

Demokratieprinzip oder Staatensouveränität?

Ein Kommentar zu „EMRK und demokratische Legitimation:
Eine unendliche Geschichte?“ von Maria Bertel

Marten Breuer

Die vorstehenden Ausführungen *Maria Bertels* erscheinen stark durch eine innerstaatliche Sichtweise geprägt. Das wird verständlich, wenn man bedenkt, dass die Konvention zum Schutze der Grundfreiheiten und Menschenrechte (EMRK) in Österreich aufgrund ihres Verfassungsrangs eine ungleich stärkere Bedeutung genießt als etwa in Deutschland und es sich bei der Verfasserin um eine Österreicherin handelt. In den folgenden kurzen Ausführungen soll zu drei Fragenbereichen Stellung genommen werden, wobei eine stärkere Betonung der völkerrechtlichen Sichtweise erfolgen wird. Dabei soll es nicht darum gehen, die Ausführungen Bertels zu widerlegen. Der vorliegende Beitrag versteht sich eher als komplementär, indem durch die stärker völkerrechtlich geprägte Perspektive die Vielschichtigkeit der Thematik verdeutlicht werden soll. Der vorliegende Beitrag erhebt darüber hinaus nicht den Anspruch, ein vollständiges System zu entwerfen, sondern beschränkt sich, dem Charakter als Kommentar entsprechend, auf punktuelle Anmerkungen.

A. „Demokratischere“ Legitimation durch die Verabschiedung von Zusatzprotokollen?

Bei der *living instrument*-Doktrin handelt es sich zweifellos um ein hervorstechendes Charakteristikum der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)¹. Man wird nicht fehlgehen mit der Annahme, dass die EMRK nicht das wäre, was sie heute ist, wenn sie nicht durch Urteile wie *Tyrer*², *Marckx*³ oder *Christine Goodwin*⁴ fortentwickelt und an die aktuellen gesellschaftlichen Gegebenheiten angepasst worden wäre. Zugleich eröffnet die Doktrin aber eine argumentative Flanke: Was legitimiert die EGMR-Rich-

¹ Vgl. allgemein etwa Zimmermann (Hrsg.), 60 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention – Die Konvention als „living instrument“, 2014; Thienel, in: FS zum 100-jährigen Bestehen des Walter Schücking-Instituts für Internationales Recht, 2014, 165 ff.

² EGMR, Urt. v. 25.4.1978, *Case of Tyrer v. UK*, Nr. 5856/72.

³ EGMR, Urt. v. 13.6.1979, *Case of Marckx v. Belgium*, Nr. 6833/74.

⁴ EGMR (GK), Urt. v. 11.7.2002, *Case of Christine Goodwin v. UK*, Nr. 28957/95.

ter im fernen Straßburg dazu, die Konvention in dieser Form fortzuschreiben? Ist das nicht zutiefst undemokratisch? Dürfen sich insbesondere die Straßburger Richter über Wertungen des nationalen Gesetzgebers hinwegsetzen⁵?

Man wird nicht umhin kommen einzugestehen, dass die Rechtsprechung des EGMR infolge der *living instrument*-Doktrin weit über das hinausgegangen ist, wozu sich die Staaten bei Schaffung der EMRK im Jahr 1950 meinten, verpflichtet zu haben. Die Alternative hätte darin bestanden, die EMRK nur so auszulegen, wie sie im Jahr 1950 gemeint und zu verstehen war. In der Methodenlehre ist dies bekannt unter dem Schlagwort der subjektiv-historischen Auslegung⁶, aus dem US-amerikanischen Kontext unter dem Schlagwort des „Originalismus“, vertreten beispielsweise von dem mittlerweile verstorbenen *Justice Scalia*⁷. Ziel der subjektiv-historischen Auslegung ist es, dem Machtzuwachs zugunsten der Judikative Einhalt zu gebieten, welcher sich aus der objektiv-teleologischen Auslegung zwangsläufig ergibt⁸.

Machte man sich diese Position auch und gerade für die EMRK zu eigen, wäre eine Anpassung an sich wandelnde gesellschaftliche Verhältnisse im Wege der Auslegung ausgeschlossen. Der einzige Weg, die EMRK fortzuentwickeln, bestünde dann in der Verabschiedung von Zusatzprotokollen. Hierzu *Maria Bertel*: „Die Bedeutung der Zusatzprotokolle liegt auch darin, dass diese Grenzen für den *living instrument*-Ansatz aufstellen können. Die Zusatzprotokolle dienen nämlich der demokratisch legitimierte Fortentwicklung der Konvention“⁹.

Folgt daraus, dass die Fortschreibung durch Zusatzprotokolle unter demokratiethoretischen Aspekten der sicherere Weg ist, verglichen mit der *living instrument*-Doktrin? Ich möchte hier ein gewisses Fragezeichen anbringen, jedenfalls was die Verbindung der Verabschiedung von Zusatzprotokollen mit der demokratischen Legitimation angeht, und zwar aus folgenden Gründen: Demokratische Legitimation bedeutet die Rückführung staatlicher Entscheidungen auf den Willen des *demos*/des (Staats-)Volkes. Bei der Ratifikation eines völkerrechtlichen Vertrags geht es indes nicht um die Rückbindung an den Willen des

⁵ Allgemein zur Diskussion um die demokratische Legitimation internationaler Gerichte vgl. *von Bogdandy/Venzke*, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014; Grossman/Cohen/Follesdal/Ulfstein (Hrsg.), *Legitimacy and International Courts*, 2018; aus menschenrechtlicher Perspektive vgl. etwa *Calì/Koch/Bruch*, *Human Rights Quarterly* 35 (2013), 955 ff.; Føllesdal/Schaffer/Ulfstein (Hrsg.), *The Legitimacy of International Human Rights Regimes. Legal, Political and Philosophical Perspectives*, 2013; *Rackow*, Die Legitimität der EMRK in Europa. Zur Herausforderung durch die Debatte im Vereinigten Königreich, 2017, 113 ff.

⁶ Statt vieler *C.F. Röhl/H.C. Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, 627 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 10. Aufl. 2018, Rn. 784 f.

⁷ *Scalia*, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, 1998.

⁸ Vgl. *Rüthers*, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, 2. Aufl. 2016.

⁹ *Bertel*, EMRK und demokratische Legitimation: Eine unendliche Geschichte?, in diesem Band, 39 (44).

Volkes, sondern an den Willen des *Staates*. Der Staat begibt sich seiner souveränen Rechte, indem er – wiederum in Ausübung seiner Souveränität¹⁰ – völkerrechtliche Bindungen eingeht. Deshalb ist die Zustimmung des Staates unverzichtbare Voraussetzung für die Ratifikation eines völkerrechtlichen Vertrags, nicht aber notwendigerweise die Zustimmung des Staatsvolks oder des nationalen Gesetzgebers.

Sicherlich ist es nach dem Verfassungsrecht sowohl in Deutschland (Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG) als auch in Österreich (Art. 50 Abs. 1 S. 1 BV-G) so, dass vor der völkerrechtlichen Ratifikation typischerweise der nationale Gesetzgeber dem Vertrag zustimmen muss. Insofern kann man in der Tat eine Verbindung mit der demokratischen Legitimation herstellen¹¹. Nur ist das eben von Völkerrechts wegen nicht zwingend erforderlich, ein Vertrag kann auch einfach durch die Regierungen abgeschlossen werden¹². Ob und wann der nationale Gesetzgeber zustimmen muss, bestimmt sich nach dem jeweiligen nationalen Verfassungsrecht. Nun mag man einwenden, dass selbst bei einer völkerrechtlichen Ratifikation allein durch die Regierung zumindest mittelbar eine demokratische Legitimation erfolgt, insofern nämlich, als die Regierung ihrerseits demokratisch legitimiert ist. Auch das ist jedoch wiederum vom nationalen Verfassungsrecht her gedacht. Jedenfalls solange das Völkerrecht nicht konsequent vom Individuum als dem Legitimationssubjekt her konstruiert wird¹³, die Staaten vielmehr als die „geborenen“ Völkerrechtssubjekte akzeptiert werden, bleibt es nach meiner Auffassung bei dem Befund, dass die Zustimmung zu einem völkerrechtlichen Vertrag nicht als Ausdruck demokratischer Legitimation aufzufassen ist – zumindest nicht aus der Perspektive des Völkerrechts.

Bei der Diskussion um die Fortentwicklung der EMRK mittels Zusatzprotokollen muss man somit klar unterscheiden, auf welcher Ebene man argumentiert. Ein und derselbe Vorgang wie eben die Zustimmung zu einem Zusatzprotokoll kann sich aus völkerrechtlicher Perspektive anders darstellen als aus nationaler Perspektive – hier die vertragliche Selbstbeschränkung in Ausübung staatlicher Souveränität, dort die Herstellung demokratischer Legitimation mittels parlamentarischer Zustimmung.

¹⁰ Vgl. StIGH, *The Case of the S.S. Wimbledon* (United Kingdom, France, Italy, Japan v. Germany), Urt. v. 17.8.1993, PCIJ Series A (1923), 15 (25): „the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty“.

¹¹ Vgl. BVerfGE 141, 1 (22): „Das Zustimmungsgesetz gemäß Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG soll einem innerstaatlich anwendbaren völkerrechtlichen Vertrag zudem ein hinreichendes demokratisches Legitimationsniveau vermitteln [...]“.

¹² Vgl. *Hoffmeister*, in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, 2. Aufl. 2018, Art. 14, Rn. 11 f. m. w. N.

¹³ In diesem Sinne etwa *Peters*, *Jenseits der Menschenrechte. Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht*, 2014.

B. Alternative Rechtfertigung der living instrument-Doktrin über Output-Legitimation?

Der Hauptansatz *Maria Bertels* geht dahin, die *living instrument*-Doktrin des EGMR durch einen Rückgriff auf die Kategorien der *Input*- und *Output*-Legitimation zu „retten“¹⁴. Das erscheint auf den ersten Blick als ein sehr attraktiver Ansatz, auf den zweiten Blick ergeben sich aber meiner Meinung nach wiederum Nachfragen. Die Diskussion um *Input*- und *Output*-Legitimation entstammt ja ursprünglich einem anderen Zusammenhang, nämlich der Legitimation Internationaler Organisationen, speziell der Debatte um das Demokratiedefizit der Europäischen Union (EU)¹⁵. Bei der EMRK hingegen handelt es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag, dessen Einhaltung der EGMR überwacht – dieser wiederum sieht sich zwar in vielfältiger Weise in den Europarat als „Mutterorganisation“ eingebunden, ist aber rechtlich betrachtet kein Organ des Europarates¹⁶. Insofern stellt sich aus meiner Sicht zunächst die Frage nach der Vergleichbarkeit der zwei Szenarien – einerseits demokratische Legitimation des Handelns der Europäischen Union, andererseits demokratische Legitimation der *living instrument*-Doktrin des EGMR.

Beginnen wir mit der demokratischen Legitimation der Europäischen Union. Hier stellt sich die Situation so dar, dass die EU wegen der Supranationalität der Unionsrechtsordnung unmittelbar in die Rechte der Individuen eingreifen kann, und gerade hieraus ergibt sich das Erfordernis nach demokratischer Legitimation. Freilich fällt es einigermaßen schwer, die Europäische Union mit einem primär staatszentrierten Demokratieverständnis wie dem des Bundesverfassungsgerichts in Einklang zu bringen¹⁷. Deshalb erfolgt gewissermaßen als Ausweichstrategie der Rückgriff auf die *Output*- anstelle der *Input*-Legitimation in dem Sinne, dass die Unionsrechtsordnung doch insgesamt den Individuen zugute käme und daher hinreichend demokratisch legitimiert sei¹⁸.

Wie verhält es sich nun im Falle der EMRK? Zunächst ist es so, dass der EGMR nicht gesetzgeberisch tätig wird, sondern rechtsprechend. Dem mag man entgegenhalten, dass gerade im Falle der Rechtsfortbildung der Gerichtshof in einer ähnlichen Situation ist wie ein Gesetzgeber: Gerade weil der Um-

¹⁴ *Bertel* (Fn. 9), 53.

¹⁵ Allgemein vgl. etwa *Krajewski*, International Organizations or Institutions, Democratic Legitimacy, in: MPEPIL, online edition, Stand: Mai 2008; *Steffek*, The Democratic Output Legitimacy of International Organizations, WZB Discussion Paper, SP IV 2014-101, 2014; speziell mit Blick auf die EU vgl. *Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, 580ff.; *Rumler-Korinek*, EuR 2003, 327ff.

¹⁶ Vgl. *Breuer*, in: Schmahl/ders. (Hrsg.), The Council of Europe. Its Law and Policies, 2017, Rn. 38.37.

¹⁷ Paradigmatisch die Lissabon-Entscheidung BVerfGE 123, 267 (340ff.).

¹⁸ Vgl. *Ruffert*, in: Calliess/ders. (Hrsg.), EUV/AEUUV, 5. Aufl. 2016, Art. 9 EUV, Rn. 11 m. w. N.

weg über die Verabschiedung von Zusatzprotokollen zu mühsam ist, erfolgt die Anpassung an gewandelte Verhältnisse im Wege der Rechtsprechung.

Ein zweiter Unterschied erscheint mir bedeutsamer: Im Falle der Unionsrechtsordnung ergibt sich das Bedürfnis nach demokratischer Legitimation aus der möglichen Beeinträchtigung der Rechte des Einzelnen. Besteht eine vergleichbare Gefahr im Falle der Rechtsfortbildung durch den EGMR? Hierzu ein Beispiel: Im Fall *Rantsev* hat der EGMR aus Art. 4 EMRK ein Verbot des Menschenhandels hergeleitet, für das es jedenfalls nach dem Textbefund keine Grundlage gab¹⁹. Erklärtes Ziel war es dabei, die EMRK an internationale Entwicklungen anschlussfähig zu halten, die den Menschenhandel als „moderne Form der Sklaverei“ geächtet haben. Dadurch, so will mir scheinen, hat sich die Rechtsstellung der Individuen doch nur verbessert, indem aus der EMRK ein Menschenrecht hergeleitet wurde, das so ursprünglich darin nicht angelegt war. Bedarf es auch hierfür einer demokratischen Legitimation? Oder muss man nicht vielmehr davon ausgehen, dass sich bei einer lediglich vorteilhaften Rechtsfortbildung für den Einzelnen das Bedürfnis nach demokratischer Rückbindung nicht oder jedenfalls nicht in gleicher Weise stellt²⁰?

Legitimationsbedürftig ist eine solche Rechtsfortbildung meiner Auffassung nach weniger aus Sicht des betroffenen Individuums als vielmehr aus der Sicht des verurteilten Konventionsstaats. Hier kann ich ein Stück weit an das zum ersten Punkt Ausgeführte anknüpfen: durch die Ratifikation der EMRK haben die Staaten in bestimmtem Umfang ihre Souveränität zurückgenommen und sich der internationalen Kontrolle durch den EGMR unterstellt. Wenn nun der EGMR über das hinausgeht, was von der ursprünglichen Zustimmung gedeckt war, so ergibt sich das Legitimationsbedürfnis in erster Linie in Bezug auf die staatliche Zustimmung. Und hier stellt sich für mich die Frage, ob die Übertragung der Kategorien *Input-/Output*-Legitimation auf die EMRK wirklich trägt, da das Legitimationsbedürfnis in Bezug auf Staaten ein anderes sein dürfte als in Bezug auf Individuen.

Nicht verschwiegen werden soll freilich, dass es sehr wohl eine Fallkonstellation gibt, in der eine Rechtsfortbildung durch den EGMR für den Einzelnen auch zu einer Verschlechterung führen kann, nämlich im Falle mehrpoliger Grundrechtsverhältnisse²¹. Wenn an einem Rechtsverhältnis nicht nur der

¹⁹ EGMR (GK), Urt. v. 7.1.2010, *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, Nr. 25965/04.

²⁰ Hierzu aus dem innerstaatlichen Kontext die Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes: Danach ist bei freiheitsverkürzenden Eingriffen eine gesetzliche Grundlage erforderlich, während bei lediglich begünstigenden staatlichen Leistungen, wie z.B. Subventionen, die Ausweisung im Haushaltsplan genügt, sofern durch die Subvention nicht gerade in Grundrechte unbeteiligter Dritter eingegriffen wird, vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20, Rn. 108 m. w. N.

²¹ Zu diesem Begriff grundlegend BVerfGE 111, 307 (324) – Görgülü; hierzu statt vieler *Hong*, in: Matz-Lück/ders. (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem – Konkurrenzen und Interferenzen, 2012, 251 ff. m. w. N.

Staat und ein einzelnes Individuum beteiligt sind, sondern die Grundrechte mehrerer Individuen in Ausgleich gebracht werden müssen, dann führt ein Mehr an Grundrechtsschutz für die eine Seite zwangsläufig zu einem Weniger an Grundrechtsschutz für die andere Seite. Insofern könnte man also durchaus argumentieren, dass eine vergleichbare Interessenlage gegeben sei wie bei der Rechtsetzung durch die Europäische Union.

Auffällig ist aus meiner Sicht indes, dass die Unterscheidung zwischen bipolaren und multipolaren Grundrechtsverhältnissen in der Diskussion um die demokratische Legitimation des EGMR, soweit ersichtlich, schlechterdings keine Rolle spielt. Ganz im Gegenteil wird die demokratische Legitimation der EGMR-Rechtsprechung und der *living instrument*-Doktrin gegenwärtig in Fällen in Frage gestellt, in denen allein das Staat-Bürger-Verhältnis betroffen ist. Ich denke hier vor allem an die Fälle des Wahlrechtsentzugs für Strafgefangene im Vereinigten Königreich²². Hier erscheint es mir recht offensichtlich, dass die angeblich fehlende Legitimation dieser EGMR-Rechtsprechung nicht mit Rücksicht auf möglicherweise beeinträchtigte Rechte Dritter in Zweifel gezogen wird. Vielmehr lautet das Argument, der EGMR sei mit seiner Rechtsprechung über das hinausgegangen, was von der Ratifikation durch das Vereinigte Königreich ursprünglich gedeckt gewesen sei²³. Dass diese Rechtsprechung doch letztlich dem Einzelnen zugute käme und insofern im Sinne der *Output*-Legitimation hinreichend legitimiert sei, wird Kritiker des EGMR wohl kaum beeindrucken.

Natürlich geht es bei der Debatte um den Wahlrechtsentzug für Strafgefangene im Vereinigten Königreich auch um die *sovereignty of Parliament*, also um das Verhältnis von EGMR und nationalem Parlament²⁴. Auch in dem Beitrag *Maria Bertels* wird zutreffend darauf hingewiesen, dass es hier letztlich um Kompetenzfragen geht²⁵. Insofern möchte ich mich mit dem kurzen Hinweis begnügen, dass es mit dem Kontrollmechanismus der EMRK unvereinbar wäre, gesetzgeberische Akte vollständig von einer Straßburger Kontrolle auszunehmen. Ansonsten wäre es für die Konventionsstaaten allzu leicht, sich den Vorgaben des EGMR zu entziehen²⁶. Das bedeutet andererseits nicht, dass der

²² EGMR, Urt. v. 30.3.2004, *Case of Hirst v. UK (No. 2)*, Nr. 74025/01; EGMR (GK), Urt. v. 23.11.2010, *Case of Greens and M.T. v. UK*, Nr. 60041/08 u. 60054/08; hierzu statt vieler *Bates*, *Human Rights Law Review* 14 (2014), 504 ff.; Ziegler/Wicks/Hodson (Hrsg.), *The UK and European Human Rights. A Strained Relationship?*, 2015; *Rackow* (Fn. 5), 15 ff.

²³ Deutlich z. B. *Davis*, in: Flogaitis/Zwaart/Fraser (Hrsg.), *The European Court of Human Rights and its Discontents. Turning Criticism into Strength*, 2013, 65 (67f.): „in recent years the Court seems to have forgotten that its job is to apply the principles of the Convention as originally intended by those who signed it – nothing more and nothing less. [...] reading an individual right to vote, especially one based on universal suffrage, into Article 3 of Protocol No. 1 ECHR is stretching this clause beyond its proper and intended meaning“.

²⁴ *Rackow* (Fn. 5), 59 ff.

²⁵ *Bertel* (Fn. 9), 41.

²⁶ Vgl. *Breuer*, *ZÖR* 68 (2013), 729 (754).

EGMR gesetzgeberische Entscheidungen nicht mit der notwendigen Zurückhaltung beurteilen müsste. Eine vollständige Exemption der Ersten Gewalt von einer Kontrolle durch den Gerichtshof kommt unter der EMRK jedoch nicht in Betracht.

C. Die Konsensmethode – staatlicher oder gesellschaftlicher Konsens?

Mein dritter Punkt betrifft die von Bertel angesprochene Konsensmethode des EGMR. Hier weist die Verfasserin zutreffend darauf hin, dass der EGMR teils auf interne Entwicklungen in den Konventionsstaaten, teils auf Entwicklungen auf völkerrechtlicher Ebene Bezug nimmt. Hinsichtlich der ersten Fallgruppe wird wiederum zutreffend festgestellt, dass der EGMR zur Ermittlung eines *European consensus* keineswegs nur auf rechtliche Entwicklungen abstellt, sondern auch auf allgemein-gesellschaftliche Phänomene Bezug nimmt. Dies wird als ein Fall der *Input-Legitimation* gedeutet²⁷. In der Tat kann man fragen, ob der EGMR in diesem Punkt nicht möglicherweise das zuvor skizzierte, stark staatenzentrierte Verständnis zugunsten eines vom Individuum her denkenden Ansatzes abgelegt hat.

Zu verorten ist die Konsensmethode vor allem im Rahmen der *margin of appreciation*-Doktrin. Diese Doktrin ist aus meiner Sicht als ein Instrument des EGMR zu werten, um sich in der Frühphase seiner Existenz die Akzeptanz durch die Konventionsstaaten zu sichern²⁸. Insofern verstehe ich die Suche nach einem *European consensus* zunächst einmal als den Versuch, den Konventionsstaaten zu signalisieren, dass ihnen kein fremder Maßstab aufgezwungen wird, also letztlich als die Suche nach einem Staatenkonsens.

Damit freilich steht in gewissem Gegensatz, wenn der EGMR bisweilen gewissermaßen den staatlichen Souveränitätsspanzer durchbricht und nicht auf offiziöse Verlautbarungen oder gesetzliche Regelungen, sondern auf Entwicklungen aus dem gesellschaftlichen Bereich Bezug nimmt²⁹. Ein Erklärungsansatz hierfür lässt sich aus meiner Sicht allerdings in der EMRK selbst finden, indem in den Art. 8–11 EMRK eine Eingriffsrechtfertigung u. a. mit Rücksicht auf die Moralvorstellungen in der Gesellschaft zugelassen wird. Gerade in moralisch sensiblen Bereichen wie Sterbehilfe³⁰, In-vitro-Fertilisation³¹, Abtreibung³², An-

²⁷ Bertel (Fn. 9), 53.

²⁸ Vgl. Schulte, Zur Übertragbarkeit der Margin-of-appreciation-Doktrin des EGMR auf die Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Grundfreiheiten, 2018, 56.

²⁹ Vgl. z.B. EGMR, Urt. v. 20.6.2017, *Case of Bayev and others v. Russia*, Nrn. 67667/09, 44092/12 u. 56717/12, Rn. 67.

³⁰ EGMR, Urt. v. 29.4.2002, *Case of Pretty v. UK*, Nr. 2346/02.

³¹ EGMR (GK), Urt. v. 3.11.2011, *Case of S.H. and others v. Austria*, Nr. 57813/00.

³² EGMR (GK), Urt. v. 16.12.2010, *Case of A, B and C v. Ireland*, Nr. 25579/05.

erkenntnis des neuen Geschlechts bei *postoperative transsexuals*³³ usw. ist es also keineswegs verwunderlich, sondern im Gegenteil gewissermaßen systeminhärent, wenn der EGMR nicht nur auf rechtliche, sondern auf gesamtgesellschaftliche Entwicklungen Bezug nimmt. Das ändert aus meiner Sicht nichts daran, dass es bei der Suche nach einem *European consensus* in der Sache um die Suche nach einem Staatenkonsens geht.

Was die zweite Fallkonstellation, die Bezugnahme auf völkerrechtliche Entwicklungen, angeht, so stellt Bertel zutreffend dar, dass es für den EGMR nicht ausschlaggebend ist, ob der betreffende Staat an die relevante Völkerrechtsquelle gebunden ist oder nicht. Ebenso wenig spielt es eine Rolle, ob das in Bezug genommene Dokument völkerrechtlich bindend oder dem Bereich des *soft law* zuzurechnen ist³⁴. Ein solches Vorgehen lässt sich mit einem staatenbezogenen Konsens im streng völkerrechtlichen Sinne nicht legitimieren³⁵. Es trägt vielmehr Anklänge an die Methode der „wertenden Rechtsvergleichung“ des Europäischen Gerichtshofs in Luxemburg³⁶. Der EGMR scheint hier die Menschenrechte als eine in gewisser Weise vom einzelstaatlichen Konsens losgelöste Materie zu begreifen, an die er Anschluss zu halten sucht.

Bei Maria Bertel erscheint diese Konstellation als ein Fall der *Output*-Legitimation. Insofern möchte ich zunächst auf die begriffliche Unschärfe des Begriffs der *Output*-Legitimation hinweisen. Während nämlich der Begriff der *Input*-Legitimation relativ klar umrissen ist, bleiben bei der *Output*-Legitimation eine Reihe von Fragen offen. Üblicherweise wird hier verwiesen auf die „effektive Problemlösung“ durch Internationale Organisationen³⁷. Doch gilt dies nur in Situationen, in denen niemand schlechter und zumindest einige besser gestellt werden als nach dem Status quo? Oder wird hiervon auch die demokratietheoretisch wesentlich problematischere Konstellation erfasst, dass ein Teil der Herrschaftsunterworfenen Nachteile in Kauf nehmen muss, um eine gesamtgesellschaftlich erwünschte Regelung zu erzielen³⁸? Jedenfalls mit einer individualistisch verstandenen *Output*-Legitimation wird man hier nicht arbeiten können, sondern allenfalls auf eine kollektivistische Version der *Output*-Legitimation zurückgreifen müssen.

Der Begriff der *Output*-Legitimation ist somit als solcher erklärungsbedürftig. Insbesondere muss geklärt werden, in Bezug auf wen sich das erzielte Ergebnis als vorteilhaft darstellen soll. Die Bezugnahme des EGMR auf internationale Dokumente, gleich ob verbindlicher oder nichtverbindlicher Natur, kann

³³ *Case of Christine Goodwin v. UK* (GK) (Fn. 4).

³⁴ Bertel (Fn. 9), 54.

³⁵ Vgl. von Ungern-Sternberg, AöR 51 (2013), 312 ff.

³⁶ Vgl. Breuer, ZÖR 68 (2013), 729 (755 f.).

³⁷ Vgl. Scharpf, *Regieren in Europa: effektiv und demokratisch?*, 1999, 20 ff.

³⁸ Vgl. Scharpf, *Legitimationskonzepte jenseits des Nationalstaats*, MPIfG Working Paper 04/6, 2004, unter 2.2.2.

als ein Versuch gewertet werden, den Schutz der Menschenrechte allgemein zu fördern. Ob das ausreicht, um das als einen Fall der *Output*-Legitimation zu beschreiben, erscheint mir eher zweifelhaft.

D. Schlussbetrachtung

Der Ansatz Maria Bertels, die Kategorien der *Input*- und *Output*-Legitimation auf die EMRK zu übertragen und für die Zwecke der Legitimitätsbegründung des EGMR fruchtbar zu machen, erweist sich als inspirierend. Gleichwohl bleibt dieser Ansatz nach meiner Auffassung an etlichen Stellen erklärungsbedürftig. Insbesondere erscheint fraglich, ob Elemente aus der Diskussion um das Demokratiedefizit der supranational verfassten Europäischen Union ohne weiteres auf die EMRK als völkerrechtlichen Vertrag übertragen werden können. Typischerweise kommt die *living instrument*-Doktrin des EGMR dem Einzelnen zugute, so dass ein Bedürfnis nach demokratischer Legitimation nicht oder jedenfalls nicht in gleicher Weise gegeben zu sein scheint wie bei Rechtsbeeinträchtigungen. Vorsicht erscheint zudem bei der Übertragung von Kategorien des innerstaatlichen Rechts auf die EMRK als völkerrechtlichen Vertrag geboten. Aus der Sicht des Völkerrechts bleibt es einstweilen dabei, dass die Zustimmung zur EMRK nicht als eine Gewährleistung demokratischer Legitimation, sondern als eine Zurücknahme der staatlichen Souveränität zugunsten einer Kontrolle durch den EGMR aufzufassen ist.