

ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR  
DER UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

*Herausgegeben von Jacques Dubey und Hubert Stöckli*

445

---

PETRU ZLĂTESCU

Die evolutive Auslegung  
der EMRK:  
Living instrument im  
Zeitalter der Subsidiarität

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht.....	IX
Inhaltsverzeichnis.....	XIII
Literaturverzeichnis.....	XXI
Materialienverzeichnis.....	XXXIII
Abkürzungsverzeichnis.....	XXXVII

<b>Einleitung.....</b>	<b>1</b>
<b>I. Einführung in das Forschungsthema.....</b>	<b>3</b>
A. Einblick in das Forschungsthema.....	3
B. Politischer Kontext der Forschungsfrage.....	4
<b>II. Forschungsansatz.....</b>	<b>7</b>
A. Forschungsfragen.....	7
B. Forschungsvorgehen.....	7
<b>III. Kontextueller Hintergrund.....</b>	<b>9</b>
A. Kontextgebundenheit der Strassburger Rechtsprechung.....	9
B. Die Anfangsjahre der Strassburger Organe (1950-1975).....	9
1. Zurückhaltung des EGMR.....	9
2. Subsidiarität, aber keine evolutive Auslegung.....	11
C. Die Entwicklung des EGMR zu einer menschenrechtlichen Höchstinstanz Europas (1975-1990).....	12
1. Zunehmende Anerkennung durch die Mitgliedstaaten.....	12
2. Beginn der evolutiven Auslegung.....	13
3. Begünstigende exogene Faktoren.....	14
4. Weiterer Ausbau des Subsidiaritätsprinzips.....	15
5. Exkurs: Die Schweiz.....	16
D. Die Osterweiterung des Europarates und das 11. Zusatzprotokoll (1990-2010).....	20
1. Simultaneität institutioneller Entwicklungen des Konventionssystems.....	20
2. Strukturelle mitgliedstaatliche Defizite im Vordergrund.....	20
3. Anhaltende subsidiaritätsrelevante Nachwirkungen.....	21
E. Der Interlaken-Reformprozess und das Zeitalter der Subsidiarität.....	22

F.	Würdigung.....	23
<b>1. Teil: Subsidiarität im EMRK-System .....</b>	<b>25</b>	
<b>I.</b>	<b>Subsidiarität als zukunftsweisendes Strukturprinzip des Konventionssystems.....</b>	<b>27</b>
A.	Subsidiarität als aktueller Belang .....	27
B.	Subsidiarität als Strukturprinzip des Konventionssystems.....	28
C.	Gegenstand der Subsidiarität im Konventionssystem .....	29
	1. Grundsätzliche Regelung der Kompetenzausübung .....	29
	2. Die zu organisierenden Rollen.....	30
	a. Primäre Verantwortung der Mitgliedstaaten .....	30
	b. Subsidiäre Kompetenz des EGMR.....	34
	3. Komplementarität im Mittelpunkt .....	35
<b>II.</b>	<b>Formen der Subsidiarität.....</b>	<b>37</b>
A.	Verfahrensbezogene Subsidiarität .....	38
	1. Wirksame innerstaatliche Beschwerde .....	39
	2. Zulässigkeitsvoraussetzungen der Individualbeschwerde .....	40
B.	Materielle Subsidiarität.....	42
	1. Auslegung des nationalen Rechts und Sachverhaltsfeststellung.....	44
	2. Verpflichtung nationaler Behörden zu einem bestimmten Handeln .....	47
	3. Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten.....	48
C.	Subsidiarität im Rahmen der Urteilsumsetzung .....	49
	1. Primärverantwortung der Mitgliedstaaten .....	49
	2. Beschränkte Beteiligung des EGMR in der Umsetzungsphase .....	50
	3. Konkrete Umsetzungsvorgaben durch den EGMR.....	53
	a. Verwirklichung der verfassungsgähnlichen Funktion der Konvention.....	54
	b. Piloturteile .....	56
	4. <i>Erga omnes partes</i> Wirkung Strassburger Urteile? .....	58
D.	Der staatliche Ermessensspielraum insbesondere .....	60
	1. Einleitung .....	60
	2. Aktualität und Bedeutung .....	60
	3. Vorhersehbarkeit trotz Einzelfallbezogenheit.....	62
	4. Kriterien zur Bestimmung des Ermessensspielraums .....	63
	a. Qualität innerstaatlicher Verfahren .....	64
	aa. Verfahren aller Staatsgewalten relevant.....	64
	bb. Legislativverfahren im Vordergrund.....	67
	cc. Zentrales Kriterium in der Praxis .....	68

dd.	Besonders sensible Anliegen.....	70
ee.	Prozessökonomische Bedeutung .....	72
b.	Absolute Konventionsgarantien und Kerngehalt .....	73
c.	Art der kollidierenden Interessen .....	74
aa.	Politische, moralische oder religiöse Überzeugungen.....	74
bb.	Kollidierende Konventionsrechte .....	76
d.	Europäischer Konsens .....	78
5.	Zwischenfazit .....	79
<b>III.</b>	<b>Der Interlaken-Reformprozess zur langfristigen Wirksamkeit des Konventionssystems.....</b>	<b>80</b>
A.	Hintergrund und Ziele der Reform .....	81
B.	Interlaken-Erklärung.....	83
C.	Izmir-Erklärung .....	85
D.	Brighton-Erklärung und das 15. Zusatzprotokoll .....	86
E.	Brüssel-Erklärung.....	89
F.	Kopenhagen-Erklärung.....	90
G.	Würdigung des Interlaken-Reformprozesses.....	91
<b>IV.</b>	<b>Verfahrenstechnische Wende des EGMR .....</b>	<b>92</b>
A.	Vorbemerkungen .....	92
1.	Reformprozess als umfassendes Vorhaben.....	92
2.	Häufigere Bezugnahme auf das Subsidiaritätsprinzip .....	92
a.	Quantitative Zunahme der Verweise auf Subsidiarität .....	92
b.	Relativierende Aspekte .....	94
aa.	Natur des Sachverhalts und der betroffenen Konventionsgarantien.....	94
bb.	Rein grammatikalische Bezugnahme ohne materiellen Gehalt .....	95
B.	Verfahrensbezogene Wende als Antwort auf die Subsidiaritätsforderungen .....	95
1.	Verfahrensbezogene Subsidiarität.....	96
2.	Materielle Subsidiarität.....	96
C.	Die systematische Funktion der Ermessensspielraumdoktrin .....	98
1.	Bedeutung und Zweck .....	98
2.	Elemente des systematischen Ermessensspielraums.....	99
a.	Positive Pflichten.....	99
aa.	Positive Pflichten der Legislative.....	100
bb.	Positive Pflichten in der Rechtsanwendung und Rechtsprechung .....	101
b.	Verfahrensbezogene Kontrolle <i>stricto sensu</i> .....	105

aa.	Regelmässigkeit der Verfahren .....	106
bb.	Qualität der Verfahren .....	106
(1)	Legislative Verfahren .....	106
(2)	Verfahren der Rechtsanwendung .....	108
c.	Zwischenfazit .....	111
3.	Tragweite der Zurückhaltung des EGMR im Rahmen der verfahrensbezogenen Überprüfung .....	111
a.	Partielle Zurückhaltung als Regel .....	112
b.	Absolute Zurückhaltung als Ausnahme .....	113
aa.	Sachverhaltsermittlung und nationales Recht .....	116
bb.	Öffentliches Interesse .....	117
cc.	Etablierte EGMR-Kriterien .....	118
D.	Zwischenfazit .....	121

**2. Teil: Die evolutive Auslegung der EMRK durch den EGMR.....123**

<b>I.</b>	<b>Richterliche Rechtsfortbildung durch den EGMR .....</b>	<b>125</b>
A.	Einleitung .....	125
1.	Begriff der richterlichen Rechtsfortbildung .....	125
a.	Vorbemerkung .....	125
b.	Definition .....	126
2.	Zweck: Erweiterung des Menschenrechtskatalogs der EMRK .....	127
a.	Erweiterung durch Zusatzprotokolle .....	127
b.	Erweiterung durch richterliche Rechtsfortbildung .....	128
B.	Notwendigkeit der richterlichen Rechtsfortbildung .....	130
1.	Zeitlicher Wandel und Alter des Konventionstextes .....	130
2.	Unbestimmtheit der Menschenrechte .....	132
3.	Autonome Begriffe der EMRK .....	132
C.	Formen der richterlichen Rechtsfortbildung .....	133
1.	Auferlegung positiver Pflichten der Mitgliedstaaten .....	134
a.	Konventionsgarantien nicht ausschliesslich als Abwehrrechte .....	134
b.	Auswirkungen auf das Subsidiaritätsprinzip .....	136
2.	Praktische und wirksame Auslegung .....	138
a.	Verwirklichung des grösstmöglichen Nutzens der Konvention .....	138
b.	Verhältnis zur Subsidiarität .....	139
c.	Würdigung .....	141
<b>II.</b>	<b>Evolutive Auslegung der Konvention .....</b>	<b>142</b>
A.	Wesen und Aktualität .....	142
1.	Begriff und Wesen .....	142

2.	Aktualität.....	144
B.	Zeitliche Elemente der Konventionsauslegung .....	146
1.	Evolutive Auslegung als Auslegungsmethode?.....	146
2.	Unterschiedliche zeitliche Auslegungsperspektiven im Völkerrecht .....	147
a.	Statische Ansichten .....	147
b.	Dynamik aufgrund der verfassungsähnlichen Natur.....	149
C.	Massgeblichkeit der VRK .....	149
1.	Anerkennung der VRK durch den EGMR.....	149
2.	Legitimierende Wirkung der VRK .....	150
<b>III.</b>	<b>Verhältnis der evolutiven Auslegung zu den völkerrechtlichen</b>	
	<b>Auslegungsmethoden.....</b>	<b>151</b>
A.	Grammatikalische Auslegung.....	151
1.	Ausgangspunkt der Auslegung .....	151
2.	Methodenpluralismus trotz klarem Wortlaut .....	152
3.	Würdigung .....	153
B.	Historische Auslegung.....	154
C.	Auslegung nach Treu und Glauben .....	156
D.	Systematische Auslegung.....	159
1.	Einschlägige Völkerrechtssätze (Art. 31 Abs. 3 lit. c VRK) .....	160
a.	Internationaler Konsens als evolutionsfördernder Faktor .....	160
b.	Die besondere Bedeutung der GRC .....	161
2.	Nachfolgende Übung (Art. 31 Abs. 3 lit. b VRK).....	163
3.	Würdigung .....	165
E.	Teleologische Auslegung .....	166
F.	Zwischenwürdigung .....	167
<b>IV.</b>	<b>Spezifische Anforderungen an die evolutive Auslegung .....</b>	<b>169</b>
A.	Rücksichtnahme auf den subsidiären Charakter des EGMR und auf	
	rechtstaatliche Prinzipien.....	169
1.	Berücksichtigungsgebot aufgrund der Praxisänderung.....	169
2.	Berücksichtigungsgebot aufgrund der normativen Kraft.....	170
3.	Erhöhter Begründungsbedarf .....	170
B.	Einzelfallbezogenheit der evolutiven Auslegung .....	171
C.	Evolutionsfördernde Faktoren .....	173
1.	Vorherrschende Überzeugung der Mitgliedstaaten.....	173
2.	Europäischer Konsens als zentraler Nachweis einer vorherrschenden	
	Überzeugung in den Mitgliedstaaten .....	174

V. Zwischenfazit .....176

**3. Teil: Der europäische Konsens als Vermittler zwischen dem Subsidiaritätsprinzip und der evolutiven Auslegung.....179**

**I. Prinzipielles Kollisionspotenzial.....181**

**II. Das Subsidiaritätsprinzip und die Grenzen der evolutiven Auslegung.....182**

A. Allgemeine Grenzen der evolutiven Auslegung.....182

1. Positivrechtlicher Rahmen .....183
2. Methodologischer Rahmen .....183
  - a. Wortlaut.....184
  - b. Teleologischer Rahmen.....184
3. Zeitlicher Rahmen.....186
4. Rechtsstaatlicher Rahmen.....187
5. Demokratischer Rahmen.....189

B. Das vorherrschende europäische Verständnis als *Meta*-Grenze der evolutiven Auslegung .....190

1. Der europäische Konsens als Ausdruck des vorherrschenden Verständnisses der Mitgliedstaaten.....190
2. Prinzipielles Legitimationspotenzial des europäischen Konsenses .....192
  - a. Vermittlungsfunktion zwischen Evolution und Subsidiarität .....192
  - b. Rechtsstaatlichkeits- und subsidiaritätsfördernde Funktion .....194
  - c. Zwischenwürdigung .....195
3. Praktische Hürden der Konsensanwendung.....196
  - a. Kritik der bestehenden Praxis als Ausgangspunkt.....196
  - b. Einzelfallbezogenheit .....196
  - c. Kriterien zur Beurteilung der Konsequenz.....197

**III. Das Verfahren der Anwendung des europäischen Konsenses.....198**

A. Der Kontext der Konsensanwendung .....198

1. Einleitung .....198
2. Individuelle Gerechtigkeit.....198
3. Konsequenz statt Vereinheitlichung der Praxis .....199

B. Das Verfahren der Konsensanwendung .....200

1. Einleitung .....200
2. Ermittlungsphase.....201
  - a. Erforderlicher Grad an Konsens.....201
    - aa. Unterschiedliche Schwellenwerte .....201
    - bb. Allgemeiner Trend als geeigneter Begriff.....204

b.	Zeitliche Dimension des Europäischen Konsenses .....	205
aa.	Gegenwärtiger europäischer Konsens .....	205
bb.	Rückwirkender europäischer Konsens .....	206
c.	Erkenntnisquellen des europäischen Konsenses .....	207
aa.	Rechtsvergleichung des nationalen Rechts der EMRK-Mitgliedstaaten .....	208
bb.	Dokumente des Europarates .....	209
cc.	Sonstiges Völkerrecht .....	211
dd.	Nationales Recht des beschwerdegegnerischen Staates .....	213
d.	Zwischenfazit .....	213
3.	Gewichtungsphase .....	214
a.	Normdichte des Konsenses .....	214
b.	Gewichtung anderer Kriterien .....	216
aa.	Qualität nationaler Verfahren .....	217
bb.	Widersprechender nationaler Konsens .....	218
cc.	<i>Fair balance test</i> .....	220
C.	Würdigung der Konsensanwendung .....	222
1.	Allgemeinbetrachtung statt Verallgemeinerung einzelner Urteile .....	222
2.	Verbesserungspotenzial .....	223
a.	Ermittlungsphase .....	224
aa.	Notwendiger Grad an Konsens .....	224
bb.	Erkenntnisquellen des europäischen Konsenses .....	226
b.	Gewichtungsphase .....	227
3.	Primärverantwortung der Mitgliedstaaten .....	229
<b>4.</b>	<b>Schlussfolgerungen .....</b>	<b>231</b>
Sachregister .....		241