auf die kritisierten Fälle gelten. Sollte sich herausstellen, dass der EGMR bei diesen Entscheidungen erheblich von den bewährten Grundsätzen abgewichen ist, würde dies die Behauptung der Konservativen, der Gerichtshof betreibe *mission creep*, rechtfertigen. Daher sollen im Folgenden die Kritikpunkte der Konservativen im Lichte der herausgestellten allgemeinen Rechtsprechungsgrundsätze analysiert werden.

D. „Arbitrary Strasbourg Diktats based on the Whims of European Judges“⁴⁹ – Die konservative Kritik im Lichte der Rechtsprechungsgrundsätze

Geordnet nach dem jeweils maßgeblichen Rechtsprechungskriterium lassen sich dabei folgende Punkte festhalten.

I. Nationales statt europäisches Problem

Die erste Gruppe von kritisierten Fällen zeichnet sich dadurch aus, dass die von den Konservativen behauptete Fehlinterpretation dem EGMR überhaupt nicht erkennbar zurechenbar ist. Hierbei geht es um die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK in Abschiebefällen, bei der dieser nach Auffassung der Konservativen die Schranken des Art. 8 Abs. 2 EMRK nicht berücksichtigt haben soll. Dies lässt sich jedoch weder mit den Entscheidungen des EGMR in Bezug auf das Vereinigte Königreich, noch anhand von Urteilen britischer Gerichte, die die Rechtsprechung des EGMR gemäß Section 2 des Human Rights Acts 1998 berücksichtigen müssen, belegen.

Der EGMR hat seit dem Jahr 2000 gerade einmal sechs Ausweisungsfälle gegen das Vereinigte Königreich entschieden und in lediglich drei davon eine Verletzung von Art. 8 EMRK festgestellt.⁵⁰ Dabei hat er jedes Mal überprüft, ob die Ausweisung im konkreten Fall überhaupt einen Eingriff in das Familien- oder Privatleben bedeutete.⁵¹ Wenn dies der Fall war, wurde festgestellt, dass dieser im Sinne des Art. 8 Abs. 2 EMRK nicht nur gesetzlich vorgesehen war, sondern auch einen der dort genannten legitimen Zwecke, nämlich den Schutz der nationalen und öffentlichen Sicherheit und der Rechte anderer, verfolgte.⁵² In der sich anschließenden Prüfung, ob der Eingriff „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ und verhältnismäßig war, legte der EGMR einen Katalog von Kriterien (u.a. die Familiensituation der betroffenen Person, die Schwere des von ihr begangenen Delikts, die Dauer ihres Aufenthalts im Vereinigten Königreich, ihre Gefährlichkeit für die öffentliche Sicherheit usw.)⁵³ zugrunde, anhand derer das öffentliche Interesse mit dem Recht des Betroffenen aus

49 Raab, Arbitrary diktats are based on the whims of European judges, *The Telegraph* v. 15.4.2012.

50 Miller/Gill, UK Cases at the European Court of Human Rights since 1975, *Standard Note* SN/IA/5611 v. 4.11.2014, S. 18–20.

51 EGMR, Nr. 8000/08, *A.A. gegen Vereinigtes Königreich*.

52 EGMR, Nr. 47486/06, *A.W. Khan gegen Vereinigtes Königreich*.

53 Vgl. EGMR, Nr. 1820/08, *Omojudi gegen Vereinigtes Königreich*, Rdnr. 41.

Art. 8 EMRK abgewogen wurde. Dies zeigt, dass der EGMR der Einschränkung der Rechte aus Art. 8 EMRK durchaus Rechnung getragen hat. Auch ist nicht ersichtlich, dass die Anwendung der dabei entwickelten Kriterien dazu geführt hätte, nationale Sicherheitsinteressen grundsätzlich hinter privaten Interessen zurückstehen zu lassen.

Damit können auch die Urteile britischer Gerichte, in denen die Abschiebung von Straftätern für unvereinbar mit Art. 8 EMRK erklärt wurde,⁵⁴ nicht auf in irgendeiner Weise fehlerhafte Vorgaben seitens des EGMR zurückgeführt werden. Vielmehr waren diese frei, eine eigenständige Abwägung zwischen den in Art. 8 EMRK gewährleisteten Rechten und dem öffentlichen Sicherheitsinteresse vorzunehmen. Mit anderen Worten betrifft die Kritik an der Anwendung von Art. 8 EMRK in Ausweisungsfällen ein rein nationales Problem, das dementsprechend auch auf nationaler Ebene gelöst werden kann, ohne die Rechtsprechung des EGMR in Frage stellen zu müssen.

II. Dynamische Auslegung

Die entscheidende Frage in den Fällen *Al-Skeini u.a.*, *Al-Jedda* und bei der Rechtsprechung in *Chahal*, *Sufi und Elmi* und *Othman* war, ob und inwieweit der EGMR dazu berechtigt ist, die Verpflichtungen aus der EMRK auf Sachverhalte auszudehnen, die außerhalb des Staatsgebiets der Mitgliedstaaten angesiedelt sind. Hierbei ist festzustellen, dass die Gründungsväter ursprünglich nicht von einer extraterritorialen Wirkung der EMRK ausgegangen⁵⁵ sind und der EGMR diese Auffassung auch im Urteil *Bankovic gegen Belgien*⁵⁶ bestätigt hat. Wenn er inzwischen Art. 1 EMRK dahingehend interpretiert, dass die EMRK in bestimmten Ausnahmefällen auch außerhalb des Territoriums der Mitgliedstaaten Anwendung findet und außerdem aus Art. 3 EMRK eine Schutzpflicht gegen im Ausland drohende Folter oder unmenschliche Behandlung herleitet, stellt dies ein typisches Beispiel der dynamischen Vertragsauslegung nach der „living instrument“-Doktrin dar.

Zum einen kann dies damit begründet werden, dass diese Interpretation dem Schutzstandard anderer völkerrechtlicher Übereinkommen entspricht. So legen Art. 33 der Genfer-Flüchtlingskonvention 1951, Art. 11 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens 1957 und Art. 3 der UN-Antifolterkonvention 1984 fest, dass Menschen dann nicht ausgeliefert oder abgeschoben werden dürfen, wenn ihnen im Empfangsstaat die Todesstrafe, Folter oder eine sonstige Gefahr für Leben oder Freiheit drohen. Zum anderen kann sich der EGMR im Hinblick auf seine Auslegung des Begriffs „Hoheitsgewalt“ im Sinne des Art. 1 EMRK auf ein Urteil des Internationalen Gerichtshofs⁵⁷ berufen, in dem dieser entschieden hatte, dass Staaten auch dann ihren

54 *Barrett*, 102 foreign criminals and illegal immigrants we can't deport, the telegraph v. 11.6.2011; *ders.*, Foreign criminals win 'family life' cases, The Telegraph v. 15.10.2011.

55 *Richter*, EGMR v. 12.12.2001 – *Bankovic*, in: Menzel/Pierlings/Hoffmann (Hrsg.), Völkerrechtsprechung, Ausgewählte Entscheidungen zum Völkerrecht in Retrospektive, 2005, S. 487.

56 EGMR, Nr. 52207/99, *Bankovic gegen Belgien*.

57 IGH, Urt. v. 19.12.2005, *Demokratische Republik Kongo gegen Uganda*.

Pflichten aus internationalen Menschenrechtsübereinkommen nachkommen müssen, wenn sie das Gebiet eines anderen Staates besetzen.

Gleichwohl birgt ein solch weites Verständnis von der Anwendbarkeit der EMRK und der Pflichten aus Art. 3 EMRK die Gefahr, die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten immer weiter auszudehnen und dadurch über das Ziel der EMRK, einen einheitlichen und effektiven Menschenrechtsschutz für den europäischen Raum zu schaffen, hinauszuschießen. Dem stehen nicht nur die Briten kritisch gegenüber, sondern auch von deutscher Seite wurde vor der Umformung von Art. 3 EMRK zu einer Generalklausel eines allgemeinen Flüchtlingsschutzes gewarnt. So war auch der Oberbundesanwalt der Meinung, die

„Anwendung des Art. 3 EMRK auf Auslandsfolgen aufenthaltsbeendender Maßnahmen gehe bereits über den Konventionswortlaut hinaus und könne in letzter Konsequenz dazu führen, dass den die Rückführung betreibenden Staat die volle Verantwortung für das Unterbleiben einer Rechtsbeeinträchtigung des Ausländers treffe, also beispielsweise auch dafür, dass die medizinische Versorgung, die Versorgungslage oder die Situation in den Haftanstalten der Herkunftsstaaten den Verbürgungen der EMRK entsprächen.“⁵⁸

Der Fall *Sufi und Elmi*, in denen der EGMR eine Verletzung von Art. 3 EMRK angenommen hat, obwohl die Bedrohung nicht einmal von staatlichem Handeln ausging, sondern der allgemeinen Situation in Mogadischu geschuldet war und der Fall *Othman*, in dem das Abschiebeverbot anhand der Garantien aus Art. 6 EMRK ausgeweitet wurde, scheinen eine solche Tendenz zu bestätigen.

Eine ähnliche Problematik stellt sich in den Fällen *Al-Skeini* und *Al-Jedda*. Sobald man die Konvention für anwendbar hält, müssten konsequenterweise nicht nur die Rechte aus Art. 2 EMRK, sondern auch alle anderen Rechte aus der Konvention gewährleistet werden.⁵⁹ Damit hätte das Vereinigte Königreich in diesen Fällen nicht nur das Recht auf Leben nach Art. 2 EMRK, sondern auch zum Beispiel das Recht auf Bildung nach Art. 2 des 1. ZP gewährleisten müssen, was angesichts der damaligen Situation im Irak mehr als utopisch erscheint. Geht man dagegen davon aus, dass sich die Anwendbarkeit der EMRK auch nur auf einen Teil der dort gewährleisteten Rechte beziehen kann, steht man unweigerlich vor dem Problem, eine logische und kohärente Abgrenzung zwischen den anwendbaren und den nicht anwendbaren Rechten zu treffen. Solange es diesbezüglich an einer gefestigten Rechtsprechung des EGMR fehlt, sind die Staaten, wie es die Konservativen zutreffend festgestellt haben, tatsächlich mit Unsicherheiten bezüglich ihrer Verpflichtungen aus der EMRK bei Auslandseinsätzen belastet.

Dagegen stellt die vom EGMR im Fall *Chahal* erteilte Absage an eine Abwägung zwischen dem Recht aus Art. 3 EMRK und der nationalen Sicherheit keine übermäßig dynamische Interpretation dar. Denn nach der Systematik der EMRK ist Art. 3 EMRK eindeutig als nicht einschränkbares (absolutes) Recht einzuordnen, womit sich jede Abwägung zwischen der Gefährlichkeit der Person und ihrem Recht aus Art. 3

58 BVerwG, Az. 9 C 38/96 – Urt. v. 15.4.1997, Rdnr. 8.

59 Vgl. EGMR, Nr. 55721/07, *Al-Skeini u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, Sondervotum Richter Bonello, Rdnr. 31.

EMRK verbietet. Überhaupt scheint die Idee der Konservativen, dass ein „besserer Ausgleich zwischen Rechten und Pflichten geschaffen werden müsste“,⁶⁰ problematisch, da dies zu implizieren scheint, dass die Gewährung grundlegender Rechte von einem „guten“ Verhalten abhängen soll.⁶¹ Eine solche Ansicht findet jedoch weder eine Grundlage in der Europäischen Menschenrechtskonvention, noch wäre sie mit den Grundsätzen der Universalität und Unveräußerlichkeit von Menschenrechten vereinbar.

III. Eingeschränkter Beurteilungsspielraum bei Bestehen eines europäischen Konsens

Die Rechtssache *Vinter u.a.* ist ein typisches Beispiel für die Anwendung des Prinzips, dass ein an sich weiter Beurteilungsspielraum bei Bestehen eines europäischen Konsens entsprechend eingeschränkt werden kann und zur Wahrung eines europaweit einheitlichen Menschenrechtsstandards eventuell auch eingeschränkt werden muss.

Grundsätzlich stellte der EGMR in dieser Entscheidung klar, dass die Entscheidung für ein bestimmtes Strafsystem sowie die Bestimmung der Höhe von Freiheitsstrafen Sache der Mitgliedstaaten sei und diesen dabei ein sehr weiter Beurteilungsspielraum zustehe. Daher seien die Staaten auch frei in der Entscheidung, lebenslange Freiheitsstrafen für besonders schwere Verbrechen, wie zum Beispiel Mord zu verhängen. Solche lebenslangen Freiheitsstrafen, insbesondere wenn sie nicht gesetzlich zwingend, sondern in das Ermessen eines unabhängigen Richters gestellt sind, seien nicht per se unvereinbar mit Art. 3 oder irgendeinem anderen Artikel der EMRK.⁶²

Gleichwohl stellte der EGMR fest, dass das Vereinigte Königreich mit der Verhängung von lebenslangen Freiheitsstrafen unter ausdrücklichem Ausschluss jeglicher Möglichkeit einer nachträglichen Strafaussetzung den ihm zustehenden Ermessensspielraum überschritten habe. Dies ergebe sich aus dem aktuell bestehenden europäischen Konsens, nach dem allen Strafgefangenen, also auch den zu lebenslanger Haft verurteilten, die Möglichkeit der Rehabilitation gegeben und unter Voraussetzung deren Erfolgs eine vorzeitige Entlassung in Aussicht gestellt werden müsste. Tatsächlich leitet sich dieser Konsens nicht nur aus den Europäischen Gefängnisregeln 2006 und den Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarats, sondern auch aus der langjährigen Rechtsprechung der deutschen und italienischen Verfassungsgerichte⁶³ und der Praxis in den Mitgliedstaaten ab, nach der entweder gar keine lebenslangen Freiheitsstrafen verhängt werden oder zumindest eine Überprüfung der Strafzumes-

60 *Grayling*, (Fn. 2), S. 5.

61 Vgl. auch *Tzanakopoulos*, *The Tories and the ECHR: Mere Incompetence or Deliberate Deception?*, *EJIL-Analysis* v. 7.10.2014, <http://www.ejiltalk.org/the-tories-and-the-echr-mere-incompetence-or-deliberate-deception/> (20.3.2015).

62 EGMR, Nr. 66069/09, 130/10 und 3896/10, *Vinter u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, Rdnr. 106 sowie 85 ff.

63 Vgl. u.a. BVerfGE 45, 187; Corte Costituzionale, Nr. 204/1974 – Urt. v. 27.6.1974.

sung nach einer bestimmten Zeit erfolgen muss.⁶⁴ Selbst im Vereinigten Königreich war bis zum Jahre 2003 gesetzlich vorgesehen, dass jede lebenslängliche Freiheitsstrafe nach 25 Jahren auf ihre weitere Angemessenheit überprüft werden müsse.

Diese Analyse zeigt, dass bereits die Behauptung der Konservativen, der EGMR habe entschieden, dass lebenslange Freiheitsstrafen auch bei den schwersten Verbrechen per se gegen Art. 3 EMRK verstießen,⁶⁵ unzutreffend ist. Zudem stützt sich die Entscheidung auf das starke Argument des gemeinsamen europäischen Konsens und kann damit nicht als besonders extensiv bezeichnet werden. Darüber hinaus stellte der EGMR in *Vinter u.a.* klar, dass dieses Urteil weder zur Folge habe, dass die drei Beschwerdeführer vorzeitig entlassen werden müssten, nach dass sich irgendeine Pflicht daraus ergebe, Schwerstverbrecher vorzeitig aus der Haft zu entlassen.

IV. Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip

In der letzten Gruppe von Fällen – *Dickson* und *Hirst* – erfolgten die Verurteilungen durch den EGMR wegen Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip.

In *Dickson* stellte der EGMR zunächst fest, dass die Weigerung des Innenministers, dem Strafgefangenen *Dickson* und seiner Frau Zugang zu künstlicher Befruchtung zu gewähren, einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK darstelle. Dieser könne aber aufgrund öffentlicher Interessen gerechtfertigt sein, wobei dem Vereinigten Königreich bei der Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen ein weiter Ermessensspielraum zustünde. Dieser ergebe sich – obwohl es sich um ein Recht mit großer Bedeutung für das Privatleben des Einzelnen handele – daraus, dass über dieses Thema kein europäischer Konsens bestünde.

Anders als es die Darstellung dieses Falls durch die Konservativen und die Medien vermuten lässt, gab es im britischen Recht bereits lange Zeit vor dem „*Dickson*“-Urteil Richtlinien, nach denen Strafgefangenen unter bestimmten Voraussetzungen Zugang zu künstlicher Befruchtung gewährt werden konnte.⁶⁶ Diese Voraussetzungen waren, dass eine Empfängnis auf natürlichem Wege wegen der Verbüßung der Gefängnisstrafe einer der Partner ausgeschlossen sei und darüber hinaus außergewöhnliche Umstände vorlägen.⁶⁷ Im Fall *Dickson* war die erste Voraussetzung erfüllt, jedoch verweigerte der Innenminister den Zugang zu künstlicher Befruchtung mit der Begründung, es sei zu befürchten, dass für ein Kind nicht in angemessener Weise gesorgt werden würde und in der Bevölkerung der Eindruck entstünde, der Sinn und Zweck von Freiheitsstrafen werde ausgehöhlt.⁶⁸ Der EGMR akzeptierte beide Begründungen als legitimen Zweck, stellte aber fest, dass die genannten Kriterien für die Zulassung unverhältnismäßig seien, da sie es nicht erlauben würden, die öffentlichen und privaten

64 EGMR, Nr. 66069/09, 130/10 und 3896/10, *Vinter u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, Rdnr. 114 ff.

65 *Grayling*, (Fn. 2), S. 3.

66 *Edwards*, *Grayling's Red Herring – Human Rights, IVF and Prisoners*, Euro Rights – Blogging on the ECHR & UK HRA, 2014.

67 *R v Secretary of State for the Home Department ex p Mellor* [2001] EWCA Civ.

68 EGMR, Nr. 44362/04, *Dickson gegen Vereinigtes Königreich*, Rdnr. 75 f.

Interessen in angemessener Weise gegeneinander abzuwägen. Insbesondere würde den Klägern eine derart hohe Beweislast für den Nachweis von „außergewöhnlichen Umständen“ auferlegt, dass es weder dem Innenministerium, noch den nationalen Gerichten in diesem Fall möglich war, eine angemessene Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen.

Damit wird klar, dass der EGMR mit *Dickson* kein „Recht“ auf künstliche Befruchtung für Strafgefangene geschaffen, sondern lediglich geurteilt hat, dass die bestehenden Regelungen dahingehend angepasst werden müssen, dass sie eine angemessene Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen ermöglichen. Auch hat die vorgenommene Änderung nicht dazu geführt, dass die Regierung des Vereinigten Königreichs „viel mehr Strafgefangenen den Zugang zu künstlicher Befruchtung gewähren musste“, wie es die Konservativen in ihrem Strategie-Papier behaupten.⁶⁹ Lediglich einer der 13 seit dem „Dickson“-Urteil gestellten Anträge hatte bislang Erfolg.⁷⁰

Im „Hirst“-Urteil wiederholte die Große Kammer ihre Rechtsprechung, dass Art. 3 des 1. ZP nicht nur eine Verpflichtung für Staaten enthalte, Wahlen zu veranstalten, sondern auch das aktive und passive Wahlrecht als subjektive Rechte von überragender Bedeutung für die Einrichtung und Bewahrung eines demokratischen Rechtsstaats gewähre.⁷¹ Allerdings handele es sich dabei nicht um absolute Rechte und den Staaten stehe ein weiter Ermessensspielraum zu, diese zu beschränken.⁷² Dies gelte auch für die Frage, ob Strafgefangene von Wahlen ausgeschlossen werden sollten, da über diese Frage kein europäischer Konsens bestehe. Gleichwohl müssten die nationalen Regelungen zum Wahlrechtsentzug dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen, um mit Art. 3 des 1. ZP vereinbar zu sein. Dabei sei insbesondere zu beachten, dass die gewählten Maßnahmen den Wahlprozess nicht in einer Weise beeinträchtigen dürfen, dass der Wille des Volkes nicht mehr unverfälscht zum Ausdruck komme. Insbesondere der Ausschluss ganzer Bevölkerungsgruppen von der Wahl müsse kritisch gesehen werden, da bei jeder Abweichung vom Prinzip des allgemeinen Wahlrechts die Gefahr bestehe, die demokratische Legitimation des Gesetzgebers zu unterlaufen.⁷³

Ausgehend von diesen Überlegungen stellte der Gerichtshof fest, dass eine große Reihe von Zwecken mit Art. 3 des 1. ZP kompatibel sein könnten und akzeptierte aus diesem Grund das von der Regierung genannte Ziel, durch den Wahlausschluss als zusätzlicher Bestrafung Kriminalität vorzubeugen und bürgerschaftliche Verantwortung und den Respekt für den Rechtsstaat zu stärken. Allerdings befand der EGMR, dass der automatische Ausschluss aller Strafgefangenen von der Wahl, ohne dabei nach der Länge der Haftstrafen, der Schwere der begangenen Taten oder nach individuellen Umständen zu differenzieren, willkürlich und diskriminierend sei und deshalb nicht

69 *Grayling*, (Fn. 2), S. 3.

70 *Doyle*, I'll ban IVF for prisoners, says Grayling: Justice Secretary vows to take on Strasbourg Judges, Daily Mail v. 28.2.2013.

71 EGMR, Nr. 74025/01, *Hirst gegen Vereinigtes Königreich*, Rdnr. 56-58.

72 *Ibid.*, Rdnr. 61.

73 *Ibid.*, Rdnr. 62.

dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genüge. So hänge es vor allem vom Zeitpunkt der Wahlen und nicht zwingend von der Dauer der verhängten Haftstrafe ab, ob jemand vom Wahlausschluss tatsächlich betroffen sei oder nicht. Außerdem bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass das Parlament jemals versucht hätte, die Verhältnismäßigkeit zwischen Pauschalausschluss und Wahlrecht der Gefangenen abzuwägen. Obwohl sich mehrere Regierungen in Folge für die Beibehaltung des Ausschlusses ausgesprochen hätten, könnte nicht gesagt werden, dass irgendeine Debatte im Parlament darüber unter Berücksichtigung moderner Strafpolitik und gegenwärtiger Menschenrechtsstandards stattgefunden hätte.⁷⁴

Diese Begründung zeigt zwar, dass es dem EGMR nicht darum ging, sich bei der Strafpolitik an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen, sondern er sich in der Rolle sah, die Verhältnismäßigkeit der britischen Regelung zu überprüfen. Allerdings ist nicht zu leugnen, dass gerade bei politisch sensiblen Themen wie dem Gefangenenwahlrecht, bei denen kein europäischer Konsens besteht und die Staaten einen weiten Ermessensspielraum haben, sich letzteres mit ersterem überschneiden kann. Daher ist in solchen Fällen richterliche Zurückhaltung geboten und eine Unverhältnismäßigkeit nur unter schwerwiegenden Umständen anzunehmen. Auch wenn das Urteil im Ergebnis zu befürworten ist, kann doch bezweifelt werden, ob der bloße Hinweis auf die mangelnde Differenzierung nach individuellen Umständen und auf die (angebliche) Nichtberücksichtigung einer modernen Strafpolitik seitens des britischen Parlaments diesen Anforderungen genügt hat. Zum einen passt es nicht zusammen, dass den Staaten zwar ein weiter Spielraum hinsichtlich ihres Strafsystems zukommen soll, der Gerichtshof dann aber festlegt, wie eine „moderne Strafpolitik“ auszusehen hat. Zum anderen kann man die Befugnis des EGMR in Frage stellen, über Abwägungs- und Entscheidungsprozesse innerhalb der nationalen Gesetzgebungskörperschaften zu urteilen. Insbesondere wenn sich sowohl Regierung als auch das Parlament eines Staates mehrfach dafür aussprechen, eine bestimmte Regelung beizubehalten, kann und muss vielleicht sogar davon ausgegangen werden, dass diese Entscheidung bewusst und unter Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen getroffen wurde. Vor diesem Hintergrund ist es nicht abwegig, die „Hirst“-Entscheidung als unzulässige Intervention in die gesetzgeberischen Befugnisse zu betrachten, wie es im Übrigen auch eine Minderheit der EGMR-Richter⁷⁵ und einige Rechtswissenschaftler getan haben.⁷⁶

E. Back to the Magna Carta? – Überlegungen zum Schluss

Im Ergebnis zeigt sich, dass sich der Gerichtshof in den kritisierten Fällen an sein differenziertes System zur Gewährleistung eines effektiven Menschenrechtsschutzes

⁷⁴ Ibid., Rdnr. 79.

⁷⁵ Ibid., gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler* und *Jebens*.

⁷⁶ Vgl. z.B. *Bombhoff, Hirst v. UK: Grand Chamber of the ECHR Rules on Voting Rights for Prisoners*, *Comparative Law Blog* v. 6.10.2005; *Alford*, „Civic Death“ Penalty Violates European Convention, *Opinio Juris* v. 13.10.2005.

bei gleichzeitiger Achtung nationaler Souveränität gehalten hat. Auch kann festgestellt werden, dass die Behauptungen der Konservativen, was den angeblichen *mission creep* des EGMR betrifft, in einigen Aspekten entweder nicht zutreffend oder übertrieben sind. So werden die Urteile des EGMR sowohl in ihrer Grundaussage (*Vinter u.a.*, *Dickson*), als auch in ihrer Auswirkung auf den nationalen Entscheidungsspielraum (*Dickson*, Ausweisungsfälle bezüglich Art. 8 EMRK) unrichtig dargestellt. Abgesehen davon zeigt die britische Kritik aber auch Punkte auf, bei denen mit guten Argumenten eine größere richterliche Zurückhaltung gefordert werden kann (*Sufi und Elmi*, *Hirst*).

Allerdings ist fraglich, ob diese Kritikpunkte so schwerwiegend sind, dass sie es rechtfertigen, unter Androhung eines Austritts aus der EMRK die Möglichkeit einer Kontrolle des EGMR durch die nationalen Parlamente zu fordern. Hierbei darf nicht vergessen werden, dass dem Gerichtshof ein gewisser Entscheidungsspielraum zugebilligt werden muss, damit er seine in der EMRK zugewiesene Funktion unabhängig und effektiv wahrnehmen kann. Dies impliziert aber auch, ihm nicht gleich jede Legitimität abzuspochen, wenn man einzelne Entscheidungen für zu weitgehend hält. Darüber hinaus würde die Möglichkeit eines *democratic override* zwar den britischen Vorstellungen der Parliamentsouveränität entsprechen, wäre aber im Sinne eines effektiven Menschenrechtsschutzes in Europa nicht praktikabel.⁷⁷ So wäre zum einen zu befürchten, dass die Staaten in Zukunft die Umsetzung von unbequemen Urteilen mit einer Mehrheit im Parlament blockieren. Dies könnte besonders in Staaten, die eine weniger ausgeprägte demokratische und rechtsstaatliche Tradition als das Vereinigte Königreich haben, fatale Folgen für den Menschenrechtsschutz haben. Zum anderen würde dem EGMR die Möglichkeit genommen, die Rechte von weniger geachteten Bevölkerungsgruppen und Minderheiten wie zum Beispiel Strafgefangenen und Flüchtlingen gerade gegen nationale Mehrheiten durchzusetzen. Darüber hinaus würde auch die Errungenschaft der Individualbeschwerde konterkariert, wenn die nach einem langjährigen Prozess erlangten Urteile am Ende von den Mitgliedstaaten nicht umgesetzt werden müssten.

Weiterhin darf nicht vergessen werden, dass das Vereinigte Königreich keineswegs in einer Weise der Rechtsprechung des EGMR ausgeliefert ist, wie es die Konservativen darstellen. Wie die Grundsätze der Subsidiarität und der *margin of appreciation* zeigen, ist es dem Gerichtshof durchaus bewusst, dass seine Legitimität auf dem Konsens der Mitgliedstaaten beruht und er sich deshalb nicht als „Vierte Instanz“ aufspielen kann, die keine Rücksicht auf die Meinung der nationalen Parlamente nimmt. Dies zeigt sich auch daran, dass der EGMR es der britischen Regierung nach dem „Hirst“-Urteil mehrmals ermöglicht hat, ihre Position darzulegen, Fristverlängerungen bei der Umsetzung des Urteils gewährt und auch bei den zu erfüllenden Kriterien eingelenkt hat.⁷⁸ Zudem hat das Vereinigte Königreich bei der Konferenz von Brighton erreicht, dass ein ausdrücklicher Hinweis auf den Subsidiaritätsgrund-

77 Vgl. auch *Breuer*, Demokratieprinzip versus Rechtsstaatsprinzip?, UK strebt nach „democratic override“ des EGMR, *VerfBlog* v. 21.7.2014.

78 *Wagner*, *Strasbourg's prisoner votes judgment amounts to a retreat, but no surrender*, *The Guardian* v. 22.5.2012.

satz und die „margin of appreciation“-Doktrin durch das Protokoll Nr. 15 in die Präambel der EMRK aufgenommen wird.⁷⁹ Daran zeigt sich, dass die britischen Befürchtungen vor einer zu ausufernden Rechtsprechung nicht nur vom EGMR, sondern auch von den anderen Vertragsstaaten der EMRK wahrgenommen wurden und gemeinsam eine entsprechende Anpassung der EMRK vorgenommen wurde.

Unter Berücksichtigung all dieser Überlegungen erscheinen auch diejenigen Kritikpunkte der Konservativen, die man für berechtigt halten kann, nicht schwerwiegend genug, um ihre Forderung nach der Möglichkeit eines *democratic overrides* oder den Austritt aus einem über 60 Jahre lang funktionierenden System zu rechtfertigen.

79 Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 213.