

Kapitel 1: Einleitung

I. Problemaufriss

Bei der *margin of appreciation* handelt es sich um eine der markantesten und zugleich eine der umstrittensten Rechtsfiguren des europäischen Menschenrechtsschutzes. Es darf unterstellt werden, dass ihre Prominenz sich aus beiden Quellen speist. Ihre praktische Relevanz konnte sie in mittlerweile über sieben Jahrzehnten entfalten, in denen die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK oder „die Konvention“) zunächst in den westeuropäischen Gründungsstaaten, später in sämtlichen Mitgliedstaaten des erweiterten Europarates angewendet wurde und weiter wird. Zwar fand die *margin of appreciation* weder in den *travaux préparatoires*¹ Erwähnung, noch benannte der Konventionstext bislang² explizit den Gedanken

¹ Siehe bspw. Gross, Oren/ *Ní Aoláin*, Fionnuala: From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights, *Human Rights Quarterly* (23) 2001, 625 (625).

² In die Präambel soll mit folgendem Satz zeitnah eine Bezugnahme auf die *margin of appreciation* aufgenommen werden: „Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention.“ Vgl. Brighton Declaration vom 20. April 2012, para. 12, abrufbar unter http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf [Zugriff am 11.2.2017].

staatlicher Ermessensfreiräume.³ In den Judikaten der Europäischen Kommission für Menschenrechte („die Kommission“), wenig später auch in denen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR oder „der Gerichtshof“) findet er sich hingegen früh. Die funktionale Bedeutung der mithin richterrechtlich geschöpften *margin of appreciation* wuchs sodann schnell. Bereits Ende der 1990er Jahre hatten sich Kommission und EGMR in über 700 Urteilen auf die Idee richterlicher Zurückhaltung berufen.⁴ Da ihre argumentative Nutzbarmachung – ausdrücklicher oder impliziter Art – seither weiter zugenommen hat,⁵ gilt die *margin* nunmehr als fester Bestandteil der Straßburger Spruchpraxis. Richter *Ronald St. James Macdonald* stellte bereits Ende der 1980er Jahre entsprechend fest, dass „[t]he margin of appreciation is at the heart of virtually all major cases that come before the Court, whether the judgments refer to it explicitly or not.“⁶

Diese praktische Relevanz kontrastiert indessen mit einer nicht von der Hand zu weisenden dogmatischen Unschärfe. Allein über das allgemeine Wesen der Rechtsfigur herrscht Klarheit. So dient die *margin of appreciation* grosso modo der Allokation von Entscheidungsverantwortlichkeiten zwischen Konventionsstaaten und -system. Sie kodiert die Zurückhaltung der europäischen Richter („judicial deference“) gegenüber konkurrierenden nationalen Entscheidungsträgern und gilt gemeinhin als Nebenprodukt des kompetenziellen Grundverhältnisses zwischen dem europäischen Menschengerichtshof und den demokratisch mandatieren Nationalstaaten. Während ersterer vorrangig die Etablierung möglichst einheitlicher europäischer Menschenrechtsstandards anstrebt, beharren letztere in historisch und ideengeschichtlich gewachsener Diversität oftmals auf ihren jeweiligen kulturellen und sozioökonomischen Präferenzen. Die *margin* bezeichnet sodann jenes Maß an freiem Ermessen, das der EGMR den Mitgliedstaaten in selbstgewählter Bescheidung hinsichtlich der konkreten Umsetzung der konventionsrechtlichen Vorgaben zubilligt.

Über diese erste Definition gehen Schrifttum und Rechtsprechung jedoch nur selten hinaus. Straßburger Judikate beschränken sich in der Regel auf knappe,

³ Die *margin of appreciation* lässt sich als „Ermessens- oder Beurteilungsspielraum“ oder auch „Ermessensfreiraum“ übersetzen. Freilich sind diese Begriffe bereits eng mit der deutschen (Verwaltungs)Rechtswissenschaft verbunden und mit bestimmten Sinngehalten und dogmatischen Implikationen belegt. Ihre Verwendung ist indes unschädlich, solange man sich den dogmatischen, spezifisch europäischen Eigenstand der *margin of appreciation* gegenwärtig hält.

⁴ *Itzcovich*, Giulio: One, None and One Hundred Thousand Margins of Appreciation: The *Lautsi* Case, *Human Rights Law Review* (13) 2013, 287 (293).

⁵ *Cakmak*, Cenap: The Problem Relating to the Margin of Appreciation Doctrine under the European Convention on Human Rights, *Review of International Law and Politics* (5) 2006, 18 (21).

⁶ Zitiert bei *Brems*, Eva: The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (56) 1996, 240 (242).

etablierte Sprachregelungen, die die genauen Funktionsbedingungen und Bewegungsgesetze der *margin of appreciation* nicht zu erkennen geben. Freilich ist es Aufgabe des Gerichtshofs, konkrete Einzelfälle zu entscheiden – zu methodologischen Rechenschaftslegungen ist er weder berufen noch verpflichtet.⁷ Je heterogener er die *margin of appreciation* jedoch handhabt, desto schwieriger fällt ihre dogmatische Positionsbestimmung.⁸ Das Schrifttum hat sich wiederum in langen Jahren um eine Systematisierung des umfangreichen Fallmaterials und eine entsprechend induktive Herleitung der *margin*-Dogmatik bemüht.⁹ Verschiedene Studien versuchten, durch Analyse der EGMR-Rechtsprechung diejenigen Faktoren zu identifizieren, die die Gewährung und den Umfang nationalstaatlicher Beurteilungsfreiräume determinieren. Dieses Unterfangen war bislang jedoch nur bedingt erfolgreich und brachte unterschiedliche Aufstellungen vermeintlich maßgeblicher Bezugsgrößen (sog. *margin*-Faktoren) hervor, ohne dass man sich aber auf deren definitive Zahl oder jeweilige Definition abschließend hätte verständigen können. Dies ist misslich, da der praktische Wert und Nutzen einer Rechtsfigur wesentlich

⁷ Jung hat zutreffend darauf hingewiesen, dass der EGMR entsprechend seiner Entscheidungsphilosophie, die tendenziell auf Remedur im Einzelfall ziele, nicht zur Überformulierung seiner normativen Botschaften neigt. Vgl. Jung, Heike: Upgrade für die *margin of appreciation*?, in: Calliess, Christian (Hrsg.), Herausforderungen an Staat und Verfassung, Baden-Baden 2015, S. 976 (982).

⁸ Zur Kritik an der inkonsistenten Handhabung der *margin of appreciation* vgl. u. a. McHarg, Aileen: Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, *The Modern Law Review* (62) 1999, 671 (687); Greer, Steven: The European Convention on Human Rights – Achievements, Problems and Prospects, Cambridge 2006, S. 223; O'Donnell, Thomas: The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, *Human Rights Quarterly* (4) 1982, 474 (495); Benavides Casals, María Angélica: El Consejo y el Margen de Apreciación en la Protección de los Derechos Humanos, *Revista Ius et Praxis* (15) 2009, 295 (301); Bakircioglu, Onder: The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases, *German Law Journal* (8) 2007, 711 (712 f.); Carozza, Paolo G.: Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law, *The American Journal of International Law* (97) 2003, 38 (70); Popovic, Dragoljub: Prevailing of Judicial Activism Over Self-Restraint in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, *Creighton Law Review* (42) 2009, 361 (394); Greer, Steven: The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights, Human rights files No. 17, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2000, S. 32; Hartmann, Joan F.: Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies – A Critique of Implementation by the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations, *Harvard International Law Journal* (22) 1981, 1 (2).

⁹ Yourow, Howard Charles: The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the European Human Rights Jurisprudence, Den Haag 1996; Brems: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 1996, 240 ff.; Rupp-Swienty, Annette: Die Doktrin von der *margin of appreciation* in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, München 1999; Arai-Takahashi, Yutaka: The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, Antwerpen 2002.

von der Präzision, Kohärenz und Vorhersehbarkeit ihrer Anwendung abhängt, und hat der *margin of appreciation* bereits den Vorwurf eingetragen, als dogmatische Leerstelle und rhetorischer Kunstgriff den Blick darauf zu verstellen, dass der EGMR in heiklen Fällen die entscheidende Stellungnahme schlicht vermeidet.¹⁰

Die herrschende Unklarheit um die *margin of appreciation* wird überdies durch ihre Verschränkung mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip erhöht. Bei jener Rechtsfigur handelt es sich um ein – je nach institutionellem Verwendungskontext – ein- bis mehrstufiges Prüfungsprogramm zur Feststellung der Rechtfertigbarkeit einer konkreten Rechtsbeschränkung. Speziell in der Rechtsprechung des EGMR knüpft dieses semantisch an die Frage an, ob eine bestimmte Rechtsbeeinträchtigung „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sei“ (bspw. Art. 8–11 Abs. 2 EMRK). Wie die *margin of appreciation* ist auch dieser „Test demokratischer Notwendigkeit“ weitgehend unterkonzeptionalisiert. Im Einzelnen nachvollziehbar vermitteln die holistischen *fair-balance*-Tests des EGMR in ihrer Summe den Eindruck, dass dessen Spruchpraxis weniger von prinzipiengeleiteter Rechtsanwendung gekennzeichnet ist, als von solitären Einzelfallentscheidungen, die durch ihre Fokussierung auf die jeweils partikulare Interessenkonstellation belastbare abstrahierte Grenzziehungen verunmöglichen.¹¹ So gelingt es dem EGMR in vielen Bereichen bislang nicht, vorhersehbare Minima konventionsrechtlicher Gewährleistungen für typische Fallgruppen zu konturieren.¹² Dass *margin of appreciation* und Verhältnismäßigkeit sodann oftmals nicht sauber auseinander gehalten werden, führt zu weiteren Begriffsverwirrungen und dogmatischen Unklarheiten.

Diese dogmatische Unübersichtlichkeit bleibt nicht ohne Folgen für die Funktionalität des Konventionssystems. Dabei ist die Ausgangslage zunächst durchaus günstig: Das europäische Menschenrechtsschutzsystem, das im Nachgang des Zweiten Weltkrieges auf Betreiben des kurz zuvor gegründeten Europarates geschaffen wurde, kann nach beinahe 70 Jahren auf erstaunliche Erfolge zurückblicken. Seit der Unterzeichnung der EMRK am 4. November 1950 und der anschließenden Errichtung der Straßburger Institutionen, ist es gelungen, die Staaten Europas auf ein umfassendes, grenzüberschreitendes Regelwerk zum Schutze der Rechte und Freiheiten ihrer Bürger zu verpflichten. Heutzutage gilt das europäische Konventionssystem unangefochten als das wirkmächtigste Modell regionalen Menschenrechtsschutzes. Diese über Europa hinaus wirkmächtige Vorbildfunktion ist Straßburg in vielen Jahren zugewachsen, in denen Kommission und Gerichtshof die Konventionsstaaten, individuelle Beschwerdeführer und die europäische Öffentlichkeit von der Sinnhaftigkeit und Legitimität ihrer Rechtsprechung überzeugen konnten. Die Popularität und der politische Kredit, den insbesondere der EGMR sich erworben hat, kommen sowohl in der Rezeption seiner Entscheidungen in den

¹⁰ Arai-Takahashi, The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, 2002, S. IX.

¹¹ Zur erhöhten Kontingenz abwägungsorientierten Entscheidens vgl. v. Bernstorff, Jochen: Kerngehaltsschutz durch den UN-Menschenrechtsausschuss und den EGMR: Vom Wert kategorialer Argumentationsformen, Der Staat (42) 2011, 165 (173 f.).

¹² So bspw. v. Bernstorff, Der Staat 2011, 165 (181).

nationalen Rechtsordnungen als auch in einer stetig wachsenden Zahl angestrenzter Verfahren zum Ausdruck. Einen ganz wesentlichen Beitrag zu diesem Erfolg leisten dabei die natürliche Autorität der Straßburger Richter und die Suggestionskraft ihrer Urteile, die das Fehlen zwangsbewehrter Durchsetzungsmechanismen in vielen Fällen kompensieren.¹³

Nun ist diese Autorität aber weder naturwüchsig noch garantiert, sondern hängt ungeachtet der allgemeinen Wertschätzung des Gerichtshofs ganz wesentlich von der argumentativen Stringenz und Nachvollziehbarkeit seiner Entscheidungen ab. Die Mitgliedstaaten werden nur dauerhaft bereit sein, den Anwendungs- und Auslegungsvorgaben des Gerichtshofs zu folgen, wenn dieser seine Ergebnisse stets methodisch klar, transparent und überzeugend fundiert.¹⁴ Daran erinnern zunehmend kritische Wortmeldungen aus Forschung und Politik, die insbesondere in den letzten Jahren begonnen haben, die Bedeutsam- und Maßgeblichkeit der EGMR-Rechtsprechung in Zweifel zu ziehen,¹⁵ und so das latente Spannungsverhältnis zwischen dem Gerichtshof und den Mitgliedstaaten offenlegen. Sowohl wegen kompetenzieller Übergriffigkeit als auch wegen mangelhafter Klarheit, Präzision und Kohärenz in der Sache ist Straßburg wiederholt in die Kritik geraten.¹⁶ Als wesentliche Ursache dieses Missstandes gilt dabei gerade auch die *margin of appreciation*, der angelastet wird, sowohl hinsichtlich ihrer abstrakten Funktionsmechanismen als auch in Bezug auf ihre jeweilige Anwendung auf den konkreten Fall ein nicht unerhebliches Maß an Ungewissheit in die Straßburger Spruchpraxis zu tragen. Da die Qualität richterlicher Entscheidungsfindung und –begründung

¹³ In der Tat werden die Urteile des EGMR derart regelhaft befolgt, dass *Helfer* und *Slaughter* resümieren, diese seien mittlerweile „as effective as those of any domestic court.“ *Helfer*, Laurence R./ *Slaughter*, Anne-Marie: Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication, *Yale Law Journal* (107) 1997, 273 (283).

¹⁴ *Gerards*, Janneke: How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights, *International Journal of Constitutional Law* (11) 2013, 466 (468).

¹⁵ Eine Übersicht über die jüngsten Angriffe auf die Rechtsprechung des EGMR liefert *Hale*, Brenda; *Argentorum Locutum: Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme?*, *Human Rights Law Review* (12) 2012, 65 (67 f.). Unter anderem wird moniert, der EGMR judiziere zu invasiv und generalisierend ohne Rücksichtnahme auf die nationalen Spezifika der Mitgliedstaaten. Die Gefahr der Missachtung Straßburger Urteile formuliert auch deutlich: *McCrudden*, Christopher/ *O’Leary*, Brendan: Courts and Consociations, or How Human Rights Courts May De-stabilize Power-sharing Settlements, *The European Journal of International Law* (24) 2013, 477 (500 f.).

Vgl. auch *Wildhaber*, Luzius: Recent Criticism of the European Court of Human Rights, in: *Hafner*, Gerhard/ *Matscher*, Franz u. a. (Hrsg.), *Völkerrecht und die Dynamik der Menschenrechte. Liber Amicorum Wolfram Karl*, Wien 2012, S. 160 ff.

Insb. Stimmen in Großbritannien erwägen wiederkehrend einen Austritt aus der EMRK, siehe dazu Meldung in *DIE ZEIT* vom 2. Oktober 2013, S. 12.

¹⁶ *Hale*, *Human Rights Law Review* 2012, 65 (67 f.); *Greer*, Steven: Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights, *Oxford Journal of Legal Studies* (23) 2003, 405 (407).

aber legitimitätskonstitutiv ist,¹⁷ droht der Gerichtshof die suggestive Kraft seiner Urteile über kurz oder lang zu beschädigen, wenn er die Unklarheiten um eine seiner markantesten methodologischen Charakteristika nicht beseitigt. Die entsprechende Notwendigkeit einer dogmatischen Neuaufstellung der *margin of appreciation* bildet den Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit.

II. Methodischer Zugriff

Wenn der Status quo nun auch unbefriedigend sein mag, heißt dies zunächst keinesfalls, dass die *margin of appreciation* im Ganzen aufgegeben werden sollte oder gar müsste. Als etablierter Bestandteil der Straßburger Methodik – der durch Aufnahme einer ausdrücklichen Bezugnahme in die Präambel der EMRK zudem in Kürze eine erneute rechtspolitische Bestätigung erfahren dürfte¹⁸ – hat sie ihre grundsätzliche Berechtigung. Eine Beseitigung der dogmatischen Unstimmigkeiten durch vollständige Ablehnung der Rechtsfigur würde bedeuten, das sinnbildliche Kind mit dem Bade auszuschütten. Gleichwohl drängt die Inkonsistenz ihrer praktischen Anwendung zu einer konzeptionellen Überarbeitung. Eine entsprechend grundsätzliche Auseinandersetzung mit der *margin*-Doktrin fehlt bislang insbesondere in der deutschen Rechtswissenschaft.¹⁹ Die letzte deutschsprachige Monographie zum Thema erschien im Jahre 1999.²⁰ Aber auch im internationalen Schrifttum ist es um

¹⁷ Zur Bewertung der Legitimität richterlicher Tätigkeit bietet das Schrifttum einen Katalog legitimitätskonstitutiver Faktoren an, deren wesentlichster die Qualität der Entscheidungsfindung und -begründung ist. Zu diesen sollen des Weiteren gehören: Der Respekt vor den Kompetenzen politischer Instanzen und die neutrale Distanz zu ihren jeweiligen Interessen; in temporaler Hinsicht die Beständigkeit und Widerspruchsfreiheit der Entscheidungen im Laufe der Zeit. Wichtig sei des Weiteren die Qualität des einzelnen Urteils, insb. eine prinzipiengeleitete und schlüssige Entscheidungsbegründung. Vgl. *Helper/ Slaughter*, Yale Law Journal 1997, 273 (284).

¹⁸ In die Präambel soll mit folgendem Satz eine Bezugnahme auf die *margin of appreciation* aufgenommen werden: „Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention.” Vgl. Brighton Declaration vom 20. April 2012, para. 12, abrufbar unter http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf [Zugriff am 11.2.2017].

¹⁹ Das mag unter anderem daran liegen, dass das methodische Interesse hierzulande mehr der Relevanz der EMRK für das deutsche Recht und der Geltung und praktischen Umsetzung einzelner Judikate gilt, als den originären Rechtsfiguren und Argumentationsmustern Straßburgs. Mit weiteren Nachweisen *Jung*, in: Calliess (Hrsg.), Herausforderungen an Staat und Verfassung, 2015, S. 976 (978).

²⁰ *Rupp-Swienty*, Die Doktrin von der *margin of appreciation* in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 1999.

die *margin of appreciation* stiller geworden. Ein Grund hierfür dürfte nicht zuletzt eine Verschiebung des akademischen Interesses sein, das sich in den letzten Jahren immer mehr der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Allgemeinen, dem *fair-balance*-Test des EGMR im Konkreten zugewandt hat.²¹ Diesem Trend zum Trotz geht die vorliegende Arbeit jedoch davon aus, dass die *margin* keinesfalls aus dem Blickfeld geraten sollte. Angesichts der langjährigen, oft wenig ergebnisreichen Auseinandersetzung mit der Doktrin mag eine gewisse diskursive Ermüdung verständlich sein, ändert jedoch nichts an der fortbestehenden Notwendigkeit ihrer konzeptionellen Klärung. Da beide Phänomene – *fair-balance*-Test und *margin of appreciation* – zwar dogmatisch unterschiedliche Funktionen erfüllen, strukturell jedoch ebenso eng miteinander verwoben sind, steht es nicht zu erwarten, dass sich der substantiell orientierte *fair-balance*-Test ohne ein hinlängliches Verständnis des institutionellen Instruments *margin of appreciation* umfassend begreifen lassen wird.²²

Ziel und Ehrgeiz der vorliegenden Arbeit ist es daher, die *margin of appreciation* neu zu durchdenken, ins rechte Licht zu setzen und auf diesem Wege dogmatisch schlüssiger und praktisch vorhersehbarer zu machen. Gelingt dies, sollte daran bestenfalls eine künftige Aufarbeitung der Verhältnismäßigkeitsprüfung für den europäischen Menschenrechtsschutz anschließen können.

Um einen möglichst nachhaltigen Beitrag zur Optimierung der Rechtsprechungspraxis des EGMR zu leisten, wird die Arbeit sich dabei methodisch auf einer mittleren Ebene zwischen Dogmatik und Theorie, zwischen den mutmaßlich autoritativen Vorgaben der Rechtspraxis auf der einen Seite und abstrakt-theoretischen Konstruktionen auf der anderen Seite bewegen:

Zum einen wird sie über rechtsprechungsorientierte, induktive Systematisierungsbemühungen hinausgehen, die der herrschenden Spruchpraxis eine inhärente, lediglich zu detektierende Rationalität unterstellen. Damit soll vermieden werden, die gegenwärtigen Missstände durch Bereitstellung eines legitimierenden Ordnungsmusters rechtswissenschaftlich zu sanktionieren und so zu verfestigen. Eine allzu unkritische, theoretisch abstinente Reflexion des stetig nachwachsenden Fallmaterials droht wenig mehr hervorzubringen, als argumentative Ressourcen zur Rechtfertigung und Stabilisierung der derzeitigen *margin*-Praxis. Ein bloßes Arrangieren und Verwalten des vorhandenen Materials bedeutet dogmatische Besitzstandspflege, weil ohne kritische Distanz zur Praxis konstruktive Impulse für eine Innovation des etablierten dogmatischen Programms nicht gesetzt werden können.

Will man die *margin of appreciation* nun nicht nur von außen beschreiben, sondern ihre Handhabung von innen formen, gestalten und zur Behebung ihrer konzeptionellen Unstimmigkeiten beitragen, gilt es also, sich von einer allzu engen Orientierung an den vermeintlich maßgebenden Standards des Gerichtshofs zu

²¹ Zu diesem Befund gelangt als langjähriger Beobachter des EGMR *Christoffersen*, Executive Director des Danish Institute of Human Rights: *Christoffersen*, Jonas: *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden 2009, S. 2, 228.

²² So auch *Rivers*, Julian: *Proportionality and Variable Intensity of Review*, *Cambridge Law Journal* (65) 2006, 174 (182).

lösen und diese vor den Hintergrund allgemeiner Prinzipien zu hinterfragen. Die *margin* ist einer theoretisch informierten Analyse zu unterziehen, die sich nicht in der Strukturierung der gegenwärtigen Praxis erschöpft, sondern klärt, ob und in welcher Form richterliche Zurückhaltung in Straßburg tatsächlich normativ berechtigt ist. Ehrgeizig formuliert interessierte diese Arbeit mithin weniger das Sein, als das Sollen. Folgerichtig wird sie im Übrigen auch nicht an politischen Realitäten oder scheinbaren rechtspragmatischen Zwängen Maß nehmen und sich prozessökonomischer und rechtspolitischer Argumente weitgehend enthalten.

Zum anderen will die Arbeit nichtsdestoweniger spruchpraktisch umsetzbare, anschlussfähige Lösungen anbieten und kann sich folgerichtig nicht exklusiv auf der Ebene abstrakter Theorie bewegen. Einer dogmatisch schweisgsamen Praxis, die wenig von den eigenen methodologischen Prämissen zu erkennen gibt, sollten keine (über)komplexen theoretischen Zuschreibungen aufgezwungen werden. Zwar darf sich das Nachdenken über die *margin of appreciation* nicht unreflektiert von den Bewegungsgesetzen der EGMR-Praxis bestimmen lassen, soll sich aber ebenso wenig in kategorischer Lossagung von der Praxis – bei entsprechend sinkender Wahrscheinlichkeit mittel- bis langfristiger Rezeption – ausschließlich mit theoretischen Kategorien und Perspektiven befassen. So liegt es auch nicht in der Absicht der Arbeit, eine allgemeingültige Theorie richterlicher Zurückhaltung oder variierender Prüfungsintensitäten für den Bereich internationaler Menschenrechtsrechtsprechung zu entwickeln.²³ Die zentralen strukturellen Vorgaben der EGMR-Jurisprudenz werden ihr daher weiterhin zugrunde gelegt, weswegen die *margin of appreciation* beispielsweise durchgängig in enger Bindung an den charakteristischen *fair-balance*-Test des EGMR gedacht werden wird. Richterliche Zurückhaltung auf anderen denkbaren Ebenen hypothetischer Verhältnismäßigkeitsprüfungen, wie beispielsweise Geeignetheits- oder Erforderlichkeitserwägungen, bleibt unberücksichtigt, insoweit diese in Straßburg nicht angestellt werden.²⁴ Damit ist die Arbeit theoretisch sicherlich weniger ambitioniert als Beiträge zur universellen Diskussion um das Phänomen inter- und supranationaler richterlicher Zurückhaltung („*judicial deference*“), die Rezeptionsfähigkeit ihrer Ergebnisse liegt indes vermutlich höher.

Die Arbeit als Ganze projiziert also weder eine abstrakte Theorie richterlicher Zurückhaltung noch eine induktive Herleitung der *margin of appreciation* aus der Rechtspraxis. Ihr Ziel ist ein theoretisches Verständnis eines Schlüsselkonzepts der EGMR-Praxis im Allgemeinen, die deduktive De- und Rekonstruktion der *margin* und ihrer Bezugsgrößen nach Maßgabe allgemeiner Prinzipien im Konkreten. Vor dem Hintergrund meta-dogmatischer Folien werden die dogmatischen Vorgaben des EGMR größtenteils dekonstruiert und neu geordnet, um letztlich eine stimmige *margin*-Dogmatik zu entwerfen, die mit den allgemeinen Strukturprinzipien des

²³ In dieser Hinsicht sicherlich ambitionierter *Legg*, Andrew: *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*, Oxford 2012.

²⁴ Anders verfährt bspw. *Gerards*, die die *margin of appreciation* auch in Kombination mit hypothetischen Geeignetheits- und Erforderlichkeitstests durchspielt. Vgl. *Gerards*, *International Journal of Constitutional Law* 2013, 466 (475, 481, 487).

Konventionssystem in Einklang steht. Die separaten Komponenten der bisherigen Doktrin sind zu diesem Zwecke sukzessive kritisch zu hinterfragen: Sind die einzelnen *margin*-Faktoren für sich genommen tatsächlich legitim, aus sich heraus schlüssig und beeinflussen sie berechtigterweise die Entscheidungsfindung des EGMR? Die allgemeinen Prinzipien, vor deren Hintergrund diese Fragen beantwortet werden können, erwachsen wiederum aus der fundamentalen Kompetenzverteilung zwischen dem EGMR und den Konventionsstaaten: Um festzustellen, wer über die Demarkation konventionsrechtlicher Positionen befinden *kann* und *darf*, werden drei theoretische Konzepte in Anschlag gebracht werden können: Die erkenntnistheoretischen Grenzen internationaler Spruchkörper, die Subsidiarität des Konventionssystems und die demokratietheoretische vermittelte Legitimität der Nationalstaaten. Ein jedes dieser drei Konzepte kann die jeweilige innere Logik der *margin*-Faktoren erhellen. Dennoch werden zahlreiche überkommene Bezugsgrößen die Konfrontation mit dem je maßgeblichen Prinzip nicht überstehen. Die Ausführungen des letzten Viertels der Arbeit, die sich der abschließenden Konstruktion einer neuen *margin*-Dogmatik widmen, werden dies ausschließlich durch Rückgriffe auf die demokratische Legitimität der nationalen Autoritäten tun. Ohne den Anspruch, objektive Wahrheiten zu generieren, bekennt sich die Arbeit somit zu einem dezidiert demokratischen Projekt.

Am Ende der Arbeit wird eine stark verschlankte *margin*-Dogmatik stehen, die sowohl die spezifisch juristische Aufgabe des EGMR als Hüter individueller Rechtspositionen achtet als auch den legitimen Beitrag konventionsstaatlicher Institutionen zur Verwirklichung der Konventionsrechte anerkennt – eine Dogmatik, wie sie sich bislang nicht ausdrücklich in den Judikaten des Gerichtshofs findet, aus denen sie sich ebenso wenig eindeutig ableiten lässt, die dem Gerichtshof dessen ungeachtet jedoch angetragen werden soll. Sie wird Vorschläge enthalten, wie richterliche Zurückhaltung in regelgebundener Form praktiziert werden kann, ohne unangebrachte Nachsicht gegenüber Konventionsverletzungen zu üben oder die Funktionen und legitimen Befugnisse der Nationalstaaten zu beschädigen. Sollte Straßburg sich auf dieses Angebot einlassen, wäre für die Praxis des europäischen Menschenrechtsschutzes einiges gewonnen. Bestenfalls könnte die Neustrukturierung der *margin*-Doktrin einen Beitrag zu Wiederherstellung größerer Klarheit und Berechenbarkeit der Arbeit des Gerichtshofs leisten.

III. Ausblick auf die Arbeit

Die vorliegende Arbeit hat es sich zum Ziel gesetzt, die Rechtsfigur der *margin of appreciation* dogmatisch neu aufzustellen, zu rationalisieren und so die Handhabung der *margin* im Speziellen, die Rechtsprechung des EGMR im Allgemeinen vorhersehbarer zu machen. Dies gelingt durch eine radikale Reduktion des zuweilen unübersichtlichen Kanons derjenigen Faktoren, die nach überkommener Auffassung für Übung und Umfang richterlicher Zurückhaltung in Straßburg maßgeblich sein sollen. Hierbei geht die Arbeit dreischrittig vor:

Kap. 2 eröffnet mit einer institutionellen Kontextualisierung des EGMR. Da es sich um die erste deutschsprachige Monographie zum Thema seit 1999 handelt,²⁵ wird sodann die Genese, Rhetorik und Handhabung der *margin of appreciation* in der Straßburger Rechtsprechung aufgearbeitet, um ein tieferes Verständnis ihrer Inhalte und Variablen zu ermöglichen.

Kap. 3 zeichnet im Anschluss die Konturen des aktuellen Diskursstandes nach und würdigt die Erkenntnisse der bisherigen wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit der *margin of appreciation*. Da das Phänomen richterlicher Zurückhaltung in der Rechtsprechung des EGMR eng mit der nicht weniger komplexen Rechtsfigur der Verhältnismäßigkeit verwoben ist, lässt sich die eine Rechtsfigur schwerlich ohne Bezugnahme auf die andere begreifen. Aus diesem Grunde erfolgt zunächst eine isolierte Darstellung sowohl der jeweiligen Wesens- und Funktionsbestimmung als auch der Kritik, der beide Konzepte wiederkehrend begegnen. Die Bestimmung des jeweiligen dogmatischen Standortes ermöglicht die anschließende Klärung ihrer wechselseitigen dogmatischen Verschränkung (**Kap. 3 I 1**) und schafft so die Grundlage für die erste wesentliche Reduktion des überkommenen Kanons der *margin*-Faktoren (s.u.). Eben jenen Kanon entwickelt eine nachfolgende Synthese des bisherigen Schrifttums (**Kap. 3 I 2**). Das Kapitel schließt mit der jüngsten Studie von *Andrew Legg* aus dem Jahr 2012,²⁶ der ein erster dogmatischer Durchbruch gelungen ist: Durch eine konsequente Unterscheidung von substantieller Verhältnismäßigkeitsprüfung und institutioneller richterlicher Zurückhaltung erreichte *Legg* eine deutliche Verschlinkung des Faktorenkanons auf drei Bezugsgrößen: Konventionsstaatlicher Konsens, konventionsstaatliche Expertise und überlegene demokratische Legitimität der Konventionsstaaten. (**Kap. 3 II**).

Diesen Dreiklang stellt **Kap. 4** abermals auf den Prüfstand. Die entsprechenden Ausführungen bilden den Schwerpunkt der Arbeit und widmen sich eingehend der Analyse von Berechtigung und Struktur richterlicher Zurückhaltung innerhalb des horizontal wie vertikal gewaltenteilten Konventionssystems. Eingedenk der Tatsache, dass jede Bezugsgröße eigenen inneren Gesetzmäßigkeiten folgt, unterzieht die Arbeit sowohl den Faktor des konventionsstaatlichen Konsens als auch den Faktor nationaler Expertise einer ausführlichen immanenten Kritik. Im Ergebnis werden beide Bezugsgrößen verworfen werden können: Der Konsensfaktor erübrigt sich im Wesentlichen infolge der rückläufigen Maßgeblichkeit des Konzepts nationalstaatlicher Souveränität und der entsprechend steigenden Relevanz des Subsidiaritätsprinzips (**Kap. 4 I**); der Faktor überlegener Expertise scheitert an der Irrelevanz überlegenen Fachwissens und Sachverständes für abwägende Wertentscheidungen, auf welche richterliche Zurückhaltung i.S.d. *margin of appreciation* sich jedoch ausschließlich bezieht (**Kap. 4 II**). So verbleibt allein die überlegenen demokratische Legitimität der nationalen Entscheidungsträger als tauglicher *margin*-Faktor.

Um die so ermittelte, singulär motivierte *margin of appreciation* handhabbar zu machen, klärt die Arbeit anschließend, welches Demokratieverständnis ihr

²⁵ *Rupp-Swienty*, Die Doktrin von der *margin of appreciation* in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 1999.

²⁶ *Legg*, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*, 2012.

vernünftigerweise unterlegt werden muss (Kap. 4 III). Dabei werden weder radikal republikanische, noch rigoros liberale Demokratiekonzepte dem Phänomen richterlicher Zurückhaltung gerecht: Republikanische Demokratiemodelle, weil sie sich jeder Form richterlicher Kontrolle von vornherein verwehren müssen; liberale Demokratiemodelle, weil ihre Logik keinerlei richterliche Zurückhaltung verlangt. Allein zirkuläre Modelle zur Begründung von Grund- und Menschenrechten lassen sowohl Raum für grundsätzliche richterliche Zurückhaltung als auch für subsidiäre richterliche Kontrolle im Bedarfsfall. Die Arbeit entwirft im Ergebnis eine exklusiv demokratietheoretisch motivierte Dogmatik richterlicher Zurückhaltung bei Zugrundelegung eines zirkulären Menschenrechtsmodells.

Abschließend werden die entsprechenden Schlüsse für die *margin*-Praxis des EGMR gezogen. Kap. 5 fasst die Ergebnisse der vorgängigen Kapitel zusammen und entwickelt hieraus sowohl Maßgaben für die Übung richterlicher Zurückhaltung als auch erste Empfehlungen für die Durchführung von Verhältnismäßigkeitsprüfungen durch den EGMR. Bei regelhaft gebotener richterlicher Zurückhaltung sollte diese bei entsprechenden Kontraindikationen ausnahmsweise fallen gelassen werden.

Die Margin of Appreciation

Entwurf einer Dogmatik monokausaler richterlicher

Zurückhaltung für den europäischen

Menschenrechtsschutz

Asche, J.

2018, XII, 257 S. 4 Abb., Hardcover

ISBN: 978-3-662-54865-3