

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als *pouvoir neutre*

Georg Ress*

I.	Die Suche nach dem <i>pouvoir neutre</i>	289
II.	Kann der EGMR ein Schiedsrichter sein?	290
III.	Die EMRK mit der Funktion einer europäischen Verfassung und der EGMR als eine Art "europäisches Verfassungsgericht"	291
IV.	Die Urteilstwirkungen	292
V.	Der Status des EGMR und die Rechtsstellung der Richter des EGMR	295
VI.	Urteilstreckung und <i>pouvoir neutre</i>	297
VII.	Piloturteile	298
VIII.	Glaubwürdigkeit des <i>pouvoir neutre</i>	299
IX.	Die Abgrenzung zur staatlichen Entscheidungssphäre (<i>margin of appreciation</i>)	299
X.	Balance in Spannungslagen, z. B. Parteiverbotsverfahren	300
XI.	Balance beim Eigentumsschutz	301
XII.	Balance im Verhältnis zu internationalen Organisationen	302
XIII.	Balance bei der Bestimmung des territorialen Anwendungsbereichs	304
XIV.	Balance bei Abwägungsproblemen in multipolaren Grundrechtsbeziehungen	305
XV.	Balance bei der Anerkennung der Staatenimmunität	306
XVI.	Fazit: Der <i>pouvoir neutre</i> zwischen Rechtsbindung und Wertentscheidung	306
XVII.	Zusammenfassung	307

I. Die Suche nach dem *pouvoir neutre*

Karl Doehring hat die Frage gestellt, ob das Grundgesetz eines *pouvoir neutre* bedarf, also eines mäßigenden, verhindernden, zum Teil auch excedierenden schiedsrichterlich wirkenden Organs und er meinte, dieses im Bundesverfassungsgericht gefunden zu haben.¹ Die von Benjamin Constant² entwickelte Konzeption eines notwendigen *pouvoir neutre* im Staat geht zurück auf die Konstruktion der Monarchie, in der es keine Verfassungsgerichtsbarkeit gab und in der der durch seinen Eid an die Verfassung gebundene Monarch nach bestem Wissen und Gewissen, letztlich aus einer von ihm empfundenen Verantwortung vor Gott, als Arbitr zwischen der von ihm eingesetzten und ihm verantwortlichen Regierung und der

* Professor emeritus, Universität des Saarlandes, Professor of International Law, Jacobs-University Bremen. Ehemaliger Richter des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Straßburg.

¹ K. Doehring, Der "pouvoir neutre" und das Grundgesetz, in: Der Staat, Bd. III (1964), 201 ff., 212 ff.: "Sieht man das BVerfG als 'pouvoir neutre' in den Grenzen, die eine Parallele zu der Staatsform, die der Urheber des Begriffs im Auge hatte, zuläßt, so zeigt es sich als Schiedsrichter im Spannungsfeld der anderen Staatsorgane und insoweit – wenn man will – auch als 'Gericht'; es zeigt sich gleichzeitig als politisches Organ, wenn es, gezwungen durch die Verfassung selbst, diese rechtsschöpferisch auslegt und insofern mehr vermag, als die anderen Staatsgewalten." (216 f.).

² B. Constant, Cours de Politique Constitutionnelle, hrsg. von J.-P. Pagès, 1836, Bd. 1, 1. Teil, 1 ff.

vom Volk gewählten *Assemblée* entscheidet.³ Entscheidend war für diese Qualifikation des BVerfG als *pouvoir neutre*, dass es mehr ist als nur rechtsprechende Gewalt, dass es “Spannungen zwischen aktiven politischen Gewalten zu lenken und zu entschärfen”⁴ in der Lage ist. Doehring hat es als “politischen Schiedsrichter”⁵ qualifiziert, der in aktuellen politischen Spannungsfeldern – z. B. bei Konflikten zwischen Bund und Ländern, zwischen Individuen, der Exekutive und dem Gesetzgeber, zwischen Staatsorganen (wie beim Organstreit) und durch Normenkontrolle und beim Streit um die Verfassungsmäßigkeit politischer Parteien – entscheiden dürfe.

II. Kann der EGMR ein Schiedsrichter sein?

Wie steht es nun insofern mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)? Im Gegensatz zum EuGH im Gewaltengefüge der EU und EG stellen sich hier andere Fragen und Probleme. Während der EuGH durch seine Rechtsprechung zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts,⁶ zur unmittelbaren Anwendbarkeit,⁷ zur direkten Richtlinienwirkung⁸ und zum *Francoovich*-Haftungsmodell⁹ eine echte supranationale Wirkung im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten und zum einzelnen entwickelt hat und vor allem durch das Scharnier des Vorlageverfahrens¹⁰ eine direkte Einwirkung in die nationale Gerichtsbarkeit gegeben ist, fehlt dies dem europäischen Menschenrechtssystem. Jedenfalls lässt es sich so ohne weiteres nicht übertragen. Während man bei der EG/EU durchaus von ei-

³ Zwar ist der Monarch in der Konstruktion der doppelten Souveränität nicht “neutraler” Arbitrer im strengen Sinne, aber durch seinen auf die Verfassung geleisteten und vor Gott beschworenen Eid wird er zur letzten Instanz in verfassungsrechtlichen Streitigkeiten zwischen den Gewalten, insbesondere zwischen der Regierung und dem Parlament. Im preußischen Verfassungsstreit ist dieses Problem intensiv diskutiert worden und unter der französischen Verfassung von 1958 während der Cohabitation in der Arbitrer-Funktion des Präsidenten, der nicht außerhalb der Verfassung, sondern in und unter der Verfassung steht, ausgetragen worden.

⁴ Doehring (Anm. 1), 212.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Costa v. ENEL*, Rs. 64/64, Slg. 1964, 425.

⁷ *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, Rs. 26/62, Slg. 1963, 105.

⁸ *Van Duyn v. Home Office*, Rs. 41/74, Slg. 1975, 1337; *Pubblico Ministero v. Ratti*, Rs. 148/78, Slg. 1979, 1629. Siehe dazu auch G. Ress, Die Direktwirkung von Richtlinien: Der Wandel von der prozeßrechtlichen zur materiell-rechtlichen Konzeption, in: D. Leipold/W. Lücke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Peter Arens, 1993, 351 ff.

⁹ *Francoovich and Bonifaci v. Italy*, Rs. C 6/90 und 9/90, Slg. 1991, 5357.

¹⁰ Zum Vorlageverfahren siehe T. Oppermann, Europarecht, 4. Aufl. 2009, 269 ff. Zur Befolgung siehe S. Schwarze, Die Befolgung von Vorabentscheidungen des EuGH durch deutsche Gerichte, 1988; A.U. Pietrek, Verbindlichkeit von Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EWGV, 1989; G. Ress, Wichtige Vorlagen deutscher Verwaltungsgerichte an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, in: Die Verwaltung 20 (1987), 177 ff.; ders., Die Entscheidungserheblichkeit im Vorlageverfahren nach Art. 177 EWG-Vertrag im Vergleich zu Vorlageverfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG, in: M. Martinek/J. Schmidt/E. Wadle (Hrsg.), Festschrift für Günther Jahr, 1994, 339 ff.

nem, vielleicht besonderen System der Gewaltenteilung sprechen kann und daher die Frage nach einem neutralen Arbitrer sinnvoll erscheint, könnte die Frage innerhalb des europäischen Menschenrechtsschutzsystems von vorneherein müßig erscheinen.

Dem ist jedoch nicht so. Geht man von dem Verständnis Benjamin Constant's aus, wonach derjenige "*pouvoir neutre*", der die Streitigkeiten der Staatsbürger untereinander ausgleiche und die Streitenden gegeneinander schütze, die Gerichtsbarkeit sei, so wird damit die Funktion des EGMR nicht ausreichend qualifiziert. Nach Benjamin Constant ist der *pouvoir neutre* "*en quelques sortes le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs*". Gericht zu sein genügt aus dieser Sicht allein also nicht, es kommt auf die hemmende, ausgleichende, zum Teil auch excedierende Funktion des Arbiters an, die sich auch beim EGMR feststellen lässt. Damit müssen wir uns beim EGMR der Struktur des Gerichtshofs, den Entscheidungsbefugnissen gegenüber den Vertragsstaaten und den Individuen und der effektiven Vollstreckung der Urteile sowie der Stellung der Richter und einer Gesamtbetrachtung im System des Europarats zuwenden.

III. Die EMRK mit der Funktion einer europäischen Verfassung und der EGMR als eine Art "europäisches Verfassungsgericht"

Der Vergleich des EGMR mit dem *pouvoir neutre* des Bundesverfassungsgerichts setzt einen Sprung von der innerstaatlichen Sphäre auf die zwischenstaatliche voraus und eine Betrachtung der Vertragsstaaten als durch das Völkerrecht und besondere völkerrechtliche Verträge "gezügelter Gewalten". Der Vergleich bietet sich bei aller Unvollkommenheit deshalb an, weil – wie die Betrachtung des Bundesverfassungsgerichts durch Karl Doehring gezeigt hat – die Gerichtsbarkeit aufgrund ihrer inneren und personalen Struktur am ehesten geeignet ist, die Funktion eines *pouvoir neutre* zwischen den Gewalten im Staate und im besonderen Fall der Menschenrechte auch zwischen den Staaten und den Individuen zu erfüllen. Zwar hat Benjamin Constant nie an eine internationale Gerichtsbarkeit in diesem Zusammenhang gedacht. Angesichts der Tatsache, dass viele externe Beziehungen zwischen den Staaten des Europarats aufgrund der immer stärkeren Vernetzung durch völkerrechtliche Verträge, insbesondere in den Integrationsorganisationen der EG/EU und innerhalb der europäischen Menschenrechtskonvention, zu einer Internalisierung dieser Beziehungen und zu einer immer stärkeren Einwirkung auf die nationalen Rechtsordnungen geführt haben,¹¹ liegt ein Vergleich zwischen dem EGMR und dem Bundesverfassungsgericht nahe.

¹¹ Der EGMR hat sich bezügl. der aus der EMRK folgenden Umsetzungspflichten allerdings zurückgehalten. Zunächst hat er offen gelassen, ob die Vertragsstaaten die EMRK in ihre Rechtsordnung inkorporieren müssen (was inzwischen alle Staaten getan haben) und schon gar, welchen Rang die EMRK in der innerstaatlichen Rechtsordnung haben müsse. Nach den neueren Urteilen über den In-

Die EMRK ist oft als eine Art europäische Verfassung angesprochen worden, und der EGMR hat sie als *European Public Order*¹² qualifiziert, damit also ihre Nähe zu einer europäischen Verfassungsordnung – und damit abgehoben von sonstigen völkerrechtlichen Verträgen – nahegelegt. Diese *European Public Order* ist gekennzeichnet durch besondere Auslegungsregeln (dynamisch-teleologische Auslegung – *the Convention as a living instrument to be interpreted under present day conditions*), von der Zurückdrängung des Parteiwillens (Ablehnung der historischen Auslegung) und einer in den Vordergrund tretenden objektiven Inhaltsbestimmung, was sich an dem besonderen Vorbehaltsregime zeigt, von einer Ablehnung des Bilateralismus sowie einer strukturellen Ähnlichkeit zu staatlichen Verfassungen. Diese vom Straßburger Gerichtshof entwickelten rechtlichen Besonderheiten der Auslegung und Wirkung der EMRK¹³ sind zwar nicht so weitgehend wie die Auslegung des EG-Vertrages durch den EuGH, weisen aber insofern in der rechtsschöpferischen Funktion Ähnlichkeiten auf, als beide den Verträgen einen verfassungsrechtlichen Charakter zugesprochen haben¹⁴ (was immer damit im Einzelnen gemeint sein sollte).

IV. Die Urteilstwirkungen

Wie sieht es nun mit der schiedsrichterlichen Funktion in Spannungsfeldern, die man auch als politisch bezeichnen könnte, durch den EGMR aus? Ist der EGMR zu einer solchen Funktion überhaupt geeignet? Der EGMR, oft als ein europäisches Verfassungsgericht bezeichnet, unterscheidet sich von einem solchen Gericht unter anderem durch seine fehlenden Eingriffsbefugnisse.¹⁵ Die bindenden Urteile

halt der Vollstreckung: Urteil vom 17.2.2004 – *Maestri v. Italy* (GC), Nr. 39748/98, ECHR 2004-I; Urteil vom 8.4.2004 – *Assanidzé v. Georgia* (GC), Nr. 71503/01, ECHR 2004-II; Urteil vom 22.6.2004 – *Broniowski v. Poland* (GC), Nr. 31443/96, ECHR 2004-V, mit dem *friendly settlement* durch Urteil vom 28.9.2005, ECHR 2005-IX; Urteil vom 19.6.2006 – *Hutten-Czapska v. Poland* (GC), Nr. 35014/97) wäre eigentlich die logische Konsequenz, dass die Staaten wenigstens verpflichtet sind, die EMRK in ihre innerstaatliche Rechtsordnung in einer Weise zu übernehmen, dass ihnen die Vollstreckung der gegen sie gerichteten Urteile des EGMR möglich ist. Siehe dazu G. Ress, Horizontale Grundrechtskollisionen. Zur Bedeutung von Art. 53 der Europäischen Menschenrechtskonventionen, in: E. Klein/S.U. Pieper/G. Ress (Hrsg.), Rechtsstaatliche Ordnung Europas. Gedächtnisschrift für Albert Bleckmann., 2007, 313 ff., 319 f.

¹² Siehe dazu *Loizidou v. Turkey*, Preliminary Objections – 310 (Urteil vom 23.3.1995); *Loizidou v. Turkey* (Merits) – Rep. 1996 – VI, Urteil vom 18.12.1996; *Loizidou v. Turkey* (Art. 50) – Rep. 1998 – IV (Urteil vom 28.7.1998). Siehe auch *Ahmed and Others v. UK* – Rep. 1998 – VI (Urteil vom 2.9.1998) zur grundlegenden Bedeutung der Demokratie als Mittel zur Sicherung und Effektivierung der konventionsrechtlich geschützten Menschenrechte, wie sie bereits in der Präambel der Konvention und mittelbar auch in den Schrankenvorbehalten ihren Niederschlag gefunden hat.

¹³ *Comingersol SA v. Portugal* (GC), Nr. 35382/97, § 35, Urteil vom 6.4.2000, ECHR 2000 – IV; *Beer and Regan v. Germany* (GC), Nr. 28934/95 § 57, Urteil vom 18.2.1999; *Salduz v. Turkey* (GC), Nr. 36391/62 § 51, ECHR 2008.

¹⁴ Siehe dazu G. Ress, Supranationaler Menschenrechtsschutz und Wandel der Staatlichkeit, *ZaöRV* 64 (2004), 621 ff., 628 f.

¹⁵ *Christine Goodwin v. UK*, Urteil vom 11.7.2002 (GC), Nr. 28957, ECHR 2002-VI.

sind ebenso wie die bindenden einstweiligen Anordnungen ohne jegliche Kassationsbefugnis gegenüber Rechtsakten der Mitgliedstaaten.¹⁶ Er hat demnach eine, wie es einem internationalen Gericht zukommt, rein rechtsentscheidende deklaratorische, aber nicht eingreifende Funktion. Ergänzt wird diese *inter partes*-Wirkung durch den Vollstreckungsauftrag nach Art. 46 Abs. 2 EMRK an das Ministerkomitee,¹⁷ vor dem sozusagen ein zweites Verfahren mit Stellungnahmen der Parteien stattfindet. Jedenfalls ist trotz der rein deklaratorischen Wirkung der Vollzug nicht allein den Staaten überlassen, sondern findet unter einer institutionellen internationalen Kontrolle statt.¹⁸ Die von Tomuschat angesichts der Vollstreckungsschwierigkeiten schon vor längerer Zeit gestellte Frage: “*Quo vadis, Argentoratum?*”¹⁹ steht zwar immer noch über dem Ministerkomitee, vor allem angesichts der Hartleibigkeit von Russland – hier kann man nur hoffen, dass ein steter Tropfen auch den härtesten Stein höhlt.²⁰ Vielleicht hätte man seinerzeit den Bedenken von Bernhardt und Trechsel folgen und mit der Aufnahme Russlands in den Europarat noch zuwarten sollen.²¹ Dann hätte man heute auch nicht die Schwierigkeiten mit der Ratifikation des 14. Zusatzprotokolls.²² Es ist immer wieder überlegt worden, den Urteilen des EGMR eine über den Einzelfall hinausgehende *erga omnes*-Wirkung (der Interpretation der EMRK-Bestimmungen) zuzuordnen. Eine solche Wirkung geht aber von einem verfehlten Ansatz aus. Mosler sprach seinerzeit von einer Orientierungswirkung – wie dies letztlich auch beim Bundesverfassungsgericht der Fall ist. Eine echte *erga omnes*-Wirkung hätte unter Umständen auch prozessual, da die Sachfrage ja schon entschieden wäre, unerwünschte Folgen.²³

Der EGMR steht damit im politischen Spannungsfeld zwischen der aktuellen Rechtspraxis der Vertragsstaaten (“*present day conditions*”), was die Rolle der Rechtsvergleichung unterstreicht, und der progressiven Fortentwicklung des Men-

¹⁶ *Van Kück v. Germany*, Urteil vom 12.6.2003, Nr. 35968/97, ECHR 2003-VII; siehe dazu meine *concurring opinion*.

¹⁷ Art. 46 Abs. 2 EMRK, siehe dazu Urteil vom 8.1.2009, Nr. 29002/06, Newsletter 2009, 12. Siehe dazu auch H.-J. Cremer, in: EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, hrsg. von R. Grothe/T. Marauhn, 2006, Kap. 32.

¹⁸ Cremer (Anm. 17). Rn. 67.

¹⁹ C. Tomuschat, in: *Human Rights Law Journal* (1992), 401 ff.

²⁰ Siehe dazu J.-P. Costa, *Annual Report 2008*, (Registry of the European Court of Human Rights, 2009), 33 ff., 39 ff.; siehe auch R. Bernhardt, *The Admissibility Stage: The Pros and Cons of a Certiorari Procedure for Individual Applications*, in: *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, hrsg. von R. Wolfrum/U. Deutsch, 2009, 29 ff. mit Vorschlägen für Abhilfen.

²¹ Reports of the Parliamentary Assembly of Oct. 31, 1997, 4, abgedruckt in: *Human Rights Law Journal* (1994), 249-300.

²² Die Duma Russlands hat als einziger Staat die Ratifikation des 14. Zusatzprotokolls bisher verweigert. Siehe dazu die Ansprache des Präsidenten Jean Paul Costa bei der Eröffnung des Gerichtsjahrs, 30. Januar 2009, 7 ff., mit dem Vorschlag “to organise a major formal conference in the first half of 2010 ... to articulate a new commitment (of the Contracting States)”. Costa gab dieser künftigen Konferenz die Richtung, die “*États généraux des droits de l’homme en Europe*” zu schaffen.

²³ H. Mosler, in: I. Maier (Hrsg.) *Europäischer Menschenrechtsschutz*, 1982, 355 ff., 366.

schenrechtsschutzes, die es erfordert, auch eine Art “*negative consensus*” der Vertragsstaaten zu erkennen und ggf. in Frage zu stellen. Das rechtsschöpferische Element, das jeder richterlichen Rechtsauslegung und -anwendung (auch *de lege artis*) mehr oder weniger eigen ist, erfährt bei einem internationalen, auf den Schutz von Menschenrechten ausgerichteten Gerichtshof eine gewisse Verstärkung durch den relativ weiten Schutzauftrag, andererseits eine Verengung, da es nicht nur um den Ausgleich innerhalb einer Verfassungsordnung, sondern zwischen 47 Vertragsstaaten (mit ihren Verfassungsordnungen) geht. Dieses rechtsschöpferische Element ist nach der Qualifikation von Karl Doehring typisch für einen “*pouvoir neutre*”. Dem Gerichtshof obliegt es, eine über den Einzelfall hinausgehende, für alle Vertragsstaaten angemessene Auslegung zu finden. Die Interpretation zugunsten einer effektiven und praktischen Entfaltung der Menschenrechte (*the Convention must be interpreted and applied in such a way as to guarantee rights that are practical and effective*) hat den Gerichtshof zu bedeutenden interpretatorischen, ja rechtsschöpferischen Leistungen geführt. Ich nenne nur das Urteil im Fall *Matthews*,²⁴ wo der Gerichtshof – mit weitreichenden Konsequenzen – den Begriff der Legislative (Art. 3 des 1. Zusatzprotokolls) auf das Europäische Parlament mit der Begründung übertragen hat, dass die Auslegung des ursprünglich die nationale “*legislature*” erfassenden Begriffs der Entwicklung einer supranationalen Gesetzgebung durch die Vertragsstaaten folgen müsse. Zu diesen rechtsschöpferischen Leistungen gehört die schon sehr frühe Entfaltung der prozeduralen Seite des Menschenrechtsschutzes, die eine gerichtliche Lösung des Problems der “verschwindenden Personen” erst ermöglicht hat, wenn Vertragsstaaten ihrer Pflicht zur effektiven Ermittlung und Aufklärung nicht nachgekommen sind.²⁵ Dazu gehören in jüngster Zeit die Piloturteile²⁶ (z. B. das Urteil im Fall *Broniowski v. Poland*²⁷ und *Hutten-Chapska v. Poland*²⁸), mit denen der Gerichtshof gestützt auf den bis dahin insofern nahezu unbeachteten Artikel 46 EMRK relativ eingehend vorgeschrieben hat, dass Polen für die Beschwerdeführer und ihnen gleichgestellte Personen ein Entschädigungsgesetz erlassen müsse. Dies betraf einerseits alle jenseits des Bug enteigneten Polen, andererseits die durch die polnische Mietgesetzgebung in ihren Rechten betroffenen Haus- und Wohnungseigentümer. Zu diesen rechtsschöpferischen Leistungen gehört auch die jüngste Rechtsprechung zur Frage, ob es eine negative Gewerkschaftsfreiheit gebe (ein alter Streit mit den skandinavischen Staaten und dem Vereinigten Königreich über die sogenannten *closed*

²⁴ *Matthews v. UK* (GC), Nr. 24833/94, ECHR 1999-I, Urteil vom 18.2.1999.

²⁵ Vgl. die Fälle *Akdeniz and Others v. Turkey*, Nr. 25165/94, Urteil vom 31.5.2001; *Süreç v. Turkey* (GC), Nr. 24762/94, Urteile vom 8.7.1999.

²⁶ Siehe dazu L. C a f l i s c h, Die Technik der Pilotfälle, EuGRZ 2006, 521; G. R e s s, Les arrêts pilotes de la Cour Européenne des Droits de l’Homme, in: De l’efficacité des recours internes dans l’application de la Convention européenne des droits de l’homme, 2006, hrsg. von J.-F. Flauss, 277 ff.

²⁷ *Broniowski v. Poland* (GC), Nr. 31443/96, ECHR, 2004-V, Urteil vom 22.6.2004 mit dem *friendly settlement* (GC) vom 28.9.2005 (ECHR 2005-IX).

²⁸ *Hutten-Czapska v. Poland* (GC), Nr. 35014/97, Urteil vom 19.6.2006, ECHR 2006.

shop-Regelungen).²⁹ Diese progressive Fortentwicklung des Menschenrechtsschutzes – deutlich auch in der Ausdehnung des Begriffs Folter gegenüber dem Bereich der unmenschlichen Behandlungen im Fall *Selmouni*³⁰ und *Jalloh*³¹ – kann es auch erforderlich machen, eine Art negativen Consensus der Vertragsstaaten zu erkennen und ggf. in Frage zu stellen. Dies hat sich sehr deutlich bei der Frage gezeigt, ob und ggf. wie weit das ungeborene Leben in den Schutzbereich des Art. 2 EMRK fällt (*Vo v. France*)³² und ggf. wie weit Vertragsstaaten auf den Schutz des ungeborenen Lebens in anderen Schutzbereichen (zum Beispiel beim Anspruch auf Respekt des Privatlebens in dem Urteil *Odièvre v. France*)³³ Rücksicht nehmen dürfen. Die rechtlichen und politischen Spannungen, die der EGMR zu lösen hat, könnten kaum größer sein als in diesen hochsensiblen Situationen. Die Mehrheit des EGMR hat sich, so kann man sagen, bemüht, einen der Rechtslage in der überwiegenden Zahl der Vertragsstaaten gerecht werdenden Ausgleich zu finden.³⁴

V. Der Status des EGMR und die Rechtsstellung der Richter des EGMR

Auch der nur unvollkommen festgelegte Status des Gerichts steht meiner Ansicht nach im Ergebnis einem Vergleich mit einem Verfassungsgericht nicht im Wege. Der EGMR als "Vertragsorgan" ist zwar nicht eindeutig organschaftlich dem Europarat zugeordnet,³⁵ ist jedoch institutionell in vielfältiger Weise vom Ministerkomitee – schon aufgrund der Statusresolution³⁶ und dem Urteilsvollstreckungsauftrag – sowie der parlamentarischen Versammlung aufgrund der Richterwahl rechtlich abhängig. Letztlich entscheidet das Ministerkomitee über das Budget des Gerichtshofs und damit über die – angesichts des enormen Rückstands in der Bearbeitung von Fällen – nach wie vor begrenzten Arbeitsmöglichkeiten. Das Fehlen eines förmlichen Statuts des Gerichtshofs, das bei der Zusammenlegung von Kommission und altem Gerichtshof im 11. Zusatzprotokoll hätte seinerzeit

²⁹ *Sørensen and Rasmussen v. Denmark* (GC), Nr. 52562/99 and 52620/99, Urteil vom 10.1.2006, ECHR 2006.

³⁰ *Selmouni v. France* (GC), Nr. 25803/54, ECHR 1999-V, Urteil vom 28.7.1999.

³¹ *Jalloh v. Germany* (GC), Nr. 54810/00, Urteil vom 11.7.2006.

³² *Vo v. France* (GC), Nr. 53924/00, ECHR 2004-VIII, Urteil vom 8.7.2004.

³³ *Odièvre v. France* (GC), Nr. 42326/98, ECHR 2003-III, Urteil vom 13.2.2003.

³⁴ Siehe dazu G. R e s s, Aspekte der Stabilität der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: Die Herausforderung von Grenzen, Festschrift für Roland Bieber, hrsg. von A. Epiney/M. Haag/A. Heinemann, 2007, 237 ff.

³⁵ Vgl. dazu G. R e s s, Die Organisationsstruktur internationaler Gerichte, insbesondere des neuen Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: Liber amicorum für Ignaz Seidl-Hohenveldern, hrsg. von Hafner *et al.*, 1998, 541 ff.

³⁶ Zu dieser Statusresolution siehe R e s s, *ibidem*.

angefügt werden sollen,³⁷ sowie das Fehlen der Qualität als eigenständige juristische Person machen einen Teil der Schwäche des europäischen Menschenrechtsschutz-“Systems” aus. Ich habe deshalb schon seinerzeit den Gerichtshof noch als *Institution intermédiaire* auf dem Weg vom alten zu einem wirklich permanenten neuen Gerichtshof bezeichnet.³⁸

Auch die Stellung der Richter ist nicht unproblematisch. Da das 14. Zusatzprotokoll mit dem Ausschluss der Wiederwahl bisher nicht in Kraft getreten ist, bleibt es bei der Wiederwahlmöglichkeit nach 6 Jahren. Dass dies bei einem Gerichtshof, der heikelste innenpolitische Fragen – wie die Unabhängigkeit der nationalen Richter,³⁹ das nationale Gefängnisssystem und die Zustände in einzelnen Gefängnissen,⁴⁰ die Pressefreiheit etwa in osteuropäischen Staaten⁴¹ oder die Konventionsgemäßheit politischer Parteien⁴² – zu beurteilen hat, Einfluss auf die Urteilsfindung der jeweiligen Richter, nicht nur der nationalen Richter haben kann,⁴³ ist nicht von der Hand zu weisen, vor allem wenn man bedenkt, dass Richter nicht mehr auf die Liste zur Wiederwahl aufgenommen und der parlamentarischen Versammlung vorgeschlagen worden sind,⁴⁴ deren in dem Urteil deutlich sichtbares Votum den vorgeblichen nationalen Interessen nicht entsprach. Die Verlängerung der Amtsdauer der Richter (auf 9 Jahre) und der Ausschluss der Wiederwahl entspricht daher einer Forderung zur Stärkung der Unabhängigkeit. Dazu gehört auch, dass der soziale Status der Richter dem üblichen Status an anderen internationalen Gerichten angepasst werden muss, d. h. ihnen eine Pensionsberechtigung eingeräumt wird,⁴⁵ um sie nach dem Ausscheiden aus dem Amt nicht in die mehr oder weniger völlige Abhängigkeit von ihren Staaten fallen zu lassen. Dazu gehört schließlich auch, die Immunität der Richter des EGMR nicht nach dem Vorbild der diplomatischen Immunität auszugestalten, denn den eigentlichen Schutz muss der Richter

³⁷ Dazu G. R e s s, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, seine Reform und die Rolle nationaler Gerichte, in: W. Karl (Hrsg.), Internationale Gerichte und nationale Rechtsordnung, 2005, 39 ff., 42 f.

³⁸ G. R e s s, Les juges de la Cour Européenne des Droits de l’Homme: d’une fonction intermittente a une profession à pleine temps, in: Conférence sur la Convention européenne des droits de l’homme: 50 ans d’expérience. Les artisans et les acteurs de la Convention; d’hier à demain, hrsg. von Claudio Zanghi, Messina 2000.

³⁹ *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, Nr. 48553/99, Urteil vom 25.7.2002, ECHR 2002-VII; *Sigurþór Arnarsson v. Iceland*, Nr. 44671/98 (Sektion 2), Urteil vom 15.7.2003.

⁴⁰ *Kalashnikov v. Russia*, Nr. 47095/99, ECHR 2002-VI, Urteil vom 15.7.2002.

⁴¹ *Meltex Ltd. and Mesrop Movsesyan v. Armenia*, Nr. 3228/04, Urteil vom 7.6.2008 (Sektion III). *Glas Nadezhda EOOD and Elenkov v. Bulgaria*, Nr. 14134/02, Urteil vom 11.10.2007 (Sektion V). *Kommersant Moldovy v. Moldova*, Nr. 41827/02, Urteil vom 9.1.2007.

⁴² Umso bemerkenswerter ist, dass das Urteil im Fall *Refah Partisi (the welfare party) and others v. Turkey* (GC), Nr. 41340/98, 41342/98, 41343/98 und 41344/98, ECHR 2003-II, Urteil vom 13.2.03, einstimmig gefällt wurde.

⁴³ Siehe dazu J.-F. F l a u s s, Libres propos sur l’indépendance des juges à la Cour européenne des droits de l’homme, in: Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für G. Ress, hrsg. J. Bröhmer et al., 2005, 949 ff.

⁴⁴ Zu diesen Problemen siehe R e s s (Anm. 37), 39 ff., 51 f.

⁴⁵ *Ibidem*, 52 f.

gegenüber seinem eigenen Heimatstaat genießen, was bei Diplomaten gerade nicht der Fall ist. Um die neutrale – über den Vertragsstaaten und den Organen des Europarats stehende – Funktion zu wahren, ist nicht nur eine bessere Absicherung der Unabhängigkeit der Richter des EGMR erforderlich, sondern auch eine Stärkung der institutionellen Unabhängigkeit des EGMR von den Vertragsstaaten im Ministerkomitee (Budgethoheit) und vom Generalsekretär des Europarats (Personalhoheit). Angesichts des fehlenden Statuts für den Gerichtshof und der höchst problematischen Absicherung der Unabhängigkeit seiner Richter vor Beeinflussungen der Vertragsstaaten im Hinblick auf die Wiederwahl und die Situation der Richter nach dem Ausscheiden aus dem Amt ist der EGMR eher mit einem vertraglich etablierten Schiedsgericht als etwa mit dem IGH oder EuGH vergleichbar. Die gleichen strukturellen Probleme hat es schon bei dem Ständigen Internationalen Gerichtshof gegeben.⁴⁶

VI. Urteilsvollstreckung und *pouvoir neutre*

Gleichwohl kommen beim EGMR neue Gesichtspunkte hinzu, welche einen Vergleich mit einem *pouvoir neutre* nahelegen. Der erste Punkt ist, dass der EGMR neben Staatenbeschwerden vor allem über Individualbeschwerden (wie das Bundesverfassungsgericht über Verfassungsbeschwerden) entscheidet und damit zum Arbitrer zwischen der freien neutralen Sphäre des einzelnen und dem Staat wird. Denn auch die EMRK begründet eine freie neutrale Sphäre der Abgrenzung des Staates von der Privatsphäre der in dem Staat lebenden Menschen, also der sogenannten gesellschaftlichen Sphäre. Diese neben die staatliche Verfassung tretende Menschenrechtsordnung (Nebenverfassung) trennt ebenso wie die durch die EG-Verträge und den EU-Vertrag geschaffene Ordnung zwischen der Sphäre der hoheitlichen Eingriffsgewalt und der privaten Freiheitssphäre. In beiden Funktionen – der Staatenbeschwerde und der Individualbeschwerde – wird der EGMR als Arbitrer einerseits zwischen den Vertragsstaaten selbst, andererseits zwischen dem Individuum und einem Vertragsstaat tätig. Diese Urteile binden nach Art. 46 EMRK die Vertragsstaaten unmittelbar. Es steht also den Vertragsstaaten nicht etwa offen, ob sie ein Urteil befolgen und vollziehen wollen, sondern allenfalls die Frage, wie sie diesen Vollzug im Einzelnen bewirken,⁴⁷ d. h. auch die verfassungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im *Görgülü*-Fall⁴⁸ ist eingebunden in eine völkerrechtliche Verpflichtung (eine *obligation to result*). In diesem Spannungsfeld spielt auch die Vollstreckung der Urteile durch das Ministerkomitee eine rechtlich wesentliche Rolle, da die effektive Vollstreckung (eine Art zweites Ver-

⁴⁶ Siehe dazu *Ress* (Anm. 35), 541 f.

⁴⁷ Zu den Thesen von *J. Polakiewicz*, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 1992, 225 ff., 231 ff., dass den EGMR-Urteilen unmittelbare (Feststellungs-)Wirkung im inneren Rechtsraum der Konventionsstaaten zukomme, siehe die Auseinandersetzung bei *Cremér* (Anm. 17), Kap. 32, Rn. 67 ff.

⁴⁸ Urteil vom 14.10.2004, BVerfGE 111, 307, 117 ff.

fahren) im Ministerkomitee zur Bestätigung der besonderen Auslegung der EMRK (Beispiel: die rechtsfortbildende Wirkung einstweiliger Anordnungen gegenüber den Vertragsstaaten) beiträgt.

VII. Piloturteile

Die aktive Rolle, die der EGMR bei der Entwicklung der bindenden Wirkung einstweiliger Anordnungen⁴⁹ bei der Billigung von – unter Mithilfe des Sekretariats des Gerichtshofs – ausgehandelten Vergleichen⁵⁰ oder bei der Akzeptierung von einseitigen Vergleichsangeboten⁵¹ sowie bei einigen Vollstreckungsanordnungen⁵² übernommen hat, kann die politische Dimension nicht verleugnen. Diese Vollstreckungsanordnungen des EGMR sind nur zulässig, wenn dem betroffenen Vertragsstaat kein Ausführungsermessen mehr bleibt.⁵³ Bei sog. Piloturteilen⁵⁴ ist Voraussetzung, dass eine große Zahl gleichartiger Fälle anhängig ist, dass ein systemischer Mangel in der nationalen Rechtsordnung vorliegt und dass bis zur (vergleichsweisen) Erledigung und Erlass der generellen und individuellen Maßnahmen alle gleichartigen anhängigen Verfahren suspendiert werden. In der Literatur⁵⁵ ist vermerkt worden, „*que les considérations politiques ont toujours été présents ... dans le processus d'exécution des arrêts de la Cour ...*“ Ebenso, dass das Ministerkomitee sich bei der Überprüfung der generellen Vollstreckungsmaßnahmen durch den un-

⁴⁹ *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, Nr. 46827/99 und 46931/99, Kammerentscheidung vom 6.2.2003 und Entscheidung der Großen Kammer (GC) vom 4.2.2005 (ECHR 2005-I). Zu den Problemen dieser Interpretation siehe G. R e s s, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 2007, Bd. 42, 255 ff.

⁵⁰ Besonders deutlich im Vergleich, mit dem der Fall *Broniowski v. Poland* abgeschlossen wurde: friendly settlement (GC), no. 31443/96, ECHR 205-IX (Urteil vom 28.9.2005).

⁵¹ *Tahsin Acar v. Turkey*, Nr. 26307/95, Urteil vom 6.5.2003.

⁵² Insbesondere in den Fällen *Maestri v. Italy* (GC), Nr. 39748/98, ECHR 2004-I, Urteil vom 17.2.2004; *Assanidzé v. Georgia* (GC), Nr. 71503/01, ECHR 2004-II, Urteil vom 8.4.2004; *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* (GC), Nr. 48787/99, ECHR 2004-VII, Urteil vom 8.7.2004. Im Fall *Xenides-Arestis v. Turkey*, Nr. 46347/99, Urteil vom 7.12.2005, hat der Gerichtshof dagegen nur einen Hinweis auf eine mögliche Lösung für die große Zahl der beim Gerichtshof anhängigen *post-Loizidou*-Fälle gegeben und später im Urteil über die *just satisfaction* vom 22.12.2005 in einem *obiter dictum* vermerkt, dass die von der Türkei in Nordzypern getroffene Lösung „prinzipiell“ geeignet sei, einen effektiven Rechtsweg zu begründen. Siehe hierzu J.-F. Flauss, L'effectivité des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme: du politique au juridique ou vice-versa, in: Revue trimestrielle des droits de l'homme 2009, 27 ff., 67. In dem Urteil über die *preliminary objections* vom 7.12.2006 kann entgegen der von J.A. Frowein geäußerten Ansicht allerdings keine Rede davon sein, dass der Gerichtshof in einer offensichtlichen und gravierenden Weise seine Kompetenzen dergestalt überschritten habe, dass von einem nichtigen Urteil gesprochen werden könne, so aber Frowein, The Binding Force of ECHR Judgment and Its Limits, in: Human Rights, Democracy and the Rule of Law/Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat/Droits de l'homme, démocratie et état de droit, liber amicorum Luzius Wildhaber, 2007, 261 ff.

⁵³ Siehe dazu die Ausführungen des Gerichtshofs im Urteil *Assanidzé* Anm. 52.

⁵⁴ Siehe dazu C a f l i s c h (Anm. 26).

⁵⁵ F l a u s s (Anm. 52), 27

terlegenen Vertragsstaat sogar strenger zeigt als der Gerichtshof, der die Vollstreckung bei der Kontrolle der Rechtskraft des Urteils zu überprüfen in die Lage kommen kann.⁵⁶ Das Ministerkomitee verlangt nicht nur generelle (gesetzliche) Umsetzungsmaßnahmen, sondern auch deren praktische Anwendung.⁵⁷ Diese schlichtende gestaltende Funktion⁵⁸ entspricht der eines *pouvoir neutre*. Man kann sich die Frage stellen, ob die Vertragsstaaten nach dem Urteil im Fall *Mamatkulov*, mit dem die bindende Wirkung einstweiliger Anordnungen aus dem Beschwerde-recht selbst entwickelt wurde, diese Wirkung noch bestreiten können, zumal keiner der Staatenvertreter im Ministerkomitee gegen eine solche rechtsschöpferische Auslegung Einwände erhoben hat.⁵⁹

VIII. Glaubwürdigkeit des *pouvoir neutre*

Zur Wahrung der neutralen Funktion gehört auch die Glaubwürdigkeit der Aufgabenerledigung.⁶⁰ Angesichts des enormen Erledigungsrückstandes ist die Fallerledigung von arbiträren Elementen wahrscheinlich nicht frei. Sollte es nicht doch noch zur Ratifikation des 14. Zusatzprotokolls durch Russland kommen, müssen Sonderregelungen (wie etwa ein spezielles Filtersystem) in einem engeren Kreis von Vertragsstaaten erwogen werden.⁶¹

IX. Die Abgrenzung zur staatlichen Entscheidungssphäre (*margin of appreciation*)

Während beim Bundesverfassungsgericht das Spannungsverhältnis zum Gesetzgeber im Vordergrund steht, ist es beim EGMR das Spannungsverhältnis zu einzelnen Vertragsstaaten oder den Vertragsstaaten als Gesamtheit, aber darüber hinaus auch zu einzelnen ihrer politischen Funktionen. Hier steht die Frage im Vordergrund, wie weit der EGMR mittelbar in die innere Ordnung der Vertragsstaa-

⁵⁶ Flauss, *ibidem*, 29.

⁵⁷ Zu deren Problematik siehe – die im Ergebnis allerdings nicht überzeugende – *dissenting opinion* von Zagrebelski, im Fall *Hutten-Czapska v. Poland* (GC), Nr. 35014/97, Urteil vom 19.6.2006.

⁵⁸ Ress (Anm. 38).

⁵⁹ Vgl. dazu W. Karl, Die Rolle des Staatenverhaltens bei der Auslegung und Anwendung der europäischen Menschenrechtskonvention, in: Human Rights, Democracy and the Rule of Law, (oben Anm. 52), 379 ff.

⁶⁰ Siehe dazu G. Ress, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Grenzen seiner Judikatur, in: Höchste Gerichte an ihren Grenzen, hrsg. von M. Hilf/J. A. Kämmerer/D. König, 2007, 55 ff., 69 ff.

⁶¹ Eine solche Sonderregelung unter einem engeren Kreis der Vertragsstaaten könnte sich an Art. 55 EMRK stoßen, denn auch das dort vorgesehene "*special agreement*" lässt nicht erkennen, dass es unter einem engeren Kreis der Vertragsstaaten geschlossen werden könnte.

ten eingreifen sollte. Mit dem sehr variablen Begriff der *margin of appreciation*⁶² hat der Gerichtshof ein je nach Natur des Rechts und Intensität des Eingriffs gegliedertes, meines Erachtens unentbehrliches Lösungsmodell entwickelt, welches es ihm je nach Sachbereich erlaubt, die Eingriffstiefe zu bestimmen. Der EGMR hat in der Regel eine gut vertretbare Balance gehalten, auch wenn sich kritische Stimmen gegen ein zu intensives Eindringen in Bereiche, die die nationalen Behörden und Gerichte aufgrund ihrer Sachnähe besser zu kennen glauben, wie z. B. das Kindschaftsrecht,⁶³ erhoben haben. Aber die Frage des Zugangs von Eltern zu ihren Kindern ist eine so grundlegende (aus Art. 8 EMRK), dass sich der EGMR hier eine Art Vertretbarkeitskontrolle nationaler Maßnahmen (wie im Fall *Görgülü*)⁶⁴ vorbehalten muss, insbesondere hinsichtlich der Frage, ob der betroffene Elternteil am nationalen Verfahren ausreichend beteiligt war.⁶⁵

X. Balance in Spannungslagen, z. B. Parteiverbotsverfahren

Während innerhalb eines Staates das entscheidende Kriterium für den *pouvoir neutre* seine Befugnis zu Entscheidungen als Schiedsrichter über grundlegende Konflikte zwischen den einzelnen Staatsgewalten ist, muss beim *pouvoir neutre* in internationalen Beziehungen auch die Entscheidungsbefugnis über grundlegende Konflikte zwischen Staaten und insbesondere zwischen Staaten und Einzelnen gesehen werden. Hier können nur einige Beispielfälle für derartige grundlegende Konflikte und die vom EGMR gefundenen Lösungen gegeben werden. Zunächst ist in Parallele zum Parteiverbotsverfahren vor dem BVerfG die Frage der Konventionsgemäßheit von nationalen Parteiverboten zu nennen.⁶⁶ Während der EGMR die Verbote der sozialistischen, kommunistischen und sogenannten demokratischen Partei der Türkei durch das türkische Verfassungsgericht⁶⁷ (u. a. wegen Ver-

⁶² Vgl. dazu die Nachweise bei R. Grote/N. Wenzel, Konkordanzkommentar EMRK/GG, Kap. 18, Rn. 13, 27, 95 sowie D. König/A. Peters, *ibidem*, Kap. 21, Rn. 129 ff. und 195 ff. Dort wird mit Recht ausgeführt, dass die Weite dieses Spielraums in erster Linie von den Umständen, vom Gegenstand und vom Hintergrund des Falles abhängt.

⁶³ Siehe insbesondere E. Benda, *Verkehrtes zum Verkehrsrecht*, EuGRZ 2002, 1 ff.; weitere Nachweise bei T. Maruhn/K. Meljnik, Konkordanzkommentar EMRK/GG, Kap. 16, Rn. 41; und M. Wittinger, *Familien und Frauen im regionalen Menschenrechtsschutz*, 1999, 33 ff. Zum Zugangsproblem siehe *Elsholz v. Germany*, (GC), Nr. 25735/94, EGMR 2000-VIII, Urteil vom 13.7.2000; *Sahin v. Germany*, Nr. 30934/96, Sektion IV, Urteil vom 11.10.2001 sowie GC, Urteil vom 8.7.2003, ECHR 2003-VII; *Sommerfeld v. Germany*, Nr. 31871/96, Sektion IV, Urteil vom 11.10.2001 sowie GC, Urteil vom 8.7.2003, ECHR 2003-VIII.

⁶⁴ *Görgülü v. Germany*, Nr. 74969/01, Urteil der 3. Sektion vom 26.2.2004.

⁶⁵ Siehe dazu insbesondere das Urteil der Großen Kammer im Fall *Elsholz* (Anm. 63).

⁶⁶ O. Klein, *Parteiverbotsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*, Zeitschrift für Rechtspolitik 2001, 397 ff.; J. Brömer, Konkordanzkommentar EMRK/GG, Kap. 19, Rn. 98 f. m.w.N.

⁶⁷ Siehe die Urteile im Fall der *Vereinigten Kommunistischen Partei der Türkei v. Turkey*, Nr. 19392/92; *Partei der Freiheit und Demokratie (ÖZDEP)*, Nr. 23885/94 und *Sozialistische Partei und andere*, Nr. 21237/93.

stoß gegen die territoriale Einheit des Landes) für konventionswidrig erklärte, hat er das Verbot der islamischen Refah-Partei bestätigt⁶⁸ (u. a. deshalb, weil die *Sharia*, die mit der EMRK zum Teil unvereinbare Bestimmungen enthält, eingeführt werden sollte. Unvereinbar war auch, dass die Gewalt als Mittel der Politik nicht völlig ausgeschlossen wurde und eine differenzierte Rechtsordnung je für Moslems, Juden und Christen sowie für Agnostiker eingeführt werden sollte).⁶⁹ Der EGMR hat nur Gründe, die eine Verletzung des Demokratieprinzips sowie grundlegender Garantien der EMRK darstellen, zugelassen, nicht jedoch andere Gründe nationalen Verfassungsrechts. Der EGMR hat sich damit tendenziell zum übernationalen Hüter der demokratischen Ordnungen entwickelt. Dazu gehören auch Entscheidungen über Fragen der Abgeordnetenstellung,⁷⁰ der Parteienfinanzierung⁷¹ und aus der Abgrenzung der Privatsphäre von der staatlichen Sphäre grundlegende Entscheidungen zur Presse- und Meinungsfreiheit,⁷² insbesondere in mehrpoligen horizontalen Konfliktsfällen wie zwischen dem Respekt der Privatsphäre und der Pressefreiheit (siehe den Fall *Caroline von Hannover*).⁷³ Schließlich fallen unter diese Abwägungen auch Fragen der Zulässigkeit von Lärmbelästigungen (Flugplatz Heathrow),⁷⁴ natürlich auch der Schutz des Lebens und Schutz vor Folter und unmenschlicher Behandlung.⁷⁵ In diesen Rahmen gehören auch der Schutz der Sicherheit der Person und die Garantie fairer Gerichtsverfahren und die grundlegende Sicherung der Unabhängigkeit der Gerichte (und der Richter).

XI. Balance beim Eigentumsschutz

Als schwierig erwies sich die Arbitr-Funktion beim Eigentumsschutz.⁷⁶ Im Fall *Broniowski* (Enteignung von Polen jenseits des Bug)⁷⁷ hatte die polnische Rechtslage unter der Konvention den Betroffenen ein „*right to credit*“ eingeräumt, das

⁶⁸ Siehe dazu die Diskussion bei Bröhm er (Anm. 66), Rn. 99.

⁶⁹ *Refah Partisi (Wohlfahrtspartei) v. Turkey* (GC), Nr. 41340/98, 41342/98, 41343/98 und 41344/98, ECHR 2003-II, Urteil vom 13.2.2003.

⁷⁰ *Gitonas u. a. v. Greece*, Reports 1997-IV, Urteil vom 1.7.1997.

⁷¹ Auch die Regelungen über Wahlkämpfe (Mindestausgaben eines einzelnen Wahlbewerbers) unterliegen der Kontrolle am Maßstab des Art. 10 EMRK. Siehe dazu *Bowmann v. UK*, Reports 1998-I, Urteil vom 19.2.1998. Siehe dazu auch den Fall *Inçal v. Turkey*, Reports 1998-IV, Urteil vom 9.6.1998.

⁷² Siehe beispielsweise *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* (GC), Nr. 21980/93, ECHR 1999-III, Urteil vom 20.5.1999.

⁷³ Zum Urteil im Fall von *Hannover v. Germany*, Nr. 59320/00, Urteil der 3. Sektion vom 24.6.2004, ECHR 2004-VI, siehe Grote/Wenzel (Anm. 62), Kap. 18, Rn. 12, 30 und 109; siehe dazu auch Ress (Anm. 11), 313 ff., 321 f.

⁷⁴ *Hatton and Others v. UK*, (GC), Nr. 36022/97, ECHR 2003-VIII, Urteil vom 8.7.2003.

⁷⁵ Auch im Fall *Jalloh v. Germany* (GC), Nr. 54810/00, Urteil vom 11.7.2006, ist die Schutzbereichabgrenzung letztlich in eine Abwägung gekleidet.

⁷⁶ Siehe dazu G. Ress, Reflections on the Protection of Property under the European Convention on Human Rights, in: Human Rights, Democracy and the Rule of Law, (oben Anm. 52), 625 ff.

⁷⁷ *Broniowski v. Poland* (GC), Nr. 31443/96, ECHR 2004-V, Urteil vom 22.6.2004.

das polnische Verfassungsgericht und ihm folgend der EGMR als Eigentumsposition qualifizierten. Die Entschädigung in Höhe von 2 % des Wertes⁷⁸ erschien dem EGMR als unzureichend, so dass er den polnischen Staat zum Erlass eines Kompensationsgesetzes für diesen und alle gleichartigen Fälle verpflichtete.

Demgegenüber erwies sich in anderen Fällen die Suche nach einer unter der Konvention noch (wenn überhaupt) existierenden Rechtsposition als schwierig. So ist in der Beschwerde der preußischen Treuhand gegen Polen⁷⁹ behauptet worden, dass wegen der Verstöße gegen das Völkerrecht sowie einer damit einhergehenden "immanenten Rechtswidrigkeit" der von den polnischen Behörden getroffenen Maßnahmen diese Enteignungen Fortwirkungen bis zum heutigen Tage hätten und deshalb *ratione temporis* immer noch angegriffen werden könnten. Der Gerichtshof hat sich dieser Auffassung nicht angeschlossen, weil es sich bei den Konfiskationen und Gewalthandlungen, Vertreibungen, Besitzentziehungen und Beschlagnahmen von Vermögen insgesamt betrachtet um einmalige Akte handelt und nicht wie im Fall *Loizidou* um fortgesetzte Handlungen (fortdauernde Verletzung der Eigentumsrechte durch Entzug der Nutzungsmöglichkeit, aber ohne formale Enteignung).⁸⁰

Der EGMR hat schon früher betont, "die Staaten können über die Bedingungen, unter denen sie zu einer Rückübertragung von Eigentumsrechten an frühere Eigentümer bereit sind, frei entscheiden und die Konvention verpflichtet sie nicht ausdrücklich zur Wiedergutmachung von Unrecht oder Schäden, die entstanden sind, bevor sie die Konvention ratifiziert haben".⁸¹ Die Konvention ist also kein Instrument zur Wiedergutmachung allen oder auch nur wesentlichen vor ihrem Inkrafttreten für den Vertragsstaat liegenden Unrechts.

XII. Balance im Verhältnis zu internationalen Organisationen

Auch im Verhältnis zu internationalen Organisationen hat der EGMR versucht, eine Balance zu finden, und dabei zutreffend zunächst zwei Grundsätze herausgestellt:

a) die Konvention verbietet rechtlich nicht, dass sich ein Vertragsstaat einer internationalen Organisation anschließt⁸² (man wird dies einschränken auf solche Organisationen, die nicht schon in ihrer Satzung Widersprüche zur Konvention enthalten) und

⁷⁸ L. Wildhaber, *Gericht und Richter im europäischen Verfassungsraum*, Zeitschrift für schweizerisches Recht, 2006, 93 ff. (103).

⁷⁹ *Preußische Treuhand v. Poland* (GC), Nr. 47550/06, Urteil vom 7.10.2008, EGMR, in: EuGRZ 2008, 685.

⁸⁰ Dasselbe Problem spielte schon im Fall *Prince Hans-Adam II von Liechtenstein v. Germany*, (GC), Nr. 42527/98, ECHR, 2001-VIII, Urteil vom 12.7.2001, eine Rolle.

⁸¹ Siehe insbesondere *Kopecký v. Slowakia* (GC), Nr. 44912/98, ECHR 2004-IX, Urteil vom 28.9.2004.

⁸² *Waite and Kennedy v. Germany* (GC), Nr. 26083/94, Urteil vom 18.2.1999.

b) der Vertragsstaat bleibt weiterhin zur Einhaltung der Konventionsgarantien verpflichtet und muss dafür sorgen, dass innerhalb der internationalen Organisationen eine Rechtsschutzmöglichkeit für die von Akten der Organisation betroffenen Individuen besteht⁸³ (das müssen nicht nur *Staff*-Mitglieder sein), die adäquat/equivalent zum Rechtsschutz unter der EMRK ist. Das bedeutet, es muss sich im Prinzip um gerichtlichen Rechtsschutz handeln (Notwendigkeit des Ausbaus des organisationsinternen Rechtsschutzsystems). Das bedeutet ferner, dass die zu schützenden Rechtsgarantien, an denen die Statuten der internationalen Organisationen und die Akte bzw. Unterlassungen dieser Organisationen gemessen werden, ungefähr deckungsgleich mit den Garantien der EMRK sind, was nicht bedeutet, dass sie in jeder Hinsicht identisch sein müssen. Dieses Modell hat einen erheblichen Einfluss auf die innere Struktur internationaler Organisationen. Es ist in den Fällen *Waite & Kennedy v. Germany*,⁸⁴ *Matthews v. UK*⁸⁵ und insbesondere *Bosphorus v. Ireland*⁸⁶ entwickelt worden. Man kann sagen, dass dieses System im Prinzip den Anforderungen der Konvention gerecht wird und die Balance zwischen dem ausgelagerten Rechtsregime der internationalen Organisation und der durch die EMRK gebotenen materiellen und prozeduralen Kontrolle herstellt und damit auch seiner Rolle als *pouvoir neutre* gerecht wird.

Eine gleiche Neutralität lässt sich für zwei Ausnahmen, die der EGMR entwickelt hat, nur schwer behaupten. Einmal hat der EGMR im schon erwähnten Fall *Bosphorus* eine Vermutung des konventionsgemäßen Handelns zugunsten der EG eingeführt, die zwar im Fall einer "*manifest deficiency*" widerlegt werden kann, aber die Hürde zugunsten internationaler Organisationen höher ansetzt als gegenüber den letztinstanzlichen Gerichten der Vertragsstaaten, insbesondere den Verfassungsgerichten, bei denen eine einfache Konventionswidrigkeit als Prüfungsmaßstab genügt. Zur Begründung hat der Gerichtshof die Bedeutung der internationalen Kooperation angegeben. Dieses Urteil markiert zwar eine Abwendung von der Praxis der Kommission im Fall *M & Co. v. X.*, worin die Akte der EG *ratione materiae* vom Anwendungs- und Prüfungsbereich des Gerichtshofs ausgeschlossen worden waren. Gleichwohl ist die Einführung eines veränderten Prüfungsmaßstabs, wenn auch prozedural über eine entsprechende Vermutung des konventionsgemäßen Handelns, ein bedeutsamer Schritt, vergleichbar mit den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts (*Solange II*, *Bananen*-Entscheidung etc.), wo es auch eine Veränderung des Prüfungsmaßstabs (prinzipielle Verkennung der Grundrechte) gegeben hat. Im Grunde sind die Gerichte der Auffassung, dass eine internationale Organisation, insbesondere die EG als besonders integrative Organisation (Staatenverbund), wegen des in ihr organisierten Rechtsschutzes mit ver-

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Parallel zu *Waite and Kennedy* lief der Fall *Beer & Regan v. Germany* (GC), Nr. 28934/95, Urteil vom 18.2.1999.

⁸⁵ *Matthews v. UK* (GC), Nr. 24833/94, ECHR, 1999 I, Urteil vom 18.2.1999.

⁸⁶ *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Tikaret Anonim Şirketi v. Ireland* (GC), Nr. 45036/98, ECHR 2005-VI, Urteil vom 30.6.2005.

gleichbaren Maßstäben einen Vertrauensvorschuss verdient, so dass die Balance des Arbiters sich in diesen Fällen zugunsten der Organisation und zu Lasten des Einzelnen verschiebt. Man kann sich fragen, ob die Rechtfertigung – Schutz des internationalen Rechtsverkehrs und evtl. eine erhöhte Legitimation der internationalen Organisationen – dafür ausreicht.

Diese Rechtsprechung zur Kontrolle internationaler Organisationen hätte es nahegelegt, auch staatliche Ausführungsakte von Resolutionen des Sicherheitsrates entsprechend zu überprüfen. Eine *equivalent protection* gibt es gegen Resolutionen des Sicherheitsrates nicht, da der IGH auf Anrufung des Einzelnen nicht entscheiden kann und auch internationale Organisationen als Parteien vor dem IGH nicht zugelassen sind.⁸⁷ Die Entscheidung des EGMR im Fall *Behrami*,⁸⁸ mit der der EGMR aus strukturellen Gründen in einem *obiter dictum* seine Jurisdiktion generell zur mittelbaren Überprüfung von Resolutionen des Sicherheitsrats verneint hat, – u. a. aus der Erwägung, dass es nicht angeht, aus der EMRK zusätzliche Bedingungen an Resolutionen des Sicherheitsrats zu knüpfen und sowieso ein regionales System nicht geeignet sei, international ausgerichtete und wirkende Resolutionen zu überprüfen – sollte vom EGMR noch einmal überprüft werden. Hier ist die Balance, die der EuGH in der Entscheidung *Kadi*⁸⁹ demonstriert hat, nicht gewahrt worden, was um so erstaunlicher ist, da es sich um den Schutz weitgehend anerkannter Menschenrechte handelt.⁹⁰

XIII. Balance bei der Bestimmung des territorialen Anwendungsbereichs

Auch im Bereich der extraterritorialen Geltung der EMRK kann man sich fragen, ob der EGMR seine Rolle als *pouvoir neutre* gewahrt hat. Im Fall *Loizidou*⁹¹ reichten die Meinungen von der völligen Unanwendbarkeit der EMRK auf ein von einem Vertragspartner nicht mehr kontrolliertes Territorium bis zu einer mehr oder weniger intensiven Anwendung zu Lasten des Staates, der die tatsächliche territoriale Kontrolle ausübt, in diesem Fall die Türkei als Vertragsstaat. Dahinter

⁸⁷ Siehe zu diesen Problemen G. R e s s, Konkordanz in der Interpretation von Kompetenzbegriffen durch EuGH und EGMR, in: Festschrift für Günter Hirsch, hrsg. von G. Müller/E. Osterloh/T. Stein, 2008, 155, 160 ff.

⁸⁸ *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway* (Dec.) (GC), Nr. 71412/01 und Nr. 78166/01, Entscheidung vom 21.5.2007.

⁸⁹ Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, Urteil (Große Kammer) vom 3.9.2008, EuGRZ 2008, 480 ff.

⁹⁰ Zu derartigen menschenrechtlichen Positionen siehe R. B e r n h a r d t, International Protection of Human Rights: Universalism and Regionalism, in: S. Yee/J.-Y. Morin (Hrsg.), *Multi-culturalism and International Law*, 2009, 467 ff.

⁹¹ Siehe insbesondere die *dissenting opinion* von R. B e r n h a r d t im Fall *Loizidou v. Turkey (preliminary objections)* A 310, Urteil vom 23.3.1995 und das Urteil in der Sache *Loizidou v. Turkey*, Report 1996-VI, Urteil vom 18.12.1996.

stand als Leitmotiv die Vorstellung, dass es "schwarze Löcher" innerhalb des Kontrollsystems der EMRK nicht geben dürfe.

Im Fall *Banković*⁹² hat der EGMR bei Luftangriffen der NATO auf einen Nicht-Vertragsstaat (Serbien) eine effektive territoriale Kontrolle verneint und damit auch die Beschwerde als unzulässig zurückgewiesen. Diese Sicht ist mit dem Argument kritisiert worden, dass diese Akte (Bombardements der Radio- und Fernsehstation Belgrad) der NATO und den Vertragsstaaten, die an dem Angriff beteiligt waren, eindeutig zugerechnet werden konnten und dass deshalb nicht nur eine Verantwortlichkeit dieser Staaten für diese Handlungen, sondern auch eine Verantwortlichkeit für das Tun unter der EMRK vorliege. Für diese durch den EGMR entwickelte Balance (*responsibility under the ECHR is less than accountability*) spricht, dass der Gerichtshof nicht in der Lage ist, auf dem Territorium von Nicht-Vertragsstaaten eine Beweiserhebung mit der Unterstützung des Staates durchzuführen, wie dies bei Vertragsstaaten der Fall ist.⁹³ Gleichwohl ist diese Sicht in der Literatur stark kritisiert worden. Wäre der Gerichtshof dieser Kritik gefolgt und hätte Zurechenbarkeit und Jurisdiktion deckungsgleich gesetzt, dann hätte er rund um die Welt Akte von Vertragsstaaten kontrollieren müssen, was seinem regionalen Charakter nicht mehr entsprochen hätte. Auch hier ist die Balance nicht nur zwischen den Vertragsstaaten, sondern auch im Verhältnis zu Drittstaaten durch den Gerichtshof gewahrt worden. Eine allgemeine Erwägung kommt hinzu. In den meisten dieser Fälle wären völkerrechtliche Vorfragen zu entscheiden gewesen wie z. B. die völkerrechtliche Zulässigkeit der humanitären Intervention im Kosovo (ohne Resolution des Sicherheitsrats), eine Frage, die allenfalls vom IGH, aber weniger sinnvoll von einem regionalen Menschenrechtsgerichtshof zu entscheiden war.

XIV. Balance bei Abwägungsproblemen in multipolaren Grundrechtsbeziehungen

An sich lässt sich jedes Abwägungsproblem bei der Grund- und Menschenrechtsauslegung durch den EGMR im Verhältnis zu den Verfassungsgerichten der Vertragsstaaten – nehmen Sie nur den Fall *Caroline von Hannover gegen Deutschland* – auch als Balanceproblem des *pouvoir neutre*, also als Ausgleich zwischen den Interessen der Vertragsstaaten im Verhältnis zu den einzelnen Menschen deuten. Bei multipolaren Verhältnissen wie der Abwägung zwischen der Pressefreiheit (Presseunternehmen) und dem Schutz der Privatsphäre im Verhältnis zum Ver-

⁹² *Banković and Others v. Belgium and Others* (Dec.) (GC), Nr. 52207/99, ECHR 2001-XII, Entscheidung vom 12.12.2001.

⁹³ Siehe dazu G. Res s, in: ZEuS 2002, Problems of Extraterritorial Human Rights Violations – The Jurisdiction of the European Court of Human Rights: The Banković Case, in: The Italian Yearbook of International Law, Vol. XII, 2002, 51 ff. Zu Beweiserhebungen siehe als Beispiel nur die Angaben im Urteil *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* (GC), Nr. 48787/99, ECHR 2004-VII, Urteil vom 8.7.2004.

tragsstaat wird der Gerichtshof zum staatsinternen Arbitrer. Wie weit soll der EGMR in die Rechtsprechung der nationalen Verfassungsgerichte bei diesen Konstellationen eingreifen? Da es zugunsten von Verfassungsgerichten nicht die gleiche Vermutung der Konventionsgemäßheit, wie sie im Fall *Bosphorus* für die EG entwickelt wurde, gibt, ist hier an sich ein voller Zugriff möglich. Es spricht einiges dafür, dass der Zugriff bei fundamentalen Menschenrechten – Schutz des Lebens, insbesondere bei Folter und *disappearances* – intensiver als bei Fragen der Anwendung der Art. 8 bis 11, also der typischen bürgerlichen Grundrechte, ist. Dies hängt nicht nur mit den staatlichen Beschränkungsbefugnissen in diesen Artikeln zusammen, sondern auch mit der Anerkennung einer gewissen Wertigkeitsstufung.⁹⁴

XV. Balance bei der Anerkennung der Staatenimmunität

Bei der Anerkennung der Immunität als einer völkerrechtlich zulässigen Schranke für Art. 6 (Zugang zu Gerichten) hat sich der EGMR bemüht, eine richtige Balance zwischen den Interessen der (ausländischen) Staaten und den Interessen des einzelnen Beschwerdeführers zu finden. Das Urteil *Al-Adsani v. UK*⁹⁵ ist mit 9 : 8 Stimmen in der Großen Kammer noch knapp zugunsten der Immunität bei zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen ausgegangen. Die Balance bei der staatlichen Immunität für Foltervorwürfe hätte nicht mehr – wie der Gerichtshof betont – gegenüber der Pflicht der Staaten zur Bestrafung und Verfolgung derartiger Verbrechen standgehalten, wohl aber gegenüber rein zivilrechtlichen Schadenersatzverfahren. Hierbei hat der EGMR auf die Praxis der Vertragsstaaten abgehoben. Diese gemeinsame Praxis – und damit die Balance – ist im Bröckeln begriffen und die Staaten müssen sich überlegen, wie sie unter Umständen mit einer Situation umgehen, in der die Immunität nicht mehr garantiert wird, also ggf. durch Einschränkung der weitgefassten zivilrechtlichen Zuständigkeiten, da das Ganze wie ein System kommunizierender Röhren aufgebaut ist.

XVI. Fazit: Der *pouvoir neutre* zwischen Rechtsbindung und Wertentscheidung

Kommen wir zur Frage zurück: Ist der EGMR ein *pouvoir neutre*, also eine Art unabhängiger Arbitrer zwischen dem schutzbedürftigen Einzelnen und den Vertragsstaaten, zwischen diesen Staaten selbst und zwischen den Organen bzw. Institutionen des Europarats? Da es an einem Geflecht von Gewalten wie im Staat fehlt,

⁹⁴ Siehe zu diesen Problemen E. Klein, Establishing a Hierarchy of Human Rights: Ideal Solutions of Fallacy?, in: Israel Law Review, 2008, 477 ff., mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR, 485 ff.

⁹⁵ *Al-Adsani v. UK* (GC), Nr. 35763/97, ECHR 2001-XI, Urteil vom 21.11.2001.

zwischen denen mäßigend, schlichtend und fordernd einzugreifen ist, wird beim EGMR ein Fragezeichen bleiben. Gleichwohl sind die Ähnlichkeiten mit den innerstaatlichen Verfassungsgerichten auf der Hand liegend.

Doehring⁹⁶ hat in diesem Zusammenhang betont, dass es die Herkunft der Richter sei, die letztlich einen entscheidenden Einfluss auf die Auslegung habe, denn Auslegung sei nur bis zu einem bestimmten Punkt ein rationaler Vorgang, der darüber hinausgehende Teil werde durch Werturteile bestimmt, die von der Herkunft des Richters maßgeblich beeinflusst werden. Nach meiner Auffassung hängt die Bedeutung der Rolle des Richters vor allem von seiner Fähigkeit ab, durch weitgehend rationale Argumente seine Auffassung den anderen Mitgliedern des Gerichts plausibel darzulegen, d. h. die Persönlichkeit und Argumentationsfähigkeit des Richters bestimmen in hohem Maße auch sein Gewicht im Kollegium.

Die Rolle als *pouvoir neutre* wird trotz allem in erster Linie und entscheidend von der Rechtsbindung des Gerichts bestimmt. Wird das Gericht von vorneherein überwiegend als politisches Organ gesehen, dann kann es die von einem neutralen Organ geforderte ausgleichende Funktion nicht erfüllen, d. h. ohne den Ansatz von Hans Kelsen⁹⁷ lässt sich auch die Qualifikation des Bundesverfassungsgerichts als *pouvoir neutre* nicht durchhalten. Das gleiche gilt für den EGMR. Ohne seine Bindung an die EMRK, d. h. als eines aufgrund von Rechtsvorschriften entscheidenden Gerichts ist die Funktion als *pouvoir neutre* nicht denkbar. Natürlich kommen dann zwangsläufig Werturteile hinzu, aber eingebunden in den Kanon allseits akzeptierter Auslegungsregeln. Deshalb ist der EGMR trotz der ihm zuzuordnenden schiedsrichterlichen Ausgleichsfunktion ein echtes Gericht. Ich habe diese Probleme in meiner „*dissenting opinion*“ im Fall *Jahn und andere*⁹⁸ dargelegt, indem ich darauf hinwies, dass die Entscheidung aufgrund einer Konstruktion von „außergewöhnlichen Umständen“ als Entscheidungsmaxime geeignet ist, das Gericht der Maßstabsfunktion der Rechtsordnung zu berauben.

XVII. Zusammenfassung

1. Das Bundesverfassungsgericht hat – nach Karl Doehring – als Gericht und „politischer Schiedsrichter“ eine Sonderstellung als eine Art *pouvoir neutre* im Gewaltengefüge des Grundgesetzes.

2. Der EGMR hat – im Vergleich zum EuGH – keine Vorrangwirkung der EMRK entwickelt, auch keine Umsetzungspflicht ins innerstaatliche Recht, keine unmittelbare Anwendbarkeit oder direkte Wirkung, und vor allem fehlt es im Ver-

⁹⁶ K. Doehring, Von der Weimarer Republik zur Europäischen Union, Erinnerungen, 2008, 196 ff.

⁹⁷ Siehe dazu die Hinweise von Doehring, *ibidem*, 194 ff. auf die Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Carl Schmitt auf der Staatsrechtslehrertagung von 1928 (Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, Beiträge von Heinrich Triepel und Hans Kelsen), Berlin 1929.

⁹⁸ *Jahn and Others v. Germany* (GC), Nr. 46720/99, 72203/01 und 72552/01, ECHR 2005-VI, Urteil vom 30.6.2005.

hältnis zu den Vertragsstaaten an einem Vorlageverfahren. Eine ausgleichende, hemmende und manchmal auch excedierende Funktion lässt sich jedoch auch beim EGMR konstatieren.

3. Der EGMR hat Ähnlichkeiten mit einem nationalen Verfassungsgericht, auch wenn er nicht über dessen direkte kassatorische oder gar reformatorische Eingriffsbefugnisse verfügt. Der EMRK ist vom EGMR die Qualität einer *“European Public Order”* zugeordnet worden, womit auch die besondere dynamisch-teleologische Auslegung – und damit die rechtschöpfende Funktion –, das Zurückdrängen des Parteiwillens und die Ablehnung des Bilateralismus gekennzeichnet ist.

4. Der EGMR steht damit im politischen Spannungsfeld zwischen der aktuellen Rechtspraxis der Vertragsstaaten (*present day conditions*), was die Rolle der Rechtsvergleichung unterstreicht, und der progressiven Fortentwicklung des Menschenrechtsschutzes (*rights that are practical and effective*), die es erfordert, auch eine Art *“negative consensus”* der Vertragsstaaten zu erkennen und ggf. in Frage zu stellen (siehe *Vo v. France*; *Odièvre v. France*). Das rechtsschöpferische Element, das jeder richterlichen Rechtsauslegung und -anwendung mehr oder weniger eigen ist, erfährt bei einem internationalen, auf den Schutz von Menschenrechten ausgerichteten Gerichtshof eine Verstärkung. Dieses rechtsschöpferische Element ist nach der Qualifikation von Karl Doehring typisch für einen *“pouvoir neutre”*. Dem Gerichtshof obliegt es, eine über den Einzelfall hinausgehende, für alle Vertragsstaaten angemessene Auslegung zu finden (siehe *Matthews v. UK*, *Broniowski v. Poland*).

5. Um die neutrale – über den Vertragsstaaten und den Organen des Europarats stehende – Funktion zu wahren, ist nicht nur eine bessere Absicherung der Unabhängigkeit der Richter des EGMR erforderlich, sondern auch eine Stärkung der institutionellen Unabhängigkeit des EGMR von den Vertragsstaaten im Ministerkomitee (Budgethoheit) und vom Generalsekretär des Europarats (Personalhoheit).

6. In diesem Spannungsfeld spielt die Vollstreckung der Urteile durch das Ministerkomitee auch eine rechtlich wesentliche Rolle, da die effektive Vollstreckung (eine Art zweites Verfahren) im Ministerkomitee zur Bestätigung der besonderen Auslegung der EMRK (Beispiel: die rechtsfortbildende Wirkung einstweiliger Anordnungen gegenüber den Vertragsstaaten / *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*) beiträgt.

7. Die aktive Rolle, die der EGMR bei der Billigung von – unter Mithilfe des Sekretariats des Gerichtshofs – ausgehandelten Vergleichen oder bei der Akzeptierung von einseitigen Vergleichsangeboten sowie bei einigen Vollstreckungsanordnungen übernommen hat, kann die politische Dimension nicht verleugnen. Diese schlichtende gestaltende Funktion entspricht der eines *pouvoir neutre*.

8. Zur Wahrung der neutralen Funktion gehört auch die Glaubwürdigkeit der Aufgabenerledigung. Angesichts des enormen Erledigungsrückstandes ist die konkrete Fallerledigung von arbiträren Elementen wahrscheinlich nicht frei. Sollte es nicht doch noch zur Ratifikation des 14. Zusatzprotokolls durch Russland kom-

men, müssen Sonderregelungen (wie etwa ein spezielles Filtersystem in einem engeren Kreis von Vertragsstaaten) erwo-gen werden.

9. Während beim Bundesverfassungsgericht das Spannungsverhältnis zum Gesetzgeber im Vordergrund steht, ist es beim EGMR das Spannungsverhältnis zu den Vertragsstaaten entweder als einzelner oder als Gesamtheit, aber darüber hinaus auch zu einzelnen ihrer politischen Funktionen. Hier steht die Frage im Vordergrund, wie weit der EGMR mittelbar in die innere Ordnung der Vertragsstaaten eingreifen sollte (sog. *margin of appreciation*).

10. Balance in Spannungslagen – z. B. Verbote politischer Parteien. Bei der Überprüfung der Konventionsgemäßheit nationaler Parteiverbote hat der EGMR nur Gründe, die eine Verletzung des Demokratieprinzips und grundlegender Garantien der EMRK darstellen, gelten lassen, nicht jedoch (z. B. im Fall der *Refah-Partei*) andere Gründe nationalen Verfassungsrechts. Damit wird der EGMR zum übernationalen Hüter der demokratischen Ordnungen der Vertragsstaaten.

11. Bei der Balance beim Eigentumsschutz hat sich der EGMR bemüht, die unter der Konvention existierenden Rechtspositionen von solchen abzugrenzen, die vor dem Inkrafttreten der EMRK erloschen waren, und festgehalten, dass die EMRK die Vertragsstaaten nicht zur Wiedergutmachung von Schäden und Unrecht verpflichtet, die entstanden sind, bevor sie die Konvention ratifiziert haben.

12. Die Balance zu internationalen Organisationen hat der EGMR mit der Anforderung einer *equivalent protection* zu wahren versucht und damit maßgeblich zur Entwicklung des inneren Organisationsrechts beigetragen. Im Verhältnis zur EG hat er eine problematische widerlegliche Vermutung der Konventionsmäßigkeit von deren Handeln eingeführt (*Bosphorus v. Ireland*). Gleiches soll gegenüber der UN nicht gelten (*Behrami*).

13. Die Balance bei der Bestimmung des territorialen Anwendungsbereichs ist von der Unterscheidung zwischen *accountability* und *jurisdiction* geprägt (*Loizidou / Bankovic*). Diese Zurückhaltung entspricht der Rolle des EGMR als nur regionalem Rechtsorgan.

14. Die Balance bei Abwägungsproblemen in multipolaren Grundrechtsbeziehungen erfordert vom EGMR wegen der Auswirkung auf andere Vertragsstaaten eine besonders sorgfältige rechtsvergleichende Vorbereitung.

15. Bei der Anerkennung der Staatenimmunität trotz schwerster Menschenrechtsverletzungen (*Al-Adsani*) ist die Balance noch zugunsten der Vertragsstaaten ausgefallen. Wie lange noch?

16. Der *pouvoir neutre* steht nach Karl Doehring zwischen Rechtsbindung und Wertentscheidung. Bei dieser Balance kommt es beim EGMR – wie bei jedem obersten Gericht – entscheidend auf die Auswahl und Herkunft der Richter an. Trotz der ihm zuzuordnenden Schiedsrichterfunktion ist der EGMR ein echtes Gericht. Die primäre Rechtsbindung des EGMR sollte nicht zweifelhaft sein.

ZaöRV 69 (2009)