

Zulässigkeit und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des EGMR

Marten Breuer*

- I. Einleitung
 - II. Begriffsbestimmung
 - III. Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung
 - IV. EGMR-Praxis, Teil I: Richterliche Rechtsfortbildung jenseits der Wortlautgrenze
 - A. Rechtsfortbildung *praeter legem*
 - 1. Fall *Golder*
 - 2. Fall *Rantsev*
 - B. Rechtsfortbildung *contra legem*
 - 1. Fall *Johnston ua*
 - 2. Fall *Schalk und Kopf*
 - V. EGMR-Praxis, Teil II: Abweichung von bisheriger Rechtsprechung
 - A. Die Transsexuellen-Fälle
 - B. Fall *Scoppola Nr. 2*
 - C. Fall *Bayatyan*
 - D: Fall *Sergey Zolotukhin*
 - 1. Urteil des EGMR
 - 2. Reaktion des VfGH
 - 3. Reaktion seitens der Unionsgerichtsbarkeit
 - VI. Würdigung
 - A. Das Verhältnis von EGMR und „Gesetzgeber“
 - B. Die Anschlussfähigkeit der EMRK an internationale Trends
 - C. Art 31 Abs 3 lit c VVK
 - VII. Schluss
- Verwendete Literatur

Zusammenfassung In der jüngeren Judikatur des EGMR lässt sich eine verstärkte Tendenz zur Rechtsfortbildung nachweisen. Der EGMR ist dabei bestrebt, den materiellen Gewährleistungsgehalt der EMRK anschlussfähig an – bestehende oder vermeintliche – internationale Trends zu halten. Die Bezugnahme auf internationale Rechtstexte erfolgt dabei ohne erkennbare Systematik, insbesondere spielt für den EGMR die Frage, ob alle Konventionsstaaten oder aber ob der beschwerdegegnerische Staat einem bestimmten völkerrechtlichen Vertrag angehört, keine Rolle.

* Prof. Dr. iur. Marten Breuer, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht mit internationaler Ausrichtung, Fachbereich Rechtswissenschaft, Universität Konstanz, Universitätsstraße 10, 78464 Konstanz, <lehrstuhl.breuer@uni-konstanz.de>

Auf diese Weise wird den Konventionsstaaten ein ihnen teilweise fremder Maßstab aufgedrängt. Der vorliegende Beitrag analysiert zunächst die Rechtsprechung des EGMR und hinterfragt diese auf ihre methodische Haltbarkeit. Als Schlüsselnorm erweist sich dabei Art 31 Abs 3 lit c der Wiener Vertragsrechtskonvention, dessen Handhabung durch den EGMR kritisiert wird.

Abstract Recent case-law of the European Court of Human Rights (ECtHR) reveals a growing tendency towards judicial activism. The Court seeks to keep the contents of ECHR guarantees up to level of protection actually or allegedly embodied in international trends. However, no clear system is discernible in the Court's reliance on international treaties. In particular, the question of whether all Convention States or at least the respondent State is party to a particular treaty relied upon, is apparently of no relevance for the Court. Thereby, the Court imposes a standard of human rights protection on the Convention States which has not been accepted by all of them. The current study starts by analysing the Court's case-law. It subsequently challenges the tenability of the Court's jurisprudence. The master key proves to be Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) the use of which is being criticised by the author.

Schlüsselwörter Abweichung von gefestigter Rechtsprechung; Anschlussfähigkeit an internationale Trends; demokratische Legitimation richterlichen Entscheidens; dynamische Auslegung; Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK); evolutive Auslegung; Gesetzesbindung des Richters; Fragmentierung des Völkerrechts; *living instrument*; richterliche Rechtsfortbildung; *systemic integration*; Verhältnis EGMR-Gesetzgeber; Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK); Wortlautgrenze.

Normenverzeichnis Art 16 AEMR; Art 9 AMRK; Art 74 Abs 1 AMRK; Art 4 EMRK; Art 4 Abs 1 EMRK; Art 4 Abs 2 EMRK; Art 4 Abs 3 lit b EMRK; Art 6 Abs 1 EMRK; Art 7 EMRK; Art 8 EMRK; Art 9 EMRK; Art 9 Abs 1 EMRK; Art 9 Abs 2 EMRK; Art 12 EMRK; Art 13 EMRK; Art 19 EMRK; Art 22 EMRK; Art 3 1. ZPEMRK; Art 4 7. ZPEMRK; Art 79 Abs 2 GG; Art 5 GRC; Art 5 Abs 3 GRC; Art 9 GRC; Art 10 GRC; Art 10 Abs 2 GRC; Art 49 GRC; Art 50 GRC; Art 52 Abs 3 GRC; Art 38 Abs 1 lit c IGH-Statut; Art 8 Abs 3 lit c Z ii IPBPR; Art 14 IPBPR; Art 15 IPBPR; Art 18 IPBPR; Art. 4a Konvention gegen Menschenhandel; Art. 3a Palermo-Protokoll; Art 54 SDÜ; Art 31 Abs 1 WVK; Art 31 Abs 3 lit c WVK.

I. Einleitung

Das Problem der Gesetzesbindung des Richters kommt in keinem Bereich so deutlich zum Ausdruck wie bei der richterlichen Rechtsfortbildung: Der Richter tritt hier gleichsam an die Stelle des Gesetzgebers,¹ er ist es, der das Recht weiterentwickelt. Das wirft grundlegende Fragen nach der demokratischen Legitimation richterlichen Entscheidens im Allgemeinen auf, darüber hinaus aber nicht minder grundlegende Fragen zum Verhältnis von Erster und Dritter Gewalt. Die Probleme werden noch

¹ Zum Richter als „Ersatzgesetzgeber“ vgl *Langenbacher Katja*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht (1996) 25 ff mwN.

ein Stück weit verkompliziert, wenn man nicht den nationalen, sondern den internationalen Richter in den Blick nimmt. Denn während der innerstaatliche Richter noch einigermaßen einheitliche sozio-kulturelle Verhältnisse und einen weitgehend einheitlichen Rechtsraum vorfindet, sieht sich der internationale Richter einer extrem heterogenen Staaten(rechts)gemeinschaft gegenüber. Andererseits verlangt gerade ein Bereich wie derjenige der Menschenrechte nach einer dynamischen Interpretation, weil nur so sichergestellt werden kann, dass der Einzelne vor den Gefährdungen der Gegenwart effektiv und angemessen geschützt wird. Im Folgenden soll versucht werden, anhand einiger Beispielfälle Zulässigkeit und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des EGMR näher auszuloten.

II. Begriffsbestimmung

Dafür erscheint es zunächst angebracht, das hier zugrunde gelegte Verständnis des Begriffs „richterliche Rechtsfortbildung“ offenzulegen.² Bisweilen wird vor dem Hintergrund der heutigen methodenrechtlichen Diskussion die Existenzberechtigung der richterlichen Rechtsfortbildung als eigenständige Kategorie sogar prinzipiell in Frage gestellt.³ Daran ist so viel richtig, als in der Tat nahezu jede Auslegung einen mehr oder weniger großen Anteil eigenschöpferischer Wertung beinhaltet.⁴ Die Vorstellung vom Richter als einem reinen Subsumtionsautomaten,⁵ so sie denn überhaupt jemals bestanden haben sollte, ist jedenfalls heute längst überwunden. Ist daher „richterliche Rechtsfortbildung“ nicht der Normalfall? Worin unterscheidet sich das, was man gemeinhin als „richterliche Rechtsfortbildung“ bezeichnet, von der „gewöhnlichen“ Auslegung?

Zwei Fallkonstellationen sind es, die vorliegend von dem Begriff erfasst sein sollen: Das ist zum einen die Situation, dass der Richter die Wortlautgrenze überschreitet. Methodenrechtlich mag es durchaus zulässig erscheinen, sich statt des Wortlauts für die Systematik oder das Telos einer Norm zu entscheiden. Die Wortloutauslegung

² Die Kategorienbildung im methodenrechtlichen Schrifttum ist höchst uneinheitlich: vgl etwa *Canaris Claus-Wilhelm*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz² (1983) 129 ff; *Larenz Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991) 366 ff; *Röhl Klaus Friedrich/Röhl Hans Christian*, Allgemeine Rechtslehre³ (2008) § 80, 633 ff.

³ Vgl *Jestaedt Matthias*, Richterliche Rechtserzeugung statt richterliche Rechtsfortbildung. Methodologische Betrachtungen zum sog Richterrecht in Bumke Christian (Hg), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung (2012) 49 ff.

⁴ Vgl *von Bogdandy Armin/Venzke Ingo*, In Whose Name? An Investigation of International Courts' Public Authority and Its Democratic Justification, *European Journal of International Law* 23 (2012) 7 (13 ff); *Breuer Marten*, Staatshaftung für judikatives Unrecht (2011) 23 f; *Deppenheuer Otto*, Wortlaut als Grenze (1988) 10; *Jestaedt Matthias*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz (1999) 313; *ders*, Rechtsprechung und Rechtsetzung – eine deutsche Perspektive in Erbguth Wilfried/Masing Johannes (Hg), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen (2005) 25 (71); aA *Pawlowski Hans-Martin*, Methodenlehre für Juristen³ (1999) Rn 180 ff; *Schünemann Bernd*, Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre in Kohlmann Günter (Hg), Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag I (1983) 169-186 (179).

⁵ Der Begriff „Subsumtionsautomat“ wurde von dem Öffentlichrechtler *Bruno Schmidt* geprägt, vgl *Ogorek Regina*, Die erstaunliche Karriere des „Subsumtionsmodells“ oder wozu braucht der Jurist Geschichte? in Prittwitz Cornelius ea (Hg), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag (2002) 127-140 (135) mwN.

genießt – von Besonderheiten im Strafrecht einmal abgesehen⁶ – keinen prinzipiellen Vorrang vor den übrigen Auslegungsmethoden.⁷ Auch erscheint es aus methodischer Sicht durchaus zweifelhaft, ob es denn überhaupt möglich sei, eine verlässliche Wortlautgrenze objektiv zu fixieren:⁸ So kann der Wortlaut einer Norm mehrdeutig sein oder sich der umgangssprachliche Gehalt eines Wortes von der fachsprachlichen Bedeutung unterscheiden usw.⁹ Doch das ist nicht das Entscheidende. Entscheidend ist vielmehr die Perspektive des Richters: Wenn der Richter nicht versucht, eine bestimmte Auslegung als noch *intra legem* liegend darzustellen, sondern wenn er sehenden Auges *extra legem* entscheidet, dann muss das besondere Fragen nach der Legitimation derartigen Verhaltens aufwerfen.

Die zweite Fallgruppe, die hier unter dem Begriff der „richterliche Rechtsfortbildung“ verstanden werden soll, ist das Abweichen von einer etablierten Rechtsprechung: Der Richter bildet Recht fort, indem er seine bisherige Rechtsprechung aufgibt und eine neue an deren Stelle setzt. Das betrifft auf den ersten Blick weniger das Spannungsverhältnis der Judikative zur Legislative als vielmehr ein Spannungsverhältnis innerhalb der Judikative selbst. Die Frage nach Zulässigkeit und Grenzen derartigen Vorgehens wird sich daher tendenziell nach anderen Kriterien richten als die Fallgruppe des Überschreitens der Wortlautgrenze. Häufig wird die Abweichung von der eigenen Rechtsprechung allerdings mit einem Akt der richterlichen Rechtsfortbildung einhergehen,¹⁰ so dass sich vergleichbare Fragestellungen ergeben.

Mit diesen zwei Fallgruppen ist zugleich klargestellt, womit sich die folgenden Ausführungen *nicht* beschäftigen werden: Die „reine“ dynamisch-evolutive Auslegung, die noch innerhalb des möglichen Wortsinns verbleibt und auch nicht von einer etablierten eigenen Rechtsprechung abweicht, bleibt nachfolgend unberücksichtigt.¹¹ Zwar gehört es seit dem berühmten Tyrer-Urteil aus dem Jahr 1978 zum Standardrepertoire des EGMR, dass die EMRK als ein „*living instrument*“ im Lichte der „*present-day conditions*“ auszulegen sei.¹² Das steht im Hintergrund, wenn von richterlicher Rechtsfortbildung die Rede ist, denn diese ist als ein Teilbereich der dynamischen Auslegung zu qualifizieren.¹³ Dennoch wäre mit der dynamischen Aus-

⁶ *Nulla poena sine lege stricta*: Art 103 Abs 2 GG, Art 7 EMRK, Art 49 GRC.

⁷ Zum Fehlen einer „Meta-Theorie der Auslegungstheorien“ vgl. *Breuer* (Fn 4) 22 f mwN.

⁸ Grundlegend *Depenheuer* (Fn 4); siehe aber *Klatt Matthias*, Theorie der Wortlautgrenze (2004).

⁹ Vgl. *Breuer* (Fn 4) 17.

¹⁰ Vgl. auch *Larenz* (Fn 2) 366.

¹¹ ZB die Rechtsprechung des EGMR zum Begriff der „zivilrechtlichen Ansprüche“ im Sinne des Art 6 Abs 1 EMRK: Indem der Gerichtshof in konventionsautonomer Auslegung unter diesen Begriff auch Rechtsstreitigkeiten subsumiert, die nach dem nationalen Recht des betroffenen Staates als verwaltungsrechtlich zu qualifizieren sind, verbleibt er noch innerhalb der möglichen Wortlautgrenze; etwa EGMR 25.10.1989, 10842/84 (Allan Jacobsson/SE [Nr 1]) ÖJZ 1990, 246 (Erteilung einer Baugenehmigung); anders freilich *Chiariello Elisabeth*, Der Richter als Verfassungsgeber? – Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaats und der Demokratie durch höchste Gerichte (2009) 215 ff, wo diese Rechtsprechung als Fall richterlicher Rechtsfortbildung behandelt wird.

¹² EGMR 25.04.1978, 5856/72 (Tyrer/GB) EGMR-E 1, 268 Rn 31.

¹³ Vgl. *Bernhardt Rudolf*, Anmerkungen zur Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung durch internationale Gerichte in Ginther Konrad ea (Hg), Festschrift für Karl Zemanek zum 65. Geburtstag (1994) 11-24 (23); *Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina*, EMRK⁵ (2012) § 5 Rn 12; krit. hingegen *Chiariello Elisabeth* (Fn 11) 290 ff (mit Blick auf die EMRK) sowie 397 ff (allgemein).

legung ein derart weites Feld eröffnet, dass eine sinnvolle Eingrenzung kaum mehr möglich erschiene. In der Fallgruppe der richterlichen Rechtsfortbildung hingegen wird das Problem fokussiert und auf den Punkt gebracht.

Nicht behandelt wird hier weiterhin die Frage, ob und in welchem Umfang eine Rechtsfortbildung durch die nationalen Gerichte möglicherweise gegen die EMRK verstößt.¹⁴ Insoweit kommt vor allem das Recht auf ein faires Verfahren (Art 6 Abs 1 EMRK) als Prüfungsmaßstab in Betracht. Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich hingegen allein mit Zulässigkeit und möglichen Grenzen einer Rechtsfortbildung durch den EGMR selbst.

III. Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung

Die Antwort auf die Frage nach der Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung scheint im Falle der EMRK zunächst leicht gefunden: Verweist doch die Präambel auf das Ziel des Europarates insgesamt, welches darin bestehe, eine engere Verbindung zwischen den Mitgliedstaaten herzustellen, und als eines der Mittel hierzu die „Wahrung und Fortentwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten“ benennt. Zudem weist Art 19 EMRK dem EGMR die Aufgabe zu, „die Einhaltung der Verpflichtungen sicherzustellen, welche die Hohen Vertragsparteien [...] übernommen haben“. Damit, so ließe sich argumentieren, sei die richterliche Rechtsfortbildung positivrechtlich abgesichert.¹⁵ Dass dem jedoch nicht zwangsläufig so ist, wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass eine Fortentwicklung der Menschenrechte durchaus auch innerhalb bestehender Wortlautgrenzen möglich ist. Wo die Wortlautgrenze erreicht ist, kommt zudem eine Vertragsänderung in Gestalt der Hinzufügung von Zusatzprotokollen bzw durch eine übereinstimmende Vertragspraxis in Betracht.¹⁶ Insofern mag zwar die dynamische Auslegung im Allgemeinen in der Aufgabe der Fortentwicklung der Menschenrechte eine Grundlage finden. Dass auch eine die Wortlautgrenze übersteigende richterliche Rechtsfortbildung hiervon gedeckt sei, erscheint dagegen alles andere als sicher.

Als weiteres Argument ließe sich anführen, dass ein Menschenrechtsschutz, der seinen Namen verdient, dynamisierende Elemente notwendigerweise mit einschließe. Eine Fixierung auf den Wortlaut, wie sie etwa bei den US-amerikanischen „*originalists*“ zu beobachten ist,¹⁷ würde dem Postulat nach einem effektiven Menschenrechtsschutz nicht gerecht. Und in der Tat wird man wohl sagen dürfen, dass die EMRK nicht das wäre, was wir heute darunter verstehen, hätte nicht der EGMR im

¹⁴ Hierzu eingehend *Lucas Katia*, Revirements de jurisprudence et non-rétroactivité de la « loi » : la Cour européenne des droits de l'homme face au sempiternel problème de la rétroactivité naturelle des changements de cap jurisprudentiels, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 92 (2012) 749.

¹⁵ Vgl *Chiariello* (Fn 11) 356-357; *Grabenwarter/Pabel* (Fn 13) § 5 Rn 12.

¹⁶ Vgl *Cremer Hans-Joachim*, Regeln der Konventionsinterpretation in Dörr Oliver/Grote Rainer/Maruhn Thilo (Hg), *EMRK/GG. Konkordanzkommentar*² (2013) Kap 4 Rn 35.

¹⁷ Beispielhaft *Scalia Antonin*, *A Matter of Interpretation* (1997) 37 ff; zur Debatte in den Vereinigten Staaten vgl *Cross Frank B.*, *The Failed Promise of Originalism* (2013); *Huscroft Grant/Miller Bradley W.* (Hg), *The Challenge of Originalism* (2011); *O'Neill Johnathan*, *Originalism in American Law and Politics* (2005).

Tyrer-Urteil die Formel von der EMRK als eines „*living instrument*“ geprägt.¹⁸ Und doch gilt auch hier, dass das Streben nach Effektivität nicht alles zu legitimieren vermag. Mit dem Überschreiten der Wortlautgrenze verlässt der Richter ein Stück weit die Rolle des bloßen Normanwenders und wird zum Normschöpfer. Ob und in welchem Umfang dies um der Effektivität der Menschenrechte willen zulässig ist, dafür gilt es Kriterien gerade erst noch zu entwickeln.

Nachdem sich die Frage nach der Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung im Falle der EMRK nicht ohne weiteres beantworten lässt, erscheint es ratsam, einen Blick in die richterliche Praxis des EGMR zu werfen. Der nachfolgende Überblick erhebt dabei keinen Anspruch auf Vollständigkeit – ein Anspruch, der angesichts überbordender Judikatur des EGMR innerhalb des hier gesetzten Rahmens ohnehin nicht zu erfüllen wäre. Sehr wohl wird hier aber der Versuch unternommen, gewisse Tendenzen aufzuzeigen, die die jüngere Rechtsprechung des EGMR in zunehmendem Maße prägen.

IV. EGMR-Praxis, Teil I: Richterliche Rechtsfortbildung jenseits der Wortlautgrenze

Mit Blick auf die Überschreitung der Wortlautgrenze differenziert die Methodenlehre weiter zwischen der Entscheidung *praeter legem* und der Entscheidung *contra legem*.¹⁹ In der ersten Fallkonstellation weist das Gesetz Lücken auf, welche der Richter im Wege der Rechtsfortbildung schließt. Dabei bewegt er sich zwar jenseits der Wortlautgrenze, gerät aber mit dem Wortlaut als solchem nicht in Konflikt. Das ist bei der Entscheidung *contra legem* anders. Für beide Entscheidungsformen finden sich Anwendungsbeispiele in der Rechtsprechung des EGMR.

A. Rechtsfortbildung *praeter legem*

1. Fall *Golder*

Als ein Fall der Rechtsfortbildung *praeter legem* kann das Urteil im Fall *Golder* gelten.²⁰ In diesem Fall ging es um das Problem, dass Art 6 Abs 1 EMRK zwar eine Fülle von Einzelgewährleistungen enthält, sobald es zur Anrufung eines Gerichts gekommen ist. Dass überhaupt der Weg zum Gericht offen steht und offen stehen muss,

¹⁸ Vgl auch *Letsas George*, A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights² (2010) 58 ff; *ders*, Intentionalism and the Interpretation of the ECHR in Fitzmaurice Malgosia/Elias Olufemi A./Merkouris Panos (Hg), Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties (2010) 257.

¹⁹ Vgl *Barth Rainer*, Richterliche Rechtsfortbildung im Steuerrecht (1996) 44 ff; *Grosche Nils*, Rechtsfortbildung im Unionsrecht (2011) 94 ff; *Metzger Axel*, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht (2009) 183 ff, 185 ff; *Neuner Jörg*, Die Rechtsfindung contra legem² (2005) 2 (siehe aber 132, 133); *ders*, Die Rechtsfortbildung in Riesenhuber Karl (Hg), Europäische Methodenlehre² (2010) § 13 Rn 26 ff, 40 ff; *Rüthers Bernd/Fischer Christian/Birk Axel*, Rechtstheorie⁶ (2011) Rn 828; ähnlich *Hergenröder Curt Wolfgang*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung (1995) 139 (Rechtsfortbildung praeter legem – extra legem, aber secundum ius – contra legem sowie contra ius).

²⁰ EGMR 21.02.1975, 4451/70 (*Golder/GB*) EGMR-E 1, 146.

besagt Art 6 Abs 1 EMRK seinem Wortlaut nach hingegen nicht. Damit war den Konventionsstaaten *prima facie* die Möglichkeit eingeräumt, die Verfahrensrechte aus Art 6 Abs 1 EMRK leer laufen zu lassen, nämlich indem sie den Weg zu den Gerichten abschnitten. Gleichwohl entschied der EGMR mit großer Mehrheit unter den Richtern, dass Art 6 Abs 1 EMRK das Recht auf Zugang zu Gericht (*access to court*) implizit gewährleiste. Die Richtermehrheit gestand dabei ein, dass vom isolierten Wortlaut her betrachtet Art 6 EMRK für ein derartiges Recht wenig herbegebe.²¹ Als entscheidend für die Argumentation der Richtermehrheit erweist sich sodann der Rückgriff auf Art 31 Abs 3 lit c WVK.²² Danach ist ein völkerrechtlicher Vertrag in Übereinstimmung mit sonstigem Völkerrecht auszulegen.²³ Hier verweist die Richtermehrheit nun darauf, dass *access to court* einen allgemeinen Rechtsgrundsatz iSd Art 38 Abs 1 lit c IGH-Statut darstelle, darüber hinaus gebe es im allgemeinen Völkerrecht auch das Verbot der Rechtsverweigerung (*denial of justice*).²⁴

An dieser Argumentation entzündete sich die methodenrechtliche Kritik von Richter *Sir Gerald Fitzmaurice*. *Fitzmaurice* räumt ein, es sei ein verständlicher, vernünftiger und legitimer Standpunkt, dass Zugang zu Gericht ein wichtiges Menschenrecht sei oder als ein solches zu gelten habe. Ebenso berechtigt sei aber die Sichtweise, dass die Bedeutung dieses Rechts – vor allem in einer Konvention, die auf Staatenkonsens gründe und nicht der souveränen Entscheidung des Gesetzgebers entstamme –, verlange, dass es ausdrücklich garantiert werden müsse und nicht auf implizitem Wege hergeleitet werden könne. Weiter heißt es wörtlich in dem Sondervotum:

„There is a considerable difference between the case of ‘law-giver’s law’ edicted in the exercise of sovereign power, and law based on convention, itself the outcome of a process of agreement, and limited to what has been agreed, or can properly be assumed to have been agreed. Far greater interpretational restraint is requisite in the latter case, in which, accordingly, the convention should not be construed as providing for more than it contains, or than is necessarily to be inferred from what it contains.“²⁵

Die Argumentation von *Fitzmaurice* erscheint noch sehr stark vom traditionellen, auf dem Staatenkonsens basierenden Verständnis des Völkerrechts beeinflusst. Zugleich ist allerdings darauf hinzuweisen, dass sein Plädoyer für eine restriktive Interpretation der EMRK gerade dem Schutz des nationalen Gesetzgebers dient: Denn indem der EGMR neue Gewährleistungsgehalte im Wege des Richterrechts anerkennt, schiebt er dem nationalen Gesetzgeber, welcher im Rahmen des innerstaatlichen Ratifikationsprozesses der Konvention typischerweise seine Zustimmung erteilt hat, etwas unter, was dieser so nicht gewollt hat. Mit sicherem Gespür für die

²¹ EGMR 21.02.1975, 4451/70 (Golder/GB) EGMR-E 1, 146 Rn 28.

²² EGMR 21.02.1975, 4451/70 (Golder/GB) EGMR-E 1, 146 Rn 29-30.

²³ Näher hierzu unten bei Fn 131.

²⁴ EGMR 21.02.1975, 4451/70 (Golder/GB) EGMR-E 1, 146 Rn 35. Üblicherweise wird das Denial-of-Justice-Verbot als ein Teil des sog fremdenrechtlichen Mindeststandards (und damit als Teil des Völkergewohnheitsrechts) angesehen, vgl näher *Breuer* (Fn 4) 604 ff; *Paulsson Jan*, Denial of Justice in International Law (2005); jüngst *Sattorova Mavluda*, Denial of Justice Disguised? Investment Arbitration and the Protection of Foreign Investors from Judicial Misconduct, *International and Comparative Law Quarterly* 61 (2012) 223.

²⁵ EGMR 21.02.1975, 4451/70 (Golder/GB) Sondervotum *Fitzmaurice*, Rn 32.

Schwachstelle in der Argumentation der Richtermehrheit legt *Fitzmaurice* dar, dass es logisch betrachtet durchaus nicht abwegig sei, in bestimmten Fällen den Zugang zum Gericht gänzlich auszuschließen, aber immer dann, *wenn* Zugang gewährt werde, gewisse Rechtsgarantien festzuschreiben. Art 6 Abs 1 EMRK wäre nach dieser Lesart kein originäres Leistungsrecht – nämlich auf die Gewährleistung von Zugang zu Gericht –, sondern ein derivatives Teilhaberecht – immer, wenn Zugang zu Gericht vom nationalen Gesetzgeber gewährt wird, haben bestimmte Verfahrensgarantien zu gelten. Denknotwendig ausgeschlossen erscheint ein solches Verständnis in der Tat nicht. Jedenfalls ergibt sich aus dem Umstand, dass *access to court* ein Grundsatz des allgemeinen Völkerrechts ist, nicht zwingend, dass dieses Recht auch über die EMRK mit geschützt sein müsste.²⁶

2. Fall *Rantsev*

Dem Fall *Golder* soll als zweiter Fall der Rechtsfortbildung *praeter legem* hier der Fall *Rantsev gegen Zypern und Russland* zur Seite gestellt werden, den der EGMR im Jahr 2010 entschieden hat.²⁷ Im Zentrum dieses Falles stand die Frage, ob Art 4 EMRK (auch) ein Verbot des Menschenhandels enthalte. Seinem Wortlaut nach verbietet Art 4 Abs 1 EMRK die Sklaverei und Leibeigenschaft, Art 4 Abs 2 EMRK hingegen die Zwangs- und Pflichtarbeit. Der Menschenhandel als solcher wird von Art 4 EMRK nicht erfasst – ganz im Gegensatz zu Art 5 GRC, wo dem Verbot des Menschenhandels ein eigener Abs 3 gewidmet ist.

Der EGMR beginnt seine Ausführungen mit einem Verweis auf die allgemeinen Auslegungsgrundsätze der Wiener Vertragsrechtskonvention.²⁸ Danach ist ein Vertrag gemäß der gewöhnlichen Bedeutung einerseits und im Lichte seines Zieles und Zweckes andererseits auszulegen (Art 31 Abs 1 WVK). Der Gerichtshof betont in diesem Zusammenhang, dass das Ziel der EMRK der wirksame Schutz der Menschenrechte sei. Zudem verweist er – ebenso wie im Fall *Golder* – auf Art 31 Abs 3 lit c WVK, der die Auslegung völkerrechtlicher Verträge in Übereinstimmung mit sonstigem Völkerrecht gebietet. Dass die Konvention den Menschenhandel nicht ausdrücklich erwähne, erklärt der Gerichtshof damit, dass Art 4 EMRK der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) von 1948 nachgebildet sei, die das Verbot des Menschenhandels ebenfalls nicht eigens erwähne.²⁹ Demgegenüber habe der Menschenhandel weltweit in den vergangenen Jahren erheblich zugenommen. Als Beleg führt der EGMR zwei völkerrechtliche Verträge an, die die internatio-

²⁶ Zum Sondervotum *Fitzmaurice* differenzierend *Cremer* (Fn 16) Rn 54 ff.; siehe auch *Letsas* (Fn 18) 64 f.

²⁷ EGMR 10.01.2010, 25965/04 (*Rantsev/CY und RU*) NJW 2010, 3003; hierzu *Allain Jean*, *Rantsev v Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery*, *Oxford Human Rights Law Review* 10 (2010) 546; *Pati Roza*, *States' Positive Obligations with Respect to Human Trafficking: The European Court of Human Rights Breaks New Ground in Rantsev v. Cyprus and Russia*, *Boston University International Law Journal* 29 (2011) 79; *Stoyanova Vladislava*, *Dancing on the Borders of Article 4: Human Trafficking and the European Court of Human Rights in the Rantsev Case*, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 30 (2012) 163.

²⁸ EGMR 10.01.2010, 25965/04 (*Rantsev/CY und RU*) NJW 2010, 3003 Rn 274.

²⁹ EGMR 10.01.2010, 25965/04 (*Rantsev/CY und RU*) NJW 2010, 3003 Rn 277.

nale Bedeutung des Kampfes gegen Menschenhandel dokumentieren sollen: Dabei handelt es sich zum einen auf UN-Ebene um das Zusatzprotokoll zur Verhütung, Unterdrückung und Bestrafung des Handels mit Menschen, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels, aus dem Jahr 2000 (sog Palermo-Protokoll),³⁰ zum anderen um die Konvention des Europarates zur Bekämpfung des Menschenhandels³¹ aus dem Jahr 2005.³² Diese Konventionen bewiesen, so der EGMR, die wachsende internationale Anerkennung der Bedeutung des Menschenhandels und der Notwendigkeit, ihn zu bekämpfen. Es bedarf dann nur noch eines Verweises auf ein Urteil des Jugoslawien-Kriegsverbrechertribunals, um das Bild für den EGMR abzurunden:³³

„Menschenhandel ist eine Bedrohung für Menschenwürde und Grundfreiheiten seiner Opfer und mit der demokratischen Gesellschaft und den Grundwerten der Konvention unvereinbar. Angesichts seiner Aufgabe, die Konvention unter Berücksichtigung der heutigen Verhältnisse auszulegen, hält es der Gerichtshof nicht für erforderlich, zu unterscheiden, ob die Behandlung, über die sich der Bf. beklagt, ‚Sklaverei‘, ‚Leibeigenschaft‘ oder ‚Zwangsarbeit‘ ist. Menschenhandel selbst i.S. von Art. 3a des Palermo-Protokolls und Art. 4a der Konvention gegen Menschenhandel fällt in den Anwendungsbereich von Art. 4 EMRK.“³⁴

An der Argumentation des Gerichtshofs, der in diesem Fall übrigens keiner der sieben Richter widersprochen hat, erscheint mehreres bemerkenswert: Zunächst konnte der EGMR – anders als im Fall *Golder* – hier mit einem Wandel der tatsächlichen Verhältnisse argumentieren. Die Zunahme des Menschenhandels als eine „moderne Form der Sklaverei“ bereitet der richterlichen Rechtsfortbildung den Boden. Parallel zum Fall *Golder* ist hingegen das Verständnis des EGMR von dem Verhältnis der Konvention zu sonstigem Völkerrecht: Art 31 Abs 3 lit c WVK dient dem Gerichtshof als Brücke, um aktuelle völkerrechtliche Trends in die Konvention zu integrieren. Dabei muss man sich die genaue Argumentationsweise des EGMR vor Augen führen: Jedenfalls in der gerade wiedergegebenen Textpassage aus den Urteilsgründen spielt die Zugehörigkeit der beschwerdegegnerischen Staaten (Zypern und Russland) zu den genannten Konventionen keine Rolle. In dem der Begründetheit vorangehenden Abschnitt wird immerhin erwähnt, dass das Palermo-Protokoll von Zypern und Russland ratifiziert worden sei, während der Europarats-Konvention nur Zypern angehöre und Russland diese überhaupt erst noch unterzeichnen müsse. Der EGMR meint hier hinzufügen zu müssen, dass die Europarats-Konvention von 41 Staaten unterzeichnet und von 26 ratifiziert worden sei.³⁵ Es geht hier also augenscheinlich darum, die erweiternde Auslegung des Art 4 EMRK nicht (allein)

³⁰ UNTS vol 2237, 319; dBGBI 2005 II, 995. Das Protokoll ergänzt das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität vom 15.11.2000, UNTS vol 2225, 209; dBGBI 2005 II, 956.

³¹ CETS Nr 197; dBGBI 2012 II, 1107.

³² EGMR 10.01.2010, 25965/04 (Rantsev/CY und RU) NJW 2010, 3003 Rn 278.

³³ EGMR 10.01.2010, 25965/04 (Rantsev/CY und RU) NJW 2010, 3003 Rn 280, unter Verweis auf *ICTY, Prosecutor v Kunarac, Vukovic and Kovac*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Judgement, 12.06.2002.

³⁴ EGMR 10.01.2010, 25965/04 (Rantsev/CY und RU) NJW 2010, 3003 Rn 282.

³⁵ EGMR 10.01.2010, 25965/04 (Rantsev/CY und RU) Rn 149, 160 (insoweit in der NJW nicht abgedruckt).

mit der Zustimmung der betroffenen Staaten zu den genannten völkerrechtlichen Instrumenten zu begründen, sondern einen allgemeinen völkerrechtlichen Trend zu identifizieren. Dieser Eindruck wird sich in weiteren Urteilen noch verfestigen. Daneben erscheint drittens bemerkenswert, dass der EGMR in diesem Fall nicht mit der Grundrechtecharta argumentiert, obwohl eine derartige Argumentation angesichts der ausdrücklichen Aufnahme des Verbots des Menschenhandels in Art 5 Abs 3 GRC zumindest nahegelegen hätte. Ob dies an der Beteiligung eines Nicht-EU-Staates (Russland) lag, kann nur vermutet werden.³⁶

B. Rechtsfortbildung contra legem

Im Vergleich zur Rechtsfortbildung *praeter legem* birgt die Fallgruppe der Rechtsfortbildung *contra legem* erheblich mehr Brisanz.³⁷ Die im Folgenden behandelten Fälle sagen in ihrer Gegenüberstellung viel über das heutige Selbstverständnis des EGMR aus. Sie betreffen jeweils das Recht auf Eheschließung aus Art 12 EMRK.

1. Fall *Johnston ua*

Der ältere von beiden ist der Fall *Johnston ua gegen Irland*, vom EGMR entschieden im Jahr 1986.³⁸ Der Fall betraf das Scheidungsverbot nach irischem Recht, das nach Auffassung der Beschwerdeführer ua gegen Art 12 EMRK verstieß. Nun garantiert Art 12 EMRK seinem Wortlaut nach lediglich das Recht auf Eingehung der Ehe, nicht auf Scheidung. Allerdings hat ein Scheidungsverbot zur Folge, dass die Möglichkeit der Wiederheirat ausgeschlossen wird. Gleichwohl kam der Gerichtshof zu keinem anders lautenden Ergebnis. Art 12 EMRK ist nämlich dem Art 16 AEMR nachgebildet, allerdings nur dessen erstem Satz, nicht hingegen dem Zusatz, wonach Männer und Frauen „bei der Eheschließung, während der Ehe und bei deren Auflösung“ die gleichen Rechte hätten. In dem Bericht *Pierre-Henri Teitgens* heißt es hierzu eindeutig, nur das Recht, eine Ehe einzugehen, habe gewährleistet werden sollen.³⁹ Diesem historisch-genetischen Argument hielten die Beschwerdeführer einen Wandel der sozialen Verhältnisse aufgrund der Zunahme gescheiterter Ehen entgegen, welcher dazu führen sollte, dass die EMRK im Lichte der „*present-day conditions*“ dynamisch auszulegen sei. Hierzu der EGMR kurz und bündig:

„Allerdings kann der Gerichtshof nicht im Wege einer evolutiven Auslegung aus diesen Texten ein Recht ableiten, welches nicht von vornherein darin mitenthalten war. Dies gilt insbesondere hier, wo die Auslassung bewusst erfolgte.“⁴⁰

Für den EGMR bildete der Wortlaut im Jahr 1986 also noch eine unüberwindbare Hürde.

³⁶ Siehe aber den Fall *Bayatyan*, unten bei Fn 88.

³⁷ Allgemein *Neuner* (Fn 19); speziell für die europäischen Gerichtsbarkeiten vgl *Tinç Mehmet Rifat*, L'interprétation « contra legem » devant les Cours européennes des Droit de l'homme et de la Justice, *Revue du Droit de l'Union Européenne* (2009) 493.

³⁸ EGMR 18.12.1986, 9697/82 (*Johnston ua/IE*) EGMR-E 3, 356.

³⁹ EGMR 18.12.1986, 9697/82 (*Johnston ua/IE*) EGMR-E 3, 356 Rn 52.

⁴⁰ EGMR 18.12.1986, 9697/82 (*Johnston ua/IE*) EGMR-E 3, 356 Rn 53.

2. Fall *Schalk und Kopf*

Dieses Urteil sei nun mit der Herangehensweise des EGMR im Fall *Schalk und Kopf gegen Österreich* aus dem Jahr 2010 kontrastiert.⁴¹ In diesem Fall stand nicht das Recht auf Scheidung, sondern das Recht auf Eingehung der Ehe durch gleichgeschlechtliche Lebenspartner im Raume. Die Beschwerdeführer hatten argumentiert, aus dem Wortlaut des Art 12 EMRK folge nicht zwingend, dass ein Mann nur eine Frau heiraten könne und umgekehrt.⁴² Nicht so hingegen der EGMR. Der Gerichtshof verwies darauf, dass alle übrigen materiellen Garantien mit Formulierungen begännen wie „Jede Person hat das Recht“ oder „Niemand darf“. Wenn nun in Art 12 EMRK von „Männern und Frauen im heiratsfähigen Alter“ die Rede sei, so sei diese Wortwahl als beabsichtigt anzusehen, zumal in den 1950er Jahren die Ehe eindeutig in ihrem traditionellen Sinne als Lebensgemeinschaft von Partnern unterschiedlichen Geschlechts verstanden worden sei.⁴³ Die Wortlautauslegung des Art 12 EMRK ergab also ein eindeutiges Ergebnis, nämlich dass gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften von dessen Gewährleistungsgehalt nicht erfasst sind.

Damit hätte es der Gerichtshof bewenden lassen können. In den Urteilsgründen folgt aber ein Verweis auf die Grundrechtecharta der Europäischen Union. Hierzu muss man wissen, dass Art 9 GRC dem Art 12 EMRK nachgebildet ist, allerdings ohne den charakteristischen Eingangspassus „Männer und Frauen im heiratsfähigen Alter“. Diese Auslassung war ausweislich der Erläuterungen zur Charta auch absichtlich erfolgt, um gleichgeschlechtliche Beziehungen erfassen zu können. Durch diesen Artikel, so die Erläuterungen, werde es weder untersagt noch vorgeschrieben, Verbindungen von Menschen gleichen Geschlechts den Status der Ehe zu verleihen. Dieses Recht sei also dem von der EMRK vorgesehenen Recht ähnlich, es könne jedoch eine größere Tragweite haben, wenn die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften dies vorsähen.⁴⁴ Auf diesen unionsrechtlichen Befund reagiert der EGMR wie folgt:

„Im Hinblick auf Art. 9 der Charta nimmt der Gerichtshof daher nicht länger an, dass das Recht auf Eheschließung nach Art. 12 unter allen Umständen auf die Ehe zwischen zwei Personen unterschiedlichen Geschlechts beschränkt sein muss. Folglich kann nicht gesagt werden, Art. 12 sei unanwendbar auf die Beschwerde der Bf.“⁴⁵

Art 9 GRC wird also vom EGMR dazu genutzt, um Art 12 EMRK entgegen seinem klaren Wortlaut zu modifizieren. Diese Vorgehensweise traf auf den entschiedenen Widerstand der Richter *Malinverni* und *Kovler*. In ihrem Votum schreiben sie:

⁴¹ EGMR (GK) 24.06.2010, 30141/04 (*Schalk und Kopf/AT*) EuGRZ 2010, 445; hierzu *Hodson Lovelady*, *A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria*, *Oxford Human Rights Law Review* 11 (2011) 170; *Sanders Anne*, *Eheschließung Gleichgeschlechtlicher: Noch nicht, aber bald? Zur Entscheidung Schalk und Kopf v. Österreich des EGMR*, *StAZ* 2011, 175; *Wiemann Rebekka*, *Die Rechtsprechung des EGMR zu sexueller Orientierung: Von der (Un-)Geeignetheit des Beurteilungsspielraums der Mitgliedstaaten, ein Spannungsverhältnis zwischen zwei Konventionsrechten zu lösen. Das Urteil Schalk und Kopf gegen Österreich*, *EuGRZ* 2010, 408.

⁴² EGMR (GK) 24.06.2010, 30141/04 (*Schalk und Kopf/AT*) EuGRZ 2010, 445 Rn 55.

⁴³ EGMR (GK) 24.06.2010, 30141/04 (*Schalk und Kopf/AT*) EuGRZ 2010, 445 Rn 55.

⁴⁴ Erläuterungen des Konventspräsidiums, *ABl* 2007 C 303/17; zur Relevanz der Erläuterungen vgl. *Art 52 Abs 7 GRC*.

⁴⁵ EGMR (GK) 24.06.2010, 30141/04 (*Schalk und Kopf/AT*) EuGRZ 2010, 445 Rn 61.

„Admittedly, the Convention is a living instrument which must be interpreted in a ‘contemporary’ manner, in the light of present-day conditions [...]. It is also true that there have been major social changes in the institution of marriage since the adoption of the Convention [...]. However, as the Court held in *Johnston and Others v. Ireland* [...], while the Convention must be interpreted in the light of present-day conditions, the Court cannot, by means of an evolutive interpretation, ‘derive from [it] a right that was not included therein at the outset’.“⁴⁶

Problematisch an der Vorgehensweise der Richtermehrheit ist vor allem, dass Art 12 EMRK mit Rücksicht auf einen Rechtstext – die Grundrechtecharta – modifiziert wird, obwohl nicht alle Europaratsstaaten zugleich auch der Europäischen Union angehören.⁴⁷ Auch wenn der konkrete Fall einen EU-Mitgliedstaat, nämlich Österreich, betraf, so wirkt sich diese Rechtsfortbildung doch auch in Fällen von Nicht-EU-Staaten wie Russland oder der Türkei aus. Diese Fortbildung mag zwar keine unmittelbaren Auswirkungen haben, da die Eingehung einer Ehe unter gleichgeschlechtlichen Paaren nach der Konzeption der Grundrechtecharta von der Zulassung im nationalen Recht abhängt. Es bleibt aber das Unbehagen, dass die Richter hier sehenden Auges gegen den Wortlaut der Konvention das Recht fortgebildet haben mit Rücksicht auf einen Rechtstext, der nicht für alle Konventionsstaaten Verbindlichkeit beansprucht.

V. EGMR-Praxis, Teil II: Abweichung von bisheriger Rechtsprechung

Zwischen der Fallgruppe der Rechtsfortbildung *aut praeter aut contra legem* und der Abweichung des EGMR von seiner eigenen Rechtsprechung bestehen eine Vielzahl von Überschneidungen und Querverbindungen. Allerdings ergibt sich in der zweiten Fallgruppe das zusätzliche Problem, dass das Vertrauen der Rechtsunterworfenen in die Gleichmäßigkeit der Rechtsprechung enttäuscht wird. Diesbezüglich betont der EGMR in st Rspr, dass er zwar an frühere Urteile nicht in einem formellen Sinne gebunden sei. Es liege jedoch im Interesse der Rechtssicherheit, der Vorhersehbarkeit und der Gleichheit vor dem Gesetz, dass er nicht ohne gute Gründe von früheren Entscheidungen abweiche.⁴⁸

Bevor im Folgenden einige besonders aussagekräftige Beispielfälle dargestellt werden, soll zunächst auf Urteile zumindest hingewiesen werden, die hier nicht behandelt werden können. So beschränkt sich die getroffene Fallauswahl auf Rechtsprechungsänderungen im Bereich materieller Konventionsgarantien. Ausgeklammert bleiben damit Fälle, deren Schwerpunkt im Prozessualen liegt:⁴⁹ Insoweit sei

⁴⁶ EGMR (GK) 24.06.2010, 30141/04 (Schalk und Kopf/AT) Votum des Richters *Malinverni*, dem sich Richter *Kovler* angeschlossen hat.

⁴⁷ Vgl *mutatis mutandis* die Kritik bei *Grabenwarter/Pabel* (Fn 13) § 5 Rn 11 aE.

⁴⁸ EGMR (GK) 19.04.2007, 63235/00 (Vilho Eskelinen ua/FI) NJOZ 2008, 1188 Rn 56; EGMR (GK) 12.11.2008, 34503/97 (Demir und Baykara/TR) NJOZ 2010, 1897 Rn 153; EGMR (GK) 15.10.2009, 17056/06 (Micallef/MT) 81; EGMR (GK) 10.02.2009, 14939/03 (Sergey Zolotukhin/RU) NJOZ 2010, 2630 Rn 78; EGMR (GK) 07.07.2011, 23459/03 (Bayatyan/AM) NV wZ 2012, 1603 Rn 98; EGMR (GK) 26.06.2010, 9300/07 (Herrmann/DE) NJW 2012, 3629 Rn 78. Aus der Literatur vgl *Cremer* (Fn 16) Rn 119 ff.

⁴⁹ Ähnlich die Differenzierung bei *Forowicz Magdalena*, *The Reception of International Law in the Case Law of the European Court of Human Rights* (Diss Uni Zürich 2009) 379 f.

hier nur pauschal auf die Einführung der sog Piloturteilstechnik durch das Urteil im Fall *Broniowski*⁵⁰ sowie auf die Kehrtwende in der Frage der Verbindlichkeit einstweiliger Anordnungen im Fall *Mamatkulov und Askarov*⁵¹ hingewiesen. Diese Urteile sind stark von dem Streben nach Funktionsfähigkeit des Konventionssystems insgesamt beeinflusst.⁵² Gleiches gilt – obwohl hier die Auslegung einer materiellen Garantie (Art 13 EMRK) in Rede stand – für das Urteil im Fall *Kudła*:⁵³ Durch die Verpflichtung der Staaten zur Schaffung eines nationalen Rechtsbehelfs gegen überlange Verfahrensdauer vor Gericht suchte der EGMR in erster Linie sich selbst zu entlasten. Durch diese Eigenrationalität unterscheiden sich die genannten Fälle erheblich von den Fällen materieller Rechtsprechungswechsel.

Ebenfalls nicht behandelt werden hier Änderungen der Rechtsprechung, die ihre Ursache im Rechtstatsächlichen haben: So qualifizierte der EGMR im Fall *Matthews* – in Abweichung von der vorangegangenen Spruchpraxis der früheren

⁵⁰ EGMR (GK) 22.06.2004, 31443/96 (*Broniowski/PL*) EuGRZ 2004, 472 (Abweichung von EGMR 13.06.1979, 6833/74 [Marckx/BE] EGMR-E I, 396). Zum *Broniowski*-Urteil vgl *Breuer Marten*, Urteilsfolgen bei strukturellen Problemen – Das erste „Piloturteil“ des EGMR, EuGRZ 2004, 445; *Garlicki Lech*, *Broniowski and after: on the dual nature of ‘pilot judgments’ in Caffisch Lucius ea* (Hg), *Liber amicorum Luzius Wildhaber: human rights – Strasbourg views* (2007) 177; *Lambert-Abdelgawad Elisabeth*, *La Cour européenne au secours du Comité des ministres pour une meilleure exécution des arrêts « pilote »*, *Revue trimestrielle des droits de l’homme* (2005) 203; *Schmahl Stefanie*, Piloturteile als Mittel der Verfahrensbeschleunigung beim EGMR, EuGRZ 2008 369; *Zagrebelsky Vladimiro*, *Questions autour de Broniowski in Caffisch Lucius ea* (Hg), *Liber amicorum Luzius Wildhaber: human rights – Strasbourg views* (2007) 521.

⁵¹ EGMR (GK) 02.04.2005, 46827/99, 46951/99 (*Mamatkulov und Askarov/TR*) EuGRZ 2005, 357 (Abweichung von EGMR 20.03.1991, 15576/89 [Cruz Varas ua/SE] EuGRZ 1991, 203). Zum *Mamatkulov*-Urteil vgl *Cohen-Jonathan Gérard*, *Sur la force obligatoire des mesures provisoires. L’arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne du 4 février 2005, Mamatkulov et Askarov contre Turquie*, *Revue Générale de Droit International Public* 109 (2005) 2, 421; *Oellers-Frahm Karin*, *Verbindlichkeit einstweiliger Maßnahmen: Der EGMR vollzieht – endlich – die erforderliche Wende in seiner Rechtsprechung. Anmerkung zum Fall Mamatkulov*, EuGRZ 2003, 689; *dies*, *Verbindlichkeit einstweiliger Anordnungen des EGMR – Epilog. Das Urteil der Großen Kammer im Fall Mamatkulov u.a. gegen Türkei*, EuGRZ 2005, 347; *Tams Christian J.*, *Interim Orders by the European Court of Human Rights – Comments on Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey*, *ZaöRV* 63 (2003) 681; *Vajić Nina*, *Interim Measures and the Mamatkulov Judgment of the European Court of Human Rights in Kohen Marcelo G.* (Hg), *Liber amicorum Caffisch* (2007) 601. Der Vollständigkeit halber sei hier angemerkt, dass sich das *Mamatkulov*-Urteil trotz der primär prozessualen Fragestellung insofern in die Reihe der hier vorgestellten Urteilen einfügt, als der EGMR mit seinem Rechtsprechungswechsel Anschluss an die internationale Spruchpraxis ua von MRA und IGH gesucht hat; vgl MRA, *Piandiong et al v. The Philippines*, *Communication No 869/1999*, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/869/1999 (2000) 5.1-5.4; IGH, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, *Judgment*, *ICJ Reports* 2001, 466 Rn 101 ff. Zu diesem Aspekt siehe auch *Forowicz* (Fn 49) 187 ff; *Tzevelekos Vassilis P.*, *The Use of Article 31 (3)(c) of the VCLT in the Case-law of the ECtHR: an Effective Anti-Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of the Teleology of Human Rights? Between Evolution and Systemic Integration*, *Michigan Journal of International Law* 31 (2010) 621 (655-656).

⁵² Siehe auch *Forowicz* (Fn 49) 374 (hinsichtlich *Mamatkulov und Askarov*).

⁵³ EGMR (GK) 26.10.2000, 30210/96 (*Kudła/PL*) EuGRZ 2004, 484 (Abweichung von EGMR 09.10.1979, 6289/73 [Airey/IE] EuGRZ 1979, 626); hierzu *Bien Florian/Guillaumont Olivier*, *Innerstaatlicher Rechtsschutz gegen überlange Verfahrensdauer. Eine kritische Untersuchung der präventiven und kompensatorischen Rechtsbehelfe im deutschen und französischen Recht im Lichte der Kudła-Rechtsprechung des EGMR*, EuGRZ 2004, 451; *Breuer* (Fn 4) 526 ff; *Vorwerk Volkert*, *Kudła gegen Polen – Was kommt danach?*, *JZ* 2004, 553; *Vospertnik Tanja*, *Das Verhältnis zwischen Art 13 und Art 6 EMRK – Absorption oder „Apfel und Birne“?*, *ÖJZ* 2001, 361.

Kommission für Menschenrechte (EKMR)⁵⁴ – das Europaparlament als „gesetzgebende Körperschaft“ im Sinne des Art 3 des 1. ZPEMRK, weil dessen Kompetenzen durch den Vertrag von Maastricht erheblich erweitert worden waren.⁵⁵ Dem Rechtsprechungswechsel lag somit kein gewandeltes Verständnis des EGMR von den Funktionen einer gesetzgebenden Körperschaft im Sinne des Art 3 des 1. ZPEMRK zugrunde, vielmehr genügte das Europaparlament aufgrund seines Kompetenzzuwachses nunmehr den konventionsrechtlichen Anforderungen. Ähnliches gilt für den Fall *Micallef*, in dem der EGMR entgegen früherer Rechtsprechung⁵⁶ die Anwendbarkeit des Art 6 Abs 1 EMRK auf Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bejahete. Ausschlaggebend hierfür war die Beobachtung, dass angesichts der Überlastung der nationalen Justizsysteme Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz häufig für einen nennenswerten Zeitraum das letzte Wort blieben, so dass von einer jedenfalls faktisch abschließenden „Bestimmung“ (engl: *determination*)⁵⁷ eines zivilrechtlichen Anspruchs ausgegangen werden könne.⁵⁸ Die nachfolgend behandelten Fälle betreffen hingegen Urteile, in denen ein verändertes Verständnis des EGMR vom Schutzgehalt eines Konventionsrechts selbst zum Ausdruck kommt.

A. Die Transsexuellen-Fälle

Eine Fallreihe betrifft die sich aus der Transsexualität ergebenden Probleme, insbesondere nach der Durchführung einer Geschlechtsumwandlung (sog *postoperative transsexuals*).⁵⁹ Im Zentrum dieser Fälle stand ua die Frage, ob Art 8 EMRK (Recht auf Privatleben) eine rechtliche Anerkennung der neuen Geschlechtszugehörigkeit verlange. Probleme bereitete dies traditionell im Vereinigten Königreich, wo in Ermangelung eines Personalausweises der Identitätsnachweis regelmäßig über die Geburtsurkunde geführt wird, die aber eben das „alte“ Geschlecht angibt und so das Faktum der Geschlechtsumwandlung Dritten gegenüber offenbart. Der EGMR hatte erstmals im Jahr 1986 im Fall *Rees* einen Konventionsverstoß mit Rücksicht auf die *margin of appreciation* verneint⁶⁰ und diese Einschätzung im Jahr 1990 im

⁵⁴ EKMR 08.03.1979, 8367/78 (Lindsay/GB) DR 15, 247; EKMR 09.12.1987, 11123/84 (Tête/FR) DR 54, 52.

⁵⁵ EGMR (GK) 18.02.1999, 24833/94 (Matthews/GB) EuGRZ 1999, 200. Zum Fall *Matthews* vgl *Bröhmer Jürgen*, Das Europäische Parlament: Echtes Legislativorgan oder bloßes Hilfsorgan im legislativen Prozess? – Zur Matthews-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZEuS 1999, 197; *Lenz Christopher*, Anmerkung, EuZW 1999, 311; *Winkler Sebastian*, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, das Europäische Parlament und der Schutz der Konventionsgrundrechte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, EuGRZ 2001, 18.

⁵⁶ EGMR 15.03.2001, 43722/98 (Wiot/FR); EGMR 13.01.2002, 39754/98 (APIS a.s./SK); EGMR 16.01.2003, 62763/00 (Verlagsgruppe News GmbH/AT) ÖJZ 2003, 618.

⁵⁷ In der – nichtamtlichen – deutschen Übersetzung des Art 6 EMRK kommt dieser Aspekt nur unvollkommen zum Ausdruck.

⁵⁸ EGMR (GK) 15.10.2009, 17056/06 (Micallef/MT) Rn 79.

⁵⁹ Allgemein hierzu *Greif Elisabeth*, Körper an den Grenzen des Rechts in Dujmovits Elisabeth ea (Hg), Recht und Medizin (2006) 171; *Sacksowsky Ute*, Grundrechtlicher Schutz für Transsexuelle in Deutschland und Europa in Hohmann-Dennhardt Christine ea (Hg), Festschrift für Renate Jaeger (2011) 675.

⁶⁰ EGMR 17.10.1986, 9532/81 (Rees/GB) EGMR-E 3, 267.

Fall *Cossey* bestätigt.⁶¹ Besondere Brisanz ergab sich aus der Tatsache, dass noch im Jahr 1998 eine Große Kammer des EGMR einen Konventionsverstoß abgelehnt hatte (Fall *Sheffield und Horsham*).⁶² Als nur vier Jahre später abermals zwei Beschwerdeführerinnen vor der Großen Kammer standen, waren die Aussichten auf einen Wechsel der gefestigten Rechtsprechung daher an sich denkbar schlecht. Das gilt insbesondere, wenn man sich die Argumente vergegenwärtigt, mit denen die Anwälte die Große Kammer zu einer Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung zu bewegen suchten: Der Verfasser dieser Zeilen war zufällig in der mündlichen Verhandlung zugegen und hat mit Verwunderung zur Kenntnis genommen, dass auf Änderungen in der Gesetzgebung von Staaten wie Singapur, Kanada, Südafrika, Israel, Australien oder Neuseeland verwiesen wurde. Besonders abwegig erschien das Argument, dass Transsexuellen in Presse, Funk und Fernsehen neuerdings besonderes Verständnis und besondere Sympathie entgegengebracht werde, was mit dem Auftreten transsexueller Charaktere in Daily Soaps der TV-Vorabendprogramme begründet wurde. Mit einem Wort: Die argumentative Ausgangslage war mehr als schwach – und doch hatten die Beschwerdeführerinnen *Christine Goodwin* und *I.* mit ihren Beschwerden Erfolg.

Der EGMR führt nunmehr aus, schon im Zeitpunkt des Urteils *Sheffield und Horsham* habe sich unter den Mitgliedstaaten des Europarates ein genereller Konsens in Richtung der rechtlichen Anerkennung einer Geschlechtsumwandlung abgezeichnet. Diese Tendenz setze sich international fort – es folgen Verweise auf die Beispiele Australien und Neuseeland.⁶³ Während also über die generelle rechtliche Anerkennung einer Geschlechtsumwandlung weitgehend Konsens herrscht, verweist der Gerichtshof darauf, dass die Vorstellungen über die möglichen Folgen einer rechtlichen Anerkennung innerhalb der Europaratsstaaten sehr unterschiedlich seien, also etwa bei Fragen der Eheschließung, der Abstammung, des Schutzes des Privatlebens oder des Datenschutzes. Gerade das Fehlen eines entsprechenden europaweiten Konsenses war es, welches noch im Fall *Sheffield und Horsham* zu der Verneinung einer Konventionsverletzung durch den EGMR geführt hatte. In den Fällen *Christine Goodwin* und *I.* dreht der EGMR die Argumentation nun um: Das Fehlen einer gemeinsamen Haltung sei bei (im damaligen Zeitpunkt) 43 Vertragsstaaten mit sehr verschiedenen Rechtssystemen und Rechtstraditionen nicht überraschend. Wichtiger als ein gemeinsames europäisches Vorgehen sei daher die „klare und unbestrittene internationale Entwicklung nicht nur hin zu einer wachsenden gesellschaftlichen Akzeptanz von Transsexuellen, sondern zu einer rechtlichen Anerkennung der neuen sexuellen Identität von postoperativen Transsexuellen“.⁶⁴ Damit sind die Würfel zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen gefallen.

Man mag sich fragen, was die eigentliche Ursache für diesen Rechtsprechungswandel innerhalb einer Zeitspanne von nur vier Jahren ist. Natürlich ist es möglich,

⁶¹ EGMR 27.09.1990, 10843/84 (*Cossey/GB*) ÖJZ 1991, 173.

⁶² EGMR (GK) 30.07.1998, 22985/93, 23390/94 (*Sheffield und Horsham/GB*) ÖJZ 1999, 571.

⁶³ EGMR (GK) 11.07.2002, 28957/95 (*Christine Goodwin/GB*) NJW-RR 2004, 289 Rn 84; EGMR (GK) 11.07.2002, 25680/94 (*I./GB*) Rn 64.

⁶⁴ EGMR (GK) 11.07.2002, 28957/95 (*Christine Goodwin/GB*) NJW-RR 2004, 289 Rn 85; EGMR (GK) 11.07.2002, 25680/94 (*I./GB*) Rn 65.

die Ursache in der geänderten personellen Zusammensetzung der Großen Kammer zu suchen. Die Entscheidung im Fall *Sheffield und Horsham* war bezüglich Art 8 EMRK mit denkbar knapper Mehrheit von 11 zu 9 Stimmen ergangen. Doch reicht das aus, um zu begründen, dass der Gerichtshof nur vier Jahre später einstimmig (!) eine Verletzung konstatiert? Teilweise ist versucht worden, die Ursache in dem geänderten Selbstverständnis des EGMR nach Inkrafttreten des Protokolls Nr 11 zu suchen:⁶⁵ *Sheffield und Horsham* war noch vom „alten“ Gerichtshof entschieden worden, einem nicht-permanenten Spruchkörper mit Richtern im Nebenamt. Die Urteile *Christine Goodwin* und *I.* hingegen fallen in die Zeit des „neuen“, mit hauptberuflichen Richtern besetzten Gerichtshofs. Doch auch diese Erklärung erscheint letztlich (zu) spekulativ. Was bleibt, ist der Befund, dass der EGMR mit diesen Urteilen versucht hat, Anschluss an einen internationalen Trend in Richtung vermehrter Anerkennung postoperativer Transsexueller zu finden, und mit dem Argument der „klaren und unbestrittenen internationalen Entwicklung“ den fehlenden Konsens innerhalb der Europaratsstaaten überspielt hat.⁶⁶

B. Fall *Scoppola* Nr 2

Einen bemerkenswerten Fall der Rechtsprechungskorrektur bildet der Fall *Scoppola Nr 2*, von der Großen Kammer im Jahr 2009 entschieden.⁶⁷ Gegenstand dieses Falles war die Frage, ob aus Art 7 EMRK nicht nur ein *Verbot* der rückwirkenden Anwendung strafschärfender Gesetze, sondern auch ein *Gebot* zur Anwendung milderer Strafgesetze (*Lex-mitior*-Grundsatz) abzuleiten sei. Der Wortlaut des Art 7 EMRK gibt hierfür nichts her. Auffällig ist zudem der Unterschied zu Art 15 IPBPR, der zwar im Wesentlichen mit Art 7 EMRK übereinstimmt, allerdings in Abs 1 Satz 3 ausdrücklich formuliert: „Wird nach Begehung einer strafbaren Handlung durch Gesetz eine mildere Strafe eingeführt, so ist das mildere Gesetz anzuwenden.“ Unter Berufung auf diese Wortlautdivergenz hatte die frühere Kommission für Menschenrechte im Jahr 1978 die Geltung des *Lex-mitior*-Grundsatzes für die EMRK ausgeschlossen.⁶⁸ Der EGMR hatte diese Einschätzung zweimal bestätigt, zuletzt im Jahr 2003.⁶⁹

Auch hier hindert eine erst kürzlich erfolgte Bestätigung der Rechtsprechung den EGMR indes nicht daran, seine Haltung zu ändern.⁷⁰ Dabei hebt er zunächst auf

⁶⁵ Vgl *Letsas George*, The ECHR as a Living Instrument: its Meaning and its Legitimacy, 7 ff (abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2021836).

⁶⁶ Krit *Tzevelekos* (Fn 51) 662: „a fairly maladroit correction of its previous case law rather than an adaptation to a genuine dynamic social change“.

⁶⁷ EGMR (GK) 17.09.2009, 10249/03 (*Scoppola/IT* [Nr 2]) NJOZ 2010, 2726; hierzu *Baumbach Trine*, The Notion of Criminal Penalty and the *Lex Mitior* Principle in the *Scoppola v. Italy* Case, *Nordic Journal of International Law* 80 (2011) 125; *Bohlander Michael*, Retrospective Reductions in the Severity of Substantive Criminal Law – The *Lex Mitior* Principle and the Impact of *Scoppola v Italy* No. 2, *Criminal Law Review* (2011) 627; *ders*, Konventionsfreundliche Auslegung von Art. 103 II GG nach *Scoppola v Italy* (No. 2): Verfassungsrang für das *Lex-Mitior*-Prinzip? *Strafverteidiger Forum* 2011, 169; *Van Drooghenbroeck Sébastien*, Les bornes du texte et les limites de la créativité prétorienne, *Revue trimestrielle des droits de l’homme* 84 (2010) 853.

⁶⁸ EKMR 06.03.1978, 7900/77 (X/DE) DR 13, 70.

⁶⁹ EGMR 05.12.2000, 35574/97 (*Le Petit*/GB); EGMR 06.03.2003, 41171 (*Zaprianov*/BG).

⁷⁰ Zum Folgenden EGMR (GK) 17.09.2009, 10249/03 (*Scoppola/IT* [Nr 2]) NJOZ 2010, 2726 Rn 105 ff.

den langen Zeitraum ab, der seit der Entscheidung der EKMR vergangen sei, und zudem auf wichtige Entwicklungen im internationalen Bereich. Hierfür verweist er auf Art 9 AMRK, die den Lex-mitior-Grundsatz enthalte, sowie auf Art 49 GRC (die im Zeitpunkt des Urteilerlasses im Übrigen noch nicht rechtsverbindlich war⁷¹). Daneben nimmt der EGMR auf das Urteil des EuGH im Fall *Berlusconi ua*⁷² Bezug, in welchem dieser den Lex-mitior-Grundsatz als Teil der gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten anerkannt hatte. Dieser Einschätzung habe sich die französische Cour de Cassation in einem Urteil aus dem Jahr 2007⁷³ angeschlossen. Schließlich verweist der EGMR auf das Statut des IStGH⁷⁴ sowie die Rechtsprechung des Jugoslawien-Kriegsverbrechertribunals,⁷⁵ die allesamt den Lex-mitior-Grundsatz enthielten. Insgesamt gelangt der EGMR zu der Einschätzung, dass sich seit der Entscheidung der EKMR im Jahr 1978 in Europa und allgemein international ein Konsens über die Anwendung des Lex-mitior-Grundsatzes herausgebildet habe. Art 7 EMRK erwähne diesen Grundsatz zwar nicht, das von der Kommission seinerzeit bemühte Wortlautargument sei aber angesichts der genannten Entwicklung nicht mehr entscheidend. Vielmehr entspreche es dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, dass für jede strafbare Handlung diejenige Strafe verhängt werde, die der Gesetzgeber für angemessen halte. Aus diesen Gründen sei von der Spruchpraxis der EKMR abzurücken und Art 7 EMRK dahingehend auszulegen, dass er stillschweigend auch den Lex-mitior-Grundsatz enthalte.

Nur am Rande sei hinzugefügt, dass der EGMR seinem Urteil eine besonders strenge Variante des Lex-mitior-Grundsatzes zugrunde legt:⁷⁶ Danach ist bei mehrfachen Änderungen der Strafgesetzgebung das jeweils mildeste Strafgesetz anzuwenden. Dh, dass es dem Gesetzgeber von Konventionen wegen unmöglich ist, von einer einmal erfolgten Strafmilderung später wieder abzurücken und eine schärfere Sanktion vorzusehen. Jedenfalls mit diesem Verständnis geht der EGMR über den Lex-mitior-Grundsatz, wie er in den anderen völkerrechtlichen Rechtstexten zum Ausdruck kommt, eindeutig hinaus.

Auffällig an dem Urteil ist, dass der EGMR wiederum versucht, die EMRK an eine – tatsächliche oder vermeintliche – internationale Entwicklung anschlussfähig zu machen. Auf die Frage, welche der Europaratsstaaten den genannten Konventionen angehören oder nicht, kommt es in der Argumentation des Gerichtshofes nicht an. Ja, mit der Amerikanischen Menschenrechtskonvention wird gar ein völkerrechtlicher Vertrag benannt, der den Staaten des Europarates naturgemäß nicht offen steht (vgl Art 74 Abs 1 AMRK). Dass der EGMR noch 2003 die bisherige Rechtsprechung bestätigt hatte und sich doch im Jahr 2009 zu einer Änderung derselben veranlasst

⁷¹ Die Inbezugnahme der Grundrechtecharta trotz fehlender Rechtsverbindlichkeit wird vom EGMR ausdrücklich angesprochen in EGMR (GK) 12.11.2008, 34503/97 (Demir und Baykara/TR) NJOZ 2010, 1897 Rn 80; krit hierzu *Grosche* (Fn 19) 62 mit Fn 21.

⁷² EuGH 03.05.2005 verb Rs C-387/02, C-391/02, C-403/02 (Strafverfahren gg Berlusconi ua) Slg 2005 I-03565.

⁷³ Cour de cassation 19.09.2007, 06–85899.

⁷⁴ Vgl Art 24 Abs 2 Rom-Statut.

⁷⁵ ICTY, Prosecutor v. Nikolić, 04.02.2005, Case No IT-94-2-A.

⁷⁶ Vgl *Van Drooghenbroeck* (Fn 67) 882 f.

sah, mag durch das *Berlusconi*-Urteil des EuGH aus dem Jahr 2005 mit beeinflusst worden sein. Indem dort von einer „gemeinsamen Verfassungstradition“ der Mitgliedstaaten die Rede war, mag es aus Sicht des EGMR unerträglich erschienen sein, wenn gerade er als spezialisierter Menschenrechtsgerichtshof hinter diesem gemeineuropäischen Grundrechtsstandard zurückgeblieben wäre. Dass sich die Aussage des EuGH allerdings allein auf das damalige „Europa der 25“ und nicht auf das „Europa der 47“ bezog, wäre dabei freilich ausgeblendet geblieben.⁷⁷

Die Entscheidung der Mehrheit blieb allerdings auch innerhalb der Reihen des EGMR selbst nicht unwidersprochen. Kritik kam von sechs dissentierenden Richtern rund um den Zyprioten *Nicolaou*. Diese bekennen sich zwar zum Grundsatz der evolutiven Auslegung. Sie weisen aber darauf hin, dass keine juristische Auslegung, wie kreativ sie auch immer sei, völlig frei von Beschränkungen sei. Vor allem sei es notwendig, innerhalb der von der Konvention gesetzten Grenzen zu verbleiben. Unter Verweis auf das *Johnston*-Urteil kommen die Dissenters daher zu dem vernichtenden Ergebnis: „This, with respect, oversteps the limits.“

C. Fall *Bayatyan*

Ein weiterer grundlegender Rechtsprechungswechsel ereignete sich im Jahr 2011 im Bereich des Rechts auf Kriegsdienstverweigerung. Die frühere EKMR war in ständiger Spruchpraxis davon ausgegangen, dass ein solches Recht von der Konvention nicht geschützt sei. Insbesondere lasse sich ein Recht auf Kriegsdienstverweigerung nicht aus der Gewissensfreiheit (Art 9 EMRK) herleiten. Vielmehr ergebe sich aus dem Verweis in Art 4 Abs 3 lit b EMRK auf „Länder, wo die Dienstverweigerung aus Gewissensgründen anerkannt ist“, dass die Konventionsstaaten bei der Einführung eines Ersatzdienstes frei seien.⁷⁸ Der Gerichtshof selbst war zwar ebenfalls mit Beschwerden dieser Art konfrontiert worden, legte sich in der Frage aber zunächst nicht fest.⁷⁹ Während sich nun in dem Fall *Bayatyan* im Jahr 2009 die Kammer der Dritten Sektion noch der bisherigen Kommissionspraxis anschloss und ein Recht auf Kriegsdienstverweigerung aus Art 9 EMRK verneinte,⁸⁰ entschied im Jahr 2011 die dagegen angerufene Große Kammer im entgegengesetzten Sinne.⁸¹

Für diese Kehrtwende stützt sich die Große Kammer auf zwei Argumente: einerseits auf einen in den späten 1980er Jahren einsetzenden gesamteuropäischen Trend

⁷⁷ Krit ebenfalls *Grabenwarter/Pabel* (Fn 13) § 5 Rn 11 aE.

⁷⁸ EKMR 12.12.1966, 2299/64 (*Grandrath/DE*) Yearbook vol 10, 626; EKMR 02.04.1973, 5591/72 (*G.Z./AT*) CD 43, 161; 07.03.1977, 7565/76 (*Kriegsdienstverweigerer/DK*) DR 9, 117; 05.07.1977, 7705/76 (*X/DE*) DR 9, 196; 09.05.1984, 10640/83 (*A./CH*) DR 38, 219; 30.11.1994, 22793/93 (*Peters/NL*); 22.05.1995, 24630/94 (*Heudens/BE*).

⁷⁹ Vgl EGMR (GK) 06.04.2000, 34369/97 (*Thlimmenos/GR*) ÖJZ 2001, 518 Rn 43, 53; EGMR 24.01.2006, 39437/98 (*Ülke/TR*) Rn 53 f.

⁸⁰ EGMR 27.10.2009, 23459/03 (*Bayatyan/AM*).

⁸¹ EGMR (GK) 07.07.2011, 23459/03 (*Bayatyan/AM*) NVwZ 2012, 1603; hierzu *Walter Jean-Baptiste*, La reconnaissance du droit à l'objection de conscience par la Cour européenne des droits de l'homme Revue trimestrielle des droits de l'homme 91 (2012) 671; *Muzny Petr*, *Bayatyan v Armenia: The Grand Chamber Renders a Grand Judgment*, Human Rights Law Review 12 (2012) 135.

in Richtung der Einführung der Kriegsdienstverweigerung,⁸² andererseits auf eine parallel hierzu verlaufende internationale Entwicklung. Im Unterschied zu *Christine Goodwin* und *I.* dient die Berufung auf den internationalen Trend somit nicht dazu, eine gegenteilige europäische Entwicklung zu konterkarieren,⁸³ vielmehr besteht zwischen beiden Entwicklungen Gleichklang. Was die internationale Entwicklung im Einzelnen angeht, beruft sich die Große Kammer zum einen auf die Spruchpraxis des Menschenrechtsausschusses.⁸⁴ Dieser hatte in frühen Entscheidungen eine Herleitung des Rechts auf Kriegsdienstverweigerung aus der Gewissensfreiheit (Art 18 IPBPR) mit derselben Begründung wie einst die EKMR – nämlich unter Berufung auf Art 8 Abs 3 lit c Z ii IPBPR, das Pendant zu Art 4 Abs 3 lit b EMRK – abgelehnt,⁸⁵ in seinem General Comment No 22 diese Haltung jedoch revidiert. Zur Begründung führte er nunmehr aus, ein Recht auf Kriegsdienstverweigerung aus Art 18 IPBPR sei jedenfalls insoweit anzuerkennen, „als die Verpflichtung zur Anwendung von tödlicher Gewalt in einen schweren Konflikt mit der Gewissensfreiheit und dem Recht auf Bekundung seiner Religion oder Weltanschauung treten kann“.⁸⁶

Als zweites Argument nimmt die Große Kammer des EGMR auf Art 10 GRC Bezug.⁸⁷ Dieser stimmt in seinem Abs 1 zwar nahezu wörtlich mit Art 9 Abs 1 EMRK überein, fährt in Abs 2 aber fort: „Das Recht auf Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen wird nach den einzelstaatlichen Gesetzen anerkannt, welche die Ausübung dieses Rechts regeln.“ Die hieran anknüpfende Argumentation des EGMR ist gleich in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert: Es zeigt sich, dass eine Berufung auf die Grundrechtecharta nicht nur in Fällen mit Beteiligung von EU-Mitgliedstaaten (wie etwa *Schalk und Kopf*, *Scoppola Nr 2* – anders hingegen im Fall *Rantsev!*⁸⁸) in Betracht kommt, sondern auch gegenüber sonstigen Staaten. Auf das Problem, dass damit den übrigen Konventionsstaaten möglicherweise ein EU-Standard aufgedrängt wird,⁸⁹ geht die Große Kammer mit keiner Silbe ein. Im Gegenteil verweist sie auf die „einhellige Anerkennung des Rechts auf Wehrdienstverweigerung durch die Mitgliedstaaten der EU [...] sowie das Gewicht, das diesem Recht in der europäischen

⁸² EGMR (GK) 07.07.2011, 23459/03 (Bayatyan/AM) NVwZ 2012, 1603 Rn 103-104. Allgemein zur (ambivalenten) Rolle des Arguments vom „gesamteuropäischen Konsens“ in der Rechtsprechung des EGMR vgl *Breuer Marten*, Verfassungsgerichte und Verfassungsvergleichung: Die Perspektive des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, JRP 2010, 223-229; *Nußberger Angelika*, Europäischer Konsens als rechtliche Fiktion in Mansel Heinz-Peter ea (Hg), Gedächtnisschrift für Ulrich Hübner (2012) 717; *dies*, Der Wandel der Grund- und Menschenrechte in Sachs Michael/Siekman Helmut (Hg), Festschrift für Klaus Stern (2012) 117.

⁸³ Vgl oben bei Fn 66.

⁸⁴ EGMR (GK) 07.07.2011, 23459/03 (Bayatyan/AM) NVwZ 2012, 1603 Rn 105.

⁸⁵ MRA, LTK/Finnland, Communication no 185/1984, 09.07.1985, CCPR/C/25/D/185/1984.

⁸⁶ MRA, General Comment no 22 vom 30.07.1993, Rn 11; deutsche Übersetzung nach: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hg), Die „General Comments“ zu den VN-Menschenrechtsverträgen (2005) 92 (96). Zur nachfolgenden Spruchpraxis des MRA vgl *Nowak Manfred*, CCPR Commentary² (2005) Art 18 Rn 32 mwN sowie MRA, *Yeo-Bum Yoon/Republik Korea* und *Myung-Jin Choi/Republik Korea*, Communications nos 1321/2004 und 1322/2004, 03.11.2006, CCPR/C/88/D/1321-1322/2004.

⁸⁷ EGMR (GK) 07.07.2011, 23459/03 (Bayatyan/AM) NVwZ 2012, 1603 Rn 106.

⁸⁸ Oben bei Fn 36.

⁸⁹ Vgl *Grabenwarter/Pabel* (Fn 13) § 5 Rn 11.

Gesellschaft zuerkannt wird“.⁹⁰ Darüber hinaus ist bemerkenswert, dass die Große Kammer das zwischenzeitlich erfolgte Inkrafttreten der Grundrechtecharta eigens erwähnt. Damit hebt sich das Urteil *Bayatyan* positiv vom Urteil im Fall *Scoppola Nr 2* ab, bei dessen Erlass die Charta noch nicht einmal Rechtsverbindlichkeit erlangt hatte.⁹¹ Andererseits fallen die beschwerdegegenständlichen Ereignisse des Falles *Bayatyan* in den Zeitraum 2002–2003, so dass es insofern doch zu einer rückwirkenden Projektion der Charta kommt. Darüber hinaus ist fraglich, ob aus Art 10 Abs 2 GRC überhaupt ein Recht auf Kriegsdienstverweigerung hergeleitet werden kann. Jedenfalls im deutschen Schrifttum sind es nicht wenige, die angesichts der weitreichenden Ausgestaltungskompetenzen des nationalen Gesetzgebers auch einen vollständigen Ausschluss des Rechts auf Kriegsdienstverweigerung für chartakonform halten.⁹² Der EGMR hingegen lässt diese Frage vollständig unberücksichtigt.

Insgesamt ist der EGMR im Fall *Bayatyan* erkennbar um eine stärkere Rückbindung an den Willen des betroffenen Staates bemüht als etwa noch im Fall *Rantsev*.⁹³ Das wird insbesondere deutlich, wenn die Große Kammer ausführt, die geänderte Rechtsprechung sei für Armenien angesichts seiner Zugehörigkeit zum IPBPR sowie einer Zusage, die der Staat beim Beitritt zum Europarat abgegeben habe, nicht überraschend.⁹⁴

D. Fall *Sergey Zolotukhin*

Der letzte hier zu behandelnde Fall *Sergey Zolotukhin* unterscheidet sich insofern von den vorangegangenen, als der Rechtsprechungswechsel nicht primär erfolgte, um die EMRK an einen internationalen Trend anschlussfähig zu machen. Auslöser war vielmehr eine Inkonsistenz der eigenen Rechtsprechung, die aus Sicht des EGMR eine abermalige Kurskorrektur erforderlich machte. Derartige Fälle eines Rechtsprechungswechsels hat es auch zuvor schon gegeben;⁹⁵ für den vorliegenden Zusammenhang ist der Fall vor allem durch die Reaktionen von Interesse, die das Urteil *Sergey Zolotukhin* auf Seiten des österreichischen Verfassungsgerichtshofs wie auch der Unionsgerichtsbarkeit hervorgerufen hat.

1. Urteil des EGMR

In der Sache ging es in dieser Fallgruppe um eine relativ technische Materie, nämlich die Reichweite des Verbots der Doppelbestrafung (*ne bis in idem*), wie es in Art 4 des 7. ZPEMRK enthalten ist. Der EGMR hat in seiner Rechtsprechung verschiedene

⁹⁰ EGMR (GK) 07.07.2011, 23459/03 (*Bayatyan/AM*) NVwZ 2012, 1603 Rn 106.

⁹¹ Oben bei Fn 71.

⁹² Vgl *Bernsdorff/Norbert* in Meyer Jürgen (Hg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union³ (2011) Art 10 Rn 17; *Frenz Walter*, Handbuch Europarecht IV (2009) Rn 1547; *Gaitanides Charlotte* in Heselhaus Sebastian F./Nowak Carsten (Hg), Handbuch der Europäischen Grundrechte (2006) § 29 Rn 21; *Streinz Rudolf* in ders (Hg), EUV/AEU² (2012) Art 10 GRC, Rn 8; *Waldhoff Christian* in Calliess Christian/Ruffert Matthias (Hg), EUV/AEU⁴ (2011) Art 10 GRC, Rn 15; aA *Jarass Hans D.*, GRC (2010) Art 10 Rn 23; wohl auch *Folz Hans-Peter* in Vedder Christoph/Heintschel von Heinegg Wolff (Hg), Europäischer Verfassungsvertrag (2007) Art II-70 Rn 5.

⁹³ Oben bei Fn 35.

⁹⁴ EGMR (GK) 07.07.2011, 23459/03 (*Bayatyan/AM*) NVwZ 2012, 1603 Rn 108.

⁹⁵ Vgl EGMR (GK) 19.04.2007, 63235/00 (*Vilho Eskelinen ua/FI*) NJOZ 2008, 1188.

Konzepte entwickelt, um zu definieren, was unter dem Begriff „derselben“ Straftat zu verstehen sei: In dem österreichischen Fall *Gradinger* aus dem Jahr 1995 stellte er zunächst auf die Sachverhaltsidentität ab (Konzept des „*idem factum*“). Hier ging es um das sog Verwaltungsstrafrecht, welches in Österreich bis heute neben dem Justizstrafrecht existiert und welches zu einer Form der „Doppelbestrafung“ in der Gestalt einer Justiz- sowie einer Verwaltungsstrafe führen kann.⁹⁶ Zwar hatte Österreich durch eine „Erklärung“ klarzustellen versucht, dass der Anwendungsbe- reich des Art 4 7. ZPEMRK auf Strafverfahren im Sinne der österreichischen StPO beschränkt sei.⁹⁷ Der EGMR qualifizierte diese Erklärung jedoch als unzulässigen Vorbehalt, welchen er wegen mangelnder Bestimmtheit für ungültig erklärte.⁹⁸ In konventionsautonomer Auslegung des Begriffs „Straftat“ entschied der Gerichtshof sodann, dass sich das Ne-bis-in-idem-Verbot auch auf Verwaltungsstrafen beziehe. Dass der Beschwerdeführer zunächst rechtskräftig von einem Kriminalstrafgericht wegen fahrlässiger Tötung verurteilt und anschließend wegen Fahrens unter Alkoholeinfluss mit einer Verwaltungsstrafe belegt worden war, verstieß aus Sicht des EGMR daher gegen Art 4 7. ZPEMRK.⁹⁹

Während im Fall *Gradinger* die Sachverhaltsidentität das ausschlaggebende Kriterium war, verwies der EGMR in dem drei Jahre später entschiedenen schweizerischen Fall *Oliveira* auf den Grundsatz der Idealkonkurrenz, dem zufolge ein und dasselbe Verhalten auch mehrere Straftatbestände erfüllen kann.¹⁰⁰ Zwar meinte der Gerichtshof, dem Grundsatz der geordneten Rechtspflege würde es eher entsprochen haben, wenn dasselbe Gericht in der Sache geurteilt hätte. Es verstoße aber nicht gegen Art 4 7. ZPEMRK, wenn verschiedene Gerichte über zumindest teildentische strafbare Handlungen entschieden.¹⁰¹ In dem 2001 entschiedenen Fall *Franz Fischer gegen Österreich* legte der Gerichtshof dann wiederum ein neues Kriteri-

⁹⁶ Vgl *Kucsko-Stadlmayer Gabriele*, „Ne bis in idem“ im österreichischen Verwaltungsstrafrecht in Tades Helmuth ea (Hg), Festschrift für Robert Dittrich zum 75. Geburtstag (2000) 809 f; zum sog „disziplinar-Überhang“ der Verwaltungsstrafe vgl *Fuchs Claudia*, Ne bis in idem: Korrespondenzen zwischen Straßburg und Wien in Lienbacher Georg/Wielinger Gerhart Klaus (Hg), Jahrbuch Öffentliches Recht 2010 (2010) 181 (192 f). Ausführliche Analyse der Rechtsprechung von VfGH und OGH bei *Khakzadeh-Leiler Lamiss*, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs (2011) 302 ff, 306 ff; *Schwaighofer Klaus*, Überlegungen zur Reichweite des innerstaatlichen „Doppelbestrafungsverbots“ nach Art 4 Abs 1 7. ZPMRK, ÖJZ 2005, 173 (175 ff); siehe ferner *Hauenschild Herwig/Mayr Clemens*, Das Doppelbestrafungsverbot in der höchstgerichtlichen Judikatur – Keine Konventionsverletzung bei einer Strafanrechnung, ZVR 2001, 182-192 (183 ff); *Oberndorfer Peter*, Das Verbot der Doppelbestrafung (Art 4 VII. ZPEMRK) in der Rechtsprechung des EGMR und des österreichischen VfGH in Arnold Konrad ea (Hg), Festschrift für Norbert Wimmer (2008) 429; *Thienel Rudolf/Hauenschild Herwig*, Verfassungsrechtliches „ne bis in idem“ und seine Auswirkung auf das Verhältnis von Justiz- und Verwaltungsstrafverfahren, JBl 2004, 69 (77 ff).

⁹⁷ Wortlaut der Erklärung: „Die Republik Österreich erklärt: [...] Die Art 3 und 4 beziehen sich nur auf Strafverfahren im Sinne der österreichischen Strafprozeßordnung.“ (BGBl 628/1988, S 4286).

⁹⁸ EGMR, 23.10.1995, 15963/90 (Gradinger/AT) ÖJZ 1995, 954 Rn 50 f.

⁹⁹ EGMR, 23.10.1995, 15963/90 (Gradinger/AT) ÖJZ 1995, 954 Rn 53, 55; krit hierzu *Grabenwarter Christoph*, Glosse, JBl 1997, 578; *Kucsko-Stadlmayer Gabriele*, Das „Gradinger-Urteil“ des EGMR, ecocex 1996, 50.

¹⁰⁰ EGMR, 30.07.1998, 25711/94 (Oliveira/CH) ÖJZ 1999, 77 Rn 26.

¹⁰¹ EGMR, 30.07.1998, 25711/94 (Oliveira/CH) ÖJZ 1999, 77 Rn 27; hierzu *Grabenwarter Christoph*, Glosse, JBl 1999, 102 ff.

um zugrunde. Hier sah er als entscheidend an, dass sich die „wesentlichen Elemente“ von Verwaltungsstrafe und Kriminalstrafe nicht unterschieden („*same essential elements*“-Test).¹⁰²

Das ist der Hintergrund, vor dem der Fall *Sergey Zolotukhin* entschieden worden ist. Der EGMR hebt die Uneinheitlichkeit seiner eigenen Rechtsprechung hervor und ersetzt die bisherigen Definitionsversuche durch ein neues Kriterium, nämlich die „Gesamtheit der konkreten Umstände, die denselben Täter betreffen und zeitlich wie räumlich untrennbar miteinander verbunden sind und deren Nachweis nötig ist, damit eine Verurteilung erfolgen oder eine Strafverfolgung eingeleitet werden kann“.¹⁰³ Auch hier findet sich wiederum das Phänomen, dass der EGMR seine eigene Rechtsprechung in den internationalen Kontext einzubetten sucht: So verweist er auf Art 14 IPBPR sowie Art 50 GRC, darüber hinaus aber auch wiederum auf die Amerikanische Menschenrechtskonvention und das Rom-Statut des IStGH sowie das Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ).¹⁰⁴ Anders als in den vorgenannten Beispielfällen betont er hier allerdings die Unterschiede zu AMRK und SDÜ: Art 54 SDÜ verbiete eine neuerliche Verurteilung wegen „derselben Tat“ („*same acts*“/„*mêmes faits*“), während das 7. ZPEMRK den Begriff derselben „Straftat“ („*offence*“/„*infraction*“) verwende. Ungeachtet dieser Unterschiede meint der EGMR jedoch, dass der Wortlaut des Art 4 7. ZPEMRK einen engeren Ansatz nicht zulasse.¹⁰⁵

2. Reaktion des VfGH

Wie bereits angedeutet, hat dieses Urteil zu Reaktionen von Seiten der österreichischen sowie der Unionsgerichtsbarkeit geführt. Hinsichtlich der Reaktion aus Österreich gilt es zunächst in Erinnerung zu rufen, dass die EMRK hier Verfassungsrang genießt, und zwar unter Einschluss der Zusatzprotokolle.¹⁰⁶ Die Rechtsprechungsänderung des EGMR war daher für das österreichische Verfassungsrecht von unmittelbarer Relevanz. Und doch weigerte sich der österreichische VfGH, den abermaligen Rechtsprechungswechsel mitzuvollziehen. Er tat dies unter Berufung auf ein rein formales und aus Sicht des Verfassers wenig überzeugendes Argument: Das Ziel der erneuten Rechtsprechungsänderung durch den EGMR habe in der Beseitigung bestehender Rechtsunsicherheiten bestanden, zu derartigen Rechtsunsicherheiten sei es aber in Österreich seit dem Urteil *Franz Fischer* nicht gekommen.¹⁰⁷ Diese Überle-

¹⁰² EGMR, 29.5.2001, 37950/97 (Franz Fischer/AT) ÖJZ 2001, 657 Rn 25.

¹⁰³ EGMR (GK) 10.2.2009, 14939/03 (Sergey Zolotukhin/RU) NJOZ 2010, 2630 Rn 84.

¹⁰⁴ EGMR (GK) 10.2.2009, 14939/03 (Sergey Zolotukhin/RU) NJOZ 2010, 2630 Rn 79.

¹⁰⁵ EGMR (GK) 10.2.2009, 14939/03 (Sergey Zolotukhin/RU) NJOZ 2010, 2630 Rn 80.

¹⁰⁶ Vgl nur *Grabenwarter/Pabel* (Fn 13) § 3 Rn 2; *Mahler Claudia/Weiß Norman*, Europäische Menschenrechtskonvention und nationales Recht: Deutschland – eine Spurensuche/Österreich – ein Königsweg? in dies (Hg), Menschenrechtsschutz im Spiegel von Wissenschaft und Praxis (2004) 148 (159 ff); *Thurnherr Daniela*, The Reception Process in Austria and Switzerland in Keller Helen/Stone Sweet Alec (Hg), A Europe of Rights (2008) 311 (324 ff). Für das 7. ZPEMRK vgl BGBI 628/1988.

¹⁰⁷ VfGH, 02.07.2009, B 559/08, VfSlg 18.833/2009, unter 4.1. Naheliegender erscheint, dass für den VfGH ein anderer Umstand im Vordergrund stand: Wie in der Literatur mehrfach hervorgehoben, hatte sich der EGMR mit dem Urteil *Franz Fischer* letztlich der Rechtsprechungslinie des VfGH angenähert (vgl *Fuchs* [Fn 96] 184; *Schwaighofer Klaus* [Fn 96] 173 [175]). Durch das Urteil im Fall *Sergey Zolotukhin* drohte diese Annäherung nun wieder verloren zu gehen.

gung nutzt der VfGH allerdings nur als Einstieg, um eine eigenständige Auslegung des Art 4 7. ZPEMRK zu präsentieren. Aus der umfangreichen Argumentation des Gerichtshofs seien hier nur zwei zentrale Argumente wiedergegeben: Zum einen hob der VfGH hervor, dass die an der Ratifikation beteiligten Organe von einer grundsätzlichen Vereinbarkeit des bestehenden Systems des Nebeneinanders von Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht ausgegangen seien. Andernfalls wären Bundesregierung und Nationalrat gezwungen gewesen, einen den Anforderungen der Konventionsbestimmungen genügenden Vorbehalt zu erklären oder aber die verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Voraussetzungen zu schaffen, die ein Nebeneinander von verschiedenen Verfahrensarten ermöglichen.¹⁰⁸ Das zweite Argument bezieht sich unmittelbar auf die Grenzen teleologischer Auslegung. Der VfGH führt aus:

„Die Berücksichtigung von Ziel und Zweck eines völkerrechtlichen Vertrags findet ihre Grenzen im Text des Vertrages und darf nicht zur ‚Gesetzgebung‘ oder zur Abänderung eines Vertrages führen [...]. Geht man davon aus, dass bereits die im Fall Franz Fischer begründete Rechtsprechung dem Ziel und Zweck der Konvention, insbesondere jenes eines effektiven Menschenrechtsschutzes [...] Rechnung getragen hat, so wäre die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, die im Ergebnis darauf abstellt, ob der wesentliche Unrechtsgehalt erfasst ist, nur dann nicht im Einklang mit der Konvention, wenn sich die rechtlichen Rahmenbedingungen – und sei es durch die Rechtsprechung des EGMR – in einer Weise geändert hätten, dass diese nicht mehr (hinreichend) erreicht werden können.“¹⁰⁹

Das, so der VfGH, sei mit Blick auf Österreich jedoch nicht der Fall.

3. Reaktion seitens der Unionsgerichtsbarkeit

Das Urteil des EGMR im Fall *Sergey Zolotukhin* hat mittlerweile auch eine Reaktion seitens der Unionsgerichtsbarkeit nach sich gezogen. Deren Konsequenzen sind einstweilen noch nicht sicher abzusehen. Um die Antwort des EuGH richtig einordnen zu können, ist es zunächst notwendig, sich mit den Schlussanträgen des Generalanwalts vertraut zu machen. Eine besondere Schwierigkeit hinsichtlich der EMRK-Rezeption ergibt sich dabei aus dem Umstand, dass das Ne-bis-in-idem-Verbot nicht in der EMRK selbst, sondern im 7. ZPEMRK niedergelegt ist. Zwar ist der Grundrechtsschutz in der Union seit dem rechtsverbindlichen Inkrafttreten der Grundrechtecharta durch den Vertrag von Lissabon an die EMRK und zumindest faktisch auch an die Rechtsprechung des EGMR gebunden (Art 52 Abs 3 GRC). Ob auch die Zusatzprotokolle vom Verweis des Art 52 Abs 3 GRC erfasst sind, ist indes strittig, jedenfalls in dem Fall, dass nicht alle EU-Mitgliedstaaten ein Zusatzprotokoll ratifiziert haben.¹¹⁰ Und gerade dies ist beim 7. ZPEMRK der Fall, bekanntlich

¹⁰⁸ VfGH, 02.07.2009, B 559/08, VfSlg 18.833/2009, unter 4.4.2.

¹⁰⁹ VfGH, 02.07.2009, B 559/08, VfSlg 18.833/2009, unter 4.5.

¹¹⁰ Vgl etwa *Beutler Bengt* in von der Groeben Hans/Schwarze Jürgen (Hg), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag⁶ (2003) Art 6 EU, Rn 120; *Borowsky Martin* in Meyer Jürgen (Hg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union³ (2011) Art 52 Rn 35; *Grabenwarter Christoph*, Die Charta der Grundrechte für die Europäische Union, DVBl 2001, 1-13 (2); *Danwitz Thomas von* in Tettinger Peter J./Stern Klaus (Hg), Europäische Grundrechtecharta (2006) Art 52 Rn 59.

gehört beispielsweise die Bundesrepublik Deutschland nach wie vor nicht zum Kreis der Vertragsstaaten.

In seinen Schlussanträgen im Fall *Åkerberg Fransson* führt GA Cruz Villalón aus, in vielen Mitgliedstaaten der Union sei die Befugnis der Verwaltung, Sanktionen zu verhängen, mit dem *ius puniendi* vereinbar, was eine zweifache verwaltungsrechtliche und strafrechtliche Ahndung zur Folge haben könne.¹¹¹ Das bedeute keinesfalls, dass diejenigen Mitgliedstaaten, in denen eine Doppelbestrafung möglich sei, dabei ein uneingeschränktes Ermessen hätten. Es folgt eine Reihe von Beispielen, wie die Nachteile eines Nebeneinanders von Verwaltungs- und Justizstrafe abgemildert werden könnten. Unter diesen Umständen schlägt Cruz Villalón ausdrücklich vor, bei der Auslegung des Art 50 GRC nicht der Rechtsprechung des EGMR zu Art 4 7. ZPEMRK zu folgen. Stattdessen plädiert er für eine „teilautonome“ Auslegung des Art 50 GRC.¹¹²

Die Antwort, die der EuGH in seinem Urteil vom 26. Februar 2013 gibt, ist gleichermaßen kryptisch wie unbefriedigend. Der Gerichtshof vermeidet nämlich jegliche Aussage zu der vom Generalanwalt aufgeworfenen Fragestellung. Zwar wird zu Beginn des Urteils der Wortlaut des 7. ZPEMRK wiedergegeben, Hinweise auf die Rechtsprechung des EGMR sucht man jedoch vergebens. Der EuGH verweist vielmehr zunächst auf die eigene bisherige Rechtsprechung, nach der die Mitgliedstaaten im Bereich der Mehrwertsteuer die anwendbaren Sanktionen frei wählen können. Dabei, so der EuGH wörtlich, könne es sich „um verwaltungsrechtliche oder strafrechtliche Sanktionen oder um eine Kombination der beiden handeln“. Nur wenn die verwaltungsrechtliche Sanktion strafrechtlichen Charakter im Sinne von Art 50 GRC habe und unanfechtbar geworden sei, stehe diese Vorschrift der Einleitung eines Strafverfahrens gegen dieselbe Person wegen derselben Tat entgegen. Zur Bestimmung der Frage, wann eine Sanktion strafrechtlicher Natur sei, verweist der EuGH in der nachfolgenden Randnummer wiederum nur auf seine eigene Rechtsprechung.¹¹³ Im Übrigen reicht er den Fall an das vorliegende Gericht zurück.

Isoliert betrachtet, erscheint die Aussage von der freien Wahlmöglichkeit der Mitgliedstaaten wie eine direkte Absage in Richtung des EGMR. Diese Einschätzung wird freilich relativiert, nimmt man die weiteren Ausführungen zum Vorliegen eines strafrechtlichen Charakters hinzu: Hier verweist der EuGH auf das eigene Urteil im Fall *Bonda*; wer dieses Urteil nachliest, der findet sich weiterverwiesen auf zwei Urteile des EGMR, nämlich auf die Urteile *Engel* sowie *Sergey Zolotukhin*.¹¹⁴ Insofern, also in der Frage der Bestimmung des strafrechtlichen Charakters einer Sanktion, schließt sich der EuGH somit der EGMR-Rechtsprechung an. Damit ist jedoch nichts darüber ausgesagt, ob der EuGH auch in der Frage, wann „dieselbe Tat“ vorliegt, der EGMR-Rechtsprechung im Fall *Sergey Zolotukhin* folgt. Die Antwort hierauf bleibt der Gerichtshof schlicht schuldig. Dieses Schweigen dürfte indes beredt sein: Gerade

¹¹¹ GA Cruz Villalón, Schlussanträge vom 12.06.2012 in Rs C-617/10 (*Åkerberg Fransson*) Rn 83; hierzu jetzt auch rechtsvergleichend *Jansen Oswald*, *Administrative Sanctions in the European Union* (2013).

¹¹² GA Cruz Villalón, Schlussanträge vom 12.06.2012 in Rs C-617/10 (*Åkerberg Fransson*) Rn 81 ff.

¹¹³ EuGH 26.02.2013 Rs C-617/10 (*Åkerberg Fransson*) Rn 34 f.

¹¹⁴ EuGH 05.06.2012 Rs C-489/10 Rn 37, unter Verweis auf EGMR, 08.06.1976 (*Engel ua/NL*) EGMR-E 1, 178 Rn 80 ff, sowie EGMR (GK) 10.02.2009, 14939/03 (*Sergey Zolotukhin/RU*) NJOZ 2010, 2630 Rn 52 f.

vor dem Hintergrund der Ausführungen des Generalanwalts ist die strikte Vermeidung einer jeglichen Erwähnung des EGMR – auch das Urteil *Sergey Zolotukhin* wird ja nur indirekt, durch Verweis auf das EuGH-Urteil *Bonda* in Bezug genommen! – als Betonung der Eigenständigkeit der Unionsrechtsordnung zu werten.

VI. Würdigung

Die aus der Rechtsprechungspraxis des EGMR gewonnenen Eindrücke rufen dem unbefangenen Betrachter zunächst *Bernd Rütters*'s berühmtes Wort von der „unbegrenzten Auslegung“ in den Sinn.¹¹⁵ In der Tat könnten die genannten Urteile den Eindruck nahelegen, als kenne der EGMR bei seiner Auslegung weder Maß noch Ziel. Dabei wird die Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung vom EGMR nicht eigens thematisiert, sondern schlicht praktiziert. Als äußerste Grenze der Rechtsfortbildung hat sich im Fall *Johnston* der entgegenstehende Wortlaut erwiesen.¹¹⁶ Mit dem Urteil im Fall *Schalk und Kopf* existiert freilich auch ein Beispiel für Rechtsfortbildung *contra legem*; Bezugnahmen auf das *Johnston*-Urteil finden sich sonst eher in Sondervoten, wenn es darum geht darzulegen, dass die Richtermehrheit mit ihrer Rechtsfortbildung zu weit gegangen sei. Bei der Beurteilung der hier versammelten Fälle sollte berücksichtigt werden, dass diese teils extreme Beispiele richterlicher Rechtsfortbildung darstellen. Im „Normalbetrieb“ der EGMR-Rechtsprechung bilden sie eine vergleichsweise kleine Minderheit. Gleichwohl muss es beunruhigen, wenn der EGMR offen *contra legem* judiziert. Auch legen die Reaktionen des österreichischen Verfassungsgerichtshofs sowie von Generalanwalt und EuGH den Verdacht nahe, dass der EGMR in Einzelfällen mit seiner Rechtsfortbildung möglicherweise zu weit gegangen sein könnte.

A. Das Verhältnis von EGMR und „Gesetzgeber“

Damit sind grundlegende Fragestellungen angesprochen. Was legitimiert den EGMR dazu, sich über den Willen des unmittelbar demokratisch legitimierten (nationalen) Gesetzgebers hinwegzusetzen und das Konventionsrecht in der beschriebenen Weise fortzuentwickeln?¹¹⁷ Die demokratische Legitimation der EGMR-Richter selbst ist jedenfalls eine nur sehr mittelbare: Sie werden auf Vorschlag der Regierungen von der Parlamentarischen Versammlung des Europarats gewählt (Art 22 EMRK). Dass dieses Wahlverfahren keine Gewähr dafür bietet, dass bisweilen selbst offenkundig ungeeignete Kandidatinnen oder Kandidaten ins Amt kommen, ist in der Literatur wiederholt moniert worden.¹¹⁸

¹¹⁵ *Rütters Bernd*, Die unbegrenzte Auslegung⁷ (2012).

¹¹⁶ Für den Wortlaut als äußerste Grenze der Rechtsfortbildung auch *Bernhardt* (Fn 13) II (13).

¹¹⁷ Zum Verhältnis von richterlicher Rechtsfortbildung und Demokratie siehe auch *Chiariello* (Fn 11) 375 ff; *Tschentscher Axel*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt (2006) 183 ff; allgemein zur demokratischen Legitimation internationaler Gerichtsbarkeit von *Bogdandy/Venzke* (Fn 4).

¹¹⁸ Vgl *Engel Norbert Paul*, Richterwahl beim EGMR und Qualifikation der von den Regierungen nominierten Richter-Kandidaten. EuGRZ 2010, 368 f; *ders*, Qualitätssicherung bei der Wahl von EGMR-Richtern, EuGRZ 2010, 788 f; *ders*, Mehr Transparenz für die Wahrung von professionaler Qualität bei den Richter-Wahlen zum EGMR, EuGRZ 2012, 486 ff.

Die direkte(re) demokratische Legitimation des innerstaatlichen Gesetzgebers darf aber andererseits nicht dazu führen, diesen gegenüber einer Kontrolle durch die Straßburger Richter zu immunisieren. Zunächst einmal entspricht es völkerrechtlicher Sichtweise, den Staat als eine Einheit zu begreifen. Ob innerstaatlich die Legislative, Exekutive oder Judikative gehandelt hat, ist aus Sicht des Völkerrechts irrelevant.¹¹⁹ Zudem ist an den historischen Zusammenhang zu erinnern, dem die EMRK ihre Entstehung verdankt: Blicke die Legislative gegenüber der Kontrolle durch den Straßburger Gerichtshof immun, könnte Unrechtsgesetzen wie etwa den Nürnberger Rassegesetzen nicht wirksam Einhalt geboten werden. Gerade dies sollte aber durch die Schaffung der EMRK ermöglicht werden.¹²⁰

Man kann das Verhältnis zwischen EGMR und Gesetzgeber indes auch noch in einem anderen Sinne beschreiben. Hierfür erscheint es sinnvoll, sich zu Vergleichszwecken die Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgeber und Gerichtsbarkeit aus der Sicht des innerstaatlichen (deutschen) Rechts vor Augen zu führen: Betreibt beispielsweise der Bundesgerichtshof eine Rechtsfortbildung, die beim Gesetzgeber auf Widerspruch stößt, so kann dieser mittels eines einfachen Gesetzes die betreffende Rechtsfortbildung korrigieren.¹²¹ Sofern eine richterliche Rechtsfortbildung durch das Bundesverfassungsgericht im Raume steht, gestaltet sich die gesetzgeberische Korrektur schon schwieriger: Gem Art 79 Abs 2 GG bedarf es jeweils einer 2/3-Mehrheit in Bundestag und Bundesrat. Allerdings beweisen die bislang erfolgten 59 Änderungen des Grundgesetzes, dass sich ein solcher parteiübergreifender Konsens jedenfalls in der deutschen Verfassungspraxis regelmäßig finden lassen.¹²² Anders hingegen gestalten sich die Verhältnisse, wenn man den EGMR ins Blickfeld nimmt: Als „Gesetzgeber“, der auf eine verfehlte Rechtsfortbildung reagieren könnte, erscheint hier nicht der nationale Gesetzgeber, sondern die 47 Mitgliedstaaten des Europarats. In der Rechtspraxis ist es allerdings ausgesprochen schwierig – wenn nicht gar faktisch so gut wie unmöglich –, über hochumstrittene Fragen eine Einigung unter den 47 Staaten herbeizuführen.¹²³

Man kann das Argument natürlich auch umkehren und vertreten, angesichts der praktischen Schwierigkeiten, die EMRK im Vertragsänderungsverfahren zu reformieren, sei es erst recht Sache des EGMR, hier beherzt zu Werke zu schreiten. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass eine zurückhaltende Rechtsprechung des EGMR nicht notwendigerweise

¹¹⁹ Vgl Art 4 ILC-Artikel zur Staatenverantwortlichkeit.

¹²⁰ Vgl etwa *Greer Steven*, *The European Convention on Human Rights* (2006) 20, 55 ff.

¹²¹ Vgl *Hergenröder* (Fn 19) 198 f mwN.

¹²² Gleichwohl sind gesetzgeberische Korrekturen des Bundesverfassungsgerichts in der Praxis eher selten. Zumeist begnügt sich der Gesetzgeber damit, Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in einfaches Gesetzesrecht umzusetzen. Als Beispiele siehe aber die Einführung einer Bundeskompetenz im Staatshaftungsrecht durch Art 74 Abs 1 Nr 25 GG (dBGBI 1994 I, S 3146) in Reaktion auf BVerfGE 61, 149; die Einführung des Kommunalwahlrechts für EU-Bürger durch Art 28 Abs 1 Satz 2 GG (dBGBI 1992 I, S 2086) in Reaktion auf BVerfGE 83, 30; 83, 67 sowie die Zulassung gemeinsamer Einrichtungen von Bund und Ländern im Bereich der Grundsicherung für Arbeitssuchende durch Art 91e GG nF (dBGBI 2010 I, S 944) in Reaktion auf BVerfGE 119, 331.

¹²³ Ähnlich *Bernhardt* (Fn 13) 11 (12); *Helgesen Jan Erik*, *What Are the Limits to the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights?*, *Human Rights Law Journal* (2011) 275 (277): „The international society lacks a Parliament.“

mit Stillstand gleichzusetzen wäre:¹²⁴ Diejenigen Staaten, die über den *status quo* hinauszugehen wünschen, könnten dies im Wege eines Zusatzprotokolls tun. Beispielsweise könnten die Konventionsstaaten ein Zusatzprotokoll über die Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften errichten, um den gewandelten gesellschaftlichen Anschauungen Rechnung zu tragen. Ein solches Zusatzprotokoll gälte dann aber nur für diejenigen Staaten, die zu einer Ratifikation bereit wären, und nicht für alle Konventionsstaaten wie bei der Auslegung des Art 12 EMRK durch den EGMR im Fall *Schalk und Kopf gegen Österreich*.

B. Die Anschlussfähigkeit der EMRK an internationale Trends

Damit sei noch einmal die vorstehend aufgeworfene Frage aufgegriffen, was denn den EGMR zu seiner richterlichen Rechtsfortbildung legitimiere. Gewiss setzt sich der Gerichtshof im Falle der Rechtsfortbildung über den Willen des nationalen Gesetzgebers, ja der Konventionsstaaten insgesamt hinweg. Dafür lässt sich anführen, dass Grundrechtsschutz immer Schutz der Minderheit gegen die Mehrheit, also der Sache nach contra-majoritär sei.¹²⁵ Doch bedarf es vor allem dann besonderer Gründe, wenn sich der Richter über die Grenze des Wortlauts hinwegsetzen will. In diesem Zusammenhang ist vorstehend ein immer wiederkehrendes Begründungselement sichtbar geworden: Das ist der Anschluss der EMRK an einen – tatsächlichen oder vermeintlichen – internationalen Trend. Der internationale Trend ersetzt also den Konsens der Europaratsstaaten, besonders augenfällig in den Fällen *Christine Goodwin* und *I. Die vom EGMR dabei angewandte Methode vermag in der Sache freilich nicht zu überzeugen*.¹²⁶ Denn die Bezugnahmen auf internationale Rechtstexte oder Judikate erscheint mehr oder weniger wahllos. Ob ein Vertrag von allen oder auch nur der Mehrheit der Europaratsstaaten ratifiziert worden ist, ist nicht ausschlaggebend. Der EGMR hat dies in dem hier nicht mit behandelten Fall *Demir und Baykara*¹²⁷ sogar einmal ausdrücklich bekannt, indem er ausführte, es sei

¹²⁴ Zu weitgehend daher *Helgesen* (Fn 123) 275 (277): „[...] if the Court were to refrain from being active and creating new norms, there would be no normative development at all.“

¹²⁵ Vgl *Letsas* (Fn 65) 13; zu dieser – im deutschen Verfassungsrecht häufig vernachlässigten – Frage vgl auch *Kutscha Martin*, Grundrechte als Minderheitenschutz, JuS 1998, 673.

¹²⁶ Einen grundlegend anderen Interpretationsansatz bietet *Flauss Jean François*, L'effectivité et l'efficacité de la soft law européenne dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme in Iliopoulos-Strangas Julia/ders (Hg), Das soft law der europäischen Organisationen, SIPE 7 (2012) 333: Er deutet die hier versammelten Judikate als Bezugnahmen auf europäisches *soft law*. Allerdings besteht ein grundlegender Unterschied zwischen Bezugnahmen des EGMR zB auf Empfehlungen des Ministerkomitees oder der Parlamentarischen Versammlung, die schon von sich aus keine Rechtsverbindlichkeit beanspruchen, und der Bezugnahme auf völkerrechtliche Verträge, welche nicht von allen Konventionsstaaten ratifiziert sind und allein deshalb nicht als *hard law* angesehen werden können. Der *Flauss*'sche Ansatz wird hier deshalb nicht weiter verfolgt.

¹²⁷ EGMR (GK) 12.11.2008, 34503/97 (*Demir und Baykara/TR*) NJOZ 2010, 1897; zu den Konsequenzen dieses – hier nicht weiter behandelten – Falles für die deutsche Rechtsordnung vgl *Laubinger Hans-Werner*, Das Streikverbot für Beamte unter Anpassungsdruck des Europarechts in Breuer Marten ea (Hg), Festschrift für Eckart Klein (2013) 1141; *Schubert Claudia*, Das Streikverbot für Beamte und das Streikrecht aus Art. 11 EMRK im Konflikt, AöR 136 (2011) 92; *Seifert Achim*, Recht auf Kollektivverhandlungen und Streikrecht für Beamte – Anmerkungen zur neuen Rechtsprechung des EGMR zur Vereinigungsfreiheit, KritV 2009, 357; *Traulsen Stefan*, Das Beamtenstreikverbot zwischen Menschenrechtskonvention und Grundgesetz, JZ 2013, 65; *Weiß Norman*, Von Paukenschlägen und steten Tropfen – Anmerkungen zur Bedeutung und Wirkung von EGMR-Urteilen aus staats- und völkerrechtlicher Sicht, EuZA 2010, 457. Derzeit ist unter dem Az 2 B 46/12, 2 B 46/12 (2 C 1/13) ein entsprechender Fall vor dem BVerwG anhängig.

„nicht erforderlich, dass der beklagte Staat alle völkerrechtlichen Vereinbarungen ratifiziert hat, die auf den Gegenstand des gegen ihn anhängigen Falls anwendbar sind. Es genügt, dass die einschlägigen internationalen Instrumente eine kontinuierliche Entwicklung der anwendbaren Vorschriften und Grundsätze des Völkerrechts oder des staatlichen Rechts der Mehrheit der Mitgliedsstaaten des Europarats zeigen und beweisen, dass bei einer bestimmten Frage eine übereinstimmende Auffassung der modernen Gesellschaften besteht.“¹²⁸

Diese Vorgehensweise erinnert an die vom EuGH praktizierte Methode der „wertenden Rechtsvergleichung“: Danach kam es vor Schaffung der Grundrechtecharta für die Anerkennung eines Gemeinschaftsgrundrechts nicht darauf an, ob ein bestimmtes Grundrecht in allen oder auch nur in der Mehrheit der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen anerkannt sei; entscheidend war die Einpassung in die Gemeinschaftsrechtsordnung.¹²⁹ Der EGMR geht bei seinem Rückgriff auf „internationale Trends“ ganz ähnlich vor, verkennt dabei aber, dass für ihn grundlegend andere Funktionsbedingungen gelten: Denn anders als beim EuGH ist Aufgabe des EGMR nicht in erster Linie die Rechtsvereinheitlichung, sondern die Gewährleistung eines menschenrechtlichen Mindeststandards.¹³⁰

C. Art 31 Abs 3 lit c WVK

Dogmatischer Aufhänger für den EGMR ist Art 31 Abs 3 lit c WVK.¹³¹ Die Norm dient ihm als „Türöffner“,¹³² um die EMRK an die internationale Rechtsentwicklung anschlussfähig zu machen. Dahinter steht vermutlich das Kalkül, es könne nicht sein, dass die EMRK hinter der aktuellen Menschenrechtsentwicklung zurückbleibt. Der EGMR setzt sich somit nicht an die Spitze innovativer Menschenrechtskonzepte, er prescht nicht voran,¹³³ will aber der internationalen Entwicklung auch nicht hinterherhinken. Mit Art 31 Abs 3 lit c WVK ist eine Norm angesprochen, deren Auslegung

¹²⁸ EGMR (GK) 12.11.2008, 34503/97 (Demir und Baykara/TR) NJOZ 2010, 1897 Rn 86; siehe auch *Letsas* (Fn 65) 8 ff.

¹²⁹ Vgl GA Roemer in Rs 5/71, Slg 1970, 975 (990) – Zuckerfabrik Schöppenstedt; zur Methode der wertenden Rechtsvergleichung ferner *Danwitz Thomas von*, Europäisches Verwaltungsrecht (2008) 212 ff; *Lenaerts Koen*, Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law, *International and Comparative Law Quarterly* 52 (2003) 873; *Skouris Vassilios*, Methoden der Grundrechtsgewinnung in der Europäischen Union in Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen (Hg), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VI/1* (2010) § 157 Rn 27 ff, jeweils mwN.

¹³⁰ Vgl Art 53 EMRK; siehe auch die Forderung nach „materieller“ Subsidiarität bei *Lübbe-Wolff Gertrude*, How can the European Court of Human Rights reinforce the role of national courts in the Convention system?, *Human Rights Law Review* (2012) 11 (14).

¹³¹ Selbstverständlich wird Art 31 Abs 3 lit c WVK hier nur seinem Rechtsgehalt nach angewandt, da die Wiener Vertragsrechtskonvention als der jüngere Vertrag auf die EMRK keine direkte Anwendung findet (Art 4 WVK). Die gewohnheitsrechtliche Geltung des Art 31 WVK insgesamt ist allerdings in der Sache unbestritten.

¹³² In der Fragmentierungsdebatte der ILC wurde Art 31 Abs 3 lit c WVK als „master key“ bezeichnet, vgl *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682 Rn 420.

¹³³ Zurückhaltend auch *Bernhardt* (Fn 13) 11 (23). Anders noch beim Golder-Urteil, *Helgesen* (Fn 123) 275 (279): „I will [...] always remember meeting enthusiastic members of the Commission and the Court in Strasbourg, who were proud of being at the forefront of the protection of human rights.“

in der derzeitigen Völkerrechtsliteratur hochumstritten ist: Nicht zuletzt in den Arbeiten der International Law Commission zur Fragmentierung des Völkerrechts spielte Art 31 Abs 3 lit c WVK – als Prinzip der „systemic integration“¹³⁴ – eine tragende Rolle. Vermehrte Bezugnahmen durch internationale Instanzen¹³⁵ (ihrerseits allerdings nicht in sich widerspruchsfrei) taten ein Übriges, um die Norm in das Zentrum des Interesses der Völkerrechtswissenschaft zu rücken. Das rechte Verständnis wird freilich zusätzlich dadurch erschwert, dass Art 31 Abs 3 lit c WVK seinerseits verkürzt formuliert ist, was eine Fülle von Auslegungsfragen provoziert: Heißt es doch lediglich, außer dem Zusammenhang sei „jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz“ zu berücksichtigen. Da mit dem Verweis auf einschlägige Völkerrechtssätze keine zusätzliche Einschränkung (etwa auf Völkergewohnheitsrecht oder allgemeine Rechtsgrundsätze) verbunden ist, wird nach ganz überwiegender Auffassung grds auch anderweitiges Vertragsrecht von der Verweisung mit erfasst.¹³⁶ Unter welchen Umständen genau dies der Fall ist, darüber herrscht indes Streit. Dabei geht es im Kern um die Frage, wie der Passus „zwischen den Vertragsparteien anwendbar“ zu verstehen ist.

Ein Teil der Völkerrechtslehre will darunter lediglich solche völkerrechtlichen Verträge verstanden wissen, die für sämtliche Parteien des „Hauptvertrags“ Verbindlichkeit beanspruchen.¹³⁷ Diese Position hat den Vorteil, mit dem traditionellen, auf dem

¹³⁴ ILC, Report on the work of its fifty-eighth session (1 May to 9 June and 3 July to 11 August 2006), General Assembly Official Records, 61st Session, Supplement No 10 (A/61/10), chapter XII, Rn 251 (17); krit zu dieser Bezeichnung *Tzevelekos* (Fn 51) 633 ff. Allgemein zur Fragmentierungsproblematik vgl statt vieler *Pauwelyn Joost*, Fragmentation of International Law in Wolfrum Rüdiger (Hg), Max Planck Encyclopedia of Public International Law; siehe auch *Klein Eckart*, Self-Contained Regime in Wolfrum Rüdiger (Hg), Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL abrufbar unter www.mpepil.com).

¹³⁵ Vgl den *Koskenniemi*-Bericht (Fn 132) Rn 433; *Sands Philippe/Commission Jeffery*, Treaty, Custom and Time: Interpretation/Application? in Fitzmaurice Malgosia ea (Hg), Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties (2010) 39 ff, jeweils mwN.

¹³⁶ Vgl *Dörr Oliver* in ders/Schmalenbach Kirsten (Hg), Vienna Convention on the Law of Treaties (2012) Art 31 Rn 93; *Linderfalk Ulf*, On the Interpretation of Treaties (2007) 177 f; *Pauwelyn Joost*, Conflict of Norms in Public International Law (2003) 254; *Thiele Carmen*, Fragmentierung des Völkerrechts als Herausforderung für die Staatengemeinschaft, AÖR 133 (2008) 1 (24 ff); *Villiger Mark E.*, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (2009) Art 31 Rn 25; aA anscheinend *Sands Philippe*, Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law, Yale Human Rights & Development Law Journal 1 (1998) 85 (102); *Schwarzenberger Georg*, Myths and Realities of Treaty Interpretation. Articles 27-29 of the Vienna Draft Convention on the Law of Treaties, Current Legal Problems 22 (1969) 205 (220).

¹³⁷ In diesem Sinne *Dörr Oliver* (Fn 136) Art 31 Rn 101; *Linderfalk Ulf*, Who are ‘the Parties’? Article 31, Paragraph 3(c) of the 1969 Vienna Convention and the ‘Principle of Systemic Integration’ Revisited, Netherlands International Law Review (2008) 343; ders (Fn 136) 178; *Samson Mélanie*, High Hopes, Scant Resources: A Word of Scepticism about the Anti-Fragmentation Function of Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, Leiden Journal of International Law 24 (2011) 701; *Villiger Mark E.* (Fn 136) Art 31 Rn 25; *Young Margaret A.*, The WTO’s Use of Relevant Rules of International Law: An Analysis of the *Biotech* Case, International and Comparative Law Quarterly 56 (2007) 907 (914 ff); siehe ferner ILC, Report on the work of its fifty-seventh session (2 May to 3 June and 11 July to 5 August 2005), General Assembly Official Records, 60th Session, Supplement No 10 (A/60/10) Rn 472 (a); *Gardiner Richard*, Treaty Interpretation (2008) 270; *McLachlan Campbell*, The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3)(c) of the Vienna Convention, International and Comparative Law Quarterly 54 (2005) 279 (314). Noch enger – vor dem Hintergrund der Unterwerfungserfordernisses unter die Gerichtsbarkeit des IGH – Separate Opinion *Buergenthal* in IGH, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports (2003) 161/270 Rn 22.

Staatenkonsens basierenden Verständnis des Völkerrechts zu harmonisieren. Andererseits hat diese Auffassung den Nachteil, den Anwendungsbereich des Art 31 Abs 3 lit c WVK erheblich zu reduzieren.¹³⁸ Vollständige Kongruenz der Vertragsparteien wird bei multilateralen Verträgen ohnehin so gut wie nie zu erreichen sein. Doch auch wenn man lediglich verlangt, dass sämtliche Parteien des „Hauptvertrages“ auch dem in Bezug genommenen Vertrag angehören (wobei dieser aber noch weitere Vertragsstaaten haben kann), wird die Norm nur selten zur Anwendung kommen. Hinzu kommt der Einwand, dass der Beitritt auch nur *eines* Staates zum „Hauptvertrag“ den Rückgriff auf Art 31 Abs 3 lit c WVK sperren kann – dann nämlich, wenn der beitretende Staat nicht zugleich Vertragspartei des in Bezug genommenen Abkommens ist. Als Beispiel wäre etwa an das Verhältnis von EMRK und IPBPR zu denken: Zwar sind gegenwärtig alle EMRK-Staaten zugleich auch Vertragsparteien des Paktes, mit dem bevorstehenden Beitritt der EU zur EMRK ginge diese Kongruenz aber verloren. Ein Ergebnis, das zunächst paradox anmutet, führt doch die Ausweitung des „Hauptvertrags“ zu einer stärkeren Fragmentierung.¹³⁹

Aus diesen Gründen will ein Teil der Völkerrechtslehre den Satzteil „zwischen den Vertragsparteien anwendbar“ lediglich auf die am konkreten Rechtsstreit beteiligten Parteien beschränken.¹⁴⁰ Wiewohl diese Auffassung die Anwendung des Art 31 Abs 3 lit c WVK und damit die Anschlussfähigkeit völkerrechtlicher Verträge an übriges Vertragsrecht auf den ersten Blick erhöht, wird das Problem der Fragmentierung damit doch nur verschoben, nämlich *in* den „Hauptvertrag“ selbst hinein: Dieser kann dann zwischen Teilen der Vertragsstaaten eine andere Bedeutung haben als zwischen anderen Parteien des Vertrags.¹⁴¹ Für diese zweite Position scheint es momentan international keinen ausreichenden Rückhalt zu geben. Während sich im Rahmen der ILC-Arbeiten zur Fragmentierungsproblematik insbesondere der Berichterstatter *Martti Koskenniemi* für sie stark gemacht hatte,¹⁴² fand sie im ILC-Abschlussbericht keine Erwähnung mehr.¹⁴³ Für die EMRK kann sie ohnehin vernachlässigt werden, da der EGMR sowohl im Fall *Rantsev* als auch in den Fällen *Bayatyan* und *Sergey Zolotukhin* völkerrechtliche Verträge herangezogen hat, die nicht für (sämtliche) am Verfahren beteiligten Staaten galten.¹⁴⁴

¹³⁸ ILC-Bericht 2005 (Fn 137) Rn 472 (a); *French Duncan*, Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules, *International and Comparative Law Quarterly* 55 (2006) 281 (307); *McLachlan* (Fn 137) 279 (314); *Marceau Gabrielle*, WTO Dispute Settlement and Human Rights, *European Journal of International Law* 13 (2002) 780 (781); krit zu diesem Argument *Linderfalk* (Fn 137) 343 (362 f).

¹³⁹ Vgl. *Marceau* (Fn 138) 780 (781); zustimmend *McGrady Benn*, Fragmentation of International Law or ‘Systemic Integration’ of Treaty Regimes: *EC-Biotech Products* and the Proper Interpretation of Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, *Journal of World Trade* 42 (2008) 589 (598); *McLachlan* (Fn 137) 279 (314); krit *Linderfalk* (Fn 137) 343 (363).

¹⁴⁰ So *French* (Fn 138) 281 (306 f); *Meltzer Joshua*, Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands. Comment, *Michigan Journal of International Law* 25 (2004) 917; siehe auch ILC-Bericht 2005 (Fn 137) Rn 472 (b); *Gardiner* (Fn 137) 270 (272 ff); *McLachlan* (Fn 137) 279 (314).

¹⁴¹ Zutreffend *McGrady* (Fn 139) 589 (598); *McLachlan* (Fn 137) 279 (314); *Thiele* (Fn 136) I (26).

¹⁴² *Koskenniemi*-Bericht (Fn 132) Rn 472.

¹⁴³ ILC-Abschlussbericht 2006 (Fn 134) Rn 251 (21).

¹⁴⁴ Oben bei Fn 35, 88, 104.

Eine weitere, zumindest diskutierte Alternative besteht darin, nur solches Vertragsrecht zur Auslegung des „Hauptvertrags“ mit heranzuziehen, das zugleich völkergewohnheitsrechtliche Geltung hat.¹⁴⁵ Diese Variante hat den Vorteil, dass den Parteien des „Hauptvertrags“ allein solche völkerrechtlichen Bindungen auferlegt werden, denen sie kraft Völkergewohnheitsrechts ohnehin schon unterliegen. Diese Überlegung lässt sich gut am Fall *Goldor* illustrieren: Indem die Richtermehrheit auf den Zugang zu Gericht als allgemeinen Rechtsgrundsatz Bezug nahm,¹⁴⁶ wurde den Konventionsstaaten kein „neuer“ Rechtsstandard auferlegt. Das Konsensprinzip, auf das Richter *Fitzmaurice* in seinem Sondervotum so stark abhob,¹⁴⁷ wurde *insoweit* nicht verletzt. Immerhin bewirkte die Inkorporation des Zugangs zu Gericht in den Gewährleistungsgehalt des Art 6 Abs 1 EMRK aber insofern eine Neuerung, als dieser gewohnheitsrechtliche Standard nunmehr über die Konventionsorgane durchgesetzt werden kann. Letztlich kann auch diese Auslegungsvariante jedoch vernachlässigt werden, da sie den Anwendungsbereich des Art 31 Abs 3 lit c WVK ungebührlich stark einschränken würde.¹⁴⁸ Zudem ist die Frage, ob eine Norm nicht nur vertragliche, sondern zugleich auch gewohnheitsrechtliche Geltung besitzt, zu sehr vom Einzelfall abhängig, als dass sie systembildend wirken könnte.

Eine letzte Alternative besteht darin, den Anwendungsbereich des Art 31 Abs 3 lit c WVK zumindest vorsichtig zu erweitern, indem man zwar nicht Parteikongruenz zwischen dem „Hauptvertrag“ und dem in Bezug genommenen Vertrag fordert, jedoch eine zumindest stillschweigende Akzeptanz durch alle Parteien des „Hauptvertrags“ ausreichen lässt.¹⁴⁹ In diesem Sinne kommt nach dem ILC-Abschlussbericht zur Fragmentierung eine Bezugnahme auf Bestimmungen eines anderen völkerrechtlichen Vertrags in Betracht „where they provide evidence of the *common understanding of the parties* as to the object and purpose of the treaty under interpretation“.¹⁵⁰ Ähnlich schlägt *McLachlan* einen Test vor, „which does not require complete identity of treaty parties, but does require that the other rule relied upon can be said to be *implicitly accepted or tolerated by all parties* to the treaty under interpretation“.¹⁵¹ Nach dieser Lösung könnte (und müsste) auch nach einem EU-Beitritt zur EMRK die Spruchpraxis des Menschenrechtsausschusses zur Frage der Kriegsdienstverweigerung Eingang in das Urteil des EGMR finden, sofern Anhaltspunkte für eine stillschweigende Zustimmung der EU als neuer Vertragspartei greifbar wären. Wer noch weiter geht und allein die sachliche Einschlägigkeit eines völkerrechtlichen Vertrags genügen lässt,¹⁵² der setzt sich zum einen dem Vorwurf aus, dass er den Wortlaut

¹⁴⁵ ILC-Abschlussbericht 2006 (Fn 134) Rn 251 (21); ILC-Bericht 2005 (Fn 137) Rn 472 (c); *Gardiner* (Fn 137) 270 (274 f); *McLachlan* (Fn 137) 279 (314).

¹⁴⁶ Oben bei Fn 24.

¹⁴⁷ Oben bei Fn 25.

¹⁴⁸ Ebenso *McLachlan* (Fn 137) 279 (314).

¹⁴⁹ In diesem Sinne (neben den in Fn 150 f zitierten Quellen) *Pauwelyn Joost* (Fn 136) 257 ff; *ders.*, Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands. Reply, *Michigan Journal of International Law* 25 (2004) 924; siehe ferner *Gardiner* (Fn 137) 270 (275).

¹⁵⁰ ILC-Abschlussbericht 2006 (Fn 134) Rn 261 (21); (Hervorhebung vom Verfasser).

¹⁵¹ *McLachlan* (Fn 137) 279 (314 f; Hervorhebung vom Verfasser).

¹⁵² In diesem Sinne *McGrady* (Fn 139) 589 ff.

des Art 31 Abs 3 lit c WVK missachtet: Dort wird klar zwischen der Anwendbarkeit und der Einschlägigkeit geschieden. Zum anderen verkennt diese Auffassung, dass weiteres Völkervertragsrecht und die dazu ergangenen Entscheidungen auch anders als über Art 31 Abs 3 lit c WVK Eingang in ein Urteil des EGMR finden können, nämlich auf rein informatorischer Basis.¹⁵³ In diesem Sinne könnte der EGMR die Spruchpraxis des Menschenrechtsausschusses zur Kriegsdienstverweigerung selbst bei fehlender Parteikongruenz gewissermaßen als „Denkanstoß“ nehmen, um seine eigene Position (bzw die der früheren Kommission) in Frage zu stellen. Das wäre im konkreten Fall vor allem deshalb naheliegend, weil das Normprogramm von EMRK und IPBPR in diesem Punkt identisch ist,¹⁵⁴ und der Menschenrechtsausschuss zunächst seinerseits die Haltung der EKMR übernommen hatte.

Der Unterschied zwischen beiden Wegen scheint zunächst ein nur theoretischer zu sein. Und doch kann er ergebnisrelevant werden: Gem Art 31 Abs 3 lit c WVK ist bei der Auslegung des Hauptvertrags sonstiges Völkerrecht nämlich zwingend zu „berücksichtigen“.¹⁵⁵ Das ist bei dem Weg über die reine informatische Kenntnisnahme nicht der Fall. Damit entfällt in der zweiten Variante die Möglichkeit, vertragsfremde Standards gegen den Willen der Parteien eines Hauptvertrags durchzusetzen. Einen fehlenden europäischen Konsens durch die Bezugnahme auf internationale Trends zu überspielen, wie der EGMR es in den Fällen *Christine Goodwin* und *I. getan hat*,¹⁵⁶ kommt unter solchen Umständen nicht in Betracht. Letztlich bleibt eine Rückbindung an den Staatenkonsens – und sei es zumindest im Wege der stillschweigenden Zustimmung – unverzichtbar.

Die vorstehenden Überlegungen lassen sich auch noch durch eine weitere Überlegung erhärten, die in der Diskussion um die Fragmentierung des Völkerrechts erstaunlich selten eine Rolle spielt:¹⁵⁷ Man kann nämlich durchaus die Frage aufwerfen, ob Art 31 Abs 3 lit c WVK in den vorstehend behandelten Fällen vom EGMR überhaupt zu Recht herangezogen worden ist. Die Norm ist ihrem Rechtsgedanken nach sicherlich einschlägig, wenn der Menschenrechtsschutz nach der EMRK mit anderen Völkerrechtssätzen wie etwa dem Institut der Staatensouveränität kollidiert. Dann gebietet der Grundsatz der „systemic integration“, beispielsweise Art 6 Abs 1 EMRK mit der Staatenimmunität zu harmonisieren.¹⁵⁸ Dem liegt letztlich der Gedanke zugrunde, dass sich die Konventionsstaaten mit dem Vertragsschluss nicht in

¹⁵³ Zutreffend *McGrady* (Fn 139) 589 (593); *Linderfalk* (Fn 137) 343 (363 f); *McLachlan* (Fn 137) 279 (315); *Samson* (Fn 137) 701 (705).

¹⁵⁴ Hierzu allgemein auch *Forowicz* (Fn 49) 374 f.

¹⁵⁵ Zutreffend *French* (Fn 138) 281 (301).

¹⁵⁶ Oben bei Fn 66.

¹⁵⁷ Vgl aber *Gardiner* (Fn 137) 270 (288 f); *Tzevelekos* (Fn 51) 647 ff, 665 ff.

¹⁵⁸ Vgl EGMR (GK) 21.11.2001, 35763/97 (Al-Adsani/GB) EuGRZ 2002, 403; hierzu *Caffisch Lucius*, *Immunité des États et droits de l'Homme : Evolution récente* in Bröhmer Jürgen ea (Hg), *Festschrift für Georg Ress* (2005) 935; *Klein Eckart*, *Al-Adsani Case in Wolfrum Rüdiger* (Hg), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (MPEPIL abrufbar unter www.mpepil.com); *Maierhöfer Christian*, *Der EGMR als „Modernisierer“ des Völkerrechts? – Staatenimmunität und ius cogens auf dem Prüfstand. Anmerkung zu den EGMR-Urteilen Fogarty, McElhinney und Al-Adsani*, EuGRZ 2002, 391; für den vorliegenden Zusammenhang *Tzevelekos* (Fn 51) 665 ff.

Widerspruch zu ihren völkergewohnheitsrechtlichen Pflichten setzen wollten.¹⁵⁹ Etwas anderes bedeutet es aber, wenn die EMRK nicht mit anderen Völkerrechtssätzen kollidiert, sondern wenn völkerrechtliche Entwicklungen schlicht über den Gewährleistungsgehalt der EMRK *hinausgehen*. In diesem Fall besteht schon von vornherein kein unabweisbares Bedürfnis danach, die internationale Entwicklung qua richterlicher Rechtsfortbildung in die Konvention zu integrieren.¹⁶⁰ Vielmehr bedarf es, soll den Konventionsstaaten nicht ein fremder Rechtsmaßstab auferlegt werden, greifbarer Anhaltspunkte für einen entsprechenden Willen der Konventionsstaaten. Damit bestätigt sich das zuvor gewonnene Ergebnis.

Verglichen mit diesen Standards erscheint die Rechtsprechung jedenfalls in der vom EGMR praktizierten Form nicht akzeptabel. Wenngleich der Gerichtshof im Fall *Bayatyan* erkennbar um eine größere Rückbindung an den Staatenwillen bemüht war¹⁶¹ als beispielsweise im Fall *Schalk und Kopf*, so bleibt doch der Befund, dass der kategoriale Unterschied zwischen einer zwingenden Berücksichtigung völkerrechtlicher Maßstäbe über Art 31 Abs 3 lit c WVK und der rein informatorischen Auseinandersetzung mit anderweitigen Verträgen bzw hierzu ergangener internationaler Rechtsprechung vom EGMR nicht kenntlich gemacht wird. Anderweitige völkerrechtliche Verträge werden pauschal in Bezug genommen, ohne Auseinandersetzung mit der Frage nach ihrer Ratifikation oder zumindest Akzeptanz durch die 47 Konventionsstaaten.¹⁶² Bei der Bezugnahme auf die Grundrechtecharta scheint dem EGMR gar gänzlich das Feingefühl dafür abzugehen, dass auf diese Weise der Rechtsstandard einer – wenn auch bedeutenden – Staatengruppe den übrigen EMRK-Staaten aufgedrängt wird.

VII. Schluss

Wenngleich nicht alle einschlägigen Urteile hier vorgestellt werden konnten, erscheint die Häufung rechtsfortbildender Urteile in den letzten Jahren doch signifikant. Die Rechtsfortbildung durch den EGMR hat offenbar an Dynamik gewonnen, und das geschieht zunehmend durch die Identifikation bestehender oder vermeintlicher internationaler Trends. Damit setzt sich der Gerichtshof ohne Not dem Vorwurf aus, er betreibe Rechtspolitik. Denn die Identifikation eines Trends lädt zu Manipulationen ein:¹⁶³ Sie ermöglicht es, selbst das Fehlen eines gemeineuropäischen

¹⁵⁹ Vgl IGH, *Case concerning right of passage over Indian territory (Preliminary Objections)*, Judgment, ICJ Reports (1957) 125 (142): „It is a rule of interpretation that a text emanating from a Government must, in principle, be interpreted as producing and as intended to produce effects in accordance with existing law and not in violation of it.“

¹⁶⁰ Deutlich auch *Tzevelekos* (Fn 51) 650, 664, mit dem zutreffenden Hinweis, dass im Falle der Komplementarität zwischen EMRK und weiterem Völkerrecht der Rückgriff auf Art 31 Abs 3 lit c WVK nicht zur Vermeidung etwaiger Fragmentierung, sondern in Wahrheit zur Unterstützung der teleologischen, an der praktischen Wirksamkeit der Konvention orientierten Auslegung dient.

¹⁶¹ Oben bei Fn 93.

¹⁶² Siehe etwa im Fall *Rantsev*, wo erst 26 Konventionsstaaten das in Bezug genommene Europaratsabkommen ratifiziert hatten (oben bei Fn 35). Zwar fügt der EGMR hinzu, dass immerhin 41 Staaten das Übereinkommen unterzeichnet hätten. Auch damit ist aber die bei Art 31 Abs 3 lit c WVK zu fördernde Akzeptanz durch *sämtliche* Konventionsstaaten nicht dargetan.

¹⁶³ Vgl *French* (Fn 138) 281 (306): Gefahr des „judicial ‘cherry picking’“.

Konsenses zu überspielen, wie in den Fällen *Christine Goodwin* und *I.* geschehen. Der EGMR sollte hier nicht zuletzt deshalb mit Bedacht vorgehen, weil er bei der Urteilsumsetzung im Wesentlichen auf die freiwillige Befolgung durch die Konventionsstaaten angewiesen ist.¹⁶⁴ Und auch das Verhältnis zu den mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten sollte der EGMR jedenfalls nicht ohne Not aufs Spiel setzen. Man stelle sich beispielsweise vor, es wäre nicht der Verfassungsgerichtshof in Wien gewesen, der auf das für verfehlt gehaltene Urteil *Sergey Zolotukhin* reagiert hätte, sondern das deutsche Bundesverfassungsgericht: Da wären vermutlich nicht allein Formulierungen wie das „letzte Wort der deutschen Verfassung“¹⁶⁵ gefallen, sondern auch das Drohszenario des „ausbrechenden Rechtsakts“¹⁶⁶ ausgemalt worden – mit all den Gefahren, die sich hieraus für die europäische Gesamtarchitektur ergäben. Von daher seien die mahnenden Worte des niederländischen Richters *Myjer* an den Schluss dieser Ausführungen gesetzt:

„[...] the Court’s jurisdiction cannot extend to the creation of rights not enumerated in the Convention, however expedient or even desirable such new rights might be. In interpreting the Convention in such a way, the Court may ultimately forfeit its credibility among the Contracting States as a court of law, thus undermining the unique system of international human rights protection of which it has been the linchpin until now.“¹⁶⁷

Davon, dass diese Gefahr durchaus real existiert, legen die Reaktionen des österreichischen VfGH und von Generalanwalt bzw. EuGH ein beredtes Zeugnis ab.

Verwendete Literatur

- Allain Jean*, *Rantsev v Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery*, *Oxford Human Rights Law Review* 10 (2010) 546 ff.
- Barth Rainer*, *Richterliche Rechtsfortbildung im Steuerrecht* (1996).
- Baumbach Trine*, *The Notion of Criminal Penalty and the Lex Mitior Principle in the Scoppola v. Italy Case*, *Nordic Journal of International Law* 80 (2011) 125 ff.
- Bernhardt Rudolf*, *Anmerkungen zur Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung durch internationale Gerichte in Günther Konrad ea (Hg), Festschrift für Karl Zemanek zum 65. Geburtstag* (1994) 11 ff.
- Bernhardt Rudolf*, *Evolutionary Treaty Interpretation, Especially of the European Convention of Human Rights*, *German Yearbook of International Law* 42 (1999) 11 ff.
- Bien Florian/Guillaumont Olivier*, *Innerstaatlicher Rechtsschutz gegen überlange Verfahrensdauer. Eine kritische Untersuchung der präventiven und kompensatorischen Rechtsbehelfe im deutschen und französischen Recht im Lichte der Kudla-Rechtsprechung des EGMR*, *EuGRZ* 2004, 451 ff.
- Bohlander Michael*, *Konventionsfreundliche Auslegung von Art. 103 II GG nach Scoppola v Italy (No. 2): Verfassungsrang für das Lex-Mitior-Prinzip?* *Strafverteidiger Forum* 2011, 169 ff.
- Bohlander Michael*, *Retrospective Reductions in the Severity of Substantive Criminal Law – The Lex Mitior Principle and the Impact of Scoppola v Italy No. 2*, *Criminal Law Review* (2011) 627 ff.
- Breuer Marten*, *Staatshaftung für judikatives Unrecht* (2011).
- Breuer Marten*, *Urteilsfolgen bei strukturellen Problemen – Das erste „Piloturteil“ des EGMR*, *EuGRZ* 2004, 445 ff.

¹⁶⁴ Ähnlich *Helgesen* (Fn 123) 275 (279).

¹⁶⁵ BVerfGE 111, 307 (319).

¹⁶⁶ BVerfGE 89, 155 (188); siehe auch *Ress Georg*, *Der ausbrechende Rechtsakt*, *ZÖR* 64 (2009) 387 (392 ff) sowie andeutungsweise *Bernhardt Rudolf*, *Evolutionary Treaty Interpretation, Especially of the European Convention of Human Rights*, *German Yearbook of International Law* 42 (1999) 11 (24).

¹⁶⁷ Dissenting opinion judge *Myjer*, in *EGMR* 08.12.2009, 49151/07 (Muñoz Diaz/ES).

- Breuer Marten*, Verfassungsgerichte und Verfassungsvergleich: Die Perspektive des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, JRP 2010, 223 ff.
- Bröhmer Jürgen*, Das Europäische Parlament: Echtes Legislativorgan oder bloßes Hilfsorgan im legislativen Prozess? – Zur Matthews-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZEuS 1999, 197 ff.
- Caffisch Lucius*, Immunité des États et droits de l'Homme : Evolution récente in Bröhmer Jürgen ea (Hg), Festschrift für Georg Ress (2005) 935 ff.
- Calliess Christian/Ruffert Matthias* (Hg), EUV/AEUV⁴ (2011).
- Canaris Claus-Wilhelm*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz² (1983).
- Chiariello Elisabeth*, Der Richter als Verfassungsgeber? – Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaats und der Demokratie durch höchste Gerichte (2009).
- Cohen-Jonathan Gérard*, Sur la force obligatoire des mesures provisoires. L'arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne du 4 février 2005, Mamatkulov et Askarov contre Turquie, Revue Générale de Droit International Public 109 (2005) 2, 421 ff.
- Cross Frank B.*, The Failed Promise of Originalism (2013).
- Danwitz Thomas von*, Europäisches Verwaltungsrecht (2008).
- Depenheuer Otto*, Wortlaut als Grenze (1988).
- Deutsches Institut für Menschenrechte (Hg), Die „General Comments“ zu den VN-Menschenrechtsverträgen (2005).
- Dörr Oliver/Schmalenbach Kirsten*, Vienna Convention on the Law of Treaties (2012).
- Dörr Oliver/Grote Rainer/Marauhn Thilo* (Hg), EMRK/GG2 (2013).
- Engel Norbert Paul*, Mehr Transparenz für die Wahrung von professionaler Qualität bei den Richterwahlen zum EGMR, EuGRZ 2012, 486 ff.
- Engel Norbert Paul*, Richterwahl beim EGMR und Qualifikation der von den Regierungen nominierten Richter-Kandidaten. Vorschlag der EuGRZ für einen Ausschuss zur Prüfung der Geeignetheit von EGMR-Kandidaten, EuGRZ 2010, 368 f.
- Engel Norbert Paul* Qualitätssicherung bei der Wahl von EGMR-Richtern. Ministerkomitee des Europarats setzt auf dringendes Ersuchen des EGMR-Präsidenten Jean-Paul Costa einen 7-köpfigen beratenden Evaluierungsausschuss für Richter-Kandidaten ein, EuGRZ 2010, 786 f.
- Flauss Jean François*, L'effectivité et l'efficacité de la soft law européenne dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme in Iliopoulos-Strangas Julia/Flauss Jean François (Hg), Das soft law der europäischen Organisationen, SIPE 7 (2012) 333 ff.
- Forowicz Magdalena*, The Reception of International Law in the Case Law of the European Court of Human Rights (Diss Uni Zürich 2009).
- French Duncan*, Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules, International and Comparative Law Quarterly 55 (2006) 281 ff.
- Frenz Walter*, Handbuch Europarecht IV (2009).
- Fuchs Claudia*, Ne bis in idem: Korrespondenzen zwischen Straßburg und Wien in Lienbacher Georg/Wielinger Gerhart Klaus (Hg), Jahrbuch Öffentliches Recht 2010 (2010) 181 ff.
- Gardiner Richard*, Treaty Interpretation (2008).
- Garlicki Lech*, Broniowski and after: on the dual nature of 'pilot judgments' in Caffisch Lucius ea (Hg), Liber amicorum Luzius Wildhaber: human rights – Strasbourg views (2007) 177 ff.
- Grabenwarter Christoph*, Die Charta der Grundrechte für die Europäische Union, DVBl 2001, 1 ff.
- Grabenwarter Christoph*, Glosse, JBl 1997, 578 f.
- Grabenwarter Christoph*, Glosse, JBl 1999, 102 ff.
- Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina*, EMRK⁵ (2012).
- Greer Steven*, The European Convention on Human Rights (2006).
- Greif Elisabeth*, Körper an den Grenzen des Rechts in Dujmovits Elisabeth ea (Hg), Recht und Medizin (2006) 171 ff.
- Grosche Nils*, Rechtsfortbildung im Unionsrecht (2011).
- Hauenschild Herwig/Mayr Clemens*, Das Doppelbestrafungsverbot in der höchstgerichtlichen Judikatur – Keine Konventionsverletzung bei einer Strafanrechnung, ZVR 2001, 182 ff.
- Helgesen Jan Erik*, What Are the Limits to the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights?, Human Rights Law Journal (2011) 275 ff.
- Hergenröder Curt Wolfgang*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung (1995).
- Heselhaus Sebastian F./Nowak Carsten*, Handbuch der Europäischen Grundrechte (2006).
- Hodson Loveday*, A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria, Oxford Human Rights Law Review 11 (2011) 170 ff.

- Huscroft Grant/Miller Bradley W.*, The Challenge of Originalism (2011).
- Jansen Oswald*, Administrative Sanctions in the European Union (2013).
- Jarass Hans D.*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2010).
- Jestaedt Matthias*, Grundrechtseinfaltung im Gesetz (1999).
- Jestaedt Matthias*, Rechtsprechung und Rechtsetzung – eine deutsche Perspektive in Erbguth Wilfried/Masing Johannes (Hg), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen (2005) 25 ff.
- Jestaedt Matthias*, Richterliche Rechtserzeugung statt richterliche Rechtsfortbildung. Methodologische Betrachtungen zum sog Richterrecht in Bumke Christian (Hg), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung (2012) 49 ff.
- Khakzadeh-Leiler Lamiss*, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs (2011).
- Klatt Matthias*, Theorie der Wortlautgrenze (2004).
- Klein Eckart*, Al-Adsani Case in Wolfrum Rüdiger (Hg), Max Planck Encyclopedia of Public International Law.
- Klein Eckart*, Self-Contained Regime in Wolfrum Rüdiger (Hg), Max Planck Encyclopedia of Public International Law.
- Kucsko-Stadlmayer Gabriele*, „Ne bis in idem“ im österreichischen Verwaltungsstrafrecht in Tades Helmut ea (Hg), Festschrift für Robert Dittich zum 75. Geburtstag (2000) 809 ff.
- Kucsko-Stadlmayer Gabriele*, Das „Gradinger-Urteil“ des EGMR, *ecolex* 1996, 50 ff.
- Kutscha Martin*, Grundrechte als Minderheitenschutz, *JuS* 1998, 673 ff.
- Lambert-Abdelgawad Elisabeth*, La Cour européenne au secours du Comité des ministres pour une meilleure exécution des arrêts « pilote », *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2005) 203 ff.
- Langenbacher Katja*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht (1996).
- Larenz Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991).
- Laubinger Hans-Werner*, Das Streikverbot für Beamte unter Anpassungsdruck des Europarechts in Breuer Marten ea (Hg), Festschrift für Eckart Klein (2013) 1141 ff.
- Lenaerts Koen*, Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law, *International and Comparative Law Quarterly* 52 (2003) 873 ff.
- Lenz Christopher*, Anmerkung, *EuZW* 1999, 311 ff.
- Letsas George*, A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights² (2010).
- Letsas George*, Intentionalism and the Interpretation of the ECHR in Fitzmaurice Malgosia/Elias Olufemi A./Merkouris Panos (Hg), Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties (2010) 257 ff.
- Letsas George*, The ECHR as a Living Instrument: its Meaning and its Legitimacy (abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2021836).
- Linderfalk Ulf*, On the Interpretation of Treaties (2007).
- Linderfalk Ulf*, Who are 'the Parties'? Article 31, Paragraph 3(c) of the 1969 Vienna Convention and the 'Principle of Systemic Integration' Revisited, *Netherlands International Law Review* (2008) 343 ff.
- Lübbe-Wolff Gertrude*, How can the European Court of Human Rights reinforce the role of national courts in the Convention system?, *Human Rights Law Review* (2012) 11 ff.
- Lucas Katia*, Revirements de jurisprudence et non-rétroactivité de la « loi » : la Cour européenne des droits de l'homme face au sempiternel problème de la rétroactivité naturelle des changements de cap jurisprudentiels, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 92 (2012) 749 ff.
- Mahler Claudia/Weiß Norman*, Europäische Menschenrechtskonvention und nationales Recht: Deutschland – eine Spurensuche/Österreich – ein Königsweg? in dies (Hg), Menschenrechtsschutz im Spiegel von Wissenschaft und Praxis (2004) 148 ff.
- Maiерhöfer Christian*, Der EGMR als „Modernisierer“ des Völkerrechts? – Staatenimmunität und *ius cogens* auf dem Prüfstand. Anmerkung zu den EGMR-Urteilen Fogarty, McElhinney und Al-Adsani, *EuGRZ* 2002, 391 ff.
- Marceau Gabrielle*, WTO Dispute Settlement and Human Rights, *European Journal of International Law* 13 (2002) 780 ff.
- McGrady Benn*, Fragmentation of International Law or 'Systemic Integration' of Treaty Regimes: EC-Bio-tech Products and the Proper Interpretation of Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, *Journal of World Trade* 42 (2008) 589 ff.
- McLachlan Campbell*, The principle of Systemic Integration and Article 31 (3)(c) of the Vienna Convention, *International and Comparative Law Quarterly* 54 (2005) 279 ff.
- Meltzer Joshua*, Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands. Comment, *Michigan Journal of International Law* 25 (2004) 917 ff.
- Metzger Axel*, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht (2009).

- Meyer Jürgen*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union³ (2011).
- Muzny Petr*, Bayatyan v Armenia: The Grand Chamber Renders a Grand Judgment, Human Rights Law Review 12 (2012) 135 ff.
- Neuner Jörg*, Die Rechtsfindung contra legem² (2005).
- Neuner Jörg*, Die Rechtsfortbildung in Riesenhuber Karl (Hg) Europäische Methodenlehre² (2010) § 13.
- Nowak Manfred*, CCPR Commentary² (2005).
- Nußberger Angelika*, Der Wandel der Grund- und Menschenrechte in Sachs Michael/Siekman Helmut (Hg), Festschrift für Klaus Stern (2012) 117 ff.
- Nußberger Angelika*, Europäischer Konsens als rechtliche Fiktion in Mansel Heinz-Peter ea (Hg), Gedächtnisschrift für Ulrich Hübner (2012) 717 ff.
- O'Neill Johnathan*, Originalism in American Law and Politics (2005).
- Oberndorfer Peter*, Das Verbot der Doppelbestrafung (Art 4 VII. ZPEMRK) in der Rechtsprechung des EGMR und des österreichischen VfGH in Arnold Konrad ea (Hg), Festschrift für Norbert Wimmer (2008) 429 ff.
- Oellers-Frahm Karin*, Verbindlichkeit einstweiliger Anordnungen des EGMR – Epilog. Das Urteil der Großen Kammer im Fall Mamatkulov u.a. gegen Türkei, EuGRZ 2005, 347 ff.
- Oellers-Frahm Karin*, Verbindlichkeit einstweiliger Maßnahmen: Der EGMR vollzieht – endlich – die erforderliche Wende in seiner Rechtsprechung. Anmerkung zum Fall Mamatkulov, EuGRZ 2003, 689 ff.
- Ogorek Regina*, Die erstaunliche Karriere des „Subsumtionsmodells“ oder wozu braucht der Jurist Geschichte? in Prittowitz Cornelius ea (Hg), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag (2002) 127 ff.
- Pati Roza*, States' Positive Obligations with Respect to Human Trafficking: The European Court of Human Rights Breaks New Ground in Rantsev v. Cyprus and Russia, Boston University International Law Journal 29 (2011) 79 ff.
- Paulsson Jan*, Denial of Justice in International Law (2005).
- Pauwelyn Joost*, Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands. Reply, Michigan Journal of International Law 25 (2004) 924 ff.
- Pauwelyn Joost*, Conflict of Norms in Public International Law (2003).
- Pauwelyn Joost*, Fragmentation of International Law in Wolfrum Rüdiger (Hg), Max Planck Encyclopedia of Public International Law.
- Pawlowski Hans-Martin*, Methodenlehre für Juristen³ (1999).
- Ress Georg*, Der ausbrechende Rechtsakt, ZÖR 64 (2009) 387 ff.
- Röhl Klaus Friedrich/Röhl Hans Christian*, Allgemeine Rechtslehre³ (2008).
- Rüthers Bernd*, Die unbegrenzte Auslegung⁷ (2012).
- Rüthers Bernd/Fischer Christian/Birk Axel*, Rechtstheorie⁶ (2011).
- Sacksowsky Ute*, Grundrechtlicher Schutz für Transsexuelle in Deutschland und Europa in Hohmann-Dennhardt Christine ea (Hg) Festschrift für Renate Jaeger (2011) 675 ff.
- Sanson Mélanie*, High Hopes, Scant Resources: A Word of Scepticism about the Anti-Fragmentation Function of Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, Leiden Journal of International Law 24 (2011) 701 ff.
- Sanders Anne*, Eheschließung Gleichgeschlechtlicher: Noch nicht, aber bald? Zur Entscheidung Schalk und Kopf v. Österreich des EGMR, StAZ 2011, 175 ff.
- Sands Philippe*, Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law, Yale Human Rights & Development Law Journal 1 (1998) 85 ff.
- Sands Philippe/Commission Jeffery*, Treaty, Custom and Time: Interpretation/Application? in Fitzmaurice Malgosia ea (Hg), Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties (2010) 39 ff.
- Sattorova Mavluda*, Denial of Justice Disguised? Investment Arbitration and the Protection of Foreign Investors from Judicial Misconduct, International and Comparative Law Quarterly 61 (2012) 223 ff.
- Scalia Antonin*, A Matter of Interpretation (1997).
- Schmahl Stefanie*, Piloturteile als Mittel der Verfahrensbeschleunigung beim EGMR, EuGRZ 2008, 369 ff.
- Schubert Claudia*, Das Streikverbot für Beamte und das Streikrecht aus Art. 11 EMRK im Konflikt, AöR 136 (2011) 92 ff.
- Schünemann Bernd*, Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre in Kohlmann Günter (Hg), Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag I (1983) 169 ff.
- Schwaighofer Klaus*, Überlegungen zur Reichweite des innerstaatlichen „Doppelbestrafungsverbots“ nach Art 4 Abs 1 7. ZPMRK, ÖJZ 2005, 173 ff.
- Schwarzenberger Georg*, Myths and Realities of Treaty Interpretation. Articles 27-29 of the Vienna Draft Convention on the Law of Treaties, Current Legal Problems 22 (1969) 205 ff.

- Seifert Achim*, Recht auf Kollektivverhandlungen und Streikrecht für Beamte – Anmerkungen zur neuen Rechtsprechung des EGMR zur Vereinigungsfreiheit, *KritV* 2009, 357 ff.
- Skouris Vassilios*, Methoden der Grundrechtsgewinnung in der Europäischen Union in Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen (Hg), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VI/1* (2010) § 157.
- Stoyanova Vladislava*, Dancing on the Borders of Article 4: Human Trafficking and the European Court of Human Rights in the Rantsev Case, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 30 (2012) 163 ff.
- Streinz Rudolf*, *EUV/AEUV*² (2012).
- Tams Christian J.*, Interim Orders by the European Court of Human Rights – Comments on *Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey*, *ZaöRV* 63 (2003) 681 ff.
- Tettinger Peter J./Stern Klaus (Hg), *Europäische Grundrechtecharta* (2006).
- Thiele Carmen*, Fragmentierung des Völkerrechts als Herausforderung für die Staatengemeinschaft, *AöR* 133 (2008) 1 ff.
- Thielend Rudolf/Hauenschild Herwig*, Verfassungsrechtliches „ne bis in idem“ und seine Auswirkung auf das Verhältnis von Justiz- und Verwaltungsstrafverfahren, *JBl* 2004, 69 ff.
- Thurnherr Daniela*, The Reception Process in Austria and Switzerland in Keller Helen/Stone Sweet Alec (Hg), *A Europe of Rights* (2008) 311 ff.
- Tinç Mehmet Rifat*, L'interprétation « contra legem » devant les Cours européennes des Droit de l'homme et de la Justice, *Revue du Droit de l'Union Européenne* (2009) 493 ff.
- Traulsen Stefan*, Das Beamtenstreikverbot zwischen Menschenrechtskonvention und Grundgesetz, *JZ* 2013, 65 ff.
- Tsentscher Axel*, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt* (2006).
- Tzevelekos Vassilis P.*, The Use of Article 31 (3)(c) of the VCLT in the Case-law of the ECtHR: an Effective Anti-Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of the Teleology of Human Rights? Between Evolution and Systemic Integration, *Michigan Journal of International Law* 31 (2010) 621 ff.
- Vajić Nina*, Interim Measures and the *Mamatkulov* Judgment of the European Court of Human Rights in Kohen Marcelo G. (Hg), *Liber amicorum Cafilisch* (2007) 601 ff.
- Van Drooghenbroeck Sébastien*, Les bornes du texte et les limites de la créativité prétorienne, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 84 (2010) 853 ff.
- Vedder Christoph/Heintschel von Heinegg Wolff*, *Europäischer Verfassungsvertrag* (2007).
- Villiger Mark E.*, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (2009).
- von Bogdandy Armin/Venzke Ingo*, In Whose Name? An Investigation of International Courts' Public Authority and Its Democratic Justification, *European Journal of International Law* 23 (2012) 7 ff.
- von der Groeben Hans/Schwarze Jürgen*, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag⁶ (2003).
- Vorwerk Volkert*, Kudla gegen Polen – Was kommt danach?, *JZ* 2004, 553 ff.
- Vospernik Tanja*, Das Verhältnis zwischen Art 13 und Art 6 EMRK – Absorption oder „Apfel und Birne“?, *ÖJZ* 2001, 361 ff.
- Walter Jean-Baptiste*, La reconnaissance du droit à l'objection de conscience par la Cour européenne des droits de l'homme, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 91 (2012) 671 ff.
- Weiß Norman*, Von Paukenschlägen und steten Tropfen – Anmerkungen zur Bedeutung und Wirkung von EGMR-Urteilen aus staats- und völkerrechtlicher Sicht, *EuZA* 2010, 457 ff.
- Wiemann Rebekka*, Die Rechtsprechung des EGMR zu sexueller Orientierung: Von der (Un-)Geeignetheit des Beurteilungsspielraums der Mitgliedstaaten, ein Spannungsverhältnis zwischen zwei Konventionsrechten zu lösen. Das Urteil Schalk und Kopf gegen Österreich, *EuGRZ* 2010, 408 ff.
- Winkler Sebastian*, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, das Europäische Parlament und der Schutz der Konventionsgrundrechte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, *EuGRZ* 2001, 18 ff.
- Young Margaret A.*, The WTO's Use of Relevant Rules of International Law: An Analysis of the *Biotech* Case, *International and Comparative Law Quarterly* 56 (2007) 907 ff.
- Zagrebelsky Vladimiro*, Questions autour de Broniowski in Cafilisch Lucius ea (Hg), *Liber amicorum Luzius Wildhaber: human rights – Strasbourg views* (2007) 521 ff.