

Wirkungen von Urteilen des EGMR nach 60 Jahren: noch klassisches Völkerrecht oder schon Teil eines „ordre constitutionnel européen“?

Marten Breuer

A. Einleitung

Bereits vor rund 20 Jahren, in dem berühmten Fall *Loizidou*, sprach der EGMR von der Konvention als einem „instrument constitutionnel de l'ordre public européen“¹. Damit wurde der EMRK eine konstitutionelle Dimension beigemessen, die im Zentrum der nachfolgenden Überlegungen stehen soll. In der Tat entspricht der Katalog der in der EMRK verbürgten Rechte und Freiheiten weitgehend dem, was man aus nationalen Grundrechtskatalogen kennt. Die Besonderheit der EMRK besteht allerdings darin, dass sie gewissermaßen eine „kupierte“ Verfassung ist – eine Verfassung mit Grundrechtsteil, jedoch ohne Staatsorganisationsrecht. *Christian Tomuschat* sprach von der EMRK als einer „völkerrechtlichen Nebenverfassung“², bei *Luzius Wildhaber* erscheint der EGMR als ein „Quasi-Verfassungsgericht *sui generis*“³, *Alec Stone Sweet* handelt von der „Konstitutionalisierung der Kon-

- 1 EGMR, Urte. v. 23.3.1995, *Loizidou /. Türkei*, Nr. 15318/89, Ziff. 75.
- 2 *Tomuschat*, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, *VVDStRL* 36 (1978), 7 (51 f.); gleichsinnig *Uerpmann-Wittzack*, The Constitutional Role of International Law, in: *Bogandy/Bast* (Hrsg.), *Principles of European Constitutional Law*, 2. Aufl. (2011), 131 ff.; siehe ferner *Alkema*, The European Convention as a Constitution and its Court as a Constitutional Court, in: *Mahoney u. a.* (Hrsg.), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne/Protecting Human Rights: The European Perspective – mélanges à la mémoire de/studies in memory of Rolv Ryssdal*, 2000, 41 ff.
- 3 *Wildhaber*, *EuGRZ* 2009, 541 (552); *Greer/ders.*, *HRLR* 12 (2012), 655 (670); fragend *Costa*, *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour*

vention“ und nennt in einem Atemzug damit den EGMR einen „Constitutional Court“⁴.

Den EGMR in die Nähe eines Verfassungsgerichts zu rücken erscheint vor allem gerechtfertigt, wenn man die Rechtsprechungstätigkeit des Gerichtshofs betrachtet: Ebenso wie die nationalen Verfassungsgerichte nimmt der EGMR heute zu praktisch allen gesellschaftspolitisch relevanten Themen Stellung, ob nun Abtreibung⁵ oder Sterbehilfe⁶, ob Folterverbot⁷ oder Transsexualität⁸, ob militärische Auslandseinsätze⁹ oder das Verhältnis zur EU¹⁰. Ebenso wie insbesondere das deutsche Bundesverfassungsgericht kämpft der EGMR zudem mit einer nicht enden wollenden Beschwerdeflut.¹¹ Der EGMR also ein Verfassungsgericht „in all but name“?

constitutionnelle?, in: *Gélard u. a.* (Hrsg.), *Constitutions et pouvoirs: Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, 2008, 145 ff.

- 4 *Stone Sweet*, On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court, in: Faculty Scholarship Series 2009, Paper 71 (abrufbar unter http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/71).
- 5 EGMR, Urt. v. 20.3.2007, *Tysi c* ./ Polen, Nr. 5410/03; EGMR, Urt. v. 16.12.2010, *A., B. und C.* ./ Irland, Nr. 25579/05; EGMR, Urt. v. 26.5.2011, *R.R.* ./ Polen, Nr. 27617/04.
- 6 EGMR, Urt. v. 29.4.2002, *Pretty* ./ Vereinigtes Königreich, Nr. 2346/02; EGMR, Urt. v. 20.1.2011, *Haas* ./ Schweiz, Nr. 31322/07; EGMR, Urt. v. 19.7.2012, *Koch* ./ Deutschland, Nr. 497/09.
- 7 EGMR, Urt. v. 28.7.1999, *Selmouni* ./ Frankreich, Nr. 25803/94; EGMR, Urt. v. 1.6.2010, *G fgen* ./ Deutschland, Nr. 22978/05.
- 8 EGMR, Urt. v. 11.7.2002, *Christine Goodwin* ./ Vereinigtes Königreich, Nr. 28957/95.
- 9 EGMR, *Senator Lines GmbH* ./ 15 EG-Mitgliedstaaten, Entsch. v. 10.3.2004, Nr. 56672/00; EGMR, Entsch. v. 2.5.2007, *Behrami und Behrami* ./ Frankreich; *Saramati* ./ Frankreich, Deutschland und Norwegen, Nr. 71412/01, 78166/01; EGMR, Urt. v. 7.7.2011, *Al-Jedda* ./ Vereinigtes Königreich, Nr. 27021/08.
- 10 EGMR, Urt. v. 30.6.2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Őirketi* ./ Irland, Nr. 45036/98.
- 11 Nach dem jüngsten Jahresbericht des EGMR sind im Jahr 2013 knapp 66.000 Beschwerden neu einem richterlichen Spruchkörper zugewiesen worden, vgl. EGMR, Annual Report 2013, 199, abrufbar unter http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2013_ENG.pdf (Stand: 10.7.2014).

In dem Thema, so wie es im Titel dieses Beitrags formuliert ist, stehen die Urteilswirkungen im Vordergrund. Gefragt wird, ob die heutige Wirkung von EGMR-Urteilen noch als klassisches Völkerrecht oder schon als Teil eines „ordre constitutionnel européen“ beschrieben werden kann. Die Thematik bietet aus Sicht des Verfassers zwei Zugänge, einen formal-institutionellen und einen materiell-inhaltlichen. In dem ersten, institutionell geprägten Teil stehen die formalen Wirkungen von Urteilen des EGMR im Vordergrund. Gefragt wird, inwieweit sich hieraus möglicherweise ein gewandelter, verfassungsgerichtlicher Charakter des EGMR ableiten lässt. In dem zweiten, inhaltlich geprägten Teil geht es um die Rechtsprechungstätigkeit in der Sache und die Frage, inwiefern hier möglicherweise ein „ordre constitutionnel européen“ am Horizont aufscheint.

B. Formale Urteilswirkungen

Was die formalen Urteilswirkungen angeht, so liegt zunächst ein Verweis auf die in Art. 46 Abs. 1 EMRK statuierte Inter-partes-Wirkung der EGMR-Urteile sowie die den Urteilen darüber hinaus zukommende „Orientierungswirkung“ nahe.¹² Damit würde die Dimension der Thematik jedoch bei weitem nicht ausgeschöpft. Das Besondere der hiesigen Fragestellung besteht gerade darin, die Urteilswirkungen mit den möglichen Konsequenzen für eine Charakterisierung des EGMR als Verfassungsgericht zu verknüpfen. Mit der Verfassungsgerichtsbarkeit taucht indes ein Begriff auf, der sich einem allgemeingültigen Zugriff entzieht.¹³ Zwar gibt es unterschiedliche Typen wie die diffuse und die spezialisierte Verfassungsgerichtsbarkeit.¹⁴ Letztlich hängen die Kompetenzen eines Verfassungsgerichts aber doch im-

12 Hierzu statt vieler *Breuer*, in: *Karpenstein/Mayer* (Hrsg.), EMRK: Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – Kommentar, 2012, Art. 46 Rn. 31 ff., 43 ff. m. w. N.

13 Vgl. *Korinek*, Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: *VVDStRL* 39 (1981), 7 (17 ff.).

14 Hierzu *Brunner*, Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Raum, in: *JöR* 50 (2002), 191 (195 ff.); *Tomuschat*, Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte, in: *Badura/Dreier* (Hrsg.), *FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 1, 2001, 245 (251 f.).

mer stark von der konkreten Ausgestaltung der jeweiligen Verfassungsordnung ab.¹⁵ Im Folgenden wird daher der Zugang über die Verfahrensarten vor dem EGMR gewählt: Diese werden darauf hin untersucht, inwieweit aus ihnen auf eine mögliche verfassungsgerichtliche Rolle des EGMR geschlossen werden kann. Als Vergleichsfolie dienen insoweit die Verfahrensarten vor dem Bundesverfassungsgericht.

Im Ausgangspunkt ist dabei auf eines hinzuweisen: All jene Verfahrensarten, die stark mit dem Staatsorganisationsrecht verknüpft sind, sucht man bei der EMRK naturgemäß vergebens. Das trifft beispielsweise auf das Organstreitverfahren zu, aber auch auf den Bund-Länder-Streit, der in historischer Perspektive für eine der frühesten Formen von Verfassungsgerichtsbarkeit überhaupt steht.¹⁶ Freilich erfüllt die Individualbeschwerde einige Funktionen solcher Verfahren aus dem Bereich des Staatsorganisationsrechts, die im innerstaatlichen Recht eine eigenständige Ausgestaltung erfahren haben. So ist der EGMR selbstverständlich kein Wahlprüfungsgericht. Dennoch konnte Frau *Matthews* mit Erfolg in Straßburg ihren Ausschluss von den Europawahlen auf Gibraltar rügen.¹⁷ Beim Parteiverbotsverfahren kommt dem EGMR nicht die Rolle des Bundesverfassungsgerichts zu, eine politische Partei mit konstitutiver Wirkung (Art. 21 Abs. 2 GG) zu verbieten. Gleichwohl kann das innerstaatlich ausgesprochene Parteiverbot einer europäischen Rechtskontrolle am Maßstab der EMRK unterzogen werden.¹⁸ Im Falle des neuerlichen NPD-Verbotsverfahrens hat es nicht an warnenden Stimmen gefehlt, die für den Fall eines Erfolgs in Karlsruhe eine Niederlage in Straßburg fürchten.¹⁹

- 15 *Korinek* (o. Fn. 13), 18 f.; *Scheuner*, Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert, in: FG 25 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, 1976, 1 (2).
- 16 Vgl. *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl. 2012, Rn. 103; *Selmer*, Bund-Länder-Streit, in: FS 50 Jahre BVerfG (o. Fn. 14), 563 (564); zurückhaltend *Stern*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 93 Rn. 329 (Stand: März 1982).
- 17 EGMR, Urt. v. 18.2.1999, *Matthews* ./ Vereinigtes Königreich, Nr. 24833/94.
- 18 Vgl. EGMR, Urt. v. 13.2.2003, *Refah Partisi* (Wohlfahrtspartei) u. a. ./ Türkei, Nr. 41340/98 u. a.; EGMR, Urt. v. 30.6.2009, *Herri Batasuna und Batasuna* ./ Spanien, Nr. 25803/04; 25817/04.
- 19 Vgl. *Jansen*, Ex-Verfassungsrichter warnen: Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte könnte ein NPD-Verbot kassieren, in: Der Tagesspiegel vom

I. Konkrete Normenkontrolle

Eine konkrete Normenkontrolle kennt das Verfahrensrecht der EMRK bislang ebenfalls nicht. Mit dem am 2. Oktober 2013 zur Zeichnung aufgelegten Protokoll Nr. 16²⁰ wird allerdings ein Vorabentscheidungsverfahren ähnlich demjenigen zum EuGH eingeführt. Allerdings bestehen durchaus erhebliche Unterschiede zum EuGH-Verfahren: Vorlageberechtigt sind allein letztinstanzliche Gerichte, für diese ist die Vorlage optional, nicht verpflichtend, schließlich fällt der EGMR in dieser Verfahrensart kein verbindliches Urteil, sondern erstattet lediglich ein Gutachten.²¹

Für den vorliegenden Zusammenhang erscheint es wichtig darauf hinzuweisen, dass das Vorlageverfahren nach Protokoll Nr. 16 nicht auf die Kollision von Rechtsnormen mit der EMRK beschränkt ist. Vorlagefähig sind „questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the Protocols thereto“ (Art. 1 Abs. 1 Protokoll Nr. 16).²² Derartige Auslegungsfragen können sich

21. 12. 2012, 4; Parteienverbotsexperte warnt vor Scheitern. FDP distanziert sich von NPD-Verbotsverfahren, in: Rheinische Post vom 27. 2. 2013, 4; anders die Einschätzung von *Grabenwarter*, Wen man ausschließen darf, in: FAZ vom 13. 12. 2012, 8; siehe auch allgemein *Eckart Klein*, Ein neues NPD-Verbotsverfahren? Rechtsprobleme beim Verbot politischer Parteien, Veröffentlichungen der Potsdamer Juristischen Gesellschaft 15, 2012, 20 ff.; *Oliver Klein*, Parteienverbotsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: ZRP 2001, 397 ff.; *Kumpf*, Verbot politischer Parteien und Europäische Menschenrechtskonvention, in: DVBl. 2012, 1344 ff.; *Pabel*, Parteiverbote auf dem europäischen Prüfstand, in: ZaöRV 63 (2003), 921 ff.

20 Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 214 (noch nicht in Kraft).

21 Vergleich des Vorlageverfahrens gem. Protokoll Nr. 16 mit dem Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV bei *Gragl*, (Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory Opinions Under Draft Protocol No. 16, in: European Law Review 2013, 229 ff.; zum Protokoll Nr. 16 vgl. ferner *Dzehtsiarou/O'Meara*, Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control?, in: Legal Studies 2014, 1 ff.

22 Das Kriterium ist erkennbar Art. 43 Abs. 2 EMRK nachgebildet, welcher die Verweisungsmöglichkeit an die Große Kammer nach dem Ergehen eines Kammerurteils betrifft, vgl. Explanatory Report, Rn. 9.

mit Blick auf ein nationales Gesetz stellen,²³ müssen es aber nicht. Vielmehr kann durchaus auch eine Rechtsanwendung im Einzelfall Grundfragen nach der Auslegung der EMRK aufwerfen. Und selbst da, wo eine möglicherweise konventionswidrige Norm den Anlass zur Vorlage liefert, ist nicht eindeutig, ob der EGMR zur Konventionskonformität des konkreten Gesetzes Stellung nehmen oder aber dem Vorbild des EuGH folgen wird, der sich ganz auf die Auslegung des Unionsrechts konzentriert und zu innerstaatlichen Gesetzen aus prinzipiellen Gründen keine Aussagen trifft.²⁴ Das Vorabentscheidungsverfahren nach Protokoll Nr. 16 hat somit gewisse Ähnlichkeiten mit der konkreten Normenkontrolle im Sinne des deutschen Verfassungsprozessrechts, geht aber von seinem Anwendungsbereich her deutlich darüber hinaus.²⁵

Was die Wirkungen angeht, wird das Vorabentscheidungsverfahren nach Protokoll Nr. 16 zu einer wichtigen Akzentverschiebung führen. Nicht zu Unrecht wird ein wesentlicher Vorteil des Verfahrenstypus „Vorlageverfahren“ im Vergleich zur Individualbeschwerde in der direkten Einwirkung auf das noch laufende nationale Verfahren gesehen.²⁶ Durch seine dialogische Ausgestaltung ermöglicht es das Vorlageverfahren, dem nationalen Richter die Maßstäbe für die Anwendung der jeweils anderen Rechtsordnung (Unionsrecht oder EMRK) unmittelbar an die Hand zu geben. Zugleich vermeidet das Verfahren eine gewisse Prangerwirkung, die der Ex-post-Kontrolle durch den EGMR aus Sicht des betroffenen nationalen Richters bisweilen zukommen mag.²⁷

Nach der derzeitigen Ausgestaltung des Individualbeschwerdeverfahrens hingegen ist die nationale Entscheidung – da dem Beschwerdeführer grds.

23 Vgl. EGMR, Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court’s Advisory Jurisdiction, Rn. 29, abrufbar unter www.coe.int/t/dgi/brighton-conference/documents/Court-Advisory-opinions_en.pdf (Stand: 10.7.2014).

24 Vgl. nur Wegener, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV-Kommentar, 4. Aufl. (2011), Art. 267 AEUV Rn. 5.

25 Keinesfalls soll eine abstrakte Normenkontrolle ermöglicht werden, vgl. Explanatory Report, Rn. 10.

26 Vgl. Benoît-Rohmer, Il faut sauver le recours individuel..., in: Recueil Dalloz 2003, 2584 (2588 f.); Drzemczewski, European Human Rights Convention in Domestic Law, 1997, 332 f.

27 Vgl. Benoît-Rohmer (o. Fn. 26), 2588.

die Erschöpfung des nationalen Rechtswegs abverlangt wird (Art. 35 Abs. 1 EMRK) – regelmäßig in Rechtskraft erwachsen. Da ein Urteil des EGMR von Konventionen wegen keine kassatorische Wirkung besitzt,²⁸ verbleibt für den EGMR typischerweise nur die Zusprechung gerechter Entschädigung gem. Art. 41 EMRK. Im Gegensatz dazu kommt das Vorabentscheidungsverfahren noch während des laufenden nationalen Gerichtsprozesses und mithin vor Eintritt der Rechtskraft zum Zuge. Folglich kann sich die Rechtsprechung des EGMR hier unmittelbar(er) im innerstaatlichen Raum auswirken,²⁹ ein Konflikt mit der Rechtskraft des nationalen Urteils wird vermieden.³⁰ Allerdings bleibt abzuwarten, ob die obersten Gerichte angesichts der rechtlichen Unverbindlichkeit der vom EGMR hier erstatteten Gutachten von der Vorlagemöglichkeit vermehrt Gebrauch machen werden.

Die Einführung des Vorlageverfahrens durch Protokoll Nr. 16 ist in der Literatur bereits als Unterstreichung der verfassungsgerichtlichen Rolle des EGMR gedeutet worden.³¹ Tatsächlich findet sich dieser Gedanke schon im 2006 vorgelegten Bericht der Weisen,³² während noch bei den Vorarbeiten zum Protokoll Nr. 14 die Einführung eines Vorlagemechanismus aus Furcht vor einer zusätzlichen Belastung des EGMR mit weiteren Verfahren nicht weiter verfolgt worden war.³³ Eine Stärkung der verfassungsgerichtlichen

28 EGMR, Entsch. v. 8.7.2003, Lyons u. a. ./ Vereinigtes Königreich, Nr. 15227/03; EGMR, Entsch. v. 4.1.2011, Dowsett ./ Vereinigtes Königreich (Nr. 2), Nr. 8559/98.

29 Siehe auch – unter dem Aspekt der Vermeidung gleichgelagerter Individualbeschwerden zum EGMR – Reflection Paper (o. Fn. 23), Rn. 14.

30 Vgl. *Benoît-Rohmer*, Les perspective de réformes à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme : „certiorari“ versus renvoi préjudiciel, in: RUDH 2002, 313 (316).

31 Vgl. *Dzehtsiarou/O'Meara* (o. Fn. 21), 16.

32 Group of Wise Persons, Interim Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, Sages (2006) 05 EN Fin, HRLJ 2006, 274, Rn. 61; siehe auch Reflection Paper (o. Fn. 23), Rn. 5.

33 Vgl. Reflection Group on the Reinforcement of the Human Rights Protection Mechanism, Activity Report, CDDH-GDR (2001)010, Appendix II, Rn. 31; Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights, EG Court(2001)1, HRLJ 2001, 308, Rn. 84; Steering Committee for Human Rights (CDDH), Interim Report of the CDDH to the Committee of Ministers, „Guaranteeing the long-term effectiveness of the European Court of Human Rights“, CM(2002)146, Rn. 14.

Rolle erfährt der EGMR durch das Protokoll Nr. 16 in der Tat insofern, als nur die „großen Fragen“ im Vorlageverfahren an den Gerichtshof herangetragen werden können. Hier geht es somit um seine Aufgabe eines europaweiten *standard setting*. Andererseits erklärt sich die Beschränkung der vorlagefähigen Fragen (wie auch die Beschränkung der Vorlagemöglichkeit auf nationale Höchstgerichte) aber gerade vor dem Hintergrund, dass die Zunahme an Verfahren in einem überschaubaren Rahmen gehalten werden sollte. Aus eben diesem Grund hatte sich ein norwegisch-niederländischer Expertenbericht für die Vorlagemöglichkeit nur in Fällen struktureller oder systemischer Probleme ausgesprochen,³⁴ ein Vorschlag, der sich letztlich nicht durchgesetzt hat. Vor diesem Hintergrund ist bei einer vorschnellen Annahme einer verstärkt verfassungsgerichtlichen Rolle des EGMR durch die Einführung des Vorlageverfahrens doch Zurückhaltung geboten. Bis zum Inkrafttreten des Protokolls Nr. 16 bleiben diese Überlegungen ohnehin hypothetischer Natur.

II. Abstrakte Normenkontrolle

Neben der konkreten dürfte die abstrakte Normenkontrolle diejenige Verfahrensart sein, in der sich der besondere Charakter der Verfassungsgerichtsbarkeit am sichtbarsten manifestiert.³⁵ Dies deshalb, weil das sonst geltende Verhältnis von Erster und Dritter Gewalt hier aufgehoben oder doch zumindest stark relativiert ist: Während der Fachrichter an das Gesetzesrecht gebunden ist, kommt dem Verfassungsrichter die Macht zu, Gesetze für verfassungswidrig und ggf. für nichtig zu erklären. Die Höherrangigkeit der Verfassung, seit *Marbury vs. Madison*³⁶ ein, wenn nicht *das* Kennzeichen

34 Wiedergegeben in: Reflection Paper (o. Fn. 23), Rn. 28.

35 In diesem Sinne auch (allgemein zur Normenkontrolle) *Heun*, Normenkontrolle, in: FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht (o. Fn. 14), 615.

36 U.S. Supreme Court, Urt. v. 24.2.1803, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137; vgl. hierzu *Brugger*, Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit: 200 Jahre *Marbury v. Madison*, in: JuS 2003, 320 ff.; *Giegerich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland, den USA und Europa als Trägerin einer gemeinsamen Rechtswahrungsaufgabe, in: *Breuer u. a.* (Hrsg.), Im Dienste des Menschen: Recht, Staat und Staatengemeinschaft. Forschungskolloquium anlässlich der Verabschiedung von Eckart Klein, 2009, 95 (96 ff.); *Hoffmann-Riem*, Das Ringen um die verfassungsgerichtliche Kontrolle in den USA und Europa, in: JZ

des modernen Verfassungsrechts,³⁷ wird auf diese Weise verfahrensrechtlich abgesichert.

1. Abstrakte Normenkontrolle mittels Staatenbeschwerde

Anders als man vielleicht auf den ersten Blick meinen könnte, kennt die EMRK durchaus eine Form der abstrakten Normenkontrolle, nämlich in Gestalt der Staatenbeschwerde nach Art. 33 EMRK. Wie der Gerichtshof im Fall *Irland gegen das Vereinigte Königreich* erstmals entschieden und im Fall *Zypern gegen Türkei* abermals bekräftigt hat, ermächtigt die Staatenbeschwerde – im Unterschied zur Individualbeschwerde – zu einer Überprüfung innerstaatlicher Gesetze *in abstracto*.³⁸ Allerdings kommt das Staatenbeschwerdeverfahren in der Praxis so selten zur Anwendung, dass diese Überprüfungsmöglichkeit weitgehend leer läuft.

2. Abstrakte Normenkontrolle mittels Individualbeschwerde

An diesem Punkt erfüllt die Individualbeschwerde eine Art Ersatzfunktion. Über das Instrument der Beschwerde nach Art. 34 EMRK ist es dem Einzelnen nämlich möglich, inzident eine gesetzliche Norm auf den Prüfstand in Straßburg zu stellen. Eine solche indirekte oder, wie man sagen könnte, verdeckte Normenkontrolle ist auch von der Verfassungsbeschwerde her bekannt. Insoweit braucht nur an § 95 Abs. 3 BVerfGG erinnert zu werden, der lautet:

2003, 269 ff.; *Eckart Klein*, Das richterliche Prüfungsrecht in den Vereinigten Staaten zu Beginn des vorigen Jahrhunderts, in: *ZaöRV* 34 (1974), 83 ff.

37 Hierzu *Dreier*, Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat, 2008, 24 ff.; *Hofmann*, Zur Idee des Staatsgrundgesetzes, in: *ders.*, Recht – Politik – Verfassung, 1986, 261 ff.; *Wahl*, Der Vorrang der Verfassung, in: *Der Staat* 20 (1981), 485 ff.; *Winterhoff*, Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung, 2007, 110 ff.

38 EGMR, Urt. v. 18.1.1978, Irland ./ Vereinigtes Königreich, Nr. 5310/71, Ziff. 240; EGMR, Urt. v. 10.5.2001, Zypern ./ Türkei, Nr. 25781/94, Ziff. 357.

„Wird der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz stattgegeben, so ist das Gesetz für nichtig zu erklären. Das gleiche gilt, wenn der Verfassungsbeschwerde ... stattgegeben wird, weil die aufgehobene Entscheidung auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruht.“

Gegen eine solche Art verdeckter Normenkontrolle hegte der EGMR allerdings lange Zeit deutliche Vorbehalte.³⁹ Nach seinem Selbstverständnis waren seine Urteile bloße Feststellungsurteile. Insofern begnügte sich der Gerichtshof zunächst regelmäßig damit, eine Verletzung der Konvention im konkreten Einzelfall festzustellen, ohne jedoch zugleich offenzulegen, auf welcher Ebene der Konventionsverstoß aus seiner Sicht anzusiedeln war⁴⁰ – ob also lediglich die Anwendung im konkreten Einzelfall zum Verstoß geführt hatte oder ob bereits das Normprogramm selbst mit dem konventionsrechtlichen Makel behaftet war.⁴¹ Dazu passen frühere Aussagen des EGMR über die Folgen, die sich aus einer Verurteilung in Straßburg ergeben: Danach war es nämlich Sache des verurteilten Staates selbst – freilich vorbehaltlich der Überwachung durch das Ministerkomitee – zu beurteilen, auf welcher Ebene innerstaatliche Umsetzungsakte erfolgen mussten,⁴² ob also lediglich individuelle Maßnahmen erforderlich waren oder eine Änderung der gesetzlichen Grundlagen.

39 Hierzu näher *Breuer*, Das Recht auf Individualbeschwerde zum EGMR im Spannungsfeld zwischen Subsidiarität und Einzelfallgerechtigkeit. Zum Fortgang des ersten Piloturteilsverfahrens in den Sachen *Wolkenberg und Witkowska-Tobola*, in: *EuGRZ* 2008, 121 (122) m. w. N.

40 Deutlich in diese Richtung etwa EGMR, *Urt. v. 8.7.2003, Sahin ./.* Deutschland, Nr. 30943/96, Ziff. 87; EGMR, *Urt. v. 8.7.2003, Sommerfeld ./.* Deutschland, Nr. 31871/96, Ziff. 86.

41 Eine frühe Ausnahme bildet allerdings der Fall *Marckx*, in dem der EGMR das nationale Gesetz als Ursache der Konventionsverletzung klar identifiziert hat: EGMR, *Urt. v. 13.6.1979, Marckx ./.* Belgien, Nr. 6833/74, Ziff. 58.

42 EGMR, *Urt. v. 13.7.2000, Scozzari und Giunta ./.* Italien, Nr. 39221/98; 41963/98, Ziff. 249; das ist – mit den sogleich zu beschreibenden Einschränkungen – durchaus auch heute noch die Position des Gerichtshofs, vgl. etwa EGMR, *Urt. v. 19.1.2012, Kronfeldner ./.* Deutschland, Nr. 21906/09, Ziff. 99.

Dieses Bild hat sich durch die Einführung der sog. Piloturteilstechnik im Fall *Broniowski gegen Polen* deutlich gewandelt.⁴³ Heute nimmt der EGMR für sich die Kompetenz in Anspruch, auf bestehende systemische Probleme im innerstaatlichen Bereich explizit hinzuweisen. Diese müssen zwar ihre Ursache nicht notwendigerweise in einem Gesetz haben, vielmehr kann auch eine gleichförmige, konventionswidrige Verwaltungspraxis zu einem Piloturteil führen.⁴⁴ Häufig allerdings wird ein systemisches Problem durch ein Gesetz verursacht sein, dessen abstrakt-generelle Natur gerade dazu führt, dass massenhaft gleichgelagerte Fälle nach Straßburg zu gelangen drohen. Man denke beispielsweise an den pauschalen Ausschluss Strafgefangener vom Wahlrecht im Vereinigten Königreich, welcher das Piloturteil *Greens und M. T.* zur Folge hatte.⁴⁵ Insofern führt das Piloturteilsverfahren also zu einer inzidenten Normenkontrolle durch den EGMR.

Darüber hinaus bezeichnet der Gerichtshof in einem Pilotverfahren regelmäßig im Urteilstenor so präzise wie möglich die aus seiner Sicht erforderlichen Abhilfemaßnahmen.⁴⁶ In neuerer Zeit setzt er dabei häufig eine Frist,

43 EGMR, Urt. v. 22.6.2004, *Broniowski ./.* Polen, Nr. 31443/96; hierzu näher *Breuer*, Urteilsfolgen bei strukturellen Problemen – Das erste „Piloturteil“ des EGMR. Anmerkung zum Fall *Broniowski gegen Polen*, in: *EuGRZ* 2004, 445 ff.; *Eschment*, Musterprozesse vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, 2011; *Garlicki*, *Broniowski and After: On the Dual Nature of „Pilot Judgments“*, in: *Caflich u. a.* (Hrsg.), *Liber amicorum Luzius Wildhaber: Human Rights – Strasbourg Views*, 2007, 177 ff.; *Haider*, *The Pilot-Judgement Procedure of the European Court of Human Rights*, 2013; *Leach u. a.*, *Responding to Systemic Human Rights Violations. An Analysis of „Pilot Judgments“ of the European Court of Human Rights and Their Impact at National Law*, 2010; *Lambert-Abdelgawad*, *La Cour européenne au secours du Comité des ministres pour une meilleure exécution des arrêts „pilote“*, in: *Revue trimestrielle des droits de l’homme* 2005, 203 ff.; *Schmahl*, *Piloturteile als Mittel der Verfahrensbeschleunigung beim EGMR*, in: *EuGRZ* 2008, 369 ff.; *Zagrebelsky*, *Questions autour du Broniowski*, in: *Liber amicorum Wildhaber (a.a.O.)*, 521 ff.

44 Vgl. *Breuer* (o. Fn. 39), 121 f.

45 EGMR, Urt. v. 23.11.2010, *Greens und M. T. ./.* Vereinigtes Königreich, Nr. 60041/08, 60054/08.

46 Vgl. *Breuer*, in: *Karpenstein/Mayer* (o. Fn. 12), Art. 46 Rn. 25 m. w. N.

innerhalb derer die Abhilfe erfolgen muss.⁴⁷ Derartige Fristsetzungen an die Adresse des Gesetzgebers sind ein vom Bundesverfassungsgericht her ebenfalls bekanntes Phänomen.⁴⁸

Schließlich wird das veränderte Vorgehen des EGMR noch in einer späteren Phase des Pilotverfahrens sichtbar, nämlich wenn der verurteilte Staat auf das Piloturteil reagiert hat: Die Funktion des Pilotverfahrens besteht ja gerade darin, dass alle übrigen, gleichgelagerten Fälle „auf Eis gelegt“ werden.⁴⁹ Hat der verurteilte Staat reagiert, etwa durch die Verabschiedung eines neuen Gesetzes, muss der EGMR beurteilen, ob seinen Bedenken hinreichend Rechnung getragen worden ist.⁵⁰ Hier findet also zum zweiten Male eine inzidente Normenkontrolle statt, und zwar dieses Mal tatsächlich abstrakt, noch bevor das neue Gesetz überhaupt zur Anwendung gekommen ist. Die Bedenken, die gegen eine solche Form der inzident-abstrakten Normenkontrolle bestehen, hat Richter *Zagrebelky* unter Anschluss von Richter *Jaeger* im Fall *Hutten-Czapska* artikuliert:

„The Court is not competent (and does not have the necessary knowledge) to express a view in the abstract and in advance on the consequences of the reforms already introduced in Poland and to give a vague positive assessment of a legislative development whose practical application might subsequently be challenged by new applicants.“⁵¹

3. *Stärkung der verfassungsgerichtlichen Rolle des EGMR mittels Piloturteilstechnik?*

Die Einführung der Piloturteilstechnik ist in der Literatur als Hinwendung des EGMR zu einer verstärkt verfassungsgerichtlichen Rolle interpretiert worden. So schreibt beispielsweise *Fyrnys*:

47 Vgl. *Breuer*, Zur Fortentwicklung der Piloturteilstechnik durch den EGMR, in: *EuGRZ* 2012, 1 (6 f.).

48 Vgl. *Eckart Klein*, in: *Benda/ders.*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. (2012), Rn. 1401.

49 Vgl. *Breuer* (o. Fn. 43), 450.

50 EGMR, Entsch. v. 4.12.2007, *Wolkenberg u. a. ./.* Polen, Nr. 50003/99.

51 Sep. op. judge *Zagrebelky* joined by judge *Jaeger*, in: EGMR, Urt. v. 28.4.2008, *Hutten-Czapska ./.* Polen, Nr. 35014/97.

„In relation to the domestic legislative the pilot judgment moves towards a constitutional court-type jurisdiction reviewing domestic legislation and issuing a programmed lawmaking obligation in its operative part.“⁵²

Ähnlich *Sadurski*:

„The emergence of so-called ‘pilot judgments’ is the best and most recent illustration of this trend“, [nämlich eines] „shift towards a quasi-constitutional role, going beyond the simple identification of wrong individual decisions so as to point to systemic legal defects ...“.⁵³

Diese These verlangt nach einer kritischen Überprüfung. Findet tatsächlich in dem Piloturteilsverfahren eine gewandelte, stärker verfassungsgerichtliche Rolle des EGMR ihren Ausdruck? Insoweit sei im Ausgangspunkt auf eines hingewiesen: Die Möglichkeit der Normenkontrolle, welche im innerstaatlichen Recht erst durch die Höherrangigkeit der Verfassung geschaffen wird, ist bei der EMRK Normalität. Sie ist schlicht Konsequenz dessen, dass nach allgemeinem Völkerrecht ein Staat für das Verhalten von Legislative, Exekutive und Judikative gleichermaßen haftet.⁵⁴ Insofern ist die inzidente Normenkontrolle also durchaus kein Spezifikum der Piloturteilstechnik. Auch früher hat es bekanntlich Fälle gegeben, in denen der EGMR ausnahmsweise die Ebene, welche innerstaatlich für den Konventionsverstoß verantwortlich zeichnete, konkret benannt hat.⁵⁵ Umgekehrt gibt es heutzutage durchaus Fälle, die sich für eine Anwendung der Piloturteilstechnik eignen würden, in denen der EGMR aber hiervon keinen Gebrauch

52 *Fyrnys*, Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights, in: German Law Journal 12 (2011), 1231 (1253).

53 *Sadursky*, Partnering with Strasbourg: Constitutionalization of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments, in: Sydney Law School Research Paper No. 08/135, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1295652 (Stand: 10.7.2014).

54 Art. 4 der ILC-Artikel zur Staatenverantwortlichkeit.

55 Z. B. den Fall *Marckx* (o. Fn. 41).

macht.⁵⁶ Ja, in jüngster Zeit hat es wiederholt Fälle gegeben,⁵⁷ in denen der EGMR zunächst ein „normales“ Urteil gefällt hat, in einer nachfolgenden Beschwerde dann aber die Piloturteilstechnik dazu genutzt hat, um dem zuvor ergangenen „normalen“ Urteil Nachdruck zu verleihen: Insoweit sei hier nur auf das bereits erwähnte Urteil *Greens und M. T.*⁵⁸ zum Wahlrecht von Strafgefangenen hingewiesen, mit dem der EGMR das Urteil *Hirst*⁵⁹ zur gleichen Sachlage bekräftigt und auf die Unwilligkeit des Parlaments von Westminster, das Wahlrecht zu ändern,⁶⁰ reagiert hat.

Dass der EGMR den hervorgehobenen Charakter der Piloturteilstechnik nutzt, um politischen Druck im Prozess der Urteilsumsetzung zu erzeugen, deutet auf einen weiteren Umstand hin: Denn die Piloturteilstechnik ist gewissermaßen aus der Not geboren. Das wird sehr deutlich, wenn der EGMR im ersten Pilotfall *Broniowski* die Anwendung der Piloturteilstechnik mit den Gefahren begründet, die durch den Rückstau anhängiger Beschwerden für das Funktionieren des Konventionssystems insgesamt entstünden.⁶¹ Die Identifizierung des systemischen Defizits auf nationaler Ebene erfolgt, um durch die Korrektur eines einzigen konventionswidrigen Gesetzes eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle erledigen zu können. Der abstrakt-generelle Cha-

56 Vgl. z. B. EGMR, Urte. v. 1.4.2010, S.H. u. a. ./ Österreich, Nr. 57813/00 (von der Großen Kammer aus anderen Gründen aufgehoben); der Fall betraf das gesetzliche Verbot der Ei- und Samenspende in Österreich, also an sich ein klar „systemisches“ Defizit. Gleichwohl erließ der EGMR ein „klassisches“ Urteil, kein Piloturteil. Vergleichbares gilt für EGMR, Urte. v. 9.7.2013, Vinter u. a. ./ Vereinigtes Königreich, Nr.66069/09 u. a., betreffend die (vom EGMR verneinte) Konventionskonformität der lebenslangen Freiheitsstrafe im Vereinigten Königreich.

57 Neben den sogleich genannten Fällen vgl. auch EGMR, Urte. v. 8.6.2006, Sürmeli ./ Deutschland, Nr. 75529/01 einerseits, EGMR, Urte. v. 2.9.2010, Rumpf ./ Deutschland, Nr. 46344/04 andererseits.

58 O. Fn. 45.

59 EGMR, Urte. v. 6.10.2005, Hirst ./ Vereinigtes Königreich (Nr. 2), Nr. 74025/01.

60 Hierzu *Murray*, A Perfect Storm: Parliament and Prisoner Disenfranchisement, in: *Parliamentary Affairs* 66 (2013), 511 ff.; siehe auch *Lörcher*, Die Zukunft des EGMR nach der „Erklärung von Brighton“ – Gelingt die „Befreiung“ aus Überlastung und Regierungsdruck?, in: *KritV* 2013, 223 (246 f.), jeweils m. w. N.

61 EGMR, *Broniowski* ./ Polen (o. Fn. 43), Ziff. 193.

rakter des nationalen Gesetzes wird hier vom Gerichtshof gezielt dazu genutzt, die eigene Überlastung mit anhängigen Beschwerden reduzieren zu können. Von einer gewandelten Rolle des EGMR im Sinne eines verstärkt verfassungsgerichtlichen Ansatzes ist insoweit nichts zu erkennen.

Allerdings bleibt der für das allgemeine Völkerrecht eher ungewöhnliche Befund, dass der EGMR in einem Piloturteil einzelne Staatsgewalten z. T. gezielt anspricht. Das widerspricht dem Verständnis des allgemeinen Völkerrechts, welches den Staat als Einheit wahrnimmt. Das lässt sich gut am IGH-Fall *Deutschland gegen Italien* demonstrieren: Zwar muss der italienische Staat aufgrund dieses Urteils dafür sorgen, dass die nationalen Entscheidungen, mit denen die Immunität Deutschlands verletzt worden ist, nicht länger wirksam sind („must cease to have effect“). Wie der italienische Staat dies bewerkstelligt, bleibt jedoch ihm überlassen. So betont der IGH das Recht Italiens

„to choose the means it considers best suited to achieve the required result. Thus, the Respondent is under an obligation to achieve this result by enacting appropriate legislation or by resorting to other methods of its choosing having the same effect“⁶².

Hierzu im Vergleich noch einmal der Fall *Greens und M. T.*: dort verpflichtet der EGMR den britischen Staat – und zwar im Urteilstenor –

„[to] bring forward, within six months of the date upon which the present judgment becomes final, legislative proposals intended to amend the 1983 Act and, if appropriate, the 2002 Act in a manner which is Convention-compliant“⁶³.

Der Unterschied ist mit Händen zu greifen. Während der IGH die Möglichkeit einer gesetzgeberischen Reaktion in den Raum stellt, die erforderliche Maßnahme jedoch letztlich dem verurteilten Staat überlässt, nimmt der EGMR gezielt den Gesetzgeber in die Pflicht und verlangt sogar un-

62 IGH, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, 99, Rn. 137; zu den italienischen Umsetzungsmaßnahmen vgl. *Nesi*, *The Quest for a ‘Full’ Execution of the ICJ Judgment in Germany v. Italy*, in: *Journal of International Criminal Justice* 11 (2013), 185 ff.

63 EGMR, *Greens und M. T.* ./ Vereinigtes Königreich (o. Fn. 45), Tenor Ziff. 6 lit. a.

ter Fristsetzung die Vorlage eines Gesetzentwurfs. Vor diesem Hintergrund mag es nur allzu verständlich erscheinen, wenn *Sadurski* mit Blick auf die Piloturteilstechnik schreibt:

„It is hard to find a more fitting example to illustrate the phenomenon of ‘piercing the veil of the State’ – an expression pointing to the disaggregation of States into their different constitutional branches, and to alliances that are formed with one of the branches to castigate another.“⁶⁴

Helfer und *Slaughter* sind (wenn auch in anderem Kontext) sogar so weit gegangen, EGMR und EuGH in einem Atemzug als Beispiele für „supranational adjudication“ zu nennen.⁶⁵

Auch diese Sichtweisen halten im Ergebnis jedoch einer näheren Überprüfung nicht Stand. Gegen das Argument *Sadurskis* ist darauf hinzuweisen, dass die konkrete Bezeichnung der erforderlichen Umsetzungsmaßnahme zwar typischer Bestandteil eines Piloturteils ist – darin liegt gerade ein Entlastungseffekt für das Ministerkomitee im Prozess der Überwachung der Urteilsumsetzung. Keineswegs nutzt der EGMR die Bezeichnung der Umsetzungsmaßnahme jedoch ausschließlich in Piloturteilen. Die erste derartige Anordnung erfolgte sogar noch vor der „Erfindung“ der Piloturteilstechnik im Fall *Broniowski*, nämlich in dem Fall *Assanidze*, der ein rein administratives Unrecht betraf.⁶⁶ Von einer verstärkten verfassungsgerichtlichen Rolle des EGMR war in diesem Fall nichts zu bemerken.

Der von *Helfer* und *Slaughter* ins Spiel gebrachte Vergleich von EGMR und EuGH fördert eher Unterschiede denn Gemeinsamkeiten zutage: Der EuGH begründete im Fall *Van Gend en Loos* die unmittelbare Wirkung des Ge-

64 *Sadurski* (o. Fn. 53), 21.

65 *Helfer/Slaughter*, *Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication*, *Yale Law Journal* 107 (1997), 273 (290 ff., 293 ff.). Die Verbindung von Piloturteilstechnik und Supranationalität wird insoweit hergestellt bei *Jackson*, *Broniowski v. Poland: A Recipe for Increased Legitimacy of the European Court of Human Rights as a Supranational Constitutional Court*, *Connecticut Law Review* 39 (2006–2007), 759 ff.

66 EGMR, Urt. v. 8.4.2004, *Assanidze* ./ Georgien, Nr. 71503/01; hierzu *Breuer*, *Zur Anordnung konkreter Abhilfemaßnahmen durch den EGMR. Der Gerichtshof betritt neue Wege im Fall Asanidze gegen Georgien*, in: *EuGRZ* 2004, 257 ff.; weitere Fälle konkreter Anordnungen in Einzelfällen bei *Breuer*, in: *Karpenstein/Mayer* (o. Fn. 12), Art. 46 Rn. 10 ff. m. w. N.

meinschaftsrechts mit dessen Charakter als „neue Rechtsordnung des Völkerrechts“⁶⁷ und griff dieses Argument in *Costa/ENEL*⁶⁸ abermals auf, um den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts vor widersprechendem nationalen Recht zu begründen. Das ist ein konstitutioneller Habitus,⁶⁹ der bei der Grundlegung der Piloturteilstechnik seitens des EGMR gerade fehlt. Im Vergleich zum selbstbewussten Auftreten des EuGH wirkt die Berufung des EGMR auf den drohenden Kollaps des Konventionsmechanismus geradezu kleinmütig. Zugleich macht der Vergleich mit dem EuGH deutlich, vor welchem Schritt der EGMR bis heute zurückgeschreckt ist: nämlich vor dem Durchgriff auf die nationale Ebene, analog dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts. Aus Sicht des EGMR ist es nach wie vor den Konventionsstaaten selbst überlassen, auf welcher Rangstufe sie die EMRK in innerstaatliches Recht umsetzen,⁷⁰ ja ob sie dies überhaupt tun.⁷¹ Von einem echten „piercing the veil of the State“ kann also nicht die Rede sein.

III. Zwischenfazit

Diese Überlegungen führen zu der folgenden Einschätzung: Es ist nicht zu bezweifeln, dass sich die Wirkungen der EGMR-Urteile in den letzten 60 Jahren insbesondere durch die Einführung der Piloturteilstechnik deutlich gewandelt haben. In der Tat ist es nicht mehr so, dass sich der Gerichtshof mit einer Feststellung der Konventionsverletzung – ggf. noch der Ausurteil-

67 EuGH, Urt. v. 5.2.1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3 (25) – Van Gend en Loos.

68 EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1253 (1269) – *Costa/ENEL*.

69 Als Ausdruck der Bedeutung des Urteils siehe die vom EuGH veranstaltete und hochrangig besetzte Tagung „50th Anniversary of the Judgment in Van Gend en Loos, 1963–2013“, Tagungsband veröffentlicht unter http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-12/qd30136442ac_002.pdf (Stand: 10.7.2014).

70 Hierzu instruktiv *Martinico*, *Is the European Convention Going to Be ‘Supreme’? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts*, in: *EJIL* 23 (2012), 401 ff.; siehe auch *ders./Pollicino* (Hrsg.), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws: A Comparative Constitutional Perspective*, 2010; ferner *Keller/Al Stone Sweet* (Hrsg.), *A Europe of Rights*, 2008.

71 EGMR, Urt. v. 21.2.1086, *James u. a. ./ Vereinigtes Königreich*, Nr. 8793/79, Ziff. 84.

lung einer gerechten Entschädigung – begnügt und alles andere dem verurteilten Staat selbst überlässt. Durch die Einführung der Piloturteilstechnik haben Elemente in das Straßburger Verfahren Einzug gehalten, die für die nationale Verfassungsgerichtsbarkeit charakteristisch sind. Das gilt insbesondere für das Verhältnis zur nationalen Legislative, die sich heute einem stärkeren Druck aus Straßburg ausgesetzt sieht als früher. Gleichwohl hat der EGMR den letzten Schritt des „piercing the veil of the State“ bislang nicht vollzogen. Das Verfahren der Urteilsumsetzung bleibt auch bei den Piloturteilen stark völkerrechtlich geprägt, insbesondere was die Phase der Überwachung im Ministerkomitee angeht: Durch die Identifizierung des „systemischen Problems“ soll politischer Druck erzeugt werden, um den verurteilten Staat zu einer möglichst schnellen und flächendeckenden Abhilfe zu bewegen. Insoweit kann die Piloturteilstechnik gerade als Ausweis einer nach wie vor stark völkerrechtlich geprägten Wirkungsweise von EGMR-Urteilen verstanden werden.

C. Materielle Urteilswirkungen

Im zweiten Teil dieses Beitrags sollen die materiellen Urteilswirkungen in den Blick genommen werden. Zu fragen ist, ob hier möglicherweise deutlicher Elemente eines „ordre constitutionnel européen“ zutage treten als in dem institutionell-rechtlichen Teil. Als kennzeichnend für ein stark völkerrechtlich geprägtes Verständnis kann insoweit die (über Protokoll Nr. 15⁷² nunmehr konventionsrechtlich abgesicherte) Margin of appreciation-Doktrin gelten.⁷³ Der EGMR reduziert seine Kontrolle auf das unabdingbare Maß, mit der Erwägung, dass die nationalen Stellen den Lebensumständen

72 Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms vom 24.6.2013, CETS No. 213 (noch nicht in Kraft).

73 Zur Margin of appreciation-Doktrin vgl. allgemein *Arai-Takahashi*, The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, 2002; *Brems*, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, in: *ZaöRV* 56 (1996), 240 ff.; *Callewaert*, Quel avenir pour la marge d'appréciation?, in: *GS Ryssdal* (o. Fn. 2), 147 ff.; *Legg*, The Margin of Appreciation in International Human Rights Law, 2012; *Yourow*, The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence, 1996.

der betroffenen Bevölkerung näher seien als ein internationales Gericht.⁷⁴ Die Margin of appreciation-Doktrin ist in jüngerer Zeit allerdings von zwei Seiten zunehmend unter Druck geraten:

I. Europäischer Konsens

Eine erste Einschränkung erfährt die *margin of appreciation* durch das Argument des „europäischen Konsenses“⁷⁵: Der EGMR vergleicht die Rechtsordnungen der Europaratstaaten in einer bestimmten Frage. Fällt die Antwort der 47 Staaten sehr heterogen aus, ist die *margin of appreciation* entsprechend weit. Ein Beispiel hierfür ist der deutsche Fall *Stübing*, in dem das strafrechtliche Verbot des Geschwisterinzests unter Berufung auf den fehlenden Konsens innerhalb der Konventionsstaaten bestätigt wurde.⁷⁶ Anders hingegen, wenn sich innerhalb der 47 Staaten ein positiver Konsens abzeichnet: Dann geht der EGMR typischerweise davon aus, dass die *margin of appreciation* entsprechend verringert sei.⁷⁷ Auf diese Weise kann sich ein Staat, der sich in der Minderheitenposition befindet, dem Vorwurf des Konventionsversto-

74 Grundlegend EGMR, Urt. v. 7.12.1976, *Handyside* ./ Vereinigtes Königreich, Nr. 5493/72, Ziff. 48; später z. B. EGMR, Urt. v. 16.12.2010, A., B. und C. ./ Irland, Nr. 25579/05, Ziff. 223.

75 Vgl. hierzu näher *Breuer*, Verfassungsgerichte und Verfassungsvergleich: Die Perspektive des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, JRP 2010, 223 ff.; *Grabenwarter* (in diesem Band), 10 ff.; *Hwang*, Grundrechtsschutz unter der Voraussetzung des europäischen Grundkonsenses?, in: EuR 2013, 307 ff.; *Koutnatzis/Weilert*, Fragen der menschlichen Reproduktion vor dem EGMR – Zugleich eine kritische Würdigung der Lehre vom staatlichen Beurteilungsspielraum (Margin of Appreciation), AVR 51 (2013), 72 (92 ff.); *Nußberger*, Auf der Suche nach einem europäischen Konsens – zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: Rechtswissenschaft 2012, 197 ff.; *dies.*, Der Wandel der Grund- und Menschenrechte, in: FS Stern, 2012, 117 ff.; *dies.*, Europäischer Konsens als rechtliche Fiktion, in: GS Hübner, 2012, 717 ff.; v. *Ungern-Sternberg*, Die Konsensmethode des EGMR. Eine kritische Bewertung mit Blick auf das völkerrechtliche Konsens- und das innerstaatliche Demokratieprinzip, AVR 51 (2013), 312 ff.

76 EGMR, Urt. v. 12.4.2012, *Stübing* ./ Deutschland, Nr. 43547/08, Ziff. 60 ff.

77 Vgl. *Wildhaber*, The Role of Comparative Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights, in: *ders.*, The European Court of Human Rights 1998–2006. History, Achievements, Reform, 2006, 186 (193).

bes ausgesetzt sehen. Als Beispiel hierfür sei der Fall *Bayatyan gegen Armenien* angeführt. Hier ging es um die Frage, ob Art. 9 EMRK ein Recht auf Kriegsdienstverweigerung gewährt – eine Frage, die in der früheren Spruchpraxis der Konventionsorgane stets negativ beantwortet worden war.⁷⁸ Im Fall *Bayatyan* freilich verweist die Große Kammer auf den „virtually general consensus on the question in Europe and beyond“, um einen Rechtsprechungswechsel zu begründen.⁷⁹ Armenien, welches als eines der letzten Europaratsstaaten noch an der Wehrpflicht ohne Möglichkeit des Ersatzdienstes festhielt, wurde wegen Verletzung des Art. 9 EMRK verurteilt.

Die Herangehensweise des Gerichtshofs ist mit allgemein-völkerrechtlichen Mitteln so nicht zu erklären. Zwar kann nach Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK eine spätere Übung bei der Anwendung eines Vertrags Berücksichtigung für dessen Auslegung finden. Bei dieser Übung muss es sich jedoch um eine solche handeln, „aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht“. Nach allgemein-völkerrechtlichen Maßstäben wäre somit eine Akzeptanz durch sämtliche Vertragsparteien zu fordern. Das bedeutet nicht, dass sich alle Vertragsparteien aktiv an der jeweiligen Übung beteiligen müssten.⁸⁰ Erforderlich ist aber, dass aus der Übung ein allgemeiner Konsens aller Vertragsstaaten hervorgeht, so dass die Abweichung auch nur eines einzigen Staates genügt, um die interpretative Berücksichtigung zu verhindern. Insoweit stünde also das Festhalten Armeniens an der Wehrpflicht ohne Ausnahme einem allgemeinen Konsenses im Sinne des Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK entgegen.

Die Vorgehensweise des EGMR erinnert demgegenüber an den früheren Ansatz des EuGH bei der Herausbildung ungeschriebener Gemeinschafts-

78 EKMR, Bericht v. 12.12.1966, Grandrath ./ Deutschland, Nr. 2299/64, Yearbook vol. 10, 626; EKMR, Entsch. v. 2.4.1973, G.Z. ./ Österreich, Nr. 5591/72; EKMR, Entsch. v. 7.3.1977, Kriegsdienstverweigerer ./ Dänemark, Nr. 7565/76, DR 9, 117; EKMR, Entsch. v. 5.7.1977, X ./ Deutschland, Nr. 7705/76, DR 9, 196; EKMR, Entsch. v. 9.5.1984, A. ./ Schweiz, Nr. 10640/83, DR 38, 219; EKMR, Entsch. v. 30.11.1994, Peters ./ Niederlande, Nr. 22793/93; EKMR, Entsch. v. 22.5.1995, Heudens ./ Belgien, Nr. 24630/94.

79 EGMR, Urt. v. 7.7.2011, Bayatyan ./ Armenien, Nr. 23459/03, Ziff. 108.

80 Vgl. Dörr, in: *ders./Schmalenbach* (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary, 2012, Art. 31 Rn. 83.

grundrechte (Ansatz der „wertenden Rechtsvergleichung“):⁸¹ Ähnlich wie dort folgt der EGMR nicht dem kleinsten gemeinsamen Nenner, sondern bestimmt selbständig einen europäischen Grundrechtsstandard. Dabei muss man sich über die Konsequenzen dieser Vorgehensweise klar sein: Während der EGMR seiner ursprünglichen Konzeption nach einen europäischen Mindeststandard sichern helfen sollte, wird auf diese Art und Weise in der Sache Rechtsvereinheitlichung betrieben, ggf. auch und gerade gegen den Willen einzelner Vertragsstaaten.

Die rechtsvereinheitlichende Wirkung wird dabei noch gesteigert, wenn man das Unionsrecht in die Betrachtung mit einbezieht: Gem. Art. 52 Abs. 3 GRCh hat sich die Union einseitig an die EMRK als grundrechtlichen Mindeststandard gebunden. Nach den Erläuterungen des Konventspräsidiums ist damit bekanntlich die EMRK in ihrer Auslegung durch den EGMR gemeint.⁸² Folglich wirkt sich eine rechtsvereinheitlichende Rechtsprechung des EGMR über den bloßen Kreis der Konventionsstaaten hinaus auch in das Unionsrecht aus. Zugleich partizipiert die EMRK in dieser ihrer Funktion als unionsrechtlicher Mindeststandard nach Art. 52 Abs. 3 GRCh am Anwendungsvorrang des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht.

II. Internationale Trends

Ein zweites Argument, mit dem der EGMR heutzutage die *margin of appreciation* einschränkt, ist der Verweis auf internationale Trends:⁸³ Auf diese Weise sucht der EGMR die Konvention anschlussfähig für internationale Entwicklungen zu halten. Auch hierfür kann der Fall *Bayatyan* als Beispiel dienen, denn neben dem europäischen Konsens verweist der Gerichtshof u. a. auf die Spruchpraxis des UN-Menschenrechtsausschusses, um den eigenen

81 Vgl. *Breuer*, Zulässigkeit und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des EGMR, in: ZöR 68 (2013), 729 (756).

82 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303, 17 (33); vgl. EuGH, Urt. v. 5.10.2010, Rs. C-400/10 PPU, Slg. 2010, I-08965, Rn. 53 – McB; EuGH, Urt. v. 22.12.2010, Rs. C-279, Slg. 2010, I-13849, Rn. 35 – DEB; siehe auch *Jarass*, Zum Verhältnis von Grundrechtecharta und sonstigem Recht, in: EuR 2013, 29 (42 f.).

83 Näher *Breuer* (o. Fn. 81), 755 ff.

Rechtsprechungswechsel zu legitimieren.⁸⁴ Das mag im konkreten Fall noch relativ unproblematisch erscheinen, da alle EMRK-Staaten zugleich auch dem IPBPR angehören. Ausgesprochen problematisch erscheint allerdings, wenn der EGMR in anderen Fällen zur Identifizierung eines internationalen Trends beispielsweise auch die EU-Grundrechtecharta heranzieht.⁸⁵ Damit kehrt sich das Verhältnis um: Anders als eben beschrieben dient nicht die EMRK als Mindeststandard für die Auslegung des Unionsrechts, sondern umgekehrt wird die Charta zur Auslegung der Konvention herangezogen. So wünschenswert eine solche gegenseitige Durchdringung im Interesse der Kohärenz eines europäischen Grundrechtsraums auch sein mag, bleibt dabei doch eines außer Betracht: nämlich dass hierdurch den Nicht-EU-Staaten ein für diese fremder Rechtsmaßstab aufgedrängt wird.⁸⁶ Der EGMR hat sich im Fall *Demir und Baykara* sogar ganz freimütig dazu bekannt, dass es für die Heranziehung anderer völkerrechtlicher Verträge nicht darauf ankomme, ob alle Staaten – oder auch nur der konkret betroffene Staat selbst – Partei des fraglichen Vertrags sei. Es genüge, so der EGMR,

„dass die einschlägigen internationalen Instrumente eine kontinuierliche Entwicklung der anwendbaren Vorschriften und Grundsätze des Völkerrechts ... zeigen und beweisen, dass bei einer bestimmten Frage eine übereinstimmende Auffassung der modernen Gesellschaften besteht“.⁸⁷

Auch dies lässt sich mit traditionellen völkerrechtlichen Mitteln nicht erklären.⁸⁸ Nach Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK findet zwar bei der Auslegung auch „jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz“ Berücksichtigung. Doch auch hier wäre wie-

84 EGMR, *Bayatyan ./.* Armenien (o. Fn. 79), Rn. 105, unter Berufung auf MRA, General Comment No. 22 vom 30.7.1993, Rn. 11 (deutsche Übersetzung, in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Die „General Comments“ zu den VN-Menschenrechtsverträgen, 2005, 92 [96]).

85 Vgl. EGMR, Urt. v. 24.6.2010, *Schalk und Kopf ./.* Österreich, Nr. 30141/04, Ziff. 61.

86 Vgl. *Breuer* (o. Fn. 81), 740; siehe auch *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. (2012), § 5 Rn. 1 a.E.

87 EGMR, Urt. v. 12.11.2008, *Demir und Baykara ./.* Türkei, Nr. 34503/97, Ziff. 86 (Übersetzung nach NJOZ 2010, 1897).

88 Eingehend und m. w. N. *Breuer* (o. Fn. 81), 756 ff.

derum zu fordern, dass der in Bezug genommene Völkerrechtssatz von *sämtlichen* Konventionsstaaten akzeptiert ist.

D. Schlussfolgerungen

Welche Schlussfolgerungen sind hieraus zu ziehen? Während der institutionelle Teil im Zusammenhang mit dem Piloturteilsverfahren einen EGMR gezeigt hat, der eher defensiv argumentierte, erscheint bei materiell-rechtlicher Betrachtung ein Gericht, das durchaus selbstbewusst rechtsvereinheitlichend und rechtsfortbildend voranschreitet. Insgesamt ergibt sich damit ein eher gemischtes Bild. Die Frage „Wirkungen von Urteilen des EGMR nach 60 Jahren: noch klassisches Völkerrecht oder schon Teil eines ‚ordre constitutionnel européen‘?“ kann nicht mit einem simplen Ja oder Nein beantwortet werden. Es gibt durchaus Ansätze zu einer verstärkt verfassungsgerichtlichen Funktion und Wirkungsweise des EGMR. Andererseits lassen sich aber in der Rechtsprechung des Gerichtshofs ebenso stark völkerrechtliche Elemente nachweisen. Ob der künftige Beitritt der EU hier einen „Konstitutionalisierungsschub“ bringen wird, bleibt abzuwarten.

Ein entscheidendes Kriterium ist dabei aus Sicht des Verfassers das Selbstverständnis, das der Gerichtshof seiner eigenen Tätigkeit zugrunde legt. Die Frage nach dem Selbstverständnis erscheint deshalb als so zentral, weil sich an ihr der Unterschied zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und einfacher Gerichtsbarkeit manifestiert. Während der einfache Richter in erster Linie der Gesetzesanwendung im konkreten Einzelfall verpflichtet ist, erscheint das Verfassungsgericht stärker als gleichberechtigter Dialogpartner der übrigen Verfassungsorgane, insbesondere des Gesetzgebers. Das bedeutet nicht, dass das Verfassungsgericht selbst Politik betriebe.⁸⁹ Sehr wohl aber ist es die Aufgabe eines Verfassungsgerichts, gewissermaßen die verfassungsrechtlichen Leitplanken aufzuzeigen, innerhalb derer sich die Politik entfalten kann.⁹⁰ Das setzt aber ein entsprechendes Selbstverständnis

89 Vgl. – aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts – *Benda/Eckart Klein*, in: *dies.* (o. Fn. 48), § 1 Rn. 9.

90 Zur Verfassung als „Rahmenordnung“ grundlegend *Böckenförde*, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik*, in: NJW 1976, 2089 ff.; vgl. ferner *Reese*, *Die Verfassung des Grundgesetzes*, 2013,

voraus, das der EGMR nach der Wahrnehmung des Verfassers heute nicht in jeder Hinsicht besitzt.

In diesem Punkt finden sich allerdings vereinzelt Aussagen in einigen Urteilen jüngerer Datums, die auf einen möglichen Bewusstseinswandel innerhalb des EGMR schließen lassen. Der Gerichtshof verweist darauf

„that it is an international judicial authority contingent on the consent of the States signatory to the Convention, and that its principal task is to secure the respect for human rights, rather than compensate applicants' losses minutely and exhaustively. Unlike in national jurisdictions, the emphasis of the Court's activity is on passing public judgments that set human-rights standards across Europe.“⁹¹

Hier scheint ein Selbstverständnis auf, das die *constitutional role* des Gerichtshofs betont und die *adjudicatory function* – im Sinne der Schaffung von Einzelfallgerechtigkeit – dahinter zurücktreten lässt.⁹² Dieser Weg wird derzeit insbesondere vom ehemaligen EGMR-Präsidenten *Luzius Wildhaber* mit seinem Plädoyer für ein freies Annahmeverfahren stark propagiert.⁹³ Sollte sich dieses Selbstverständnis, das bis dato nur in vereinzelt Urteilen aufscheint, allgemein durchsetzen, wäre endgültig der Schritt zu einem „europäischen Verfassungsgericht“ getan.

139 ff.; *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, 2002, 408 ff., jeweils m. w. N.

- 91 EGMR, Urte. v. 15.10.2009, Goncharova u. a. und 68 weitere Fälle „privilegierter Pensionäre“ ./ Russland, Nr. 23113/08 u. a., Ziff. 22; EGMR, Urte. v. 26.11.2009, Botskalev und Rostovtseva sowie 42 weitere Fälle „privilegierter Pensionäre“ ./ Russland, Nr. 22666/08 u. a., Ziff. 21; EGMR, Urte. v. 17.12.2009, Ryabov und 151 Fälle „privilegierter Pensionäre“ ./ Russland, Nr. 4563/07 u. a., Ziff. 21; EGMR, Urte. v. 1.10.2013, Stošić ./ Serbien, Nr. 64931/10, Ziff. 66; EGMR, Urte. v. 20.2.2014, Nosov u. a. ./ Russland, Nr. 9117/04, 10441/04, Ziff. 68.
- 92 Zu dieser Differenzierung statt aller *de Londras*, Dual Functionality and the Persistent Frailty of the European Court of Human Rights, EHRLR 2013, 38 ff.
- 93 Vgl. *Greer/Wildhaber* (o. Fn. 3).

Autorenverzeichnis

Prof. Dr. Ralf Alleweldt L.L.M. (Europäisches Hochschulinstitut) lehrt Staats-, Verfassungs- und Europarecht an der Fachhochschule der Polizei des Landes Brandenburg.

Prof. Dr. Marten Breuer ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht mit internationaler Ausrichtung an der Universität Konstanz. Seine Arbeitsschwerpunkte umfassen unter anderem das Recht der Europäischen Menschenrechtskonvention, das Recht der Internationalen Organisationen sowie das Staatshaftungsrecht.

Univ. Prof. DDr. Christoph Grabenwarter lehrt Öffentliches Recht, Wirtschaftsrecht und Völkerrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien und ist stellvertretender Institutsvorstand am Institut für Europarecht und Internationales Recht. Prof. DDr. Grabenwarter ist zudem Mitglied des Verfassungsgerichtshofes, Mitglied der Venedig-Kommission und Vizepräsident des Österreichischen Juristentages.

Dr. h. c. Renate Jaeger war von 2004 bis 2010 Richterin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und zuvor Richterin im ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts. Derzeit ist Dr. Jaeger als Schlichterin der Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft tätig und Vorsitzende des Disziplinarrates der Europäischen Kommission.

Prof. Dr. Eckart Klein lehrte bis 2008 Staatsrecht, Völkerrecht und Europarecht an der Universität Potsdam und war zugleich Direktor des Potsdamer Menschenrechtszentrums. Von 1995–2002 war er Mitglied des UN-Menschenrechtsausschusses. Mehrfach war Prof. Dr. Klein als *ad hoc* Richter am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte tätig.

Prof. Dr. Katharina Pabel ist Professorin an der Johannes Kepler Universität Linz und Vorständin des Instituts für Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre. Ihre Arbeitsschwerpunkte umfassen unter anderem den Grundrechtsschutz in der Europäischen Union und die Europäische Menschenrechtskonvention.

Autorenverzeichnis

Nina Schniederjahn ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Europa- und Völkerrecht sowie Europäisches Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsvölkerrecht der Universität Potsdam.

Dr. Almut Wittling-Vogel ist die Beauftragte der Bundesregierung für Menschenrechtsfragen und Verfahrensbevollmächtigte der Bundesregierung vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Sie leitet im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz die Unterabteilung für Menschenrechte, Europarecht und Völkerrecht.

Prof. Dr. Andreas Zimmermann, L.L.M. (Harvard) ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Europa- und Völkerrecht sowie Europäisches Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsvölkerrecht an der Universität Potsdam und Direktor des Potsdamer Menschenrechtszentrums. Prof. Dr. Zimmermann ist Mitglied des ständigen Schiedshofs in Den Haag und wurde bereits mehrfach zum *ad hoc* Richter am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte berufen.