

Kieler

Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (NF) – Band 71

Paula Gorzoni

Der „margin of appreciation“ beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

Eine prinzipientheoretische Rekonstruktion



Nomos

Kieler
Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (NF)

Herausgegeben von der Rechtswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Kiel

Band 71

Paula Gorzoni

Der „margin of appreciation“ beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

Eine prinzipientheoretische Rekonstruktion



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Kiel, Univ., Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5068-9 (Print)

ISBN 978-3-8452-9273-1 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die Arbeit ist die überarbeitete Fassung einer Dissertation, die im Sommersemester 2016 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel vorgelegt wurde. Später erschienene Rechtsprechung und Literatur konnten nur noch vereinzelt berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt zuallererst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy für die wertvolle Betreuung und Unterstützung der Arbeit. Mein Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Andreas von Arnould für die schnelle Anfertigung des zweiten Gutachtens. Es ist mir eine Freude, dass ich einige seiner Verbesserungsvorschläge vor der Drucklegung berücksichtigen konnte.

Ich bedanke mich sehr herzlich bei Herrn Prof. Dr. Martin Borowski, der mich für einen Forschungsaufenthalt an der Universität Heidelberg eingeladen hat. Seine wertvollen Ratschläge zu meiner Arbeit und Unterstützung während meiner Heidelberger Zeit waren wesentlich für die Entwicklung der Dissertation. Meinen Dank schulde ich auch Herrn Prof. Dr. Stanley Paulson, Herrn Prof. Dr. Virgílio Afonso da Silva und Herrn Prof. Dr. Matthias Klatt, die mich in verschiedenen Momenten der Promotionszeit unterstützt haben.

Ein großer Dank richtet sich an Gesine Voesch für ihre Hilfsbereitschaft bei der sprachlichen Überarbeitung des Manuskripts. Außerdem bedanke ich mich bei Lukas Schmidt, der die Bereitschaft hatte, die Endversion meiner Dissertation durchzugehen sowie bei Dorothee Wiemer und Jonas auf dem Kampe, die Teile der Dissertation gelesen und kommentiert haben.

Mein Dank richtet sich weiter an die Kolleginnen und Kollegen aus den Lehrstühlen in Kiel sowie in Heidelberg, insbesondere Carsten Bäcker, Christoph Kallmeyer, Guilherme Palu, Julia Sandner und Leyla Jaber, für die Diskussionen und Vorschläge zur Doktorarbeit. Genauso bedanke ich mich bei Andrea Neisius und Ingrid Baumbusch für die wertvolle Unterstützung während der Promotion.

Meinen ausdrücklichen Dank auch an dem Deutschen Akademischen Austausch Dienst (DAAD) sowie dem brasilianischen Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), welche diese Arbeit durch ein Promotionsstipendium förderten.

Vorwort

Zu danken habe ich außerdem den Freunden aus Kiel, Heidelberg und Göttingen für freundschaftliche Aufmunterung, insbesondere Gabriella Rodrigues für die großartige Unterstützung in allen Momenten unserer Promotionszeit und Inga Wohlenberg.

Die Arbeit widme ich meinen Eltern, denn ohne ihre wesentliche Unterstützung wäre die Anfertigung dieser Arbeit nicht möglich gewesen.

São Paulo, im Mai 2019

Paula Gorzoni

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| Einleitung | 13 |
| I. Überblick und Problembeschreibung | 13 |
| II. Kontextualisierung des »margin of appreciation«: Die EMRK und der EGMR | 15 |
| III. Regeln, Prinzipien und der Begriff der Abwägung | 17 |
| IV. Verhältnismäßigkeit | 20 |
| V. Abwägung, Spielräume und formelle Prinzipien | 21 |
| VI. These | 22 |
| VII. Gang der Arbeit | 24 |
| 1. Teil: Der »margin of appreciation« | 25 |
| I. Bestimmung des Begriffs »margin of appreciation« | 25 |
| II. Funktionen des »margin of appreciation« | 27 |
| III. Begründung des »margin of appreciation« | 29 |
| 1. Souveränität | 29 |
| 2. Subsidiarität | 32 |
| a) Subsidiarität im Völkerrecht | 32 |
| b) Subsidiarität in der Rechtsprechung des EGMR und in der EMRK | 34 |
| 3. Kulturelle, politische und soziale Vielfalt der Staaten | 36 |
| 4. Das Vorhandensein unbestimmter Begriffe in der EMRK | 37 |
| 5. Merkmale der allgemeinen gerichtlichen Funktion | 38 |
| IV. Die Kriterien für die Gewährung eines »margin of appreciation« | 39 |
| 1. Kriterien in Bezug auf das eingeschränkte Recht | 40 |
| 2. Das Eingriffsziel | 44 |
| 3. Gemeinsame europäische Standards (»common ground argument«) | 47 |
| 4. Schwierigkeiten bei der Feststellung des Sachverhalts (»better placed argument«) | 51 |
| 5. Politische Hintergründe (»policy grounds«) oder besondere Sachgebiete | 53 |
| 6. Die Reichweite des »margin of appreciation« nach den Konventionsartikeln | 59 |

| | |
|---|-----|
| 7. Verhältnismäßigkeit und begründete Argumentationsentwicklung | 63 |
| V. Umfangs- und Kontrollintensitätsregeln für die Bestimmung des »margin of appreciation« beim EGMR | 66 |
| 1. Die Schwere des Grundrechtseingriffs und die Kontrollintensität | 67 |
| 2. Die Wichtigkeit des betroffenen Grundrechts | 67 |
| 3. Das Eingriffsziel und seine Objektivität | 68 |
| 4. Europäischer Konsens und kulturelle Divergenz | 69 |
| 5. Grundrechtsschutz innerhalb der nationalen juristischen Ordnungen und deren internationale Überprüfung | 71 |
| 6. Umfang der Maßnahmenbewertung von der nationalen Autorität | 71 |
| 7. Dringlichkeit der Maßnahme | 72 |
| 8. Ungewissheit | 72 |
| 9. Die Qualität der Begründung | 72 |
| 10. Überblick über die Kriterien zur Bestimmung des »margin of appreciation« | 73 |
| VI. Materielle und formelle Aspekte des »margin of appreciation« | 73 |
| VII. Einwände gegen den »margin of appreciation« | 78 |
| VIII. Ergebnisse | 83 |
| 2. Teil: Abwägung und Spielräume | 85 |
| I. Einleitung | 85 |
| II. Die Verhältnismäßigkeit und die Abwägung von Grundrechten | 85 |
| 1. Einwände gegen die Prinzipientheorie | 86 |
| 2. Einwände gegen die Abwägung | 88 |
| 3. Entgegnung auf die Einwände | 94 |
| a) Der Begriff der Rationalität in der Rechtswissenschaft | 94 |
| b) Modell der Abwägung | 96 |
| c) Gewichtsformel | 97 |
| III. Spielräume und formelle Prinzipien | 104 |
| 1. Alexy | 104 |
| a) Ausgangspunkt: Einwände gegen die Prinzipientheorie | 105 |
| b) Verfassungsordnung | 106 |
| aa) Rahmenordnung | 106 |
| bb) Grundordnung | 109 |

| | |
|---|-----|
| c) Spielräume | 110 |
| aa) Struktureller Spielraum | 110 |
| (1) Zwecksetzungsspielraum | 110 |
| (2) Mittelwahlspielraum | 111 |
| (3) Abwägungsspielraum | 112 |
| (a) Grundsatz der Geeignetheit | 112 |
| (b) Grundsatz der Erforderlichkeit | 112 |
| (c) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne | 114 |
| bb) Epistemische Spielräume | 117 |
| (1) Empirischer epistemischer Spielraum | 117 |
| (2) Die Erweiterung der Gewichtsformel | 118 |
| (3) Normativer epistemischer Spielraum | 120 |
| (4) Divergenzproblem und das Verbundgesetz | 121 |
| d) Formelle Prinzipien und das epistemische Modell | 123 |
| 2. Borowski | 129 |
| a) Gesetzgeber und Abwägung | 129 |
| b) Drei Auffassungen zu formellen Prinzipien | 132 |
| c) Akzessorische und nicht akzessorische formelle Prinzipien | 136 |
| 3. Sieckmann | 141 |
| a) Einleitung | 141 |
| b) Formelle Prinzipien: Begriff | 141 |
| c) Differenzierungen | 144 |
| d) Kontrollkompetenzen und das Modell konkurrierender Rechtskonzeptionen | 145 |
| e) Kriterien | 148 |
| f) Einwände | 150 |
| 4. Raabe | 153 |
| 5. Afonso da Silva | 161 |
| 6. Klatt | 169 |
| a) Das Einstufungsproblem und die Einstufungsabwägung | 169 |
| b) Die Entwicklung eines Zweiebenenmodells | 172 |
| aa) Der Begriff und die Funktion formeller Prinzipien | 174 |
| bb) Die Rolle formeller Prinzipien in der Abwägung und die Modelle formeller Prinzipien | 176 |
| cc) Das Zweiebenenmodell | 179 |
| dd) Gewichtsregeln | 186 |

| | |
|---|-----|
| ee) Die Lösung der Kollisionen zwischen materiellen Prinzipien | 190 |
| 7. Rivers | 193 |
| 8. Portocarrero | 199 |
| 9. Badenhop | 205 |
| IV. Teilergebnisse des zweiten Teils – Abwägung und Spielräume | 211 |
| 3. Teil: Die prinzipientheoretische Rekonstruktion des »margin of appreciation« | 214 |
| I. Einleitung | 214 |
| II. Die Prinzipientheorie im Völkerrecht | 216 |
| III. Institutionalisierung der Menschenrechte im europäischen Schutzsystem, Rahmenordnung und Grundordnung | 225 |
| IV. Eine prinzipientheoretische Rekonstruktion des »margin of appreciation« | 226 |
| 1. Einleitung | 226 |
| 2. Die Grundlagen des »margin of appreciation« für eine prinzipientheoretische Rekonstruktion | 228 |
| 3. Begründung des »margin of appreciation«: Das Spannungsverhältnis zwischen der Souveränität der Staaten und den Grundrechten im internationalen Kontext | 232 |
| 4. Arten von Spielräumen und Arten des »margin of appreciation« | 234 |
| a) Struktureller Spielraum | 235 |
| b) Epistemischer Spielraum | 238 |
| 5. Fall Evans: Feststellung des »margin of appreciation« im konkreten Fall | 240 |
| 6. Modelle formeller Prinzipien und Rekonstruktionen des »margin of appreciation« anhand der Prinzipientheorie | 244 |
| a) Die vier Hauptmodelle formeller Prinzipien | 245 |
| b) Kombinationsmodell | 246 |
| c) Indirekte Abwägung oder das epistemische Modell | 260 |
| d) Das Zweiebenenmodell oder das Modell konkurrierender Rechtskonzeptionen | 266 |
| e) Überblick zur Anwendung der Modelle | 283 |
| V. Ergebnis | 286 |

| | |
|----------------------------|-----|
| Literaturverzeichnis | 289 |
| Rechtsprechungsverzeichnis | 297 |

Einleitung

I. Überblick und Problembeschreibung

Die Abwägung und die Verhältnismäßigkeitsprüfung werden häufig als Entscheidungsmethode bei Prinzipienkollisionen nicht nur von der juristischen Literatur, sondern auch von der nationalen und internationalen Rechtsprechung angewandt.¹ Dies lässt sich nicht nur an den zahlreichen theoretischen Arbeiten erkennen, die in den letzten Jahren zu diesem Thema verfasst worden sind,² sondern auch an der Rechtsprechung der unterschiedlichen Gerichte. Die internationale Verbreitung der Methode mündete in eine breite juristische Debatte, da durch diese Internationalität neue Fragen aufgeworfen wurden.³ So lässt sich beobachten, dass sich die Debatte um die Abwägung und um die Verhältnismäßigkeitsprüfung gegenwärtig fortsetzt und nun auf globaler Ebene stattfindet.

Unter den Gerichten, die die Abwägung und die Verhältnismäßigkeitsprüfung anwenden, ist der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (im Folgenden EGMR) hervorzuheben.⁴ Seine Aufgabe im europäischen

1 Vgl. Stone Sweet/Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, *Columbia Journal of Transnational Law* (2008).

2 Vgl. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, *Yale Law Journal* (1987), S. 943 ff.; Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, *University of Toronto Law Journal* (2007), S. 383 ff.; Tsakyrakis, *Proportionality: An assault on human rights?* *International Journal of Constitutional Law* (2009), S. 468 ff.; Bomhoff, *Balancing, the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law*, *Hastings International & Comparative Law Review* (2008), S. 555 ff.; Bernal Pulido, *Grundrechtsprinzipien in Spanien: Rationalität und Grenzen der Abwägung*, in: Sieckmann (Hrsg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, S. 197 ff.; Brady, *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act*; Ellis (Hrsg.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*; Barak, *Proportionality and Principled Balancing*, *Law & Ethics of Human Rights* (2010), S. 14.

3 Vgl. Stone Sweet/Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, *Columbia Journal of Transnational Law* (2008).

4 Vgl. Rubel, *Entscheidungsfreiräume in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofes*, S. 118; Matscher F., *Methods of Interpretation of the Convention*, in: MacDonald et al. (Hrsg.), *The European System for the Protection of Human Rights*, S. 78; Badenhop, *Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention*,

Schutzsystem der Menschenrechte ist die Wahrung der Europäischen Menschenrechtskonvention (im Folgenden EMRK). Die Konvention wurde dafür geschaffen, den Schutz der Menschenrechte in den Staaten, die Mitglieder des Europarats sind, zu sichern.⁵ Ihre Bedeutung nimmt stetig zu und trotz der Schwierigkeiten bei der Verwirklichung internationaler Verträge ist die EMRK »das erfolgreichste und effektivste regionale Menschenrechtsabkommen weltweit«.⁶

Heutzutage werden die Menschenrechte nicht nur von souveränen Staaten, sondern auch auf internationaler und regionaler Ebene geschützt. Dementsprechend werden die Abwägung und die Verhältnismäßigkeitsprüfung auch auf internationaler Ebene diskutiert. Nach Sweet Stone und Matthews ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung eine grundlegende Methode der Koordination zwischen dem EGMR und den nationalen juristischen Systemen sowie zwischen den unterschiedlichen nationalen Systemen.⁷

Das Thema der Arbeit ergab sich aus einigen kontroversen Menschenrechtsfällen und deren Verhältnismäßigkeit. Der »margin of appreciation« wird von der Literatur nicht nur als »die andere Seite der Verhältnismäßigkeitsprüfung«, sondern auch als Ergebnis der »Abwägung zwischen der Souveränität der Länder und den Pflichten des Gerichtshofs, die Konventionsmenschenrechte zu schützen« verstanden.⁸ Die Gewährung des sogenannten »margin of appreciation« ist eine wichtige Praxis in der Rechtsprechung des EGMR.⁹ Er kann allgemein und für die Einleitung der Arbeit als der Spielraum der nationalen Autoritäten unter der EMRK definiert werden.

In dieser Arbeit wird die These vertreten, dass es möglich ist, den »margin of appreciation« anhand der Prinzipientheorie zu rekonstruieren und damit einen neuen Beitrag zur gegenwärtigen Debatte um die Prinzipientheorie in einem internationalen Kontext zu leisten. Dazu werden zu-

S. 55 ff.; Mowbray, *A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *Human Rights Law Review* (2010).

5 Vgl. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, S. 1.

6 Vgl. Badenhop, *Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention*, S. 29.

7 Vgl. Stone Sweet/Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, *Columbia Journal of Transnational Law* (2008), S. 151.

8 Letsas, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, *Oxford Journal of Legal Studies* (2006), S. 706.

9 Vgl. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*.

nächst sowohl die internationale Diskussion über den »margin of appreciation« und seine Anwendung im EGMR als auch die prinzipientheoretische Debatte über Spielräume und formelle Prinzipien analysiert. Anschließend soll eine prinzipientheoretische Rekonstruktion des »margin of appreciation« im Rahmen einer empirischen Fallstudie erfolgen.

II. Kontextualisierung des »margin of appreciation«: Die EMRK und der EGMR

Zunächst soll die völkerrechtliche Diskussion über den Hauptgegenstand der Arbeit, den »margin of appreciation«, dargestellt werden. Der »margin of appreciation« wurde vom EGMR bei der Anwendung der EMRK entwickelt.

Die EMRK wurde 1950 unterzeichnet und trat 1953 allgemein in Kraft.¹⁰ Über ihre Umsetzung wacht der EGMR, der 1959 gegründet wurde. Die Konvention nimmt eine besondere Stellung ein, die Calliess als »Sonderstellung zwischen Völkerrechtsordnung und staatlichem Vertrag« bezeichnet.¹¹ Dies ergebe sich daraus, dass die Konvention »ihre Wirkung primär im innerstaatlichen Bereich entfalten [soll]«. ¹² Wegen dieser besonderen Stellung aber ist »die Auslegungspraxis des Gerichtshofs durch das Spannungsverhältnis zwischen nationaler Souveränität und internationaler Gerichtsbarkeit gekennzeichnet«. ¹³

Das Konventionsziel ist die Entwicklung eines europäischen Menschenrechtsschutzstandards. Das Spannungsverhältnis zwischen der nationalen Souveränität der jeweiligen Staaten und der internationalen juristischen Kontrolle erschwert jedoch die Suche nach einem solchen Standard. Deshalb sind, so Bleckmann,

»die Begriffe dieses Vertrags [...] vor dem Hintergrund der gemeinsamen Rechtsauffassung auszulegen. Je nach dem Grade der Gemeinsamkeit der verwendeten Begriffe verweisen diese auf die gemeinsame

10 Vgl. Shaw, *International Law*, S. 321.

11 Vgl. Calliess, *Zwischen staatlicher Souveränität und europäischer Effektivität: Zum Beurteilungsspielraum den Vertragsstaaten im Rahmen des Art. 10 EMRK*, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (1996), S. 298.

12 Calliess, a. a. O.

13 Calliess, a. a. O.

Rechtstradition oder auf das jeweilige nationale Recht; im zweiten Fall haben die Staaten einen Beurteilungsspielraum«. ¹⁴

Die Gewährung von Beurteilungsspielräumen ist in der Praxis des EGMR unentbehrlich, da die Konvention die Entwicklung eines einzigen Verständnisses von Menschenrechten für alle Staaten nicht vorsieht. Obwohl in der Präambel der Konvention zu lesen ist, dass die europäischen Länder ein gemeinsames Erbe von politischen Traditionen, Idealen, Freiheiten und einem Rechtsstaat haben ¹⁵ und obwohl das Ziel der Konvention die Einrichtung von europäischen Standards ist, sollten die Konventionsbegriffe derart interpretiert werden, dass die nationalen Institutionen Variationsmöglichkeiten haben. ¹⁶ Auf der anderen Seite muss berücksichtigt werden, dass die Spielräume der Staaten nicht unbegrenzt sein können. ¹⁷ Das Problem liegt darin, den erforderlichen Ausgleich zwischen der Souveränität der nationalen Autoritäten und dem einheitlichen internationalen Menschenrechtsschutz zu finden. In diesem Sinne betont auch Bleckmann, dass trotz der Suche nach einem Standard ein Ausgleich zwischen den Gewährleistungen der Konvention und der Autonomie der Staaten notwendig ist, um der Konvention Effektivität zu verleihen. ¹⁸

Der EGMR befindet sich dementsprechend in einer schwierigen Lage. Nach Gerards und Senden hat das Gericht in den letzten Jahren eine Vielzahl von argumentativen Methoden und juristischen Diskursen entwickelt, die von allen Staaten akzeptiert werden und kompatibel mit den Variationen der juristischen Systeme und Traditionen der unterschiedlichen Staaten sind. ¹⁹ Das Gericht müsse das Konventionsziel – den Menschenrechtsschutz – und die Notwendigkeit, die nationalen Traditionen zu respektieren, berücksichtigen. ²⁰

14 Bleckmann, *Der Beurteilungsspielraum im Europa- und im Völkerrecht*, EuGRZ (1979), S. 486.

15 Vgl. Shaw, *International Law*, S. 321.

16 Vgl. Bleckmann, *Der Beurteilungsspielraum im Europa- und im Völkerrecht*, EuGRZ (1979), S. 487.

17 Vgl. Bernhardt, *Internationaler Menschenrechtsschutz und nationaler Gestaltungsspielraum*, in: Bernhardt (Hrsg.), *Völkerrecht als Rechtsordnung, internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte: Festschrift für Hermann Mosler*, S. 82.

18 Bleckmann, *Der Beurteilungsspielraum im Europa- und im Völkerrecht*, EuGRZ (1979), S. 487.

19 Vgl. Gerards/Senden, *The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights*, *International Journal of Constitutional Law* (2009), S. 638 ff.

20 Vgl. Gerards/Senden, a. a. O., S. 645 ff.

In diesem Kontext wurde der »margin of appreciation« entwickelt. Auf der einen Seite ist die EMRK Ausdruck einer öffentlichen europäischen Ordnung; auf der anderen Seite ist der EGMR ein internationales Gericht mit begrenzten Normenkontroll- und Überprüfungsmöglichkeiten.²¹ Die vertikalen Spannungsverhältnisse zwischen nationaler und der internationaler Ebene werden durch den »margin of appreciation« ausgeglichen, um eine Lösung für diesen Konflikt im europäischen Menschenrechtssystem zu finden.²²

III. Regeln, Prinzipien und der Begriff der Abwägung

Das Ziel dieser Arbeit hängt davon ab, wie Prinzipien und Regeln zu definieren sind. Daher ist es notwendig, die Unterschiede dieser zwei Arten von Normen aufzuzeigen, denn diese Unterscheidung ist »die Grundlage der Theorie des grundrechtlichen Begründens und ein Schlüssel zur Lösung zentraler Probleme der Grundrechtsdogmatik«.²³

Die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien ist nach Alexy nicht neu.²⁴ Die Unterscheidung, die hier übernommen wird, bezieht sich nicht auf den Generalitätsgrad oder die Abstraktheit der Normen. Vielmehr handelt es sich um einen qualitativen Unterschied.²⁵ Das liegt daran, wie Alexy betont, dass Prinzipien Optimierungsgebote sind, d.h. Normen, die gebieten, dass etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Mög-

21 Vgl. Ajevski, *Forced to Argue in Two World Views – the Margin of Appreciation and the Schismatic Identity of the European Court of Human Rights*.

22 Vgl. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, S. 9.

23 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 71; Alexy, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, in: Alexy et al. (Hrsg.), *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, S. 217; Alexy, *Die Konstruktion der Grundrechte*, in: Clérico/Sieckmann (Hrsg.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, S. 9; Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, *Ratio Juris* (2000), S. 294 ff.; Alexy, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (1985), S. 13 ff.

24 Vgl. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 72; Alexy, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, in: Alexy et al. (Hrsg.), *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, S. 217. Alexy betont z.B. die dargestellte Diskussion seit der Veröffentlichung des Buchs »Grundsatz und Norm« von Josef Esser 1956 in Deutschland und die internationale Debatte seit Ronald Dworkin und dem Artikel »The Model of Rules« 1967.

25 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 75.

lichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird.²⁶ Auf der anderen Seite sind Regeln nach Alexy definitive Gebote, d.h. Normen, die stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können und mit der Logik »all or nothing« realisiert werden.²⁷ Diese Unterscheidung bringt verschiedene Arten der Auflösung von Regelkonflikten und Prinzipienkollisionen mit sich: Während der erste Konflikt mithilfe einer Subsumtion gelöst werden muss, muss der zweite mithilfe einer Abwägung gelöst werden.²⁸ Hier ist es sinnvoll, die Bedeutung jeder Methode zu erklären.

Ein Regelkonflikt kann nur auf zwei Arten gelöst werden: Entweder, indem (1) eine Ausnahmeklausel, die den Konflikt beseitigt, in eine der Regeln eingefügt wird, oder (2) mindestens eine der Regeln für ungültig erklärt wird.²⁹ Das liegt daran, dass ein Regelkonflikt in der Dimension der Geltung liegt und der Begriff der juristischen Geltung nicht abstufbar ist: »Eine Norm gilt juristisch oder sie gilt juristisch nicht.«³⁰ Regeln sind definitive Gebote. Es ist nicht möglich, dieser definitiven Natur Graduierungen zu geben. Deshalb muss ein Regelkonflikt durch Subsumtion gelöst werden. Eine Regel muss vollständig auf einen Fall angewandt werden. Die andere Regel muss im Fall der absoluten Unvereinbarkeit mit der anderen Regel unbedingt für ungültig erklärt werden.³¹

Ganz anders seien Prinzipienkollisionen zu lösen.³² Wenn zwei Prinzipien kollidieren, müsse eines der beiden Prinzipien zurücktreten.³³ Das bedeutet aber nicht, dass ein Prinzip für ungültig erklärt werden müsse.³⁴ Das liegt daran, dass unter bestimmten Umständen das eine Prinzip dem anderen vorgehen kann.³⁵ Eine Kollision entsteht, wenn es in einem Fall zwei gültige Prinzipien gibt, aber nicht beide zusammen und vollständig erfüllt werden können. Die zu berücksichtigende Dimension ist nicht die Dimension der Geltung, sondern die des Gewichts eines jeden Prinzips. Deswegen muss eine Prinzipienkollision durch Abwägung gelöst werden. Es ist notwendig, die Umstände des konkreten Falls zu beachten, damit die

26 Vgl. Alexy, a. a. O.

27 Alexy, a. a. O., S. 77.

28 Alexy, a. a. O., S. 77 ff.

29 Alexy, a. a. O., S. 77.

30 Alexy, a. a. O., S. 78.

31 Alexy, a. a. O.

32 Alexy, a. a. O.

33 Alexy, a. a. O., S. 79.

34 Alexy, a. a. O.

35 Alexy, a. a. O.

Gewichte der Rechte bewertet werden können. Damit kann bestimmt werden, welches Recht Vorrang hat.

Auf diese Weise führen Abwägungen zu einer bedingten Vorrangrelation *prima facie*. Das bedeutet, dass ein Grundrecht unter einer Bedingung das höhere Gewicht hat und deshalb dieser Vorrang gilt: (P1 **P** P2) C.³⁶ Unter anderen Bedingungen kann dies jedoch umgekehrt sein: (P2 **P** P1) C.³⁷ Nach Alexy ist es möglich, ein Gesetz über den Zusammenhang zwischen der bedingten Vorrangrelation und Regeln zu formulieren, das Kollisionsgesetz. Es spiegelt die Prinzipienatur als Optimierungsgebot:

«Wenn das Prinzip P1 dem Prinzip P2 unter den Umständen C vorgeht und wenn sich aus P1 unter den Umständen C die Rechtsfolge R ergibt, dann gilt eine Regel, die C als Tatbestand und R als Rechtsfolge enthält: C → R.»³⁸

Neben dem Kollisionsgesetz wird auch das Abwägungsgesetz definiert. Durch das Abwägungsgesetz kann eine solche Vorrangrelation bestimmt werden:

»Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, desto größer muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein.«³⁹

In einem weiten Sinne könnte die Abwägung als die »Handlung der Bewertung« definiert werden. Es handelt sich um ein Spannungsverhältnis zwischen zwei Gütern. In einem engeren Sinne ist die Abwägung eine Entscheidungsmethode, mit der Prinzipienkollisionen gelöst werden können. Das Ergebnis der Abwägung ist eine Vorrangrelation. Außerdem ist die Abwägung auch mit dem dritten Teil des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes identisch: Sie ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.⁴⁰

Daher soll diese Methode in der vorliegenden Arbeit analysiert werden. Die Begriffe der Verhältnismäßigkeit und der Abwägung sind auch für die Analyse der völkerrechtlichen Debatte über den »margin of appreciation«

36 Alexy, a. a. O., S. 81 f.

37 Robert Alexy, »Die Abwägung in der Rechtsanwendung«, Jahresbericht des Institutes für Rechtswissenschaften an der Meiji Gakuin Universität (17) (2001), S. 71.

38 Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 86.

39 Vgl. Alexy, Constitutional Rights, Balancing and Rationality, Ratio Juris (2003), S. 136.

40 Vgl. Alexy, a. a. O., S. 135.

relevant. Es ist dementsprechend von großer Bedeutung, den Begriff der Verhältnismäßigkeit zu erörtern.

IV. Verhältnismäßigkeit

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besteht aus einem Auslegungs- und einem Rechtsanwendungsgrundsatz. Er wird in Fällen, in denen eine Handlung des Staates, die auf die Realisierung eines Grundrechts oder eines gemeinsamen Interesses abzielt, aber andere Grundrechte einschränkt, angewandt.⁴¹ Die Verhältnismäßigkeitsprüfung besteht aus drei Teilgrundsätzen: (1) der Geeignetheit, (2) der Erforderlichkeit und (3) der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.⁴²

Durch den Teilgrundsatz der Geeignetheit wird ermittelt, ob die Maßnahme, die in ein Grundrecht eingreift, die Realisierung des Eingriffsziels fördert. Die Geeignetheit ist zu bejahen, wenn die Maßnahme das Ziel zumindest fördert.

Nach dem Teilgrundsatz der Erforderlichkeit ist eine Maßnahme erforderlich, wenn es keine andere Maßnahme gibt, die das Ziel genauso wirksam wie die überprüfte Maßnahme fördert und gleichzeitig weniger in das Grundrecht eingreift. Der Grundsatz fordert einen Vergleich mehrerer möglicher Maßnahmen. Die Maßnahmen werden anhand von zwei Aspekten verglichen: (1) der Wirksamkeit der Förderung des Eingriffsziels und (2) dem Eingriffsgrad in das Grundrecht. Wenn die Maßnahme M2 nicht ebenso wirksam ist wie die Maßnahme M1, ist es unerheblich, ob M2 weniger intensiv in das Grundrecht eingreift. Zunächst müssen die beiden zu vergleichenden Maßnahmen ein Ziel gleich wirksam fördern, erst dann werden die Eingriffsgrade der Maßnahmen miteinander verglichen.

Schließlich bezieht sich die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne auf die Abwägung, die bereits vorgestellt wurde.⁴³ Die Teilgrundsätze stehen in einem engen Zusammenhang zueinander. Daher darf der jeweils nächste Teilgrundsatz in der Verhältnismäßigkeitsüberprüfung nur dann ange-

41 Vgl. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 75 ff.; Afonso da Silva, *O proporcional e o razoável*, *Revista dos Tribunais* (2002), S. 24.

42 Alexy, *Die Konstruktion der Grundrechte*, in: Clérico/Sieckmann (Hrsg.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, S. 16; Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 100; Alexy, *Discourse Theory and Fundamental Rights*, in: Menéndez, Eriksen (Hrsg.), *Arguing Fundamental Rights*, S. 23.

43 Vgl. Alexy, *Constitutional Rights, Balancing and Rationality*, *Ratio Juris* (2003), S. 135.

wandt werden, wenn die vorangegangene Prüfung positiv ausgefallen ist. Fällt eine Prüfung negativ aus, ist die Prüfung beendet – die Maßnahme ist unverhältnismäßig.

V. Abwägung, Spielräume und formelle Prinzipien

Die Anwendung der Abwägung in der juristischen Argumentation wird häufig kritisiert. Die Einwände betreffen die fehlende Legitimation des Verfassungsgerichts, Abwägungen vorzunehmen, den nicht demokratischen Charakter der Abwägung sowie die Abwesenheit einer klaren und konsistenten Struktur dieser Methode. Die Hauptentgegnung auf die Einwände in der gegenwärtigen Debatte ist die Gewichtsformel, die den Vorgang der Abwägung strukturiert. Durch sie wird verdeutlicht, wie genau die Vergleiche zwischen Prinzipien ablaufen. Zudem lässt sie auch einen Raum für den Gesetzgeber.

Die gegebene Antwort – die Gewichtsformel – zeigt, dass die Abwägung die Gewaltenteilung nicht gefährdet: sie strukturiert die Anwendung der Methode durch ein begründetes Muster, das sich mit den Erfordernissen der Rationalität verbindet.⁴⁴ Das Vorliegen eines Patts könnte die Existenz eines gesetzgeberischen Spielraums bei der Kollision von Grundrechten begründen. Pattfälle sind die Fälle, in denen die kollidierenden Grundrechte mit dem gleichen Gewicht zu bewerten sind, weshalb keines den Vorzug vor dem anderen hat. In diesen Situationen besteht ein gesetzgeberischer Spielraum.

Die Problematik besteht darin, dass es nicht nur Patts gibt, die eine Folge der Struktur der Grundrechte sind, sondern vielmehr auch solche, die aus der Unsicherheit der Erkenntnis folgen. Um die Pattfälle unterscheiden zu können, analysiert Alexy die verschiedenen Aspekte der Spielräume.⁴⁵ Der strukturelle Spielraum folge aus der Struktur der Grundrechte. Der epistemische Spielraum resultiere aus den Grenzen der Erkenntnis. In den Fällen der epistemischen Spielräume spielt ein formelles Prinzip eine Rolle, denn

»wenn die Entscheidung hierüber von empirischen Einschätzungen abhängt, schließt die vom formellen Prinzip *prima facie* geforderte Ent-

44 Siehe Alexy, Balancing, Constitutional Review and Representation, International Journal of Constitutional Law (2005), S. 572 ff.

45 Alexy, Postscript, in: Alexy, A Theory of Constitutional Rights, S. 393 (deutsches Manuskript, S. 7).

scheidungskompetenz des Gesetzgebers die Kompetenz ein, auch bei Unsicherheit hierüber zu entscheiden«.46

Die formellen Prinzipien seien Prinzipien prozeduraler Art. Sie statuieren die Bindung an frühere Entscheidungen. Sie sind Gründe für die Spielräume. Das formelle Prinzip ist das Prinzip der demokratisch legitimierten Entscheidungskompetenz des Gesetzgebers in der Mehrheit der von der prinzipientheoretischen Debatte analysierten Fälle.⁴⁷

Wenn die formellen Prinzipien keine Rolle in ungewissen Situationen spielen würden, hätte dies zur Folge, dass der Gesetzgeber »seine Ziele nur noch auf der Basis mit Sicherheit wahrer empirischer Prämissen verfolgen dürfte«, was fast nie in einigermaßen komplexen Fällen auftritt.⁴⁸ In solchen Situationen gäbe es dann einen geringeren Spielraum für den Gesetzgeber und die Einwände diesbezüglich würden deshalb zutreffen. Auf der anderen Seite wäre es auch nicht möglich, »dass der Gesetzgeber selbst äußerst intensive Eingriffe in Grundrechte auf höchst unsichere Prognosen stützen dürfte«.49 Ungewisse Situationen gibt es in der realen Welt immer. Es kann nicht gefordert werden, dass der Gesetzgeber nur in Situationen, die gewiss sind, Entscheidungen trifft, da sein Aufgabenbereich ansonsten zu stark eingeschränkt würde. Deswegen ist das Bestehen eines epistemischen Spielraums gerechtfertigt.

Die große Frage der Debatte ist die, wie die Rolle formeller Prinzipien in diesem Kontext zu bestimmen ist. Wenn formelle Prinzipien eine Rolle in Grundrechtskollisionen spielen, stellt sich die Frage, ob und wie formelle Prinzipien mit materiellen grundrechtlichen Prinzipien kollidieren und abgewogen werden können. Die Bestimmung der Rolle des formellen Prinzips hängt von dem Modell der formellen Prinzipien ab. Unter den Hauptmodellen sind das Kombinationsmodell, das epistemische Modell und das Zweiebenenmodell zu unterscheiden. In dieser Arbeit sollen daher diese Fragen genauer untersucht werden.

VI. These

Nach der Analyse der völkerrechtlichen Debatte zu diesem Thema wird sich herausstellen, dass die Problematik mit den Begriffen der Prinzipien-

46 Alexy, a. a. O., S. 417 (deutsches Manuskript, S. 33).

47 Vgl. Alexy, a. a. O.

48 Alexy, a. a. O.

49 Alexy, a. a. O.

theorie rekonstruiert werden kann. Wenn einerseits der Spielraum im nationalen Bereich in Bezug auf den Konflikt zwischen dem Verfassungsgericht und der Gesetzgebung gewährt wird, wird er im internationalen Bereich andererseits in Bezug auf den Konflikt zwischen dem EGMR und den nationalen Behörden, der Exekutive, der Legislative und der Judikative (meistens Verfassungsgericht), gewährt. Auf nationaler Ebene besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz der Grundrechte auf der einen Seite und der Gewaltenteilung und der Demokratie auf der anderen Seite. Im internationalen Kontext hingegen liegt das Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz der Menschenrechte durch die Konvention und der nationalen Souveränität. Für viele Autoren stellt sich das Spannungsverhältnis als eine Art Gewaltenteilung in einem internationalen Rahmen dar.

Außerdem soll in dieser Arbeit anhand der aktuellen Debatte um die Prinzipientheorie die Souveränität der nationalen Staaten oder die Kompetenz der nationalen Autoritäten als formelle Prinzipien analysiert werden, da sie eine wichtige Rolle in einer internationalen Abwägung spielen. Hier stellt sich die Frage, wie eine internationale Abwägung einschließlich der Souveränität oder der Kompetenz nationaler Autoritäten als formelles Prinzip geschaffen werden kann. Im nationalen Kontext ist die Schaffung einer Abwägung einschließlich der formellen Prinzipien ohnehin sehr kontrovers. Es werden unterschiedliche Formen solcher Abwägungen in der prinzipientheoretischen Diskussion vorgeschlagen, z.B. ein Kombinationsmodell, ein epistemisches Modell und ein Zweiebenenmodell. Dieser Aspekt soll anhand der Anwendung der Modelle in einer Rekonstruktion des »margin of appreciation« in einer empirischen Fallstudie untersucht werden.

Das Ziel dieser Arbeit besteht darin, die Modelle formeller Prinzipien anhand einer empirischen Analyse des »margin of appreciation« in der Rechtsprechung des EGMR zu rekonstruieren und daher die Möglichkeiten der prinzipientheoretischen Rekonstruktion des »margin of appreciation« zu prüfen. Durch die Rekonstruktionen werden die Vor- und Nachteile jedes Modells aufgezeigt und nächste Schritte und Fortschritte für die theoretische Debatte vorgeschlagen. Es ist wichtig, diese Vor- und Nachteile jedes Modells zu berücksichtigen, weil die gegenwärtige Debatte formeller Prinzipien hauptsächlich theoretisch ist und weil es an empirischen Analysen möglicher Rekonstruktionen formeller Prinzipien anhand der Prinzipientheorie fehlt. Damit soll ein Beitrag zur gegenwärtigen Debatte dieses Themas geleistet werden.

VII. Gang der Arbeit

Die Arbeit gliedert sich in drei Teile. Der erste Teil befasst sich mit der völkerrechtlichen Debatte über den »margin of appreciation« in seiner Anwendung durch den EGMR. In diesem Teil werden die Hauptmerkmale des »margin of appreciation« analysiert.

Im zweiten Teil wird die prinzipientheoretische Debatte über die Abwägung der Grundrechte, die Spielräume und die Rolle der formellen Prinzipien dargestellt. Zuerst werden die Merkmale der Abwägung, danach die Arten der Spielräume und schließlich Begriff, Rolle und Hauptmodelle der formellen Prinzipien untersucht.

Im dritten Teil wird anschließend der »margin of appreciation« anhand der Prinzipientheorie rekonstruiert. Dazu soll ein Fall des EGMR dienen, auf den die verschiedenen Modelle formeller Prinzipien angewandt werden.

1. Teil: Der »margin of appreciation«

I. Bestimmung des Begriffs »margin of appreciation«

Der »margin of appreciation« ist ein wesentlicher Teil der Rechtsprechung des EGMR geworden, nicht nur aufgrund der Häufigkeit seiner Anwendung, sondern auch aufgrund der Debatte in der juristischen Literatur.⁵⁰ Es gibt keine ausdrückliche Erwähnung des »margin«, weder in seiner legislativen Geschichte (*travaux préparatoires*) noch im Normtext der Konvention.⁵¹ Der »margin of appreciation« wurde durch die Entscheidungspraxis entwickelt.⁵² Der Begriff eines »margin of appreciation« bezieht sich auf die Idee, dass jeder Gesellschaft ein bestimmter Raum eingeräumt wird, in dem sie die Grundrechte und die nationalen Interessen abwägen

50 Hutchinson, *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights*, *International & Comparative Law Quarterly* (1999); Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, *HR Files* (2000), S. 5; Mahoney, *Marvellous Richness of Diversity or Insidious Cultural Relativism?* *Human Rights Law Journal* (1998), S. 1; Popovic, *The Emergence of the European Human Rights Law*, S. 131 ff.; Behrendt, *Die Margin of Appreciation – der Beurteilungsspielraum der konventionsstaatlichen Organe am Beispiel des Burka-Urteils*, in Klatt (Hrsg.), *Jurisdiktionskonflikte*, S. 229.

51 Vgl. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, S. 14; Badenhop, *Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention*, S. 88; Hutchinson, *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights*, *International & Comparative Law Quarterly* (1999), S. 638; Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, *HR Files* (2000), S. 5; Gross/Ní Aoláin, *From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of European Convention on Human Rights*, *Human Rights Quarterly* (2001), S. 625.

52 Der erste Fall, in welchem der Begriff Beurteilungsspielraum angewandt wurde, war *Greece v. United Kingdom*, Application Nr. 299/57, 8.7.1959 (bei der ehemaligen Europäischen Kommission für Menschenrechte). Der Begriff „margin of appreciation“ wurde erstmals im Fall *Lawless v. Ireland*, Application Nr. 175/56, 19.12.1959, angewandt (auch bei der Kommission). Beim EGMR wurde der „margin“ erstmals im Fall *Handyside v. United Kingdom*, Application Nr. 5493/72, 7.12.1976, gewährt.

und die Konflikte, die wegen der unterschiedlichen moralischen Überzeugungen entstehen, lösen kann.⁵³

In dieser Hinsicht ist der »margin of appreciation« eine Möglichkeit, die Spannungen zwischen der internationalen Kontrolle, dem internationalen Menschenrechtsschutz der Konvention und der nationalen Souveränität gering zu halten. Nach Rubel ist der »margin« »ein Instrument der Rücksichtnahme⁵⁴ auf sensible nationale Belange«. ⁵⁵ Nicht nur Rubel, sondern auch Prepeluh beschreibt den »margin« «als die zentrale Rechtsfigur, mit der der EGMR die Grenzen zwischen dem Freiheitsraum der Vertragsstaaten einerseits und der europäischen Kontrolle andererseits bestimmt«. ⁵⁶ Auch Mahoney und Letsas beschreiben den »margin of appreciation« als ein natürliches Ergebnis »einer Gewaltenteilung zwischen nationalen Autoritäten und dem EGMR«. ⁵⁷

Dementsprechend könnte man sagen, dass der »margin of appreciation« konzipiert ist, um für Flexibilität bei der Lösung schwieriger Fälle im Bereich unterschiedlicher juristischer, kultureller, politischer und sozialer Traditionen in den europäischen Staaten zu sorgen. ⁵⁸ Durch den »margin« wird entschieden, welche Entscheidungen Sache eines jeden Landes sind und welche Fragen im Wesentlichen gemeinsam von allen Ländern ent-

53 Bakircioglu, The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases, *German Law Journal* (2007), S. 711.

54 Die Begriffe "Rücksicht" und "Rücksichtnahme" werden in dieser Arbeit als eine Übersetzung für das englische Wort „deference“ verwendet. „Deference“ bedeutet im Allgemeinen Respekt vor den Gerichten in Bezug auf die Entscheidungen der Exekutive und Legislative im Rahmen der Normenkontrolle.

55 Rubel, Entscheidungsfreiräume in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofes, S. 47.

56 Rubel, Entscheidungsfreiräume in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofes, S. 1; Prepeluh, Die Entwicklung der Margin of Appreciation-Doktrin im Hinblick auf die Pressefreiheit, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2001), S. 825.

57 Mahoney, Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: Two sides of the same coin, *Human Rights Law Journal* (1990), S. 80; Letsas, Two Concepts of the Margin of Appreciation, *Oxford Journal of Legal Studies* (2006), S. 721. Vgl. Gross/Ní Aoláin, From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of European Convention on Human Rights, *Human Rights Quarterly* (2001), S. 627.

58 Bakircioglu, The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases, *German Law Journal* (2007), S. 711.

schieden werden müssen, unabhängig von ihren Traditionen oder Kulturen.⁵⁹

Daher lässt sich behaupten, dass der Begriff »margin of appreciation« den erlaubten Spielraum der Länder in Bezug auf die Konventionsdurchführung im nationalen Kontext, der die eigenen Umstände und die besonderen nationalen Bedingungen berücksichtigt, beschreibt.⁶⁰ Brems und Yourow nennen den »margin« »the breadth of deference« des EGMR.⁶¹

Die Aufgabe des »margin« besteht nach Letsas darin, »to address the limits or intensity of the review of the European Court of Human Rights in view of its status as an international tribunal.«⁶² Mit anderen Worten beschreibt der »margin« eine gewisse internationale Rücksicht (»deference« auf Englisch) des EGMR.⁶³ Das Gericht muss bestimmen, ob die staatlichen Maßnahmen verhältnismäßig sind und damit gerechtfertigt werden können. In eigenen Fällen zieht das Gericht es jedoch vor, Rücksicht auf die nationalen Entscheidungen zu nehmen.⁶⁴ In diesem Sinne ist der »margin of appreciation« der Spielraum der Länder in Bezug auf die Entscheidung des EGMR.

II. Funktionen des »margin of appreciation«

Die Funktion des »margin of appreciation« besteht darin, dem Gericht das Auffinden eines Ausgleichs zwischen der Souveränität der Länder und

59 Vgl. Mahoney, *Marvellous Richness of Diversity or Insidious Cultural Relativism?* *Human Rights Law Journal* (1998), S. 1.

60 Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, S. 1. Siehe auch Edenharter, *Der EGMR als Verfassungsgericht der EU? – Mögliche Implikationen des Beitritts der EU zur EMRK*, in: Elser/Baumann (Hrsg.), *Das letzte Wort – Rechtsetzung und Rechtskontrolle in der Demokratie*, S. 196.

61 Vgl. Brems, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of European Court of Human Rights*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1996); Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, S. 13.

62 Letsas, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, *Oxford Journal of Legal Studies* (2006), S. 706.

63 Vgl. Schokkenbroek, *The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, *Human Rights Law Journal* (1998), S. 32.

64 Vgl. Brems, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of European Court of Human Rights*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1996), S. 241.

ihren Pflichten aufgrund der Konvention zu ermöglichen.⁶⁵ Es besteht ein Konflikt zwischen der nationalen Entscheidungsautonomie und dem effektiven völkerrechtlich zentralisierten Menschenrechtsschutz. Der »margin of appreciation« liegt zwischen diesen zwei Elementen. Wenn einem Land ein »margin of appreciation« in einem Fall zusteht, räumt das Gericht der Autonomie der nationalen Entscheidung den Vorrang ein.

Nach Macdonald bietet der »margin of appreciation« die notwendige Flexibilität, um Konflikte zwischen dem EGMR und den Staaten über den Umfang ihrer Autoritäten zu vermeiden.⁶⁶ Zu dem gleichen Ergebnis gelangt Takahashi, indem er feststellt, dass Spielräume für ein harmonisches Zusammenleben und für die Gewaltenteilung zwischen dem EGMR und den nationalen Autoritäten notwendig und erwünscht sind.⁶⁷

Daneben wird die Meinung vertreten, der »margin of appreciation« sei ein »nützliches Instrument« um »die Staaten zur Akzeptanz einer auch nur geringen Kontrolle« zu veranlassen.⁶⁸ Die EMRK wurde durch die Länder geschaffen. Die Länder binden sich an die Konvention durch eine völkerrechtliche vertragliche Zusage. In diesem Sinne hat der »margin of appreciation« auch den Schutz der eigenen Konvention und die Vermeidung von Konflikten zwischen internationale und nationale Ebenen. Nach Rupp-Swienty hat der Gerichtshof »dieser Ansicht zufolge [...] die Doktrin von der margin of appreciation vor allem zum Zwecke der Selbsterhaltung entwickelt, um offene Konflikte mit den Vertragsstaaten und daraus eventuell resultierenden Austritte aus der Konvention oder Nichterneuerungen des Rechts auf Individualbeschwerde zu verhindern.«⁶⁹

Schließlich wird in der juristischen Literatur als weitere Funktion des »margin of appreciation« die schrittweise Anpassung der neuen Staaten an

65 Vgl. Bakircioglu, *The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases*, *German Law Journal* (2007), S. 717; MacDonald, *The Margin of Appreciation*, in: MacDonald et al. (Hrsg.), *The European System for the Protection of Human Rights*.

66 Vgl. MacDonald, *The Margin of Appreciation*, in: MacDonald et al. (Hrsg.), *The European System for the Protection of Human Rights*.

67 Vgl. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, S. 239; Waldock, *The Effectiveness of the System set up by the European Convention on Human Rights*, *Human Rights Law Journal* (1980); Rubel, *Entscheidungsfreiräume in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofes*, S. 46.

68 Vgl. Rupp-Swienty, *Die Doktrin von der margin of appreciation in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte*, S. 205.

69 Rupp-Swienty, a. a. O., S. 206.

die Konvention genannt. Die neuen Staaten haben die Konvention ab 1990 unterzeichnet und sind zum Großteil osteuropäische und ehemals kommunistische Länder. Anhand der Gewährung des »margin of appreciation« hätten diese Länder mehr Freiheiten bei der Anpassung der Konvention an ihre nationalen Gegebenheiten und bei der Übernahme der europäischen Menschenrechtsschutzstandards.⁷⁰

III. Begründung des »margin of appreciation«

Es gibt verschiedene Argumente aus unterschiedlichen theoretischen Kontexten, die den »margin of appreciation« und seine Existenz begründen und rechtfertigen.⁷¹ Grundsätzlich kann festgestellt werden, dass die Rücksicht des Gerichtshof in Bezug auf die Länder folgende Gründe hat: (1) die Souveränität der Länder, (2) die subsidiäre Natur eines internationalen Gerichts oder der Begriff der Subsidiarität im Völkerrecht, (3) die kulturelle, politische und soziale Vielfalt der Staaten, (4) das Vorhandensein unbestimmter Begriffe in der Konvention und (5) Merkmale der allgemeinen gerichtlichen Funktion.

1. Souveränität

Es gibt wenige internationale Verträge, die im gleichen Umfang wie die EMRK die Souveränität der Länder beeinträchtigen.⁷² In dieser Hinsicht wird, wie bereits festgestellt, der »margin of appreciation« genutzt, um die Beeinträchtigungen auszugleichen und den Ländern eine Art Kontrolle zurückzugeben.⁷³ Das europäische Menschenrechtssystem beinhaltet die typischen Begrenzungen eines internationalen Vertrages und der internationalen Gerichte und Organe. Die Revisionsfähigkeit des EGMR ist begrenzt und die Souveränität der Länder muss als ein Faktor, der die Gerichtsrevision in Bezug auf die Entscheidungen der lokalen Autoritäten be-

70 Vgl. Rubel, *Entscheidungsfreiräume in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofes*, S. 55.

71 Vgl. Rupp-Swienty, *Die Doktrin von der margin of appreciation in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte*, S. 200.

72 Brems, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of European Court of Human Rights*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1996), S. 298.

73 Brems, a. a. O.

grenzen kann, berücksichtigt werden. Ein Beispiel sei die Anerkennung eines breiten »margin« in eigenen politischen Fällen bezüglich souveräner Themen, wie der nationalen Sicherheit.⁷⁴

Souveränität ist ein sehr wichtiger Grundsatz im Völkerrecht. Nach Brownlie repräsentieren »die Souveränität und die Gleichheit der Länder die grundlegende verfassungsrechtliche Doktrin des Rechts der Nationen, die die Gesellschaft regiert und die die Staaten mit einer gleichmäßigen juristischen Persönlichkeit ausstattet«.⁷⁵

So kann die Souveränität als »die juristische Kompetenz, die die Staaten allgemein haben« allgemein definiert werden.⁷⁶ In einem internen Sinne, die innerstaatliche Souveränität betreffend, bedeutet Souveränität, dass »ein Staat für seine Angehörigen und auf seinem Gebiete der höchste Herrschaftsverband ist und dass gegen dessen Anordnungen und Entscheidungen an keine höhere Stelle appelliert werden kann«.⁷⁷ In einem internationalen Sinne, die völkerrechtliche Souveränität betreffend, bedeutet Souveränität, dass »die Staaten untereinander keiner überstaatlichen Macht, sondern bloß dem vom zwischenstaatlichen Konsens getragenen Völkerrecht untergeordnet sind«.⁷⁸

Nach dem zweiten Weltkrieg hat sich die Perspektive des Völkerrechts dahingehend gewandelt, dass nicht mehr die Souveränität, sondern der Menschenrechtsschutz im Zentrum steht. Dementsprechend hat sich auch der Begriff der Souveränität gewandelt. Die Souveränität kann nicht als ein absoluter Begriff definiert werden. Nach Koskeniemi »ist es nicht möglich, die Souveränität als einen Begriff, der gleichzeitig die Auffassung einer ganzen subjektiven Freiheit eines Staates und die Perspektive einer objektiven Unterwerfung, die diese Freiheit beschränkt, enthält, zu definieren«.⁷⁹ Wenn der Begriff der Souveränität absolut wäre, dann wäre entweder kein Staat frei (weil keine Souveränität existiert) oder die internatio-

74 Brems, a. a. O., S. 300.

75 Vgl. Brownlie, *Principles of Public International Law*, S. 289.

76 Brownlie, a. a. O., S. 291.

77 Rupp-Swienty, Die Doktrin von der margin of appreciation in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, S. 202.

78 Vgl. Rupp-Swienty, Die Doktrin von der margin of appreciation in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, S. 202; Vedross/Simma, *Universelles Völkerrecht*; Rubel, *Entscheidungsfreiräume in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofes*, S. 45; Shaw, *International Law*, S. 574.

79 Carozza, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, *The American Journal of International Law* (2003), S. 64f; Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, S. 211.