

Henrike Schulte

Zur Übertragbarkeit der *Margin-of-appreciation-*
Doktrin des EGMR auf die Rechtsprechung des
EuGH im Bereich der Grundfreiheiten



Internationales Recht der Gegenwart

herausgegeben von

Prof. Dr. Norman Weiß,
MenschenRechtsZentrum der Universität Potsdam
Prof. Dr. Andreas Haratsch,
FernUniversität in Hagen

Band 3

Henrike Schulte

Zur Übertragbarkeit der Margin-of-appreciation-Doktrin des EGMR auf die Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Grundfreiheiten



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.: Konstanz, Univ., Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5179-2 (Print)

ISBN 978-3-8452-9375-2 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Jahr 2015 von der Juristischen Fakultät der Universität Konstanz als Dissertation angenommen und findet nunmehr mit der Veröffentlichung ihren Abschluss. Dies darf ich zum Anlass nehmen, um mich bei den Menschen zu bedanken, die mich auf diesem Weg begleitet und unterstützt haben. Mein Dank gilt zum einem meinem Doktorvater Prof. Dr. Marten Breuer, der mir nicht nur die Gelegenheit zur Promotion bot, sondern auch stets ein offenes Ohr für alle diesbezüglichen Angelegenheiten hatte und es mir ermöglichte kontinuierlich und produktiv an der Dissertation zu arbeiten. Mein Dank gilt zudem dem gesamten Lehrstuhl, an dem ich mich stets wohl gefühlt habe und vor allem meinen beiden ehemaligen Kollegen Stephan Riegger und Annika Schreiber, die meine Dissertationszeit sowohl fachlich als auch freundschaftlich bereichert haben. Ich danke auch dem Zweitgutachter Prof. Dr. Daniel Thym für die rasche Korrektur der Arbeit.

Ebenfalls bedanken möchte ich mich bei meiner Familie und meinen Freunden, die mir in der Zeit den Rücken gestärkt haben. Hervorheben möchte ich an dieser Stelle zum einen meine Eltern, die mich immer ermutigt und in jeder Hinsicht unterstützt haben. Ihr Rat war, ist und bleibt stets sehr wertvoll. Zum anderen möchte ich meinem Partner danken, der mich – nicht nur, aber vor allem – in der Endphase der Arbeit sehr unterstützt und immer wieder motiviert hat.

Das Promotionsverfahren wurde im Frühsommer 2017 eröffnet. Literatur und Rechtsprechung wurden nur bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt und ausgewertet. Die Arbeit ist meinen Großeltern gewidmet, insbesondere meiner im Februar 2017 verstorbenen Großmutter Lisa Schillmöller.

Stuttgart, im Mai 2018

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
A. Einführung	19
B. Die Margin-of-appreciation-Doktrin in der Rechtsprechung des EGMR	22
I. Entwicklung der Margin-of-appreciation-Doktrin	22
1. Entwicklung in der Kommission	22
2. Rezeption durch den EGMR	25
II. Die rechtliche Grundlage der Margin-of-appreciation-Doktrin	28
1. Ausfluss des völkerrechtlichen Auslegungsgrundsatzes ‚in dubio mitius‘	28
2. Rechtsgrundlage in der Konvention	30
a) Art. 1 Abs. 2 des ersten Zusatzprotokolls	31
b) Erfordernis einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage	33
3. Vereinbarkeit der Margin-of-appreciation-Doktrin mit dem Konventionssystem	34
a) Der offene Wortlaut und seine Entstehung	35
(1) Der Teitgen-Bericht – Doc. 77	36
(2) Die Entscheidung für das Definitionssystem	38
(3) Vage und allgemeine Begriffe	39
(4) Schlussfolgerung	40
b) Das funktionelle Gefüge: die Aufgabenverteilung im Konventionssystem	40
(1) Das Subsidiaritätsprinzip	41
(2) Das „Better-position“-Argument	43
(i.) Bewertung des Sachverhalts	44
(ii.) Komplexe Sachbereiche	45
(3) Schlussfolgerung	47
c) Das Minus an demokratischer Legitimation	48
d) Die kulturelle Vielfalt unter den Mitgliedstaaten	50
(1) Universalität versus kultureller Relativismus	51

(2) Die margin of appreciation als Ausprägung eines kulturellen Relativismus?	52
(3) Schlussfolgerung	54
e) Ergebnis	55
4. Fazit	57
5. Neuerungen durch das 15. Zusatzprotokoll	58
a) Der britische Vorsitz im Ministerkomitee	58
b) Die Brighton Declaration	60
c) Das 15. Zusatzprotokoll	62
d) Kritik	62
(1) Die NGOs	63
(2) Der Gerichtshof	64
(3) The Official Opening of the Judicial Year 2015	65
(4) Bewertung	66
(i.) ‚Undefinierbarkeit‘	66
(ii.) Vergleich mit anderen konventionsrechtlichen Grundsätzen	68
(iii.) Die Änderung der Rechtsgrundlage und ihre Konsequenzen	70
(iv.) Gefahr der „double interpretation“	72
(v.) Ausblick	73
6. Fazit	74
III. Die Anwendung der Margin-of-appreciation-Doktrin	74
1. Art. 8 EMRK	75
a) Die Rechtfertigung von Eingriffen nach Art. 8 Abs. 2 EMRK	77
(1) „In accordance with the law“	78
(i.) Beurteilungsspielräume bei der Wahl der Form der gesetzlichen Grundlage?	80
(ii.) Die Vereinbarkeit der Rechtsgrundlage mit nationalem Recht	81
(iii.) Zusammenfassung	82
(2) Legitime Ziele	83
(3) Notwendig in einer demokratischen Gesellschaft	83
b) Umfang der margin of appreciation	86
(1) Natur und Bedeutung des betroffenen Rechtsguts und Schwere des Eingriffs	86
(i.) Das Recht auf Achtung des Privatlebens	86

(ii.) Das Recht auf Achtung der Wohnung	89
(iii.) Das Recht auf Achtung der Korrespondenz	90
(iv.) Das Recht auf Achtung des Familienlebens	90
(v.) Zusammenfassung	91
(2) Das Bestehen oder Nichtbestehen eines europäischen Konsenses	91
(3) Die Natur und Bedeutung des mit dem Eingriff verfolgten Ziels	95
(i.) Nationale Sicherheit	95
(ii.) Wesentlichkeit von lokalen Besonderheiten	97
c) Zwischenergebnis	101
(1) Anwendungsbereich der Margin-of-appreciation-Doktrin	101
(2) Fallkonstellationen und Begründungsmuster im Zusammenhang mit der Anwendung der Margin-of-appreciation-Doktrin	102
(3) Umfangbestimmende Faktoren und ihr Zusammenwirken	103
(4) Kontrolldichte	105
(5) Schlussfolgerung	105
d) Beurteilungsspielräume im Rahmen positiver Pflichten	107
(1) Beurteilungsspielräume bei der Wahl der Mittel	108
(i.) Ein per se weiter Beurteilungsspielraum?	108
(ii.) Einschränkungen des Umfangs	109
Bedeutende Aspekte des geschützten Rechts	109
Der gemeinsame europäische Standard	110
Die in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Ziele	111
Zusammenfassung	112
(iii.) Vergleich mit Eingriffskonstellationen	113
(2) Margin hinsichtlich des Bestehens einer konkreten positiven Pflicht?	114
(i.) Rees	115
(ii.) Christine Goodwin	117
(iii.) Zusammenfassung	119
(3) Begründung für weitreichendere Anwendung von Beurteilungsspielräumen	120

e)	Exkurs: Europäischer Konsens als sachgerechtes Kriterium zur Bestimmung des Umfangs?	121
(1)	Methode zur Ermittlung europäischer Konsense	122
(2)	Zulässigkeit der ‚Methode‘	125
(3)	Der Konsens als ‚Bremsklotz‘	129
(4)	Zusammenfassung	132
f)	Konsequente Anwendung der Doktrin?	133
(1)	Konsequente Bestimmung des Umfangs?	134
(2)	Konsequente Kontrolldichte?	137
(3)	Schlussfolgerung	138
g)	Ergebnis	139
2.	Art. 2 EMRK	141
a)	Anwendbarkeit der Margin-of-appreciation-Doktrin?	142
b)	Eine margin of appreciation im Schutzbereich	146
c)	Kritik	148
(1)	Beurteilungsspielräume auf Tatbestandsebene	149
(i.)	Die normative Ermächtigungslehre	150
(ii.)	Übertragbarkeit	151
(2)	Beurteilungsspielraum bei „absoluten Rechten“	154
(3)	Vorrang der Auslegung	156
d)	Ergebnis	160
3.	Art. 3 EMRK	160
a)	Beurteilungsspielräume im Schutzbereich?	161
(1)	Explizite und implizite Erwähnung	162
(i.)	Rücksichtnahme auf lokale Besonderheiten?	163
(ii.)	Maßgeblichkeit eines europäischen Konsenses?	165
(2)	Schlussfolgerung	167
b)	Beurteilungsspielräume auf ‚Rechtfertigungsebene‘?	168
(1)	Die medizinische Notwendigkeit	169
(2)	Erforderliche Gewaltanwendung und notwendige öffentliche Bloßstellung	172
(3)	Schlussfolgerung	173
c)	Misshandlungen durch Privatpersonen	174
d)	Kein Raum für die Anwendbarkeit der Margin-of-appreciation-Doktrin?	175
e)	Ergebnis	178

4. Zusammenfassung	179
IV. Resümee	181
C. Spielräume in der Rechtsprechung des EuGH	184
I. Auswahl des Untersuchungsgegenstands	184
1. Vergleichbare Entwicklung und Bedeutung	185
2. Vergleichbare Struktur	187
3. Prozessuale Geltendmachung	188
a) Das Vorabentscheidungsverfahren	189
b) Das Vertragsverletzungsverfahren	190
4. Zusammenfassung	191
II. Die Warenverkehrsfreiheit	193
1. Die Rechtfertigungsgründe des Art. 36 Satz 1 AEUV	194
a) Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit	195
(1) Die Ausführungen des Generalanwalts	197
(2) Weitere Entwicklung der Rechtsprechung	198
(3) Schlussfolgerung	201
b) Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung	203
(1) Weitere Entwicklung	205
(2) Die Aufstände französischer Landwirte	206
(3) Schlussfolgerung	208
c) Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit	209
(1) Weitere Entwicklung	211
(2) Schlussfolgerung	212
d) Rechtfertigung zum Schutz der Gesundheit und des Lebens	213
(1) Die Rechtssache De Peijper	214
(2) Weitere Entwicklung	215
(3) Terminologie	218
(4) Gründe und Faktoren für die Einräumung und den jeweiligen Umfang mitgliedstaatlicher Spielräume	220
(i.) In Ermangelung einer Harmonisierung	220
(ii.) Die Bedeutung des geschützten Guts	221
(iii.) Der Stand der Forschung	221

(iv.) Relevanz nationaler Besonderheiten?	225
(v.) ‚Better position‘ des vorlegenden Gerichts	230
(vi.) Einfluss der Rechts- und Sachlage in anderen Mitgliedstaaten	230
(5) Schlussfolgerung	233
e) Schutz des nationalen Kulturguts	235
f) Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums	238
g) Zusammenfassung	240
h) Ergebnis	243
2. Zwingende Erfordernisse nach der Cassis- Rechtsprechung	245
a) Verbraucherschutz	246
b) Umweltschutz	250
(1) Das dänische Pfand- und Rücknahmesystem	250
(2) Der wallonische Müll	252
(3) Verlauf der Rechtsprechung	254
(4) Schlussfolgerung	258
c) Zusammenfassung	259
3. Unionsgrundrechte als Schranke	260
a) Die Brenner-Blockade	261
b) Die Sache Dynamic Medien	263
c) Ergebnis	265
4. Fazit	266
III. Die Freizügigkeit der Personen	266
1. Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit	267
a) Die öffentliche Ordnung	269
(1) Rechtfertigung von Behinderungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit	269
(i.) Die Rechtssache Rutili	272
(ii.) Die Rechtssache Bouchereau	273
(iii.) Schlussfolgerung	275
(2) Rechtfertigung von Behinderungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit	276
(i.) Omega	279
Schutz von in nationalen Verfassungen enthaltenen Wertentscheidungen	280
Gemeinsame Ansicht	281

(ii.) Schlussfolgerung	282
(3) Ergebnis	285
b) Die öffentliche Sicherheit	286
c) Die öffentliche Gesundheit	287
(1) Rechtfertigung von Behinderungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit	288
(2) Rechtfertigung von Behinderungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit	289
(i.) Kostenerstattung von in anderen Mitgliedstaaten entstandenen Krankheitskosten	289
(ii.) Niederlassung medizinischer Dienstleister aus anderen Mitgliedstaaten	293
(iii.) Schlussfolgerung	298
d) Ergebnis	299
2. Zwingende Erfordernisse: die Glücksspielfälle	301
a) Die Anfänge der Glücksspielrechtsprechung	301
(1) Die Rechtssache Schindler	302
(2) Die Rechtssachen Läärä und Zenatti	304
(3) Schlussfolgerung	307
b) Die weitere Entwicklung	308
c) Das Erfordernis der Kohärenz	310
d) Ergebnis	312
3. Unionsgrundrechte	314
4. Beurteilungsspielräume im Anwendungsbereich?	315
a) The Society for the protection of unborn children	315
b) Josemans	319
c) Ergebnis	321
5. Fazit	321
IV. Einheitliche Lehre von Spielräumen?	322
1. Verallgemeinerungsfähigkeit der Untersuchungsergebnisse	323
a) Umfang der Verallgemeinerung	323
b) Zulässigkeit der Verallgemeinerung	324
2. Die Einräumung von Spielräumen	326
a) Anwendungsbereich	327
b) Die Anwendung und den Umfang bestimmende Faktoren	328
c) Kontrolldichte	332

d) Besonderheiten bei Vorabentscheidungsverfahren	333
3. Spielräume in Schutzpflichtkonstellationen	335
4. Terminologie	336
5. Fazit	337
V. Die rechtliche Grundlage mitgliedstaatlicher Spielräume	339
1. Geschriebene rechtliche Grundlage in den Verträgen	339
2. Vereinbarkeit mit dem Unionssystem	340
a) Funktionsbedingungen des EuGH	340
b) Das kompetenzrechtliche Gefüge: die Kompetenzverteilung im Unionssystem	341
(1) Kompetenzrechtliche Grenzen der Rechtsprechung	343
(i.) Die vertikale Ebene	343
(ii.) Die horizontale Ebene	345
(2) Schlussfolgerung	347
c) Achtung der jeweiligen nationalen Identität: Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV als vermeintliche Rechtsgrundlage für die Gewährung von Spielräumen?	348
(1) „Nationale Identität“	349
(2) Verständnis des Gerichtshofs	352
(3) Schlussfolgerung	353
d) Vereinbarkeit mit der einheitlichen Geltung und Anwendung des Unionsrechts?	354
e) Ergebnis	355
VI. Resümee	357
D. Abschließender Vergleich	359
I. Entwicklung	359
II. Die rechtlichen Grundlagen	360
III. Anwendungsbereiche und -parameter	363
1. Umfang der Anwendung	363
2. Anwendungsbereiche	364
a) Die Rechtfertigung von Eingriffen bzw. Behinderungen	364
b) Schutzbereich bzw. Anwendungsbereich	365
c) Positive Pflichten	366
3. Anwendungsparameter	367
a) Voraussetzungen der Anwendung	367

Inhaltsverzeichnis

b) Intensität der Anwendung	369
c) Umfangbestimmende Faktoren	370
4. Fazit	372
IV. Resümee	373
Literaturverzeichnis	377

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art.	Artikel
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
E	Entscheidungssammlung
ECTHR	European Court of Human Rights
ECHR	European Convention on Human Rights oder auch European Court of Human Rights
ECJ	European Court of Justice
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende (Seite)
ff.	folgende (Seiten)
Fn.	Fußnote
GA	Generalanwalt
GC	Grand Chamber
GG	Grundgesetz
GRCh	Charta der Grundrechte
grds.	grundsätzlich

Abkürzungsverzeichnis

h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Ibid.	ebenda
IGH	Internationaler Gerichtshof
insbes.	insbesondere
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m	in Verbindung mit
lit.	Buchstabe
m. E.	meines Erachtens
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
no.	number
nos.	numbers
Nr.	Nummer
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Satz oder Seite
u. a.	unter anderem oder und andere
UAbs.	Unterabsatz
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
z. B.	zum Beispiel
zit.	zitiert
ZP	Zusatzprotokoll

A. Einführung

The 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.¹

Bei der Margin-of-appreciation-Doktrin handelt es sich um ein mittlerweile altbekanntes Werkzeug, dessen sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seiner Rechtsprechungspraxis bedient. Der EGMR scheint jedoch nicht der einzige europäische Gerichtshof zu sein, der seinen Mitgliedstaaten Beurteilungsspielräume einräumt. So führte der Gerichtshof der europäischen Union beispielsweise im Zusammenhang mit der Prüfung einer Behinderung der Arbeitnehmerfreizügigkeit zum Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung aus:

Dennoch können die besonderen Umstände, die möglicherweise die Berufung auf den Begriff der öffentlichen Ordnung rechtfertigen, von Land zu Land und im zeitlichen Wechsel verschieden sein, so daß insoweit den zuständigen innerstaatlichen Behörden ein Beurteilungsspielraum innerhalb der durch den Vertrag gesetzten Grenzen zuzubilligen ist.²

Während die Margin-of-appreciation-Doktrin im Rahmen der Rechtsprechung des EGMR Gegenstand einer Vielzahl wissenschaftlicher Untersuchungen war und heute noch ist,³ ist die Einräumung mitgliedstaatlicher Beurteilungsspielräume in der Rechtsprechungspraxis des EuGH bisher eher spärlich untersucht. In den wenigen dazu existierenden Untersuchungen wird jedoch häufig die Rechtsprechung des EGMR zur Margin-of-

1 *Macdonald, Ronald St. J.*, The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, in: Ago (Hrsg.), *Le Droit International à l'heure de sa Codification* (1987), 187, S. 187.

2 *EuGH*, Rs. 41/74 (Van Duyn) 04.12.1974, Rn. 18 f.

3 Stellvertretend für viele *Arai-Takahashi, Y.*, The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR (2002); *Rupp-Swienty, A.*, Die Doktrin von der Margin of Appreciation in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1999); *Brems, E.*, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1996, 230, S. 230 ff.; mit einem kurzen Überblick über den Stand der Untersuchungen *Arnadóttir, O. M.*, Rethinking the Two Margins of Appreciation, *European Constitutional Law Review* 2016, 27, S. 27 f.

appreciation-Doktrin als Bezugspunkt genutzt,⁴ was die Frage aufwirft, ob die Margin-of-appreciation-Doktrin des EGMR auf die Rechtsprechung des EuGH übertragen werden kann. Da sich in der (neueren) Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zurückhaltende Tendenzen vor allem in der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten feststellen lassen⁵ und sich diese – wie an späterer Stelle noch ausgeführt – besonders zur Vergleichbarkeit eignen, wird die Fragestellung dahingehend präzisiert, ob die Margin-of-appreciation-Doktrin des EGMR auf die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten übertragen werden kann. Es handelt sich bei der Arbeit im Kern um eine positivistische Untersuchung der Rechtsprechung des EGMR und des EuGH, mit der das Ziel verfolgt wird, beurteilen zu können, ob der EuGH in seiner Rechtsprechung eine solche Übertragung ganz oder zum Teil vornimmt.

Der erste Teil dieser Arbeit wird der Margin-of-appreciation-Doktrin in ihrer Ausgestaltung und Anwendung durch den EGMR gewidmet. Auch auf der Basis schon bestehender wissenschaftlicher Beiträge⁶ wird die Entwicklung der Doktrin aufgezeigt und die Frage nach ihrer rechtlichen Grundlage aufgeworfen. Daran anschließend wird, anhand der Rechtsprechung des EGMR zu gezielt ausgewählten Konventionsrechten, die Anwendung der Doktrin untersucht. Ermittelt werden soll, ob die mitgliedstaatliche margin of appreciation nur im Zusammenhang mit bestimmten Konventionsrechten gewährt wird, an welcher Stelle der Prüfung des Gerichtshofs sie relevant wird, welche Voraussetzungen ihre Einräumung be-

4 Arold Lorenz, N.-L./Groussot, X./Petursson, G. T., *The European Human Rights Culture* (2013), S. 91 mit einer Zusammenfassung der dazu bestehenden Untersuchungen; Shelton, D., *The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe*, *Duke Journal of Comparative & International Law* 2003, 95, S. 136, die ohne nähere Untersuchungen ausführt: „In many respects, the approach of the ECJ is similar to that of the ECHR, without use of the term margin of appreciation“; Gerards, J., *Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine*, *European Law Journal* 2011, 80, S. 117 kommt hinsichtlich der Faktoren, die den Umfang mitgliedstaatlicher Beurteilungsspielräume bestimmen zu dem Schluss: „Though formulated differently, the factors applied by the EU courts and the ECtHR appear to be highly similar.“

5 Streinz, R., *Die Rolle des EuGH im Prozess der Europäischen Integration*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 2010, 1, S. 19.

6 Eine umfassende Zusammenfassung und Darstellung der bis dato existierenden rechtswissenschaftlichen Beiträge wird allerdings aufgrund ihrer Vielzahl und der eigentlichen Ausrichtung dieser Arbeit nicht erfolgen.

gleiten und welche Auswirkungen dies auf die Kontrolldichte des EGMR hat.

Im zweiten Teil der Arbeit wird die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten auf die Einräumung mitgliedstaatlicher Beurteilungsspielräume hin untersucht. Aufgrund der Tatsache, dass es sich dabei um ein bisher nur wenig erforschtes Feld handelt, wird der Aufbau dieses Abschnitts von dem des ersten Teils abweichen. Nach einer Erläuterung der Gründe für die Auswahl des Untersuchungsgegenstands wird die Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit und den Personenfreizügigkeiten hinsichtlich der Einräumung mitgliedstaatlicher Spielräume analysiert. Im Hinblick auf die eigentliche Untersuchungsfrage, ob die Margin-of-appreciation-Doktrin auf die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten übertragen wurde und werden kann, wird diese Analyse den Ergebnissen des ersten Teils zur Anwendung der Margin-of-appreciation-Doktrin entsprechend ausgerichtet. Nach der Analyse der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit und den Personenfreizügigkeiten soll erörtert werden, ob sich den Untersuchungsergebnissen Gesetzmäßigkeiten im Hinblick auf die Gewährung mitgliedstaatlicher Beurteilungsspielräume im Bereich der Grundfreiheiten entnehmen lassen und wie die Einräumung dieser rechtlich zu bewerten ist.

Nachdem die Margin-of-appreciation-Doktrin in der Rechtsprechung des EGMR untersucht wurde und im Hinblick darauf die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten analysiert worden ist, werden die jeweiligen Untersuchungsergebnisse einander gegenübergestellt und anschließend bewertet, um letztlich die in dieser Arbeit aufgeworfene Frage zu beantworten, ob die Margin-of-appreciation-Doktrin auf die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten übertragen werden kann.

B. Die Margin-of-appreciation-Doktrin in der Rechtsprechung des EGMR

Bei der Beurteilung, ob staatliches Handeln oder Unterlassen mit der Konvention vereinbar ist, gewährt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte den Mitgliedstaaten in bestimmten Fällen einen Beurteilungsspielraum („margin of appreciation“ beziehungsweise „marge d’appréciation“). Die jahrelange Rechtsprechungspraxis des EGMR hat die Margin-of-appreciation-Doktrin ausgestaltet und geformt.

I. Entwicklung der Margin-of-appreciation-Doktrin

Eine sogenannte ‚margin of appreciation‘ wurde den Mitgliedstaaten erstmals in den Berichten der Europäischen Kommission für Menschenrechte (Kommission) zugesprochen. Als bald bediente sich dann auch der Gerichtshof der margin of appreciation und entwickelte sie im Laufe der Jahre zu einem festen Bestandteil seiner Rechtsprechung.

1. Entwicklung in der Kommission

In der Sache *Greece v. United Kingdom* hatte die Kommission zu prüfen, ob sich das Vereinigte Königreich wegen getroffener Maßnahmen zur Unruhenbekämpfung in seiner Kronkolonie Zypern auf die Notstandsklausel nach Art. 15 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) berufen konnte. In Frage stand insbesondere, ob das Leben der Nation gemäß Art. 15 Abs. 1 EMRK durch einen öffentlichen Notstand bedroht war. Nachdem die Kommission erklärt hatte, dass sie die Kompetenz innehatte, über das Bestehen eines öffentlichen Notstands zu urteilen⁷, übernahm sie mehrheitlich folgende Ansicht:

⁷ *EKMR*, Application no. 176/56 (*Greece v. United Kingdom* Vol. I) 26.09.1958, S. 132, Rn. 129.

The Commission of Human Rights is authorised by the Convention to express a critical opinion on derogations under Article 15, but the Government concerned retains, within certain limits, its discretion in appreciating the threat to the life of the nation. In the present case the Government of Cyprus has not gone beyond these limits of appreciation.⁸

Weiterhin galt es zu klären, ob gemäß Art. 15 Abs. 1 EMRK die Lage die von der Regierung getroffenen Maßnahmen unbedingt erforderte.

In general, the Commission takes the same view as it did with regard to the question of a “public emergency threatening the life of the nation”, namely that the Government of Cyprus should be able to exercise a certain measure of discretion in assessing the “extent strictly required by the exigencies of the situation”. The question whether that discretion has or has not been exceeded is a question of substance which will be dealt with as each individual measure is examined.⁹

Auch wenn die Kommission im ersten Teil ihres Berichts noch nicht einheitlich¹⁰ von einer margin of appreciation sprach, erklärte sie im darauffolgenden Teil bei der Untersuchung der Einzelmaßnahmen, in diesem Fall bei der Prüfung, ob die Übertragung des Inhaftierungsrechts auf den Gouverneur der Kronkolonie ohne Gerichtsverfahren erforderlich war:

Without going as far as to recognise a presumption in favour of the necessity of measures taken by the Government, the Commission was of the opinion, nevertheless, that a certain margin of appreciation must be conceded to the Government.¹¹

Die Kommission verwies somit erstmals in der Sache *Greece v. United Kingdom* im Rahmen der Notstandsklausel nach Art. 15 EMRK auf Beurteilungsspielräume der nationalen Exekutivorgane hinsichtlich der Einschätzung, ob die Voraussetzungen eines Notstands vorgelegen und ob die getroffenen Maßnahmen den Anforderungen des Art. 15 EMRK entsprechen haben.

In der Sache *Lawless v. Ireland* hatte die Kommission bald darauf erneut Gelegenheit, über einen Notstandsfall nach Art. 15 EMRK zu befinden. Neun Mitglieder der Kommission – und damit die Mehrheit – teilten

8 *EKMR*, Application no. 176/56 (*Greece v. United Kingdom* Vol. I), S. 138, Rn. 136.

9 *EKMR*, Application no. 176/56 (*Greece v. United Kingdom* Vol. I), S. 152, Rn. 143.

10 In der französischen Fassung heißt es „une certaine marge d’appréciation“.

11 *EKMR*, Application no. 176/56 (*Greece v. United Kingdom* Vol. II) 26.09.1958, S. 326, Rn. 318.

die Ansicht, dass sich Irland in einem öffentlichen Notstand befunden habe, der das Leben der Nation bedrohte.¹² Einige der befürwortenden Mitglieder vertraten mit Verweis auf die in der Sache *Greece v. United Kingdom* begründete margin of appreciation¹³, dass:

[...] having regard to the high responsibility which a Government has to its people to protect them against any threat to the life of the nation, it is evident that a certain discretion – a certain margin of appreciation – must be left to the Government in determining whether there exists a public emergency which threatens the life of the nation and which must be dealt with by exceptional measures derogating from its normal obligations under the Convention.¹⁴

Auch bei der Prüfung, ob die von Irland getroffenen Maßnahmen den Vorgaben des Art. 15 Abs. 1 EMRK gerecht wurden, führte die bejahende Mehrheit der Kommissionsmitglieder in ihrer Begründung die margin of appreciation der irischen Regierung an¹⁵ und bestätigte somit die Einräumung eines Beurteilungsspielraums der nationalen Regierungen im Rahmen der Notstandsklausel nach Art. 15 EMRK. Im späteren *Greek Case* wurde die nationale margin of appreciation im Rahmen der Notstandsklausel von der sogenannten ‚Sub-Commission‘ bereits als fester Bestandteil der Rechtsprechung angesehen.

[...] the “margin of appreciation” which, according to the constant jurisprudence of the Commission [...].¹⁶

Auch wenn die Kommission mitgliedstaatliche Beurteilungsspielräume erstmals im Zusammenhang mit Notstandsfällen nach Art. 15 EMRK herleitete, blieb dies in der Folgezeit nicht der einzige Anwendungsbereich.¹⁷ Mit ihrer Spruchpraxis zu Art. 15 EMRK legte die Kommission jedoch

12 *EKMR*, Application no. 332/57 (*Lawless v. Ireland*) 19.12.1959, S. 83, Rn. 89.

13 *EKMR*, Application no. 176/56 (*Greece v. United Kingdom Vol. I*); *EKMR*, Application no. 176/56 (*Greece v. United Kingdom Vol. II*)

14 *EKMR*, Application no. 332/57 (*Lawless v. Ireland*), S. 85, Rn. 90.

15 *EKMR*, Application no. 332/57 (*Lawless v. Ireland*), S. 119, Rn. 6; S. 137, Rn. 107; S. 139, Rn. 108.

16 *EKMR*, Application no. 3321/67; 3322/67; 3323/67; 3344/67 (*Denmark, Norway, Sweden, Netherlands v. Greece*) 05.11.1969, Report of the Sub-Commission, S. 70, Rn. 114.

17 *EKMR*, Application no. 753/60 (*X v. Austria*), Yearbook of the ECHR (1960) 05.08.1960, S. 318; *EKMR*, Application no. 911/60 (*X v. Sweden*), Yearbook of the ECHR (1961) 10.04.1961, S. 218; *EKMR*, Application nos. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63, 2126/64 (Relating to certain aspects of the laws on the

den Grundstein für die Margin-of-appreciation-Doktrin, die heute ein wesentlicher Bestandteil der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist.

2. Rezeption durch den EGMR

In der Sache *Lawless v. Ireland* beschloss die Kommission am 1.4.1960 erstmals die Befassung des Gerichtshofs mit der Angelegenheit. Ein dahingehender Antrag wurde nach nur elf Tagen gestellt und die Kommission ebnete so den Weg für das erste Urteil des Europäischen Gerichtshofs.¹⁸ Nach der Klärung verfahrensrechtlicher Fragen in den ersten beiden *Lawless*-Urteilen¹⁹ folgte im dritten Urteil die Entscheidung in der Sache. Der Gerichtshof war nun ebenfalls mit der Frage konfrontiert, ob eine Notstandssituation im Sinne von Art. 15 EMRK in Irland vorlag und ob die getroffenen Maßnahmen der Republik Irland gegen die IRA-Terroristen erforderlich waren. Er bejahte beides, erwähnte jedoch keine margin of appreciation des irischen Staats bei der Beurteilung, ob den Anforderungen des Art. 15 EMRK Genüge getan wurde.²⁰ Dennoch sehen einige Vertreter der Rechtswissenschaft bereits im *Lawless*-Urteil von 1961 das Fundament für die Anerkennung der Margin-of-appreciation-Doktrin durch den Gerichtshof²¹:

use of languages in education in *Belgium v. Belgium*) 24.06.1965, S. 574, Rn. 400; *EKMR*, Application no. 1468/62 (*Iversen v. Norway*), Yearbook of the ECHR (1963) 17.12.1963, S. 330.

18 *Matthies, H.*, Das erste Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte: Verfahrensfragen in der Sache *Lawless*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 1961, 249, S. 249 ff.

19 *EGMR*, Application no. 332/57 (*Lawless v. Ireland* No. 1) 14.11.1960; *EGMR*, Application no. 332/57 (*Lawless v. Ireland* No. 2) 07.04.1961.

20 *EGMR*, Application no. 332/57 (*Lawless v. Ireland* No. 3) 01.07.1961, S. 26, Rn. 23 ff.

21 *Brems, E.* (Fn. 3), S. 243; *Rupp-Swienty, A.* (Fn. 3), S. 29; *Petzold, H.*, The Convention and the Principle of Subsidiarity, in: Macdonald, Ronald St. J./Matscher/Petzold (Hrsg.), *The European System for the Protection of Human Rights* (1993), 41, S. 59, Fn. 97; *Merrills, J. G.*, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights* (1988), S. 138; *Yorow, H. C.*, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence* (1996), S. 17, ebenso die Kommission: *EKMR*, Application no. 3321/67; 3322/67;

[...] the existence at the time of a “public emergency threatening the life of the nation”, was reasonably deduced by the Irish Government from a combination of several factors [...].²²

Erst siebzehn Jahre später gewährte der Gerichtshof in der Sache Ireland v. United Kingdom, der ersten zu entscheidenden Staatenbeschwerde, ausdrücklich eine margin of appreciation des Mitgliedstaats im Zusammenhang mit Art. 15 EMRK.

In this matter Article 15 para. 1 leaves those authorities a wide margin of appreciation. [...] The domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision.²³

In der Zwischenzeit übertrug der Gerichtshof das Konzept mitgliedstaatlicher Beurteilungsspielräume jedoch auch auf andere Sachverhalte und erweiterte somit den Anwendungsbereich der margin of appreciation von der ‚Sondervorschrift‘ des Art. 15 EMRK auf die ‚regulären‘ Konventionsrechte. Während er anfänglich in seinen Urteilen einen Beurteilungsspielraum des betroffenen Mitgliedstaats noch nicht ausdrücklich erwähnte²⁴, tat er dies schließlich in der Rechtssache De Wilde, Ooms and Versyp im Zusammenhang mit der Frage, ob die von belgischen Behörden teilweise ausgeübte Kontrolle über die Korrespondenz staatlich untergebrachter Landstreicher nach Art. 8 Abs. 2 EMRK „notwendig“ war.

It then observes, in the light of the information given to it, that the competent Belgian authorities did not transgress in the present cases the limits of the power of appreciation which Article 8 (2) of the Convention leaves to the Contracting States: even in cases of persons detained for vagrancy, those authorities had sufficient reason to believe that it was “necessary” to impose restrictions [...].²⁵

3323/67; 3344/67 (Denmark, Norway, Sweden, Netherlands v. Greece), S. 70, Fn. 2.

22 *EGMR*, Application no. 332/57 (Lawless v. Ireland No. 3), S. 27, Rn. 28.

23 *EGMR*, Application no. 5310/71 (Ireland v. The United Kingdom) 18.01.1978, S. 70 f., Rn. 207.

24 So im Zusammenhang mit Art. 14 EMRK: *EGMR*, Application nos. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 (Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium) 23.07.1968, S. 32, Rn. 5, Rn. 10.

25 *EGMR*, Application nos. 2832/66; 2835/66; 2899/66 (De Wilde, Ooms and Versyp “Vagrancy” v. Belgium) 18.06.1971, S. 33, Rn. 93; die mitgliedstaatliche margin of appreciation wurde vor Handyside auch im Zusammenhang mit anderen EMRK-Rechten erwähnt, z. B. Art. 10 EMRK in: *EGMR*, Application nos.

Als maßgeblich für die Entwicklung der Margin-of-appreciation-Doktrin gilt allerdings das Urteil des Gerichtshofs in der Sache *Handyside*. Der Beschwerdeführer, ein britischer Verleger, wehrte sich unter anderem gegen die ihm auferlegte Geldstrafe und gegen die Beschlagnahme, Einziehung und Vernichtung der in seinem Besitz befindlichen Exemplare des ‚Little Red Schoolbook‘, welches er in englischer Sprache in Großbritannien veröffentlichen wollte. Bei dem genannten Werk handelt es sich um ein Nachschlagewerk für Jugendliche, das von dänischen Autoren stammt und bereits in einigen Teilen Europas, übersetzt in die jeweilige Landessprache, veröffentlicht worden war. Wegen seines teils auch sexuellen Inhalts wurde es von den britischen Gerichten als Verstoß gegen den ‚Obscene Publications Act‘ gewertet und die vom Beschwerdeführer gerügten Maßnahmen wurden eingeleitet. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte befasste sich daraufhin mit der Frage, ob das Verhalten der britischen Behörden gegen die Rechte des Beschwerdeführers aus Art. 10 EMRK verstieß oder ob die von britischer Seite getroffenen Maßnahmen in einer demokratischen Gesellschaft notwendig waren, um den Schutz der Moral im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK zu wahren. Nach einem kurzen Verweis auf die Subsidiarität des von der Konvention errichteten Schutzes gegenüber den nationalen Schutzmechanismen²⁶ führte der Gerichtshof zum Moralbegriff aus:

[...] it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the “necessity” of a “restriction” or “penalty” intended to meet them. [...] Consequently, Article 10 para. 2 leaves to the Contracting States a margin of appreciation. This margin is given both to the domestic legislator (“prescribed by law”) and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws in force.²⁷

5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 (*Engel and Others v. The Netherlands*) 08.06.1976, Rn. 100.

26 *EGMR*, Application no. 5493/72 (*Handyside v. The United Kingdom*) 07.12.1976, S. 17, Rn. 48.

27 *EGMR*, Application no. 5493/72 (*Handyside v. The United Kingdom*), S. 17, Rn. 48.

Mit diesen eingehenden Ausführungen zum nationalen Beurteilungsspielraum schaffte der Gerichtshof die Grundlage für die darauffolgende, dauerhafte Etablierung der Margin-of-appreciation-Doktrin im ‚Rechtssprechungsalltag‘ des EGMR.

II. Die rechtliche Grundlage der Margin-of-appreciation-Doktrin

Eine ausdrückliche Kodifizierung der Margin-of-appreciation-Doktrin in Form einer allgemeinen Normierung, die die grundsätzliche Zulässigkeit der Einräumung mitgliedstaatlicher Beurteilungsspielräume durch den Gerichtshof erklärt, lässt sich in der aktuellen Fassung der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht finden.²⁸ Es stellt sich daher die Frage nach der rechtlichen Grundlage der Margin-of-appreciation-Doktrin, welche ihre Anwendung durch den Gerichtshof legitimiert.

1. Ausfluss des völkerrechtlichen Auslegungsgrundsatzes ‚in dubio mitius‘

Der völkerrechtliche Auslegungsgrundsatz ‚in dubio mitius‘ besagt, dass völkerrechtliche Normen im Zweifel möglichst restriktiv auszulegen sind, wenn der internationale Richter keine eindeutige Rechtslage vorfindet. Die Auslegung hat dann zugunsten der staatlichen Gestaltungsfreiheit und damit zugunsten der staatlichen Souveränität zu erfolgen. Der Text der EMRK ist knapp gehalten und enthält viele offene Begriffe, weswegen sich die Richter, welche aus verschiedenen, juristisch unterschiedlich geprägten Nationen stammen, oft mit Auslegungsproblemen und Zweifelsfragen konfrontiert sehen. Der den Staaten in diesem Zusammenhang zugesprochene Beurteilungsspielraum, der an die Stelle einer eigenen richterlichen Beurteilung tritt, könnte auf eben jene Auslegungsregel zurückzuführen

28 Letsas, G., A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights (2009), S. 80; Matscher, F., Methods of Interpretation of the Convention, in: Macdonald, Ronald St. J./Matscher/Petzold (Hrsg.), The European System for the Protection of Human Rights (1993), 63, S. 77; Kastanas, E./Matscher, F./Malinverni, G., Unité et Diversité (1996), S. 96; Rozakis, C. L., Through the Looking Glass: An “Insider”’s View of the Margin of Appreciation, in: Titium (Hrsg.), La Conscience des Droits (2011), 527, S. 528.

sein. Ein solcher Auslegungsgrundsatz könnte zur Auslegung der EMRK und damit zur Begründung der Margin-of-appreciation-Doktrin jedoch nur dann herangezogen werden, wenn er auch auf sie anwendbar wäre.

Der Grundsatz der einschränkenden Auslegung in Zweifelsfällen wird mitunter aus der Lotus-Entscheidung des Ständigen Internationalen Gerichtshofs abgeleitet.²⁹ Bernhardt formulierte in seinen früheren Schriften, er halte ihn für einen der meistzitierten und zugleich zweifelhaftesten Auslegungsgrundsätze³⁰, und vertrat schon damals eine nur subsidiäre Anwendung neben den anderen klassischen Auslegungsregeln. Ebenso wies er schon frühzeitig darauf hin, dass sich die internationalen Beziehungen im Wandel befänden und dass die fortschreitende zwischenstaatliche Interdependenz mit ihrer Vielzahl von Vertragsbeziehungen das Souveränitätsdenken zurücktreten lassen sollte.³¹

Einige Jahrzehnte später kommt Bernhardt zu dem Schluss, dass sich der vorgenannte Grundsatz in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts weder für die Vertragsauslegung noch für die gewohnheitsrechtlichen Bindungen der Staaten nachweisen lasse; denn dazu seien die Erfordernisse der internationalen Kooperation zu groß.³² Mit dieser Ansicht steht er nicht allein. Dem Auslegungsgrundsatz wurde in den Folgejahren nochmals verstärkt Kritik entgegengebracht, wobei ihm insbesondere der Effektivitätsgrundsatz gegenübergestellt wurde, nach dem Verträge so auszulegen sind, dass die Erreichung ihres Zwecks ermöglicht wird.³³ Bezogen auf die Europäische Menschenrechtskonvention lässt sich eine Auslegungsregel, die in Zweifelsfragen der staatlichen Souveränität den Vorrang einräumt, schwerlich mit dem Vertragszweck, nämlich einem effektiven menschenrechtlichen Schutz des Individuums vor staatlichen Übergriffen, vereinbaren.³⁴ Dass der EGMR dieses Ziel ernst nimmt und eben nicht von einer möglichst restriktiven, souveränitätsfreundlichen Interpretati-

29 IGH, Series A – No. 10 (Lotus) 07.09.1927, S. 18: „[...] Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed.“

30 Bernhardt, R., Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge (1971), S. 143 mit weiteren Verweisen in Fn. 676 und 677.

31 Bernhardt, R. (Fn. 30), S. 155 f.

32 Bernhardt, R., Anmerkungen zur Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung durch internationale Gerichte, in: Zemanek/Ginther (Hrsg.), Völkerrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Realität (1994), 11, S. 13 f.

33 Kropholler, J., Internationales Einheitsrecht (1975), S. 286 mit weiteren Nachweisen in Fn. 97 und 98.

34 Ebenso Bernhardt, R. (Fn. 32), S. 20.

onsweise ausgeht, hat er im Laufe seiner Rechtsprechungstätigkeit mehrfach bekräftigt:

The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective.³⁵

Eine völkerrechtliche Auslegungsregel à la in dubio mitius, deren Allgemeingültigkeit bereits bestritten³⁶ wird, ist jedenfalls nicht geeignet, bei der Auslegung von Menschenrechtsverträgen herangezogen zu werden, und kann daher auch nicht als Grundlage für die Entwicklung und Etablierung der Margin-of-appreciation-Doktrin im Konventionssystem herhalten.

2. Rechtsgrundlage in der Konvention

Auch wenn die Konvention bis heute keine ausdrückliche Kodifizierung der Margin-of-appreciation-Doktrin in Form einer allgemein gefassten und allgemeingültigen Normierung enthält, gilt es zu untersuchen, ob – und wenn ja, inwiefern – sich in der Konvention eine anderweitige Rechtsgrundlage für das Konzept mitgliedstaatlicher Beurteilungsspielräume finden lässt.

Maßgeblich für die folgenden Betrachtungen ist dabei der Vertragstext in den authentischen Sprachfassungen, wobei gemäß Art. 33 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WVK) bei mehreren authentischen Sprachfassungen jede Sprache in gleicher Weise maßgebend ist. Die Vorschriften der WVK, insbesondere Art. 31–33, finden zwar grundsätzlich auf die Auslegung völkerrechtlicher Verträge Anwendung, jedoch entfaltet das Wiener Übereinkommen keine Rückwirkung auf die vor seinem Inkrafttreten bereits bestehenden Verträge, sodass das Übereinkommen gemäß Art. 4 WVK nicht direkt auf die EMRK anwendbar ist.³⁷ Da aber die in Art. 31–33 WVK enthaltenen Auslegungsregeln Ausdruck allgemein anerkannter völkerrechtlicher Grundsätze sind³⁸, hat der EGMR

35 Beispielhaft *EGMR*, Application no. 6289/73 (*Airey v. Ireland*) 09.10.1979, Rn. 24.

36 *Verdross, A./Simma, B.*, *Universelles Völkerrecht* (1984), § 781 in Verbindung mit 780.

37 *Cremer, H.-J.*, *Regeln der Konventionsinterpretation*, in: *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg.), *EMRK/GG* (2013), 162, S. 171; *Matscher, F.* (Fn. 28), S. 65.

38 *Matscher, F.* (Fn. 28), S. 65 mit weiteren Verweisen in Fn. 7.

II. Die rechtliche Grundlage der Margin-of-appreciation-Doktrin

– in Übereinstimmung mit der Kommission – ihre Leitfunktion für die Auslegung der Konvention bestätigt:

[...] its Articles 31 to 33 enunciate in essence generally accepted principles of international law [...]. In this respect, for the interpretation of the European Convention account is to be taken of those Articles [...].³⁹

Gegenstand der folgenden Untersuchungen ist somit gemäß Art. 33 Abs. 1 WVK nur der Vertragstext in der englischen und der französischen Fassung.⁴⁰

a) Art. 1 Abs. 2 des ersten Zusatzprotokolls

Das am 18.5.1954 in Kraft getretene Zusatzprotokoll enthält die Rechte, auf die man sich im Rahmen der Konventionsentwicklung nicht einigen konnte⁴¹ – nämlich den Schutz des Eigentums, das Recht auf Bildung sowie das Recht auf freie Wahlen. Es wurde von allen Mitgliedstaaten, bis auf die Schweiz und Monaco, ratifiziert.⁴² In Art. 5 des ZP wird hervorgehoben, dass die Hohen Vertragsparteien die enthaltenen Artikel des Protokolls als Zusatzartikel zur Konvention betrachten. Folglich kann auch auf diese Artikel bei der Suche nach einer Rechtsgrundlage in der Konvention zurückgegriffen werden, da sie mit den in der EMRK verbürgten Rechten vollständig gleichgestellt sind.⁴³

In Art. 1 Abs. 2 des ZP zum Schutz des Eigentums wurde Folgendes normiert:

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws **as it deems necessary** to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.⁴⁴

39 *EGMR*, Application no. 4451/70 (*Golder v. The United Kingdom*) 21.02.1975, Rn. 29.

40 Siehe Schlussklausel der EMRK.

41 *Parsch, K. J.*, Die Entstehung der europäischen Menschenrechtskonvention, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1953, 631, S. 656 ff.

42 *Council of Europe*, Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – Chart of Signatures and Ratifications.

43 *Arndt, F.*, Nach Art. 59 Verhältnis der Zusatzprotokolle zur Konvention, in: *Karpenstein/Mayer* (Hrsg.), *EMRK* (2015), Rn. 1.

44 Hervorhebung erfolgte durch die Autorin.

Einige Autoren sehen hierin einen Anhaltspunkt, einen Hinweis im Konventionsrecht auf die Margin-of-appreciation-Doktrin.⁴⁵ Der Wortlaut der Regelung – „as it deems necessary“ beziehungsweise (bzw.) „qu’ils jugent nécessaires“ – deckt sich in der Tat mit dem Konzept des mitgliedstaatlichen Beurteilungsspielraums. Dennoch gilt es zu berücksichtigen, dass die Kommission und der Gerichtshof die Margin-of-appreciation-Doktrin nicht im Zusammenhang mit Art. 1 Abs. 2 des ersten Zusatzprotokolls entwickelt haben, sondern im Rahmen der Rechtsprechung zu Art. 15 EMRK und anderen Konventionsrechten. Auch vermag der Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 des ZP die Anwendung der margin of appreciation auf eine Vielzahl anderer Konventionsrechte nicht zu begründen; ebenso wenig wurde er je zu dessen Begründung herangezogen.⁴⁶

Der Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 kann allenfalls als Rechtsgrundlage für eine mitgliedstaatliche margin of appreciation im eigenen Anwendungsbereich herhalten. Der Gerichtshof führte diesbezüglich aus:

The second paragraph reserves to States the right to enact such laws as they deem necessary to control the use of property in accordance with the general interest. [...] the legislature must have a wide margin of appreciation both with regard to the existence of a problem of public concern warranting measures of control and as to the choice of the detailed rules for the implementation of such measures. The Court will respect the legislature’s judgment as to what is in the general interest unless that judgment be manifestly without reasonable foundation [...].⁴⁷

Dieser Ausführung schließt sich ein Verweis auf das James-and-Others-Urteil vom 21.2.1986 an. In der angeführten Passage des drei Jahre zuvor ergangenen Urteils bestätigte der EGMR einen weiten Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten für die Bestimmung des „öffentlichen Interesses“ nach Art. 1 Abs. 1 des ersten ZP und verwies diesbezüglich mutatis mutandis auf das Handyside-Urteil.⁴⁸ Dies macht deutlich, dass der Gerichtshof selbst zur Herleitung der margin of appreciation im Anwen-

45 *Oraá, J.*, Human Rights in States of Emergency in International Law (1992), S. 45; *Fawcett, James Edmund Sandford*, The Application of the European Convention on Human Rights (1987), S. 310; *Kitz, H.-E.*, Die Notstandsklausel des Art. 15 der Europäischen Menschenrechtskonvention (1982), S. 21.

46 Ebenso *Rupp-Swienty, A.* (Fn. 3), S. 27, Fn. 1.

47 *EGMR*, Application nos. 10522/83; 11011/84; 11070/84 (Mellacher and Others v. Austria) 19.12.1989, Rn. 45; Hervorhebung erfolgte durch die Autorin.

48 *EGMR*, Application no. 8793/79 (James and Others v. The United Kingdom) 21.02.1986, Rn. 46.

II. Die rechtliche Grundlage der Margin-of-appreciation-Doktrin

dungsbereich von Art. 1 des ersten ZP nicht auf den Wortlaut des Absatzes 2 abstellt, sondern vielmehr auf den leading case zur Margin-of-appreciation-Doktrin verweist bzw. weiterverweist. Der Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK ist dementsprechend kein tauglicher Anhaltspunkt für eine konventionsrechtliche Grundlage der Margin-of-appreciation-Doktrin und wurde – zu Recht – weder von der Kommission noch vom Gerichtshof jemals als solcher in Betracht gezogen.

b) Erfordernis einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage

Weder der Vertragstext noch seine Protokolle enthalten bis dato einen ausdrücklichen Hinweis auf die Margin-of-appreciation-Doktrin und es stellt sich die Frage, inwiefern dies überhaupt notwendig ist. Durch den Einsatz mitgliedstaatlicher Beurteilungsspielräume und die damit einhergehende geringere Kontrolldichte üben sich die Richter des EGMR in richterlicher Zurückhaltung. Dieses Vorgehen ist auch deutschen Gerichten und ihren Richtern nicht fremd, so erklärte beispielsweise das Bundesverfassungsgericht (BVerfG):

Der Grundsatz des judicial self-restraint, den sich das Bundesverfassungsgericht auferlegt, bedeutet nicht eine Verkürzung oder Abschwächung seiner eben dargelegten Kompetenz, sondern den Verzicht ‚Politik zu treiben‘, d.h. in den von der Verfassung geschaffenen und begrenzten Raum freier politischer Gestaltung einzugreifen. Er zielt also darauf ab, den von der Verfassung für die anderen Verfassungsorgane garantierten Raum freier politischer Gestaltung offenzuhalten.⁴⁹

In der deutschen Rechtsordnung gibt es keine ausdrückliche Grundlage für den „Grundsatz des judicial self-restraint“, den sich das BVerfG auferlegt hat. Vielmehr versucht man die Grenzen verfassungsgerichtlicher Kontrolle aus dem funktionellen Gefüge der Verfassung selbst abzuleiten,⁵⁰ wobei eine dem amerikanischen Recht nachempfundene ‚Political-question-Dok-

49 BVerfG, 2 BvF 1/73 (E 36, 1) 31.07.1973, Rn. 75.

50 Der in diesem Zusammenhang verwendete Begriff des „judicial self-restraint“ und der Umstand, dass sich das BVerfG diesen selbst auferlegte, kann durchaus kritisch betrachtet werden. Schuppert weist darauf hin, dass der Begriff den Blick für die eigentliche Problematik, die Gewinnung funktionell-rechtlicher Grenzen der Rechtsprechung, verstelle. Für die Bestimmung dieses Grenzverlaufs sei nicht das Belieben des jeweiligen Richters maßgeblich, sondern die in der Verfassung ange-

trin⁴, die bestimmte politische Entscheidungen einer richterlichen Überprüfung gänzlich vorenthält, im deutschen Rechtsraum an Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz scheitert.⁵¹

Diese Betrachtungen zum nationalen Recht können zwar nicht ohne Weiteres auf die Margin of appreciation-Doktrin und das Konventionssystem übertragen werden; sie stellen aber einen Anhaltspunkt dar, um die Untersuchung neu auszurichten. Statt nach der Herleitung aus völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätzen oder nach einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage in der Konvention zu fragen, gilt es stattdessen zu untersuchen, inwiefern sich Grenzen richterlicher Kontrolle und damit die Berechtigung zur Einräumung von mitgliedstaatlichen, kontrollreduzierten Beurteilungsspielräumen aus dem Konventionssystem selbst ableiten lassen.⁵² Dass zumindest gänzlich kontrollfreie Beurteilungsspielräume mit dem Konventionssystem nicht vereinbar seien, hat der Gerichtshof bereits bestätigt:

The Government are in effect saying that the Court is precluded from reviewing Ireland's observance of its obligation not to exceed what is necessary in a democratic society when the contested interference with an Article 8 right is in the interests of the "protection of morals". The Court cannot accept such an interpretation. To do so would run counter to the terms of Article 19 of the Convention, under which the Court was set up in order "to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties...".⁵³

3. Vereinbarkeit der Margin-of-appreciation-Doktrin mit dem Konventionssystem

Im Folgenden soll untersucht werden, inwiefern sich Grenzen richterlicher Tätigkeit aus dem Konventionssystem selbst ableiten lassen und ob sich die Margin-of-appreciation-Doktrin als Folge dessen legitimieren lässt. Mögliche Grenzen richterlicher Tätigkeit auf Konventionsebene ergeben sich aus einem Zusammenspiel der offenen Formulierungen im Konventi-

legte funktionale Zuordnung, siehe *Schuppert, G. F.*, Self-Restraints der Rechtsprechung, Deutsches Verwaltungsblatt 1988, 1191, S. 1191.

51 *Röhl, K. F./Röhl, H. C.*, Allgemeine Rechtslehre (2008), S. 573 f.

52 *Shany, Y.*, Toward a general Margin of Appreciation Doctrine in International Law?, *European Journal of International Law* 2005, 907, S. 911 weist darauf hin: „The authority of international courts and tribunals to grant states a margin of appreciation is rarely grounded in explicit treaty norm.“

53 *EGMR*, Application no. 10581/83 (Norris v. Ireland) 26.10.1988, Rn. 45.

onstext und der besonderen Stellung des EGMR als europäisches Gericht. Von besonderer Bedeutung sind dabei insbesondere das funktionelle Gefüge des Konventionssystems, die Achtung vor der direkteren demokratischen Legitimation nationaler Entscheidungen sowie die kulturelle Vielfalt unter den Mitgliedstaaten.

a) Der offene Wortlaut und seine Entstehung

Den Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut, wobei gemäß Art. 31 Abs. 1 WVK auf die gewöhnliche Bedeutung der Bestimmungen abzustellen ist. Da die im Konventionstext enthaltenen Formulierungen und Begrifflichkeiten häufig offen und allgemein gehalten sind, ist es oftmals beschwerlich oder gar unmöglich, deren gewöhnliche Bedeutung zu ermitteln. Bevor darauf eingegangen wird, inwiefern dieser Umstand mit der Margin-of-appreciation-Doktrin in Verbindung steht, soll jedoch die Entstehungsgeschichte dahingehend untersucht werden, wie der Vertragstext entwickelt wurde und ob das Konzept mitgliedstaatlicher Beurteilungsspielräume schon damals, vor der Rechtsprechung von Kommission und Gerichtshof, eine Rolle spielte.

Die zur Ermittlung des Entstehungsprozesses notwendigen vorbereitenden Maßnahmen, die ‚travaux préparatoires‘, wurden vom Gerichtshof – aufgrund ihrer nach Art. 32 WVK geringeren Bedeutung für die Auslegung der Konvention – nur in vergleichsweise wenigen Fällen zur Hilfe genommen.⁵⁴ Verwiesen wird an dieser Stelle auf die Begriffsbestimmung von Rudolf Bernhardt, wonach zu den Vorarbeiten alle amtlichen Erklärungen und Verhandlungen gehören, die dem endgültigen Vertragsabschluss vorausgingen und den späteren Abschluss und Inhalt des konkreten Vertrags erkennbar zum Gegenstand haben. Eingeschlossen in die Ausgangsdefinition sind nicht nur gemeinsame oder zumindest unwidersprochen gebliebene Erklärungen der späteren Partner während der Vertragsverhandlungen, sondern auch alle sonstigen amtlichen Erklärungen zum Vertragsprojekt.⁵⁵

54 Matscher, F. (Fn. 28), S. 66 mit entsprechenden Verweisen.

55 Bernhardt, R. (Fn. 30), S. 110 f.

In Bezug auf die Margin-of-appreciation-Doktrin wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass die travaux préparatoires eine margin of appreciation der Mitgliedstaaten nicht erwähnen würden⁵⁶, dass sich keine

[...] **express reference** to the notion⁵⁷

finden lasse, oder sogar, dass

The margin of appreciation is a notion that one does not find [...] **referred to anywhere** in the drafting history.⁵⁸

(1) Der Teitgen-Bericht – Doc. 77

Im Mai 1948 trafen sich Vertreter der europäischen Einigungsbewegung zum Europakongress in Den Haag. Sie forderten einen europäischen Zusammenschluss sowie den Abschluss einer europäischen Menschenrechtskonvention. Zu diesem Zwecke wurde einer Kommission der Auftrag erteilt, eine ‚Charter of Human Rights‘ zu entwerfen. Im Februar 1949 legte die Kommission dem Internationalen Rat der Europäischen Bewegung auf der Konferenz in Brüssel einen Bericht vor, auf dessen Grundlage ein Beschluss gefasst wurde, welcher das angestrebte Ziel konkretisierte und dabei im Wesentlichen auf die Allgemeine Menschenrechtserklärung verwies.⁵⁹ Dieser Ansatz wurde daraufhin von einer ständigen Rechtsabteilung, unter dem Vorsitz des ehemaligen französischen Justizministers P. H. Teitgen, fortgeführt und vertieft. Das entwickelte ‚Projet de Convention des Droits de l’Homme‘ wurde am 12.7.1949 dem vorbereitenden Ministerausschuss des Europarats vorgelegt. Der Entwurf orientiert sich weitgehend an den Empfehlungen aus Brüssel und enthält eine Aufzählung der einzelnen Rechte, ohne diese zu definieren; vielmehr sollten die Rechte und Beschränkungen in einem Zusatzabkommen definiert werden, das erst später unter den Signatarstaaten der Konvention abgeschlossen werden sollte.⁶⁰ Nach einigem Ringen um die Genehmigung der Tagesordnung

56 *Rupp-Swienty, A.* (Fn. 3), S. 27.

57 *Yourow, H. C.* (Fn. 21), S. 14; Hervorhebung erfolgte durch die Autorin.

58 *Mahoney, P.*, Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?, *Human Rights Law Journal* 1998, 1, S. 2, Hervorhebung erfolgte durch die Autorin.

59 *Partsch, K. J.* (Fn. 41), S. 633.

60 Art. 4 *Projet de Convention des Droits de l’Homme*, Entwurf des Rechtskomitees der Europäischen Bewegung.

II. Die rechtliche Grundlage der Margin-of-appreciation-Doktrin

durch den Ministerausschuss wurde schlussendlich am 19.8.1949 in der Beratenden Versammlung über die Menschenrechte debattiert. Diesbezüglich wurde die Versammlung gebeten, besonderen Wert auf die Definition der Menschenrechte zu legen. Das ‚Projet de Convention‘ fand Anklang und wurde daraufhin dem eigenen Rechts- und Verwaltungsausschuss zum Studium zugewiesen.⁶¹ Der Ausschuss, unter dem Vorsitz von Sir David Maxwell Fyfe, war dagegen, die Definitionsarbeit in ein Zusatzabkommen auszulagern. Das Problem der nur schwer zu erzielenden Einigung auf detaillierte Definitionen sollte durch Übertragung der Verantwortung an die Mitgliedstaaten gelöst werden – und zwar nach dem Prinzip der Subsidiarität.⁶² Art. 4 des Konventionsentwurfs (Doc. 77), welcher der Beratenden Versammlung am 7. September vom Rechts- und Verwaltungsausschuss vorgelegt wurde, lautet dementsprechend:

Subject to the provisions laid down in Articles 5, 6 and 7, every Member State, signatory to the Convention, shall be entitled to establish the rules by which the guaranteed rights and freedoms shall be organised and protected within its territory.⁶³

Der Rapporteur des Rechts- und Verwaltungsausschusses, Herr Teitgen, welcher den Ausschussbericht in der Sitzung der Beratenden Versammlung präsentierte, führte diesbezüglich aus:

From that arose the solution which has been adopted by our Committee. It confirms the traditional principle, which is also a fundamental international public right, according to which each country has the right to organise, within its own territory, the methods of execution and the day-to-day conditions for the operation of the guaranteed rights and freedoms. Thus an international Convention shall establish and give a general definition of a list of guaranteed freedoms. Each country shall, through its own legislation, determine the conditions in which these guaranteed liberties shall be exercised within its territory, and, in defining the practical conditions for the operation of these guaranteed liberties, each country shall have **a very wide freedom of action**.⁶⁴

61 *Weiß, C.*, Die europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (1954), S. 4 f.

62 *Simpson, Alfred William Brian*, Human Rights and the End of Empire (2001), S. 676.

63 *Council of Europe / Committee of Ministers*, Collected Edition of the ‘travaux préparatoires’ of the European Convention on Human Rights (1975), Band 1, S. 230.

64 *Council of Europe / Committee of Ministers* (Fn. 63), S. 276; Hervorhebung durch die Autorin.

In der originären Sprachfassung der Rede, dem Französischen, lautete die Formulierung:

[...] chaque pays disposera d'une très large **liberté d'appréciation**.⁶⁵

Zu Recht weist Simpson darauf hin, dass die Übersetzung des Französischen („liberté d'appréciation“) in das Englische („liberty of action“) nicht gelungen sei, denn der Ausdruck meine doch eher die Freiheit der Beurteilung bzw. Evaluation als die Freiheit des Handelns oder der Aktion.⁶⁶

(2) Die Entscheidung für das Definitionssystem

Die Bestimmungen des Rechts- und Verwaltungsausschusses wurden von der Beratenden Versammlung im Wesentlichen übernommen und an das Ministerkomitee weitergeleitet, welches den Entwurf Anfang November 1949 an ein speziell errichtetes Sachverständigengremium weiterverwies. Innerhalb dieses Gremiums war man sich unter anderem uneinig über die Ausgestaltung der Rechte. Während ein Lager den Umfang und die Grenzen der Rechte festschreiben wollte, war das andere Lager gegen eine Definitionsarbeit und wollte es bei einer bloßen Aufzählung der Rechte belassen. Die Entscheidung zwischen Definitions- oder Enumerationssystem wurde daraufhin dem Ministerkomitee als politische Frage überantwortet. Dieses überwies den Sachverständigenbericht jedoch weiter an den Ausschuss höherer Regierungsbeamter, welcher dann vom 8.–17.6.1950 tagte. Im Ausschuss höherer Regierungsbeamter entschied man sich schließlich für ein Definitionssystem, wobei die Formulierungen der Rechte und ihrer Grenzen teils detaillierter und teils – entsprechend den Formulierungen im UN International Covenant on Civil and Political Rights – allgemeiner ausfielen. Diese Version der Konvention wurde, bis auf kleine Änderungen, vom Ministerkomitee am 3.11.1950 angenommen.⁶⁷

65 *Council of Europe / Committee of Ministers* (Fn. 63), S. 277; Hervorhebung durch die Autorin.

66 *Simpson, Alfred William Brian* (Fn. 62), S. 676, Fn. 112.

67 *Partsch, K. J.* (Fn. 41), S. 645 ff.

(3) Vage und allgemeine Begriffe

Auch wenn man sich im Rahmen der Vorarbeiten letztendlich für das Definitionssystem entschieden hat, sind zur Ausgestaltung der Rechte und ihrer Grenzen Formulierungen und Begriffe gewählt worden, die offen und vage sind. Beispiele dafür sind unter anderem: „necessary in a democratic society“, „the protection of morals“ oder „public emergency threatening the life of the nation“.⁶⁸

Die Kommission hat schon frühzeitig eine Verbindung zwischen der Margin-of-appreciation-Doktrin und dem zum Teil offenen Wortlaut der Konvention hergestellt:

Sometimes the Convention uses expressions or ideas which, in themselves, have no exact and generally accepted meaning and which cannot be given such a meaning by process of interpretation. Such provisions leave States a certain margin of appreciation with regard to the fulfilment of their obligations. If a measure taken by a State is within this margin, it is generally in accordance with the Convention; if it exceeds it, there is a violation.⁶⁹

Allein das Vorkommen allgemeiner und offener Begrifflichkeiten und Formulierungen im Konventionstext kann jedoch nicht ausreichen, um den Einsatz mitgliedstaatlicher Beurteilungsspielräume zu begründen, da ansonsten die Rolle des Gerichtshofs nach Art. 19 EMRK⁷⁰ untergraben würde. Dass auch der Gerichtshof die Anwendbarkeit der Margin-of-appreciation-Doktrin nicht allein aus dem offenen Wortlaut herleitet, lässt sich zudem anhand seiner autonomen Auslegungsentscheidungen im Zusammenhang mit einigen offenen Formulierungen im Konventionstext belegen.⁷¹ Dementsprechend müssen noch andere Faktoren hinzutreten, um die An-

68 Die Verwendung solch allgemeiner Begrifflichkeiten ist aus vielen Gründen unvermeidbar, da selbst die detaillierteste Definition nicht alle möglichen Fallgestaltungen erfassen kann und Regelungen dadurch für potenzielle Veränderungen offen bleiben, siehe *Wiarda, G. J.*, *Rechterlijke Voortvarendheid en Rechterlijke Terughouding bij de Toepassing van de Europese Conventie tot Bescherming van de Rechten Van de Mens* (1986), S. 6.

69 *EKMR*, Application nos. 1474/62; 1677/62, 1691/62; 1769/63; 1994/63, 2126/64 (Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium), Rn. 400.

70 „To ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the Convention and the Protocols thereto [...]“

71 So z. B. bei der autonomen Auslegung der Begriffe „civil rights and obligations“ in Art. 6 EMRK, siehe: *EGMR*, Application no. 6232/73 (König v. Germany) 28.06.1978, Rn. 88 f.

wendbarkeit der Margin-of-appreciation-Doktrin durch den Gerichtshof zu begründen.

(4) Schlussfolgerung

Auch wenn die travaux préparatoires nur eine untergeordnete bzw. ergänzende Rolle spielen, lässt sich ihnen entnehmen, dass in gewissen Phasen des Entstehungsprozesses ein subsidiäres Verständnis des Konventionssystems und ein damit einhergehender sehr weiter Beurteilungsspielraum bzw. eine Beurteilungsfreiheit der Mitgliedstaaten favorisiert wurde. Zwar war die Margin-of-appreciation-Doktrin in ihrer heutigen Form nicht Gegenstand der Vorarbeiten, doch wurde zumindest das Konzept mitgliedstaatlicher Beurteilungsspielräume im Rahmen des Entstehungsprozesses thematisiert.

Einfallstor für die Anwendbarkeit der Margin-of-appreciation-Doktrin im Konventionstext sind vage Begriffe oder offene Formulierungen ohne bestimmte oder aus Sicht des Gerichtshofs bestimmbare Bedeutung, die trotz der damaligen Entscheidung für das Definitionssystem gehäuft im Konventionstext zu finden sind. Nur das Vorliegen solcher Begriffe oder Formulierungen reicht jedoch nicht aus, um die Anwendbarkeit der Doktrin zu begründen. Es müssen vielmehr noch andere Faktoren hinzutreten und berücksichtigt werden, wenn es darum geht, die Margin-of-appreciation-Doktrin zu legitimieren.

b) Das funktionelle Gefüge: die Aufgabenverteilung im Konventionssystem

Aspekte der Kompetenz- bzw. Aufgabenverteilung⁷² beeinflussen die Art und Weise, in der Gerichte oder andere Kontrollorgane ihre Kontrollfunktion wahrnehmen und ausüben. Immer dann, wenn in einem ‚Gefüge‘ detaillierte Regeln zur Aufgabenverteilung fehlen, besteht potenziell Raum

⁷² Auch auf nationaler Ebene beeinflussen Aspekte der Gewaltenteilung den Umfang der gerichtlichen Kontrolle. Gemeint ist an dieser Stelle jedoch nicht die „Gewaltenteilung“ als rein nationales Konzept; sondern vielmehr ganz allgemein die Kompetenz- bzw. Aufgabenverteilung in „Systemen“ mit mehreren Institutionen und Überwachungsinstanzen.