„Sharing or shifting responsibility?“ – Bedeutung der neuerlichen Hervorhebung von „Subsidiarität“ und „nationalen Einschätzungsspielräumen“ für die Durchsetzung von Verfassungswerten durch den EGMR

Helen Küchler*

Inhalt

A. Der aktuelle Stand des Reformprozesses 347
B. Die Durchsetzung von Verfassungswerten 351
C. Das Subsidiaritätsprinzip 354
I. Ausprägungen des Subsidiaritätsprinzips 354
1. Prozessuale Subsidiarität 355
2. Materielle Subsidiarität: Die „margin of appreciation“ 356
3. Anwendung auf den sensiblen Bereich der Verfassungswerte 359
II. Beschränkungen des Subsidiaritätsprinzips 360
1. Konsensprinzip 361
2. Andere Auslegungsgrundsätze 362
a) Effektivitätsgrundsatz 362
b) „Living instrument“-Doktrin 362
c) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip 365
III. Zwischenfazit 366
D. Kritische Auseinandersetzung mit den Reformansätzen 366

A. Der aktuelle Stand des Reformprozesses

Seit nunmehr fünf Jahren beschäftigen sich Hohe Vertreter der Konventionsstaaten immer wieder im Rahmen von Konferenzen – Interlaken, Izmir, Brighton – mit der Reform des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), um dessen Überlastung in den Griff zu bekommen.[1] Dieses Jahr, auf halbem Weg des in Inter-

* Dipl.-Jur. Helen Küchler, Master II, ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Jean-Monnet-Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht (Prof. Dr. Thomas Giegerich) und Lehrbeauftragte für Europäische Integration an der Universität des Saarlandes.

1 *Jahn*, Normative Guidance from Strasbourg Through Advisory Opinions, ZaöRV 2014, S. 822.

laken definierten „Action Plan", fand das – wenig beachtete[2] – Treffen der Staatsvertreter vom 26.-27. März in Brüssel statt. Auf den Titel der Konferenz – „*Implementation of the European Convention on Human Rights: Our Shared Responsibility*" – schaffte es, wenn auch etwas verklausuliert, ein den Reformprozess schon seit Interlaken prägendes Prinzip: Die Subsidiarität. Noch vor der Konferenz in Interlaken hatte der damalige Präsident des EGMR, *Jean-Paul Costa*, die Staaten zur Übernahme von mehr – ihrer primären Zuständigkeit entsprechenden – Verantwortung bei der Durchsetzung der Konventionsrechte aufgefordert. Dabei hatte er den Begriff der „*shared responsibility*" geprägt. Die Staaten sollten dem Subsidiaritätsgedanken entsprechend die Arbeit des EGMR nicht nur unterstützen, sondern mit ihm teilen.[3] Obwohl in dieser Hinsicht seit Interlaken laut dem aktuellen Präsidenten, *Dean Spielmann*, schon viel erreicht wurde, wiederholte er *Costas* Aufruf in seiner Eröffnungsrede zur Brüsseler Konferenz.[4]

Wie eigentlich jede der bisherigen Abschlusserklärungen nahm auch die „*Brussels Declaration*" diesen Fokus auf[5] und betonte in mehreren Bestimmungen die zentrale Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für den Reformprozess.[6] Darüber hinaus wurde der EGMR – entgegen der Empfehlung der um dessen Unabhängigkeit fürchtenden NGOs[7] – dazu „eingeladen", seine aus dem Subsidiaritätsgrundsatz folgende Rechtsprechung bezüglich der nationalen Einschätzungsspielräume („*margin of appreciation*") weiterhin „umsichtig" anzuwenden.[8] Hinter dieser vorsichtigen Formulierung stand die deutliche Aufforderung an den EGMR diese souveränitätsfreundliche Rechtsprechung trotz aller Kritik aus der Literatur (genauer in Fn. 85 ff.) nicht aufzugeben, sondern möglichst noch auszubauen.

Die Sorge der Staaten um ihre Souveränität war schon zuvor Hauptmotivator für einige der zuletzt ergangen Reformen gewesen. Ein Beispiel hierfür bietet Art. 1 Protokoll Nr. 15 zur EMRK, welcher das Subsidiaritätsprinzips und den „Ermessensspielraums" als neuen Beweggrund in der Präambel der Konvention explizit verankert:

2 In der Literatur war nur ein aktueller Kommentar zur Brüsseler Konferenz zu finden: *Leach/Donald*, Human Rights Implementation: Our Shared Responsibility, EJIL: Talk! v. 22.3.2014, www.ejiltalk.org/human-rights-implementation-our-shared-responsibility/ (28.6.2015).

3 *Costa*, Memorandum of the President of the ECHR to the States with a view to preparing the Interlaken Conference v. 3.7.2009, www.echr.coe.int/Documents/Speech_20090703_Costa_Interlaken_ENG.pdf (28.6.2015), S. 3: „*Interlaken should not be perceived merely as an opportunity to provide assistance to the Court unilaterally. It must acknowledge the sharing of responsibility between the States and the Court.*"

4 *Spielmann* in seiner Rede zum Auftakt der Brüsseler Konferenz, www.echr.coe.int/Documents/Speech_20150326_Spielmann_Conference_Bruxelles_FRA.pdf (28.6.2015), S. 1 und 4.

5 *Rainey/Wicks/Ovey*, in: Jacobs/White/Ovey (Hrsg.), The European Convention on Human Rights, 6. Aufl. 2014, S. 53.

6 Brussels Declaration v. 27.3.2015, http://justice.belgium.be/fr/binaries/Declaration_EN_tcm421-265137.pdf (28.6.2015), S. 1-3, 5, 7 f.

7 Joint NGO Statement on the draft Brussels Declaration on the "Implementation of the European convention on Human rights, our shared responsibility", www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/joint-ngo-brussels-declaration-20150303%20%282%29.pdf (28.6.2015), S. 2.

8 Brussels Declaration, (Fn. 6), S. 3.

> „in Bekräftigung dessen, dass es nach dem *Grundsatz der Subsidiarität* in erster Linie Aufgabe der Hohen Vertragsparteien ist, die Achtung der in dieser Konvention und den Protokollen dazu bestimmten Rechte und Freiheiten zu gewährleisten, und dass sie dabei über einen *Ermessensspielraum* verfügen, welcher der Kontrolle des durch diese Konvention errichteten EGMR untersteht."[9]

Da diese schon am 24. Juni 2013 zur Unterzeichnung aufgelegten Bestimmungen jedoch mangels Ratifikation durch alle Konventionsstaaten noch nicht in Kraft getreten sind,[10] verleiht die Brüsseler Erklärung dieser Reformrichtung erneut Nachdruck und zeugt davon, dass die Konventionsstaaten zumindest hinter diesen Regeln des Protokolls weiterhin geschlossen stehen.

Dies impliziert, dass die Staaten nach wie vor bereit sind die, ihnen in Art. 1 Protokoll Nr. 15 zugewiesene primäre Verantwortung für die effektive Gewährleistung der Konventionsrechte zu übernehmen. Denn nur wenn ihnen dies gelingt, kann der EGMR seine Kontrolle zurücknehmen. Diese beiden Seiten des Subsidiaritätsprinzips sind unabdingbar synallagmatisch miteinander verbunden. Hierzu im Widerspruch stehen jedoch die aktuellen Entwicklungen in Großbritannien, die nur auf die Umsetzung der einen Seite des Subsidiaritätsprinzips pochen: Die Rücknahme der externen Kontrolle durch den EGMR. Dies forderten die regierenden Konservativen wiederholt,[11] und Großbritannien ratifizierte dementsprechend auch das Protokoll Nr. 15 als einer der ersten Konventionsstaaten.[12]

Auf der anderen Seite droht Großbritannien seiner aus dem Subsidiaritätsprinzip resultierenden Verantwortung für die Durchsetzung der Konventionsrechte bald nicht mehr gerecht zu werden, sollten die Pläne von *David Cameron*, den *Human Rights Act* (HRA) von 1998 aufzuheben, der die Konventionsrechte zu einem Teil englischen Rechts und somit durch nationale Gerichte direkt anwendbar gemacht hatte,[13] in die Tat umgesetzt werde. Kommt es also tatsächlich zu einer Aufhebung

9 Übersetzung im Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Drs. 399/14 v. 29.8.2014, www.egmr.org/emrk/BR_Drs_399_14.pdf (28.6.2015), S. 4.

10 Gesamtzahl der Ratifikationen: 14, Gesamtzahl der Unterzeichnungen ohne Ratifikation: 26, siehe Liste unter www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=213&CM=8&DF=&CL=ENG (28.6.2015). In Kraft treten kann das Protokoll erst, wenn alle Vertragsparteien ihre Zustimmung ausgedrückt haben, durch das Protokoll gebunden zu sein, vgl. Art. 7 Protokoll Nr. 15.

11 Strategie Papier der Konservativen von 2014, Protecting Human Rights in the UK – the Conservative's proposal for changing Britain's human rights laws; mehr dazu bei *Durst*, „Strasbourg has developed mission creep": Wie berechtigt ist die Kritik der britischen Konservativen Partei am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, ZEuS 2015, S. 207 ff.

12 Großbritannien war unter den zehn ersten Staaten, die das Protokoll ratifizierten, vgl. www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=213&CM=8&DF=&CL=ENG (28.6.2015).

13 *Coppel*, The Human Rights Act 1998 – Enforcing the European Convention in the Domestic Courts, 1999, S. 4.

des HRA,[14] würde das bedeuten, dass die britische Regierung sich weigert, ihren Beitrag zur Gewährleistung der Konventionsrechte zu leisten und somit die – von ihr geforderte – Realisierung des Subsidiaritätsprinzips selbst torpediert.

Trotz dieses paradoxen Verhaltens Großbritanniens bekräftigten die Konventionsstaaten gemeinsam auch im Protokoll Nr. 16 erneut zumindest indirekt ihren Glauben an das Subsidiaritätsprinzip.[15] Dieser Grundsatz war der Grund für die vom supranationalen Vorbild, dem Vorabentscheidungsverfahren der Europäischen Union, abweichende Ausgestaltung des Gutachtenverfahrens zum EGMR. Entsprechend dem Subsidiaritätsgedanken dürfen nach dem Protokoll Nr. 16 nur die höchsten Gerichte („*highest courts and tribunals*") vorlegen, und zwar lediglich grundsätzliche Fragen in Bezug auf die Interpretation oder Anwendung der Konventionsrechte. Zudem sind die Gutachten nicht verbindlich, obwohl sie von der Großen Kammer erstattet werden.[16] Somit unterstreicht auch das Protokoll Nr. 16 mit diesen Regelungen die Rolle des EGMR als „*ultimum subsidium*".[17]

Ob diese Fokussierung auf das Subsidiaritätsprinzip seitens der Staaten den aktuellen Notwendigkeiten entspricht, lässt sich bezweifeln. Denn der Gerichtshof hatte sich im Vorfeld der Konferenz in Brüssel schon selbst nachdrücklich zur Subsidiarität als „Grundprinzip des Menschenrechtsschutzes" bekannt.[18] Dies solle aber nur zu einem „*sharing*" und gerade nicht zum „*shifting of responsibility*" führen, womit der Gerichtshof die primäre Verantwortlichkeit der Konventionsstaaten für den Menschenrechtsschutz unterstreicht.[19] Hieraus ergibt sich eine Grenze für die oben beschriebene Akzentuierung der Subsidiarität im Reformprozess. Diese darf nicht dazu führen, dass – wie von den NGOs befürchtet – schon bestehende Kompetenzen des EGMR angezweifelt oder begrenzt werden. Für den EGMR gilt es bei der Umsetzung der Reform das richtige Maß an Zurückhaltung zu finden, das den Staaten einerseits genug Raum für die Gestaltung ihrer Rechtsordnungen entsprechend ihren nationalen

14 Mehr zum aktuellen Stand der Diskussion um die Aufhebung des HRA bei *Kemp*, The New UK Government Wants to Scrap the Human Rights Act. Does the Act Matter, and Can Anything Be Done To Save It?, EJIL: Talk! v. 27.5.2015, www.ejiltalk.org/the-new-uk-government-wants-to-scrap-the-human-rights-act-does-the-act-matter-and-can-anything-be-done-to-save-it/ (28.6.2015).

15 Noch nicht in Kraft, durch keinen der 14 Unterzeichner bisher ratifiziert, vgl. http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=214&CM=8&DF=01/08/2014&CL=ENG (28.6.2015).

16 Art. 1 Abs. 1 und Art. 5 Protokoll Nr. 16.

17 *Giannopoulos*, Considerations on Protocol N°16: Can the New Advisory Competence of the European Court of Human Rights Breathe New Life into the European Convention on Human Rights?, German Law Journal 16 (2015), S. 345.

18 Dies sei typisch für Richter an internationalen Gerichtshöfen meinte *Renate Jäger* (Richterin des BVerfG und am EGMR a.D.) in einer Diskussion zum europäischen Grundrechtsschutz am 10.11.2014, Zusammenfassung bei: *Von Massenbach*, Grundrechtsschutz in Europa – nach dem Motto „viel hilft viel und mehr hilft besser"?, EuZW 2015, S. 206.

19 Contribution of the Court to the Brussels Conference, Dokument v. 26.1.2015, www.echr.coe.int/Documents/2015_Brussels_Conference_Contribution_Court_ENG.pdf (28.6.2015), S. 1.

Verfassungswerten lässt, aber gleichzeitig die Universalität der in der Konvention kodifizierten Menschenrechte nicht in Frage stellt.[20]

Die Begriffe Subsidiarität und Ermessensspielraum entfalten nicht von ungefähr in einem Bereich besondere Relevanz: bei den Verfassungswerten. Auch wenn sich diese Werte von Konventionsstaat zu Konventionsstaat unterscheiden, so gleichen sie sich doch in ihrer hohen Bedeutung für die Ausgestaltung der nationalen Rechtssysteme. Sie prägen die Vielfalt, der die Subsidiarität Freiraum verschafft, solange nicht gegen die gemeinsamen Mindeststandards verstoßen wird.[21] Gerade im Bereich der Durchsetzung der gemeinsamen Verfassungswerte einerseits und der Rücksichtnahme auf die je eigenen Verfassungswerte der Konventionsstaaten andererseits bedarf es seitens des EGMR des richtigen Maßes an Fingerspitzengefühl. Was bedeuten die neuen Reformansätze für die richtige Balance zwischen *„judicial activism"* und *„judicial self-restraint"*[22] in diesem sensiblen Bereich? Kann das Konzept der „komplementären Subsidiarität",[23] der *„shared responsibility"*, so auch für den Bereich der Durchsetzung von Verfassungswerten wirklich aufgehen?

B. Die Durchsetzung von Verfassungswerten

Verfassungswerte werden in Deutschland als „Schranken" von Grundrechten ohne Gesetzesvorbehalt in Betracht gezogen.[24] Sie werden bei „Wertentscheidungen"[25] relevant, wenn öffentliche Interessen oder auch Rechte Dritter mit dem betroffenen Grundrecht in Ausgleich gebracht werden müssen. Eine abschließende Definition der Verfassungswerte existiert dabei nicht. Als „zentrale Wertstützen der Verfassung"[26] lassen sie sich im Einzelfall aus dem Menschenbild des Grundgesetzes, der Werteordnung und dem Prinzip der Einheit der Verfassung ableiten[27] (vgl. Art. 28, 79 Abs. 3, 20 und 1 GG). Hieraus ergibt sich beispielsweise das Sozialstaatsprinzip als deutscher Verfassungswert.[28]

20 *Ostrovsky*, What's so funny about Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals, HanseLR 1 (2005), S. 58.

21 *Zoethout*, The Dilemma of Constitutional Comparativism, ZaöRV 2011, S. 806.

22 *Jahn*, Ruling (In)directly through Individual Measures? – Effect and Legitimacy of the ECtHR's New Remedial Power, ZaöRV 2014, S. 29; EGMR, Interlaken Follow-up: Principle of Subsidiarity, Note by the Jurisconsult v. 8.7.2010, www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_Follow-up_ENG.pdf (28.6.2015), S. 6.

23 Ibid., S. 2.

24 Darstellung und kritische Auseinandersetzung mit dieser h.M. durch *Bamberger*, Verfassungswerte als Schranken vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte: vom Verfassungs- zum Gegenseitigkeitsvorbehalt, 1999, S. 18 ff. und 147 f. Er kommt auf S. 147 f. zu dem Schluss, dass Grundrechte aufgrund ihres Vorrangs aus Art. 1 Abs. 3 GG nicht durch andere Verfassungswerte, sondern nur durch kollidierende Grundrechte Dritter beschränkt werden dürften.

25 *Ress*, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als pouvoir neutre, ZaöRV 2009, S. 306 f.

26 *Leisner*, „Werteverlust", „Wertewandel" und Verfassungsrecht, JZ 2001, S. 316.

27 BVerfGE 4, 7 (15 f.); BVerfGE 6, 389 (422).

28 BVerfGE 5, 85 (206).

Darüber hinaus haben sich die Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Art. 2 EUV) und des Europarates (Art. 3 der Satzung des Europarates) bestimmten gemeinsamen Verfassungswerten verpflichtet. Diese Normen bilden eine gemeinsame Schnittmenge an fundamentalen Werten, hierzu gehören: Rechtsstaatlichkeit, Gewährleistung von Menschenrechten und Demokratie.[29] Dem Demokratieprinzip entsprechen ihrerseits das Subsidiaritätsprinzip und die *„margin of appreciation"*, da sie den nationalen Institutionen mit *„direct democratic legitimation"*[30] entsprechend ihrem hohen Legitimationsniveau mehr Entscheidungsspielräume belassen.

Die Bedrohung von Verfassungswerten dient nationalen Gerichten als Stütze für die Rechtfertigung von Konventionseingriffen und als Argument, um dem EGMR die Grenzen seiner Kompetenz aufzuzeigen.[31] Die nationalen Institutionen wollen zeigen, dass sie bei der Kollision mehrerer Grundrechte, also in multipolaren Grundrechtsbeziehungen,[32] oftmals besser in der Lage sind alle involvierten Interessen, Bedürfnisse und Bedingungen vor Ort zu ermitteln und miteinander abzuwägen als der Gerichtshof in Straßburg.[33] Dies wird grundsätzlich auch vom EGMR akzeptiert, da lokale Ebenen den – vor Ort gerade herrschenden, die Verfassungswerte prägende – *„vital forces"*[34] tatsächlich näher stehen. Im internationalen Verfahren vor dem EGMR hingegen kann es passieren, dass nicht alle Betroffenen gehört werden (beispielsweise die ebenfalls in ihren Grundrechten betroffene gegnerische Zivilpartei, die keine eigene Beschwerde vor dem EGMR erhoben hat) und wichtige Erwägungen nicht zur Kenntnis des Gerichtshofs gelangen.[35]

Verfassungswerte unterscheiden sich – außerhalb des obengenannten gemeinsamen europäischen Kerns an Verfassungswerten (Art. 2 EUV, Art. 3 Satzung des Europarats) – oft von Land zu Land und auch von Zeit zu Zeit („Wertewandel").[36] Gerade wurde im als konservativ geltenden Irland, wo Homosexualität noch bis 1993 strafbar war,[37] in einem Referendum mit mehr als 60 % für die „Homo-Ehe" gestimmt. Das überraschend klare Ergebnis „markiert eine dramatische Verschiebung der gesell-

29 In Deutschland unter der Formulierung: „freiheitliche demokratische Grundordnung", vgl. BVerfGE 2, 1 (Leitsatz 2) – *SRP-Verbot*.

30 EGMR, Nr. 43835/11, *SAS/Frankreich*, Rdnr. 129.

31 *Jahn*, (Fn. 22), S. 15.

32 *Ress*, (Fn. 25), S. 305 f.

33 Dieser Gedanke stand auch hinter der Aufnahme des „Ermessenspielraums" in die Präambel durch Protokoll Nr. 15, vgl. Erläuternder Bericht zum Protokoll Nr. 15, Drs. 399/14 v. 29.8.2014, S. 13.

34 EGMR, Nr. 36515/97, *Fretté/Frankreich*, Rdnr. 41.

35 Das nimmt auch das BVerfG in seinem „Görgülü"-Beschluss v. 14.10.2004 an, BVerfGE 111, 307, Rdnr. 59: Bei der Orientierung an EGMR Entscheidungen sollen deutsche Gerichte berücksichtigen, dass „das Individualbeschwerdeverfahren vor dem Gerichtshof, insbesondere bei zivilrechtlichen Ausgangsverfahren, die beteiligten Rechtspositionen und Interessen möglicherweise nicht vollständig abbildet".

36 *Leisner*, (Fn. 26), S. 313-364.

37 Diese Kriminalisierung von Homosexualität wurde jedoch vom EGMR trotz Einschätzungsspielraum als Konventionsverletzung gewertet, vgl. EGMR, Nr. 10581/83, *Norris/Irland*.

schaftlichen Werte in der traditionell katholisch-konservativen Gesellschaft"[38] und zeugt damit von der Flexibilität von Verfassungswerten, wie dem Institut der Ehe (vgl. in Deutschland: Art. 6 Abs. 1 GG). Zudem zeigt dieser aktuelle Fall, dass die Volksabstimmung – im Falle ausreichender Beteiligung durch die Bevölkerung – wohl das effektivste Instrument zur Feststellung der gerade vorherrschenden gesellschaftlichen Wertevorstellungen darstellt.[39] Eine solche direkte Ermittlung der als Rechtfertigung für mögliche Beschränkungen dienenden *„pressing social needs"* könnte auch auf Konventionsebene hilfreich sein, um Fehlern bei der Bestimmung von Mehrheitsauffassungen vorzubeugen. Oft wissen nämlich auch die nationalen Institutionen nicht genau, wie sich die Mehrheiten aktuell verhalten und ob sich ein „Verfassungswandel"[40] schon vollzogen hat. So überraschte auch das Ergebnis bezüglich der verfassungsrechtlich geschützten Ehe in Irland. Im Zweifel zeigten sich Gerichte, Regierungen und Behörden oft konservativer als die eigene Bevölkerung.[41]

Grundsätzlich werden Verfassungswerte durch die jeweiligen nationalen Gesellschaften entsprechend den aktuellen Umständen gebildet und variieren deswegen nach Zeit und Ort. Dies äußert sich in der Vielfalt und Autonomie der nationalen Rechtssysteme, die es im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips zu fördern gilt.[42] Die nationalen Verfassungswerte, die im innerstaatlichen Recht den höchsten Rang bekleiden, prägen diese Vielfalt an Rechtssystemen dabei besonders. Insoweit stellt sich die Frage, ob dem EGMR eine dem Art. 4 Abs. 2 EUV entsprechende Pflicht obliegt, die „nationalen Identitäten" der Mitgliedstaaten, die durch nationales Verfassungsrecht konturiert werden,[43] zu achten und den nationalen Institutionen im Bereich der Verfassungswerte deswegen einen besonders weiten Einschätzungsspielraum zu gewähren. Hierauf könnte der Erwägungsgrund 5 der Präambel der EMRK hindeuten, der ähnlich wie Art. 4 Abs. 2 EUV auf die mitgliedstaatlichen Traditionen und Ideale Bezug nimmt, allerdings nur insofern diese dem „gemeinsamen europäischen Erbe" entsprechen. Was genau das für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips und die Einräumung von Einschätzungsspielräumen im Bereich der Durchsetzung der Verfassungswerte im Konventionssystem bedeutet, soll im Folgenden betrachtet werden.

38 Referendum: Mehr als 60 Prozent der Iren stimmen für Homo-Ehe, Spiegel-Online v. 23.5.2015, www.spiegel.de/politik/ausland/mehr-als-die-haelfte-der-iren-stimmt-fuer-homo-ehe-a-1035309.html (28.6.2015).

39 Auch in Kroatien wurde 2013 (allerdings mit negativem Ausgang) über die Zulassung der Homo-Ehe ein Referendum abgehalten.

40 Mehr zu diesem Begriff bei *Häberle*, Verfassung als öffentlicher Prozeß: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, 1998.

41 So zeigte sich die Regierung Großbritanniens nach Ansicht des EGMRs übervorsichtig bei dem Entschluss an der Strafbarkeit von Homosexualität aufgrund starker katholisch-konservativen Strömungen in der nordirischen Bevölkerung festzuhalten. Die Regierung habe nicht ausreichend beachtet, dass *„there is now a better understanding, and in consequence an increased tolerance, of homosexual behavior"*. Diese erhöhte Toleranz habe sich darin gezeigt, dass die Öffentlichkeit gegen die Untätigkeit der Behörden bei der Durchsetzung der Strafbarkeit nicht protestiert habe, vgl. EGMR, Nr. 7525/76, *Dudgeon/Großbritannien*, Rdnr. 60.

42 Interlaken Follow-up, (Fn. 22), S. 4.

43 *Von Bogdandy/Schill*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 2015, Art. 4 EUV, Rdnr. 22 ff.

C. Das Subsidiaritätsprinzip

Zunächst gilt es jedoch, das Subsidiaritätsprinzip – vor seiner Anwendung auf den konkreten Bereich der Verfassungswerte – allgemein zu betrachten. Dieses Prinzip tauchte bisher weder explizit im Konventionstext noch in den Protokollen auf,[44] sondern wurde aus der Gesamtschau verschiedener Vorschriften – insbesondere dem Art. 1 EMRK, der die primäre Verantwortung für die Durchsetzung der Konventionsrechte den Staaten zuweist,[45] und dem Demokratieprinzip[46] – abgeleitet. Dies soll nun durch den, oben bereits zitierten, Art. 1 Protokoll Nr. 15 geändert werden, indem das Subsidiaritätsprinzip als Erwägungsgrund ausdrücklich in die Präambel – nicht jedoch in den operativen Teil der Konvention – aufgenommen wird. Diese Änderung hat rechtlich mithin rein deklaratorische Wirkung, soll aber laut den *travaux préparatoires* die „Transparenz und Zugänglichkeit" dieses charakteristischen Merkmals des Konventionssystems stärken.[47] Wie oben bereits dargelegt, kann man diese wiederholte Akzentuierung der Subsidiarität auch als eine Warnung an den EGMR verstehen, seine ihm durch die souveränen Staaten zugewiesenen Kompetenzen nicht zu überschreiten.[48]

I. Ausprägungen des Subsidiaritätsprinzips

Das Subsidiaritätsprinzip dient dazu, die Beziehungen zwischen nationalen Institutionen und dem EGMR als einem internationalen Gerichtshof zu ordnen. Erstmals in der kalvinistischen Kirche angewandt, regelt das Prinzip im gesellschaftlichen Pluralismus (mithin auch im allgemeinen Völkerrecht als einem Mehrebenensystem),[49] welche gesellschaftliche Einheit welche Funktionen übernehmen soll. Die größere politische Einheit, im Rahmen der Konvention also der EGMR, soll erst dann Verantwortung übernehmen, wenn die niedrigere politische Ebene (also die Mitgliedstaaten) versagt hat.[50] Jede Gesellschaft soll demnach grundsätzlich zuerst auf lokaler Ebene demokratisch entscheiden, was für ihre Mitglieder angemessen ist. Nur soweit es um fundamentale Angelegenheiten geht, können ohne Rücksicht auf die kulturellen Besonderheiten der kleineren Einheiten für alle dieselben Regelungen festgelegt wer-

44 *Greer*, The Margin of Appreciation – Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing – Human rights files No. 17, 2000, S. 5.

45 Ibid., S. 3; *Meyer-Ladewig*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 2011, Einleitung VIII: Auslegung der Konvention durch den EGMR, Rdnr. 36.

46 *Cavanaugh*, Policing the Margins: Rights Protection and the European Court of Human Rights, ECRLR 4 (2006), S. 424.

47 Erläuternder Bericht zum Protokoll Nr. 15, Drs. 399/14 v. 29.8.2014, S. 13.

48 Interlaken Follow-up, (Fn. 22), S. 4.

49 *Ridruejo*, Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme, in: Bröhmer et al. (Hrsg.), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte – Festschrift für Georg Ress, 2005, S. 1077.

50 *Petzold*, The Convention and the Principle of Subsidiarity, in: Macdonald/Matscher/Petzold (Hrsg.), The European system for the protection of human rights, 1993, S. 41; Interlaken Follow-up, (Fn. 22), S. 2.

den.[51] Im Konventionssystem wird diese generelle Aufgabenteilung durch konkrete Regeln prozessualer und materieller Art umgesetzt, um die Interaktion zwischen EGMR und nationalen Institutionen klar zu regeln[52] und das „Kooperationsmodell"[53] möglichst fruchtbar zu gestalten.

1. Prozessuale Subsidiarität

Die prozessuale Seite des Subsidiaritätsprinzips findet sich in der Zulässigkeitsvoraussetzung der Rechtswegerschöpfung (Art. 35 Abs. 1 EMRK).[54] Bevor eine Beschwerde zum EGMR gelangt, soll dem Staat vorrangig die Möglichkeit eingeräumt werden, vermeintlichen Konventionsverletzungen selbst abzuhelfen. Diese Möglichkeit korrespondiert mit der spiegelbildlichen Pflicht der Konventionsstaaten aus Art. 13 EMRK, effektive Rechtsbehelfe für von Konventionsverletzungen betroffene Bürger zur Verfügung zu stellen. Bei der Ausgestaltung dieses Rechtswegs kommt ihnen ein Ermessenspielraum zu.[55] Gelingt es dem Mitgliedstaat, dem/den Betroffenen adäquat Abhilfe zu verschaffen, verliert die Beschwerde zum EGMR ihre *„raison d'être"*.[56] Wird die Pflicht aus Art. 13 EMRK allerdings nicht erfüllt, weil der Staat keine „normalerweise verfügbaren und ausreichenden",[57] objektiv zur Abhilfe geeigneten Rechtbehelfe zur Verfügung gestellt hat, ist es ausnahmsweise möglich, sich *direkt* an den EGMR zu wenden. Die Voraussetzung der Rechtswegerschöpfung gilt somit nicht absolut.[58] Stattdessen wird entsprechend dem obengenannten Subsidiaritätsgedanken die untere, primär zuständige Ebene durch die nächsthöhere ersetzt, wenn sie selbst in ihrer Funktion versagt hat. Nur so kann die Effektivität des Konventionsschutzes aufrechterhalten werden.[59]

Eine weitere Vorschrift, die auf prozessualer Ebene, den Subsidiaritätsgrundsatz zum Ausdruck bringt, ist der Art. 46 Abs. 1 EMRK, der den Staaten die Möglichkeit gibt selbst zu entscheiden, durch welche Maßnahmen sie das Urteil des EGMR umsetzen wollen.[60] Allerdings tendiert der EGMR mehr und mehr dazu, sich in die Umsetzung seiner Urteile einzumischen und konkrete Abhilfemaßnahmen (*„individual measures"*) anzuordnen.[61] Dies widerspricht auf den ersten Blick dem Subsidiaritätsprinzip und stellt die Legitimität dieser Entscheidungen in Frage. Auf den zweiten Blick relativiert sich dieser Eindruck jedoch, denn der EGMR achtet selbst darauf, diese Maßnahmen nur dann anzuordnen, wenn dem verurteilten Staat keine anderen,

51 *Ostrovsky*, (Fn. 20), S. 48.
52 *Jahn*, (Fn. 1), S. 823.
53 *Meyer-Ladewig*, (Fn. 45), Rdnr. 36.
54 Interlaken Follow-up, (Fn. 22), S. 6; *Ridruejo*, (Fn. 49), S. 1081.
55 *Meyer-Ladewig*, (Fn. 45), Rdnr. 36; *Ridruejo*, (Fn. 49), S. 1081 f.
56 Interlaken Follow-up, (Fn. 22), S. 6.
57 EGMR, Nr. 61005/00, *Kornakovs/Lettland*, Rdnr. 142.
58 Interlaken Follow-up, (Fn. 22), S. 7.
59 Vgl. Fn. 50.
60 Interlaken Follow-up, (Fn. 22), S. 8.
61 Das erste Mal 1995 in EGMR, Nr. 14556/89, *Papamichalopoulos u.a./Griechenland.*

ebenso effektiven Umsetzungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.[62] In diesem Fall der „*no alternative*" engt der EGMR somit den Entscheidungsspielraum der nationalen Institutionen nicht ein, womit der Subsidiaritätseinwand unbegründet erscheint.[63] Allerdings zeugt diese Rechtsprechung von einem Misstrauen seitens des EGMR gegenüber den nationalen Institutionen; er scheint sich nicht auf ihre Umsetzung des Urteils verlassen zu wollen. Dies steht einer vertrauensvollen Arbeitsteilung im Sinne des Subsidiaritätsprinzips entgegen. Durch eine effektivere Gewährleistung der Konventionsrechte innerhalb der nationalen Rechtssysteme könnten die nationalen Institutionen das nötige Vertrauen des EGMR zurückgewinnen, dann würde er in Zukunft auch weniger Bedarf an „*individual measures*" sehen.

2. Materielle Subsidiarität: Die „margin of appreciation"

Der EGMR ist keine vierte Instanz[64] und prüft nationale Maßnahmen deswegen erst dann, wenn sie die Qualität einer Konventionsverletzung erreichen. Diese Zurückhaltung bei der Überprüfung nationaler Entscheidungen („*judicial self-restraint*") äußert sich in der Entwicklung der „*margin of appreciation*".[65] Diese Doktrin soll einen Ausgleich zwischen der Souveränität der Staaten und der externen Durchsetzung ihrer Konventionspflichten schaffen,[66] indem sie den Staaten einen „Einschätzungsspielraum"[67] im Bereich der legislativen, administrativen und/oder gerichtlichen Ausgestaltung der Konventionsrechte einräumt, welcher jedoch der Letztkontrolle des EGMR unterliegt.[68]

Der Begriff ist entlehnt aus dem Französischen, dort bezeichnet die vom *Conseil d'Etat* entwickelte „*marge d'appréciation*" das Ermessen des Staates beim Eingriff in

62 EGMR, Nr. 71503/01, *Assanidze/Georgien*.
63 *Jahn*, (Fn. 22), S. 25.
64 EGMR, Nr. 17721/04, *Perlala/Griechenland*, Rdnr. 25.
65 Interlaken Follow-up, (Fn. 22), S. 11 ff.
66 *Macdonald*, The Margin of Appreciation, in: Macdonald/Matscher/Petzold (Hrsg.), The European system for the protection of human rights, 1993, S. 83. Durch den Ausgleich sollen beide Rechtordnungen miteinander in Einklang gebracht werden, vgl. *Bernhardt*, Völkerrechtskonforme Auslegung der Verfassung?, Verfassungskonforme Auslegung völkerrechtlicher Verträge?, in: Cremer/Giegerich/Richter/Zimmermann (Hrsg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts – Festschrift für Helmut Steinberger, 2002, S. 400.
67 Dies ist die offizielle deutsche Übersetzung für „*margin of appreciation*" im Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Drs. 399/14 v. 29.8.2014. Dieser Begriff ist nicht zu verwechseln mit der deutschen Theorie des „Ermessenspielraum" im Verwaltungsrecht, welche viel enger auszulegen ist, vgl. *Nolte*, General Principles of German and European Administrative Law – A Comparison in Historical Perspective, The Modern Law Review 57 (1994), S. 191-212.
68 *Brems*, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, ZaöRV 56 (1996), S. 240: der EGMR kontrolliere dann nur, ob die Beeinträchtigung „grundsätzlich" gerechtfertigt und verhältnismäßig sei. *Blake*, Judicial Review of Discretion in Human Rights Cases, ECRLR 4 (1997), S. 403: Eine solche Kontrolle verstößt nicht gegen die „*parliamentary sovereignty*" und sollte auch in England als Vorbild für eine stärkere Kontrolle der öffentlichen Gewalt dienen.

individuelle Rechte.[69] Für die Anwendung der *„margin of appreciation"* auf die Konvention existierte keine explizite Rechtsgrundlage. Der EGMR leitete seine Rechtsprechung vom Subsidiaritätsgrundsatz ab und wandte sie erstmalig explizit im Rahmen der Prüfung eines vermeintlichen Notstandes (Art. 15 EMRK) im Nordirlandkonflikt[70] an. Der Durchbruch[71] der Doktrin erfolgte dann im Fall *Handyside*. Der Gerichtshof definierte den Anwendungsbereich des Einschätzungsspielraums: Dieser sollte immer dann gewährt werden, wenn die Konvention Begriffe beinhalte, die keiner uniformen Auslegung zugänglich seien, weil sie „von Zeit zu Zeit und von Ort zu Ort" variieren.[72] Im weiteren Verlauf bildeten sich die folgenden Fallgruppen heraus:[73] Eine *„margin of appreciation"* wird gewährt bei der Feststellung eines Notstandes nach Art. 15 EMRK,[74] im Rahmen der Einschränkungsmöglichkeiten der Art. 8-11 EMRK[75] und des Diskriminierungsverbots nach Art. 14 EMRK[76] sowie bei vagen, noch von den Staaten auszugestaltenden Rechten[77] (beispielsweise Art. 6, Art. 11 EMRK)[78] und bei Rechten, die in Ausgleich mit dem öffentlichen Interesse oder den Rechten Dritter gebracht werden müssen.[79] Kürzlich wurde auch bei der Tatbestandsinterpretation und bei der Bestimmung positiver Pflichten aus den Konventionsrechten[80] ein Einschätzungsspielraum gewährt. Dies zeigt, dass die Fallgruppen mit der Zeit ausgeweitet wurden, sodass die Doktrin nun eigentlich auf alle in der Konvention und ihren Protokollen geschützten Rechte Anwendung findet.[81]

Einzige Ausnahme bilden die absoluten Rechte (vgl. Art. 3, 4 Abs. 1, 9 Abs. 1 EMRK, Art. 1 Protokoll Nr. 4, Art. 3 Protokoll Nr. 4, Art. 4 Protokoll Nr. 4 und für alle Staaten, die Protokoll Nr. 13 ratifiziert haben, auch das Verbot der Todesstrafe), die keinerlei Abweichung erlauben.[82]

Besondere Relevanz erfährt die Doktrin dann, wenn es um „Fragen allgemeiner Politik" geht, über die „demokratische Staaten verständlicherweise sehr unterschied-

69 *Cavanaugh*, (Fn. 46), S. 424; *Macdonald*, The margin of appreciation in the jurisprudence of the ECHR, in: International Law at the time of its codification – Essays in honour of Roberto Ago, 1987, S. 187; *Arai-Takahashi*, The margin of appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, 2002, S. 3.

70 EGMR, Nr. 5310/71, *Irland/Großbritannien*, Rdnr. 207.

71 *Arai-Takahashi*, (Fn. 69), S. 7.

72 EGMR, Nr. 5493/72, *Handyside/Großbritannien*, Rdnr. 48.

73 *Brems*, (Fn. 68), S. 242 ff.; *Macdonald*, (Fn. 69), S. 192.

74 EKMR, Nr. 5310/71, *Irland/Großbritannien*.

75 *Meyer-Ladewig*, (Fn. 45), Rdnr. 45: *„Necessary in a democratic society"*. *Ostrovsky*, (Fn. 20), S. 50.

76 EGMR, Nr. 61960/08, *Boyraz/Türkei*, Rdnr. 48 ff.: *„objective and reasonable"* justification.

77 *Petzold*, (Fn. 50), S. 55 f., 58: *„Regulatory rights"*.

78 Vgl. EGMR, Nr. 4464/70, *Belgian police/Belgien*, Rdnr. 38 ff.

79 Bspw. die Stadtplanungspolitik mit dem Eigentumsrecht Einzelner: EGMR, Nr. 7151/75 und 7152/75, *Sporrong und Lönnroth/Schweden*, Rdnr. 69 f.

80 EGMR, Nr. 53924/00, *Vo/Frankreich*, Rdnr. 82 und EGMR, Nr. 37359/09, *Hämäläinen/Finnland*, Rdnr. 67, der eine alte Rspr. wieder aufnimmt, siehe Verweis auf EGMR, Nr. 9532/81, *Rees/Großbritannien*, Rdnr. 35.

81 *Brems*, (Fn. 68), S. 242.

82 So zumindest die h.M., vgl. Interlaken Follow-up, (Fn. 22), S. 12; *Greer*, (Fn. 44), S. 26.

lich urteilen können".[83] Hier ist der Spielraum für staatliche Institutionen besonders weit. Fälle, in denen es um nationale Verfassungswerte geht, dürften in diese Kategorie fallen. Auch wenn die „*margin of appreciation*" nicht immer explizit erwähnt wird, ist sie doch „*at the heart of virtually all major cases*".[84]

Über die Fallgruppen hinaus gelang es dem EGMR jedoch, mit Hinweis auf die „*context dependence*" der Doktrin, nicht, diese abstrakt zu definieren.[85] Aufgrund ihrer mangelnden Bestimmtheit und der verschwommenen Grenzen wurde die „*margin of appreciation*" in der Literatur viel kritisiert, in der derzeitigen Ausprägung führe sie zu einer „Relativierung des Menschenrechtsschutzes".[86] Die Forderungen reichten von einer verbesserten Eingrenzung der Doktrin[87] bis hin zu ihrer vollumfänglichen Abschaffung.[88]

Angesichts dieser Kritik schien der EGMR zusehends vorsichtiger bei der Anwendung der Theorie.[89] Die dementsprechend stärkere Eingrenzung nationalen Ermessens stieß jedoch auf heftigen Widerstand bei den verurteilten Staaten.[90] Sie wollen es sich nicht nehmen lassen, ihr Gesellschaftsbild selbst demokratisch festzuschreiben.[91] Deswegen beharren sie auf ihrer „*margin of appreciation*" und schrieben diese nun kurzer Hand mit Art. 1 Protokoll Nr. 15 in der Präambel und in der Brüsseler Erklärung fest. So schafften sie eine Rechtsgrundlage für die – bisher nirgendwo rechtlich verankerte[92] – Rechtsprechung und erschwerten es dem EGMR damit, diese Doktrin aufgrund der dogmatischen Kritik zu beschränken oder aufzugeben, auch wenn die Präambel nicht zum operativen Teil der Konvention gehört.

Dieser Vorstoß, insbesondere die in der Brüsseler Erklärung auftauchende „Einladung" an den EGMR die „*margin of appreciation*" weiterhin anzuwenden, wurde von den NGOs kritisiert. Sie sahen hierin eine, wenn auch verklausulierte, Form der Einflussnahme auf die Rechtsprechung des Gerichtshof, die seine Unabhängigkeit bedrohe.[93] Der Aufforderung der NGOs, diese Passage aus der Erklärung zu streichen,

83 EGMR, Nr. 43835/11, *SAS/Frankreich*, Rdnr. 129 zum Burka-Verbot. Hier wird die Bestimmung des Verhältnisses von Staat und Religion als „Frage allgemeiner Politik" identifiziert und ein weiter Einschätzungsspielraum gewährt.

84 *Macdonald*, (Fn. 69), S. 187.

85 *Lavender*, The Problem of the Margin of Appreciation, ECRLR 4 (1997), S. 384.

86 Mehr hierzu bei *Mahoney*, Universality versus Subsidiarity in the Strasbourg Case Law on Free Speech – Explaining Some Recent Judgments, ECRLR 4 (1997), S. 364-379.

87 Dies wünschen sich *Macdonald*, (Fn. 66), S. 85; *Lavender*, (Fn. 85), S. 390.

88 *Cavanaugh*, (Fn. 46), S. 442.

89 So beobachtet zumindest von *Letsas*, The ECHR as a Living Instrument – Its Meaning and Its Legitimacy, 2012, S. 14.

90 Proteste seitens Großbritannien in EGMR, Nr. 74025/01, *Hirst/Großbritannien* und von Italien und anderen Regierungen in EGMR, Nr. 30814/06, *Lautsi/Italien*, siehe entsprechendes Vorbringen der Regierungen.

91 *Hochhuth*, Urteilsanmerkung zur EGMR-Entscheidung zum Burka-Verbot (EGMR, Nr. 43835/11, *SAS/Frankreich*), NJW 2014, S. 2935.

92 *Ostrovsky*, (Fn. 20), S. 49. Nach *Lavender*, (Fn. 85), S. 380 f. sollte Ermessen nur dort eingeräumt werden, wo es explizit im Text eine Grundlage findet, wie in Art. 1 Protokoll Nr. 1 EMRK.

93 Joint NGO Statement on the draft Brussels Declaration, (Fn. 7), S. 2.

wurde durch die Staaten jedoch nicht entsprochen.[94] Dies bestätigt die Kritiker, die eine zu geringe Integration der NGOs in den Reformprozess bemängeln.[95]

3. Anwendung auf den sensiblen Bereich der Verfassungswerte

Die Verfassungswerte spielen gleich in mehreren der obengenannten Fallgruppen der „*margin of appreciation*" eine Rolle. So gehen die – im nationalen Recht auch als Schranken fundamentaler Menschenrechte dienenden – Verfassungswerte oft aus den Moralvorstellungen der „werte-schaffenden Mehrheit"[96] hervor, die im Rahmen der Art. 8-11 und 14 EMRK als Rechtfertigung für die staatliche Beschränkung von Konventionsrechten angebracht werden können. Die nationale Sicherheit und Ordnung, die oft Thema des Art. 15 EMRK ist, gilt im nationalen Recht meist ebenfalls als Verfassungswert.[97] Zudem stehen Verfassungswerte immer im „öffentlichen Interesse", welches in Ausgleich mit den Rechten Einzelner gebracht werden muss. Einfallstore für Verfassungswerte waren somit bisher vor allem die „partikularistischen" und nicht die „uniformen" Normen der EMRK,[98] die den Konventionsstaaten explizit viel Raum für ihre politische, soziale, kulturelle und wirtschaftliche Diversität lassen. In diesen Fällen ist es den Staaten möglich, sich auf ihren Einschätzungsspielraum und damit auch auf ihre verfassungsrechtlichen Besonderheiten zu berufen. Geht es jedoch um den obligatorischen uniformen Mindeststandard der Konvention, können die Verfassungen nur in ihrer Gesamtheit vergleichend herangezogen werden um eben diesen gemeinsamen Standard festzulegen.[99] Einzelne Abweichungen der nationalen Verfassungen werden insoweit nicht beachtet.

Außerhalb dieser Mindeststandards kommt den Staaten im Bereich der Verfassungswerte aufgrund ihres hohen nationalen Rangs jedoch ein *weiter* Einschätzungsspielraum zu. Verfassungswerte stehen „zwischen Ethik und Recht"[100] und sind deshalb aufgrund der extremen Variabilität und Relativität gesellschaftlicher Wertevorstellungen schwer greifbar.[101] Die nationalen Stellen sind deswegen in der besseren Position als der EGMR, die gesellschaftlichen Bedürfnisse und Interessen, die „*pressing needs of the moment*"[102] zu ermitteln. Es gibt noch keine gemeineuropäischen Moralvorstellungen, die eine vollständige Angleichung der Verfassungswerte begründen könnten. Dies stellte der EGMR in *Handyside* erstmals klar:

94 Vgl. Brussels Declaration, (Fn. 6), S. 3, Nr. 7.
95 *Leach/Donald*, (Fn. 2).
96 *Leisner*, (Fn. 26), S. 318.
97 Bspw. das Ziel der effektiven militärischen Verteidigung der demokratischen Grundordnung, vgl. BVerfGE 28, 36 (47).
98 *Zoethout*, (Fn. 26), S. 805.
99 Dieser hilft nur beim Herausbilden des obligatorischen Mindeststandards aus universellen Konventionsnormen, vgl. ibid. und *Cavanaugh*, (Fn. 46), S. 422.
100 *Leisner*, (Fn. 26), S. 315.
101 *Cavanaugh*, (Fn. 46), S. 431.
102 EGMR, Nr. 14553/89 und 14554/89, *Branningan and McBride/Großbritannien*, Rdnr. 43.

> *„In particular, it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the 'necessity' of a 'restriction' or 'penalty' intended to meet them.*"[103]

Allerdings scheint der EGMR die Kontrolle dieses grundsätzlich weiten Einschätzungsspielraums zu verschärfen, wenn er Zweifel am Funktionieren demokratischer Prozesse und dem Verfolgen legitimer Zwecke in dem betroffenen Staat hat.[104] Diese Faktoren scheinen die ungeschriebene Voraussetzung für die *„margin of appreciation"* zu sein, um ihren Missbrauch zu verhindern. Je mehr der EGMR dem *„human rights ethos"* in der jeweiligen nationalen Verfassung und seiner Befolgung durch die nationalen Institutionen im konkreten Fall vertraut, desto mehr Spielraum ist er gewillt zu gewähren.[105] So gestand der EGMR Großbritannien bei einem vermeintlichen Notstand im Rahmen des Art. 15 EMRK einen weiten Einschätzungsspielraum zu,[106] während er die Entscheidungen der Türkei in einem ähnlichen Fall[107] viel strenger kontrollierte. Allerdings zog das Gericht auch im Fall Großbritanniens die Kontrolle an (keine *„unlimited discretion"*), als es im Rahmen eines Notstandes zu zeitlich unbegrenzten Inhaftierungen von Terrorverdächtigen kam und der nationale Gesetzgeber an dieser Situation trotz eines, die Einhaltung der Menschenrechte fordernden, Urteils durch das nationale Höchstgericht nichts geändert hatte.[108] Das grundsätzlich bestehende Vertrauen in demokratische Prozesse und menschenrechtliche Traditionen der Konventionsstaaten kann somit in konkreten Fällen auch widerlegt und der weite Spielraum in der Konsequenz zurückgenommen werden.

II. Beschränkungen des Subsidiaritätsprinzips

Der Grundsatz der Subsidiarität wird insbesondere in seiner Ausprägung des *„margin of appreciation"* auf verschiedene Weise beschränkt, um den universellen Mindeststandard der Konvention – die *„core universal values"*[109] –, zu garantieren und eine Grundkonsistenz im Schutzniveau der unterschiedlichen Konventionsstaaten herzustellen. Den Staaten wird die Umsetzung des Konventionsschutzes nur so lange anvertraut, wie dies nicht offen in Konflikt mit den in der EMRK zum Ausdruck gebrachten universellen Werten geschieht.

103 EGMR, Nr. 5493/72, *Handyside/Großbritannien*, Rdnr. 48.
104 *Mahoney*, (Fn. 86), S. 370.
105 *Cavanaugh*, (Fn. 46), S. 439.
106 EGMR, Nr. 14553/89 und 14554/89, *Branningan and McBride/Großbritannien*, Rdnr. 41 ff.
107 In EGMR, Nr. 21987/93, *Aksoy/Türkei*, Rdnr. 69 ff. wird die *„European supervision"* of the *„not unlimited discretion"* betont.
108 EGMR, Nr. 3455/05, *A u.a./Großbritannien*, Rdnr. 173.
109 *Ostrovsky*, (Fn. 20), S. 58.

1. Konsensprinzip

Ein nationaler Einschätzungsspielraum ist ausgeschlossen, sobald sich ein europäischer Konsens in der Frage gebildet hat. Dieser kann durch Rechtsvergleichung ermittelt werden.[110] Ab welchem Zeitpunkt die Meinungen verschiedener Staaten einen europäischen Konsens darstellen, lässt sich durch die dynamische Auslegung der Konvention ermitteln (siehe unter 2.b)). Ein Beispiel für einen in den letzten Jahren entstandenen Konsens ist die Überzeugung der Mehrheit der europäischen Staaten, dass auch bei lebenslanger Freiheitsstrafe eine vorzeitige Entlassung möglich sein muss. Dies entspricht dem Gedanken, dass eine Haft ohne die Hoffnung auf ein Leben in Freiheit gegen Art. 3 EMRK verstieße. Großbritannien musste sein Strafrecht diesem Konsens anpassen.[111] Denn sobald sich gewisse universelle europäische Standards in der Mehrheit der Konventionsstaaten herausgebildet haben und sich eventuell darüber hinaus in anderen internationalen Rechtsinstrumenten wiederspiegeln, muss sich der einzelne Staat diesem Konsens fügen und kann sich insoweit nicht mehr auf nationale Besonderheiten, wie abweichende Moralvorstellungen, berufen.[112]

Ob diese Beschränkung nationaler Spielräume auch für den Bereich der Verfassungswerte gilt, könnte man in Übertragung des Gedankens des oben bereits angesprochenen Art. 4 Abs. 2 EUV, der den Respekt für nationale Verfassungsidentitäten durch europäische Institutionen einfordert, in Frage stellen. Demnach wären Verfassungswerte von so hohem nationalem Rang, dass den nationalen Institutionen trotz bzw. gerade aufgrund eines anderslautenden europäischen Konsenses ein Einschätzungsspielraum zur Wahrung der nationalen Identität gewährt werden müsste. Dieser Gedanke findet sich in der EMRK jedoch nicht explizit wieder, nur der Erwägungsgrund 5 der Präambel erwähnt die „nationalen Traditionen, Überlieferungen und Ideale". Allerdings bezieht sich diese Bestimmung auch nur auf solche nationalen Gegebenheiten, die gleichzeitig auch das „gemeinsame europäische Erbe" ausmachen. Die Konvention scheint somit die Gemeinsamkeiten der europäischen Staaten betonen zu wollen, ohne nationalen Besonderheiten – seien sie auch von Verfassungsrang – ausdrücklich Platz einzuräumen.

Im Interesse des Menschenrechtsschutzes soll ein hinter den europäischen Entwicklungen „zurückbleibender" Staat dadurch bestraft werden, dass ihm sein Einschätzungsspielraum entzogen wird.[113] Dies dürfte im Zweifelsfall auch dann gelten, wenn nationale Verfassungswerte hinter dem europäischen Konsens zurückbleiben. Sollten die Verfassungswerte jedoch ein mehr an Schutz für den Einzelnen enthalten, bleiben sie als über den Mindeststandard der Konvention hinausgehender Schutz anwendbar (Art. 53 EMRK). Auf solche Verfassungswerte werden sich die Staaten aber nur in seltenen Fällen berufen, da sie ihren Einschätzungsspielraum zur Durchsetzung

110 *Brems*, (Fn. 68), S. 284.
111 EGMR, Nr. 66069/09, 130/10 und 3896/10, *Vinter u.a./Großbritannien*, Rdnr. 99 und 104 ff.
112 *Ostrovsky*, (Fn. 20), S. 58 f.
113 *Brems*, (Fn. 68), S. 279.

ihrer Verfassungswerte grundsätzlich nur dann einfordern, wenn sie von den Konventionsrechten abweichen bzw. diese einschränken wollen.[114]

Eine endgültige Beschränkung nationaler Einschätzungsspielräume im Bereich der Durchsetzung von Verfassungswerten tritt allerdings ein, wenn „europäische Verfassungswerte" an die Stelle nationaler Wertvorstellungen rücken. Im Rahmen des Europarates haben sich in den letzten Jahrzehnten folgende gemeinsamen Verfassungswerte entwickelt:[115] Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Friedensliebe. Diese Grundwerte („*core european values*")[116] werden vom EGMR verteidigt, auch wenn die genauere Ausgestaltung und Umsetzung dieser Werte weiterhin in den jeweiligen nationalen Verfassungen erfolgen muss.[117] Zumindest an diesem minimalen Grundkonsens können die Staaten somit auch im Bereich der Verfassungswerte festgehalten werden.

2. Andere Auslegungsgrundsätze

Bei der Auslegung der EMRK wird das souveränitätsfreundliche Subsidiaritätsprinzip durch weitere Grundsätze relativiert.

a) Effektivitätsgrundsatz

Das wichtigste „Gegengewicht" zum Subsidiaritätsprinzip bildet der Effektivitätsgrundsatz, der trotz aller nationalen Besonderheiten am Ende eine „konkrete und effektive"[118] Garantie der Konventionsrechte durch die Staaten verlangt. Erweisen sich die Rechte als unwirksam oder „illusorisch", muss der EGMR entgegen aller Zurückhaltung einschreiten, um seiner Aufgabe nach Art. 19 EMRK entsprechend die Einhaltung der Konventionspflichten durchzusetzen.[119] Auch im Namen von Verfassungswerten darf somit nicht so weit von der Konvention abgewichen werden, dass ihr Schutz jeglicher Effektivität beraubt wird.

b) „Living instrument"-Doktrin

Die progressive Weiterentwicklung der Konvention als „lebendiges Instrument" führt zudem dazu, dass ein Staat sich eines ihm einmal gewährten Spielraums nicht auf

114 Deswegen wird die „*margin of appreciation*" in Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, Band I, 2. Aufl. 2013 auch in „Kapitel 7 – Grundrechtseingriff-/schranken" behandelt.

115 *Wittinger*, Der Europarat: Die Entwicklung seines Rechts und der „europäischen Verfassungswerte", 2005, S. 386.

116 *Ostrovsky*, (Fn. 20), S. 50.

117 *Wittinger*, (Fn. 115), S. 536.

118 EGMR, Nr. 6694/74, *Artico/Italien*, Rdnr. 33: „*The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective*".

119 Interlaken Follow-up, (Fn. 22), S. 5.

Dauer sicher sein kann.[120] Der EGMR passt seine Rechtsprechung den „gewandelten wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen und ethischen Auffassungen"[121] immer wieder aufs Neue an. Dies kann dazu führen, dass ein früher gewährter Einschätzungsspielraum zurückgezogen oder begrenzt wird. Dies ist insbesondere im Fall der Verfassungswerte von Relevanz, denn Verfassungen müssen sich genau wie Menschenrechtsverträge dem konstanten und drastischen Gesellschaftswandel anpassen, selbst wenn dieser zur Zeit ihrer Entstehung noch nicht vorhersehbar war.[122] So kommt es ständig zu „Wertewandel oder -verlust" in den verschiedenen Staaten, weil sich die mehrheitliche Überzeugung der Bevölkerung stetig ändert.[123] Alte Verfassungswerte können durch neue ersetzt werden, die beispielsweise aus dem Konventionsrecht stammen. Das Konventionsrecht kann insoweit als „Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte und der rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes"[124] dienen. Entgegen „hundertjähriger Tradition"[125] zweifelte das Bundesverwaltungsgericht deswegen 2014 das absolute Streikverbot für Beamten aus Art. 33 Abs. 5 GG an, da dieses in der aktuellen Ausformung nicht mit Art. 11 EMRK kompatibel sei. Dieser Konflikt zwischen alter und neuer Auslegung der Verfassung soll nun durch den Bundesgesetzgeber gelöst werden,[126] da sich das Bundesverwaltungsgericht außer Stande sah, Art. 33 Abs. 5 GG aus eigener Machtvollkommenheit konventionskonform „umzuinterpretieren".

Alte Verfassungswerte können also mit der Zeit durch neue ersetzt werden. Der „Werteersatz" muss nicht immer direkt aus den Konventionsvorschriften resultieren, sondern kann auch durch andere europäische Konsensbildung erfolgen, wie im Bereich der Herausbildung europäischer Verfassungswerte. Wie oben bereits festgestellt, ist für die Ermittlung eines Konsenses die „living instrument"-Doktrin maßgeblich.[127] Aufgrund dieses evolutiven Ansatzes genügt dem EGMR inzwischen schon der Trend zu einer neuen Mehrheit im Europarat, ein *„emerging consensus"*, um die nationalen Einschätzungsspielräume zu beschränken. Damit wird die Konsensbildung begünstigt und frühzeitig unterstützt. So kann der Mindeststandard der Konvention über das angehoben werden, was die meisten Mitgliedstaaten bisher selbst tatsächlich bieten.[128] Der EGMR begründet dies damit, dass er nicht über die aktuelle

120 Ibid., S. 5 f.
121 *Meyer-Ladewig*, (Fn. 45), Rdnr. 37.
122 *Letsas*, (Fn. 89), S. 1.
123 *Leisner*, (Fn. 26), S. 314 f: zum Beispiel der Verlust des Glaubens an einen allmächtigen Gott und an die Ehe als notwendigerweise lebenslange Verbindung.
124 BVerwG – 2 C 1.13, Urt. v. 27.2.2014, Rdnr. 53.
125 *Breuer*, Streikverbot vor dem Bundesverwaltungsgericht: Auf dem Weg zur supranationalen EMRK?, VerfBlog v. 28.3.2014, www.verfassungsblog.de/streikverbot-bundesverwaltungsgericht-auf-weg-zur-supranationalen-emrk (28.6.2015).
126 BVerwG – 2 C 1.13, Urt. v. 27.2.2014.
127 *Klocke*, Die dynamische Auslegung der EMRK im Lichte der Dokumente des Europarats, EuR 2015, S. 156.
128 *Letsas*, (Fn. 89), S. 12 f.

Entwicklung in den nationalen Rechtsordnungen hinwegsehen dürfe.[129] Wann genau „aktuelle Entwicklungen" einen neuen Konsens europäischer Staaten darstellen, ist nicht geklärt, der Gerichtshof entwickelte diesbezüglich nur einen sehr losen Test.[130] Dadurch kann er die *„margin of appreciation"* sehr flexibel aufgrund vermeintlich entstehender Konsense begrenzen, nach Ansicht der betroffenen Staaten erfolgte diese Beschränkung oft zu früh.[131] Für sie gilt trotzdem, dass von dem durch den EGMR abstrakt ermittelten „present-day"[132]-Konsens nicht länger abgewichen werden darf.[133] Insbesondere im Bereich fundamentaler demokratischer Werte, deren Anerkennung schon für die Mitgliedschaft im Europarat unabdingbar ist,[134] findet aufgrund des europäischen Konsenses in diesem Bereich eine zunehmend strengere Kontrolle staatlicher Entscheidungen statt.[135]

Das Zusammenspiel von progressiver Auslegung und Konsensermittlung führte beispielsweise zu einer Rechtsprechungswende im Bereich der Anerkennung von Geschlechtsumwandlungen: Wurde in den 80er Jahren sogar die Definition des Anwendungsbereichs von Art. 8 EMRK in den Einschätzungsspielraum der Staaten gestellt und die Weigerung, die Geburtsurkunde dem geänderten Geschlecht anzupassen, vom EGMR nicht einmal als Eingriff qualifiziert,[136] so wurden 16 Jahre später dieselben nationalen Behörden mit Hinweis auf den Wertewandel, den veränderten Umgang mit Transsexuellen – innerhalb des betroffenen Landes selbst und in Europa generell – zur rechtlichen Anerkennung von Geschlechtsumwandlungen gezwungen.[137] Dies zeigt, wie ein neuer europäischer Konsens die entsprechende Anpassung der nationalen Rechtsordnungen veranlassen kann. Gleichzeitig belegt dieses Beispiel aber auch, dass der EGMR trotz der *„living instrument doctrine"* und entgegen der nationalen Kritik bei moralisch heiklen Themen sehr vorsichtig bei der Feststellung eines Konsenses vorgeht. Obwohl die Anerkennung von Geschlechtsumwandelungen sich schon 1990, als der zweite Fall vom EGMR ablehnend entschieden wurde,[138] mehr

129 EGMR, Nr. 7525/76, *Dudgeon/Großbritannien*, Rdnr. 60: *„The Court cannot overlook the marked changes which have occurred in this regard in the domestic law of the member States"*. Vgl. auch EGMR, Nr. 7525/76, *Tyrer/Großbritannien*, Rdnr. 31.

130 Es reicht die vage Feststellung, die Mehrheit der nationalen Rechtssysteme innerhalb des Europarates habe sich verändert oder sei dabei, sich zu verändern. So im Fall des Abbaus von Diskriminierungen unehelicher Kinder, vgl. EGMR, Nr. 6833/74, *Marckx/Belgien*, Rdnr. 41.

131 *Letsas*, (Fn. 89), S. 8, 10, 12 ff.

132 EGMR, Nr. 7525/76, *Tyrer/Großbritannien*, Rdnr. 31.

133 *Letsas*, (Fn. 89), S. 7, 14.

134 Art. 3 und 4 sowie die Präambel der Satzung des Europarats.

135 Heute wird schneller eine Konventionsverletzung aufgrund der Verletzung demokratischer Werte angenommen als früher, vgl. EGMR, Nr. 34503/97, *Demir and Baykara/Türkei*, Rdnr. 69-86; EGMR, Nr. 25965/04, *Rantsev/Zypern und Russland*, Rdnr. 272-282.

136 EGMR, Nr. 9532/81, *Rees/Großbritannien*, Rdnr. 47 allerdings schon damals mit dem Hinweis die nationalen Institutionen sollten ihre Maßnahmen stetig daraufhin überprüfen, ob sie den gesellschaftlichen und wissenschaftlichen Entwicklungen noch entsprächen. EGMR, Nr. 10843/84, *Cossey/Großbritannien*.

137 EGMR, Nr. 28957/95, *Goodwin/Großbritannien,* Rdnr. 93.

138 EGMR, Nr. 10843/84, *Cossey/Großbritannien*.

und mehr durchsetzte,[139] wartete der EGMR ein weiteres Jahrzehnt, bis sich dieser Konsens gefestigt hatte, bevor er Großbritannien seinen Einschätzungsspielraum absprach und zur Anpassung seiner Rechtsordnung an den europäischen Standard zwang.

Eine weitere Rechtsprechungsänderung zeichnet sich nun mit dem irischen Votum für die „Homo-Ehe" in einer ähnlich heftig diskutierten Frage ab. Das Referendum könnte Anstoß für die Entwicklung eines europäischen Konsenses für die Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen geben, den der EGMR in *Schalk und Kopf v. Österreich*[140] noch vermisste.

c) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip

Bei der Rechtfertigung einer nationalen Maßnahme spielt das Verhältnismäßigkeitsprinzip immer eine wichtige Rolle. Dies gilt auch dann, wenn den nationalen Institutionen ein Einschätzungsspielraum zukommt. Denn das draus folgende Ermessen muss verhältnismäßig ausgeübt werden. Ob die von nationaler Seite vorgebrachten Gründe auch ausreichend („*sufficient*") sind, also ob die Beeinträchtigung verhältnismäßig zu dem geltend gemachten sozialen Bedürfnis ist, wird endgültig vom EGMR beurteilt.[141] Je wichtiger das betroffene Konventionsrecht[142] bzw. je intensiver der Eingriff,[143] desto geringer ist der nationale Spielraum für mögliche Beschränkungen aufgrund nationaler Besonderheiten oder Verfassungswerte.[144] Die Beweislast für den Staat erhöht sich, seine Begründung muss nun auf „*particularly convincing and weighty reasons*"[145] basieren.

Die Kriminalisierung von Homosexualität wurde beispielsweise als besonders schwerwiegender Eingriff in die intimsten Bereiche des Privatlebens (Art. 8 EMRK) qualifiziert und konnte deswegen trotz des nach Art. 8 Abs. 2 EMRK gewährten Einschätzungsspielraums nur durch besonders „hochwertige Gründe" gerechtfertigt werden.[146] Der absolute Charakter der strafrechtlichen Bestimmung war mithin unbegründet, denn die Kriminalisierung von Homosexualität war im konkreten Fall nicht notwendig („*necessary in a democratic society*"), um den Moralvorstellungen in Nordirland zu entsprechen. Auch eine Entkriminalisierung würde die Bevölkerung nicht dazu zwingen, Homosexualität gut zu heißen. Deswegen stehe das öffentliche

139 24 Länder hatten ihre nationale Rechtslage entsprechend der Aufforderung des Europarats bereits geändert, vgl. *Cavanaugh*, (Fn. 46), S. 428 f.

140 EGMR, Nr. 30141/04, *Schalk und Kopf/Österreich*, Rdnr. 59.

141 EGMR, Nr. 7525/76, *Dudgeon/Großbritannien*, Rdnr. 59.

142 *Marauhn/Merhof*, Kapitel 7 – Grundrechtseingriff-/schranken, in: Dörr/Grote/Marauhn, (Fn. 114), S. 410.

143 EGMR, Nr. 17383/90, *Johansen/Norwegen*, Rdnr. 64: „*The margin of appreciation so to be accorded to the competent national authorities will vary in the light of the nature of the issues and the seriousness of the interests at stake*".

144 *Ostrovsky*, (Fn. 20), S. 51.

145 EGMR, Nr. 43546/02, *E.B./Frankreich.*

146 *Hwang*, Grundrechtsschutz unter der Voraussetzung des europäischen Grundkonsenses?, EuR 2013, S. 309; *Macdonald*, (Fn. 66), S. 104.

Interesse an der Aufrechterhaltung der Rechtslage in keinem Verhältnis zu dem schweren Eingriff in das Privatleben einer Person mit homosexueller Orientierung.[147] Andere Beispiele für die Einschränkung des *„margin of appreciation"* im Rahmen der Verhältnismäßigkeit sind die Urteile *Hirst v. Großbritannien*[148] und *United Communist Party of Turkey v. Türkei*.[149] Im ersten Fall war die nationale Maßnahme ebenfalls aufgrund ihrer Absolutheit, die Aberkennung des Wahlrechts galt indifferent für alle Inhaftierten, trotz Einschätzungsspielraumes nicht akzeptabel. Im zweiten Fall wurde der besonderen Bedeutung von Parteien in einer Demokratie und den hieraus resultierenden, höheren Anforderungen an die Rechtfertigung, es genügen nur *„convincing and compelling reasons"*,[150] nicht ausreichend Rechnung getragen.

III. Zwischenfazit

Das Subsidiaritätsprinzip ist somit vor allem in Form des Einschätzungsspielraums für die Durchsetzung von nationalen Verfassungswerten von hoher Relevanz. Grundsätzlich ermöglicht die *„margin of appreciation"* es den Staaten, die Konventionsrechte in Konformität mit ihren nationalen Verfassungswerten auszugestalten. Die zunehmende „Europäisierung" von Wertvorstellungen durch neue Konsense führt jedoch zu einer Beschränkung dieser nationalen Spielräume. Gerade diese Entwicklung gab wahrscheinlich Anlass für die hier besprochenen, die Subsidiarität betonenden Reformansätze, mit denen die Staaten die Beachtung ihrer Souveränität deutlich einfordern.

D. Kritische Auseinandersetzung mit den Reformansätzen

Ein erster Kritikpunkt an den aktuellen Vorstößen der Konventionsstaaten, das Subsidiaritätsprinzip und ihren eigenen Einschätzungsspielraum durch die Brüsseler Erklärung und das Protokoll Nr. 15 zu stärken, liegt in dem hierin vermeintlich liegenden Angriff auf die Unabhängigkeit des Gerichtshofs.[151] Aus den Reformen lässt sich zumindest ein Aufruf zur Mäßigung in Richtung des EGMR ableiten.

Dies überrascht, wenn man bedenkt, dass die von den Staaten eingeforderten Prinzipien gerade vom Gerichtshof selbst entwickelt worden sind. Die zunehmenden Beschränkungen des *„margin of appreciation"*[152] sowie die Zunahme von *„individual measures"*,[153] zusammen mit der Kritik am Einschätzungsspielraum durch die Literatur, ließen die Staaten wohl trotzdem eine Veränderung des vom EGMR bisher

147 EGMR, Nr. 7525/76, *Dudgeon/Großbritannien*; EGMR, Nr. 10581/83, *Norris/Irland*.
148 EGMR, Nr. 74025/01, *Hirst/Großbritannien*.
149 EGMR, Nr. 19392/92, *United Communist Party of Turkey/Türkei*.
150 Ibid., Rdnr. 46.
151 Dies vermuten zumindest die NGOs, vgl. Joint NGO Statement on the draft Brussels Declaration, (Fn. 7), S. 2.
152 Siehe unter C.II.
153 Siehe unter C.I.1.

gefundenen Ausgleichs zwischen Konventionspflichten und Souveränität[154] zu ihren Ungunsten vermuten. Dies wäre insbesondere im Bereich der – in den nationalen Rechtsordnungen den höchsten rechtlichen Rang bekleidenden – Verfassungswerte für die Staaten nicht akzeptabel gewesen.

Die Akzeptanz seiner Autorität durch die Konventionsstaaten ist für den EGMR als internationalen Gerichtshof jedoch essentiell.[155] Auch deswegen begegnete der EGMR den Reformansätzen wahrscheinlich so „souveränitätsfreundlich".[156] In den staatlichen Vorstößen erblickte er im Gegensatz zu den NGOs keinen Angriff auf seine Kompetenzen. Schließlich hatte auch er im Vorfeld der Brüsseler Konferenz das Subsidiaritätsprinzip noch einmal bestärkt. Es gehe gerade nicht um die *„idea of shifting responsibility"*, sondern um eine erhöhte Bereitschaft der Staaten, im Sinne einer wahren *„shared responsibility"*, selbst mehr für die Durchsetzung der Konvention zu tun.[157] In diesem Sinne könnte „eine gelegentlich stärkere Selbstbeschränkung in Abwägungsfragen" sowie „eine gesteigerte Hinnahme nationaler Besonderheiten" den EGMR tatsächlich längerfristig entlasten.[158] Durch die Erweiterungen des Europarates hat sich die Anzahl nationaler Besonderheiten weiter drastisch erhöht, für die Integration der neuen Mitglieder ist die *„margin of appreciation"* deswegen ein wertvolles und bewährtes Instrument.[159] Insoweit könnten die Reformen tatsächlich zu einer Effektivierung der Arbeit des EGMR und nicht zu seiner Beschränkung beitragen.

Der zweite Kritikpunkt richtet sich weniger gegen das Subsidiaritätsprinzip insgesamt, als konkret gegen die Doktrin der *„margin of appreciation"*. Wie bereits geschildert, wurde diese Rechtsprechung von Seiten der Literatur aufgrund ihrer Unklarheit seit längerem aufs Schärfste kritisiert[160] und sogar ihre Daseinsberechtigung in Frage gestellt.[161] Die Doktrin gefährde die Kontrolle des staatlichen Interessenausgleichs, der aufgrund der souveränitätsrelativierenden Wirkung der EMRK nicht mehr grenzenlos erfolgen dürfe.[162] Über diese allgemeine Kritik am Einschätzungsspielraum hinaus wird jedoch ein weiterer Punkt angebracht, der für den Bereich der „Verfassungswerte" noch relevanter ist: die Gefahr eines Diktats der Mehrheit. Der Einschätzungsspielraum ermöglicht es den Staaten, als Rechtfertigung für Beschränkungen von Konventionsrechten nationale Moralvorstellungen, das öffentliche Interesse, *„pressing social need"* und eben auch Verfassungswerte anzuführen. All diese

154 *Macdonald*, (Fn. 66), S. 83.
155 *Letsas*, (Fn. 89), S. 1.
156 Und damit dem Souveränitätsprinzip entsprechend, vgl. *Hwang*, (Fn. 146), S. 312.
157 Contribution of the Court to the Brussels Conference, (Fn. 19), S. 1.
158 *Klein*, Straßburger Wolken am Karlsruher Himmel – Zum geänderten Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte seit 1998, NVwZ 2010, S. 225.
159 *Ostrovsky*, (Fn. 20), S. 51; *Brems*, (Fn. 68), S. 313 f.
160 *Mahoney*, (Fn. 86), S. 364-379; *Macdonald*, (Fn. 66), S. 85; *Cornils*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), Beckscher Online Kommentar Informations-/Medienrecht, 2015, Art. 10 EMRK, Rdnr. 58-61.
161 *Lavender*, (Fn. 85), S. 380; *Greer*, The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects, 2006, S. 323 f.
162 *Hwang*, (Fn. 146), S. 321.

Faktoren werden jedoch von der Mehrheit der Bevölkerung gebildet. Mehrheitsentscheidungen so viel Raum zu gewähren entspricht allerdings der hohen Stellung demokratischer Prozesse und Entscheidungen in der Konvention[163] und dem Respekt des Gerichtshofs für „demokratisch legitimierte Wertungen".[164] Auch nationale Verfassungswerte beruhen auf dem „gemeinsamen Glauben" der „super-qualifizierten Majorität der Gesamtgesellschaft".[165] Durch diese Rechtfertigungsmöglichkeiten wird der „Tyrannei der Mehrheit"[166] bei Eingriffen in die (Konventions-)Rechte Einzelner Tür und Tor geöffnet.

Selbst die Beschränkung des Einschätzungsspielraums, der europäische Konsens, hängt von der Überzeugung der Mehrheit der Konventionsstaaten ab. So bestimmt auch hier eine Mehrheit, nur eben die europäische, über die Reichweite der Konventionsrechte. Einzig das Verhältnismäßigkeitsprinzip sichert, dass es zu keinem Exzess der Mehrheitsentscheidungen kommen kann.[167]

Der große Einfluss von Mehrheitsentscheidungen über den Einschätzungsspielraum und die Konsenstheorie auf den Konventionsschutz widerspricht der „*countermajoritarian*"[168] Natur der Menschenrechte. Denn diese zielen gerade auf den Schutz des Einzelnen ab, den insbesondere Randgruppen wie Homosexuelle, Transsexuelle, religiöse oder ethnische Minderheiten etc. besonders benötigen. Sie sind zu wenige, um sich in demokratischen Prozessen durchzusetzen und Gesetzesänderungen zu erwirken, so sind sie den Vorurteilen der Mehrheit schutzlos ausgesetzt. Deswegen bedarf es eines effektiven Menschenrechtschutzes, um diese Individuen vor den Präferenzen der Masse abzuschirmen.[169]

Zudem verlocken vermeintlich herrschende Moralvorstellungen dazu, pauschal auf sie zu verweisen, um einen Eingriff in die Rechte Einzelner zu begründen, ohne sich um eine inhaltliche Rechtfertigung zu bemühen.[170] Oft werden Mehrheiten auch falsch ermittelt, man geht lieber konservativ vor, aus „teilweise absurder" Angst vor negativen Reaktionen in der Bevölkerung.[171]

Die Universalität der Menschenrechte wird so letztlich zugunsten einer kulturellen Relativität aufs Spiel gesetzt.[172] Die „*margin of appreciation*" ermöglicht nur noch den Pluralismus zwischen den einzelnen Konventionsstaaten, aber keinen „freiheitlichen

163 *Arai-Takahashi*, (Fn. 69), S. 244.
164 *Marauhn/Merhof*, (Fn. 142), S. 409.
165 *Leisner*, (Fn. 26), S. 318 und 313.
166 *Tocqueville*, Über die Demokratie in Amerika, 1976, S. 296.
167 *Mahoney*, (Fn. 86), S. 370.
168 *Letsas*, (Fn. 89), S. 12.
169 Ibid.
170 Dies vermutete *Ziethen*, Urteilsanmerkung zu BVerfG, Beschluss v. 26.2.2008 – 2 BvR 392/07, NStZ 2008, S. 617 f. bei der Begründung des „Inzest-Urteils" des BVerfG. In diese Richtung ging auch die abweichende Meinung des Richters *Hassemer* im besagten Urteil.
171 *Berg*, Umgang mit Homosexuellen: Vorauseilende Feigheit, Spiegel Online v. 30.5.2015, www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/sibylle-berg-ueber-homo-ehe-und-die-angst-vor-reaktionen-a-1035999.html (28.6.2015).
172 Mehr zu dem Konflikt zwischen kulturellem Relativismus und Universalität der Menschenrechte bei *Ostrovsky*, (Fn. 20), S. 57 f.

Werterelativismus" und damit Pluralismus innerhalb der einzelnen Staaten.[173] Denn nationale Besonderheiten (Moralvorstellungen, Verfassungswerte etc.) dürfen weiter bestehen, diese werden jedoch durch die nationalen Mehrheiten bestimmt.

Auch die Anpassung an neue Gegebenheiten kann nur schwerfällig erfolgen, denn der EGMR muss immer erst die Herausbildung klarer neuer Mehrheiten abwarten.[174] Die Kombination aus strikter Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes und der nationalen Einschätzungsspielräume kann somit zu einer „mehrheitlichen Wertordnung" führen, „die sich entweder aus europäischem Konsens oder nationaler demokratischen Willensbildung ergibt" und nur noch wenig Platz für die Rechte des Einzelnen lässt.[175] Dabei sollten EMRK und EGMR bei „Wertekollisionen zwischen Individuen und Gesellschaft"[176] eigentlich gerade dem Einzelnen Schutz gewähren. Zumindest „ius cogens"-Normen, wie das Folterverbot, sollten nicht wieder zur Disposition von Mehrheiten gestellt werden.[177] Deswegen ist es richtig, dass diese Bestimmungen bisher von der „*margin of appreciation*" ausgenommen sind. Doch es bedarf weiterer Schutzmechanismen zugunsten von Minderheiten, sowohl von Staaten als auch von Individuen, gegen europäische Konsense.[178]

Die Möglichkeit, den Staaten mehr Spielraum im Bereich nationaler Verfassungswerte im Sinne einer „Identitätsklausel" (wie oben bereits in Parallele zu Art. 4 Abs. 2 EUV, Erwägungsgrund 5 der Präambel zur EMRK angesprochen) zu gewähren, wäre eine Schutzmöglichkeit gegen europäische Mehrheiten. Allerdings können die nationalen Verfassungswerte nur dann zum Schutz des Einzelnen beitragen, wenn sie einen höheren als den europäischen Standard verankern. Dies wird – wie oben bereits angedeutet – allerdings nur selten der Fall sein, da sich Staaten auf den Einschätzungsspielraum zur Durchsetzung nationaler Verfassungswerte in der Regel zur Rechtfertigung von Einschränkungen der Konventionsrechte berufen. Damit dienen nationale Verfassungswerte ebenfalls der Begrenzung von Rechten Einzelner, diesmal nur in dem Namen einer anderen, nämlich der nationalen Mehrheit. Den Preis für den Schutz der nationalen vor der europäischen Mehrheit zahlen daher die Minderheiten in den betreffenden Konventionsstaaten.

Ein anderer Ansatz zum Schutz des Einzelnen vor Mehrheiten wäre es, Mehrheitsentscheidungen im Bereich der Menschenrechte nur dann zu akzeptieren, wenn diese – wie im Fall des irischen Referendums – die freiwillige Selbstbindung an Rechte Einzelner erhöhen und sich nicht hiervon freisprechen.[179] Aber hat es nicht auch in sol-

173 *Hwang*, (Fn. 146), S. 316.
174 *Cavanaugh*, (Fn. 46), S. 442.
175 *Hwang*, (Fn. 146), S. 315.
176 *Ostrovsky*, (Fn. 20), S. 47.
177 Hiervor warnt auch ibid., S. 63 f.
178 Mehr zu möglichen Verbesserungen bei *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.
179 Für eine solche Differenzierung: *Steinbeis*, Ehe für alle – Warum Mehrheitsentscheid auch bei Minderheitsrechten nichts Schlechtes sein muss, VerfBlog v. 27.5.2015, www.verfassungsblog.de/ehe-fuer-alle-warum-mehrheitsentscheid-auch-bei-minderheitsrechten-nichts-schlechtes-sein-muss (28.6.2015).

chen Fällen etwas „absurd Gönnerhaftes", wenn die Mehrheit dem Einzelnen gewisse, eigentlich selbstverständlich erscheinende Menschenrechte „zugesteht"?[180]

Diese Problematik sollte bei der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips und der „*margin of appreciation*" bedacht werden, sonst könnte eine weitere Betonung dieser Prinzipien tatsächlich zu einer Verkürzung des Grundrechtsschutzes, sei es im Namen vermeintlicher nationaler oder europäischer Verfassungswerte sowie anderer Konsense, führen.

180 *Berg*, (Fn. 171).