

Europäische Menschenrechtskonvention

Grabenwarter / Pabel

8. Auflage 2026
ISBN 978-3-406-82065-6
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

genügt es, wenn der Sachverhalt im Regelungsbereich eines Grundrechts angesiedelt ist.⁵

III. Der Eingriff in ein Grundrecht

Bei der Frage des Vorliegens eines Grundrechtseingriffs wird festgestellt, ob eine bestimmte Maßnahme eine grundrechtlich gewährleistete Position beschränkt mit der Folge, dass diese Beschränkung nach den weiteren normativ vorgegebenen Kriterien des Grundrechts auf ihre Rechtfertigung oder Vereinbarkeit mit dem Grundrecht zu prüfen ist.⁶ Während der Begriff des Schutzbereichs ein bloßer Wissenschaftsbegriff ist, der der Beschreibung des Aufbaus einer Grundrechtsprüfung dient, findet der Terminus „Eingriff“ in vielen Konventionsrechten selbst Erwähnung. In Art. 8 Abs. 2 EMRK ist explizit vom Eingriff („interference“/„ingérence“) die Rede, ferner findet sich der Begriff der „Einschränkung“ („restriction“) in den Art. 9, 10 und 11 EMRK, jener der „Bedingungen“ („conditions“) in Art. 10 Abs. 2 EMRK sowie der Begriff des „Entziehens“ des Eigentums („deprived“/„privé“) in Art. 1 1. ZP EMRK. In den Urteilen des EGMR bildet die Feststellung des Eingriffs jedenfalls bei den Abwehrrechten stets den ersten Prüfungsschritt.

Die Bestimmung des Eingriffs ist auf den Schutzbereich bezogen und leistet damit einen Beitrag zur Konturierung des Schutzbereichs. Die Beantwortung der Frage, ob Entziehungen der persönlichen Freiheit, Maßnahmen der Beeinträchtigung des Rechts auf Leben oder des Eigentumsrechts einen Eingriff bilden oder nicht, dient auch der Bestimmung des Schutzbereichs. Der Eingriff wird vom Schutzbereich hergedacht, ebenso wie der Schutzbereich dieser Grundrechte im Hinblick auf drohende Eingriffe formuliert und definiert ist.⁷ Bei sog. „grundrechtlichen Dreiecksverhältnissen“ bestimmt die Annahme eines Grundrechtseingriffs auch die Schutzrichtung des Grundrechts. Bei der Annahme eines Eingriffs durch Unterlassen des Gesetzgebers wird mit der Feststellung des Eingriffs eine mittelbare Drittwirkung des Grundrechts bejaht.⁸

Die größte Bedeutung hat das Kriterium des Grundrechtseingriffs jedoch für die Abgrenzung zwischen Schutzbereichsbeschränkungen, welche als Eingriffe anzusehen sind und daher aus grundrechtlicher Sicht Rechtfertigungsbedarf auslösen, und anderen Akten oder Unterlassungen, die den Schutzbereich oder die in ihm vereinten Rechtspositionen nicht in einer rechtlich relevanten Weise berühren.

Eingriffe müssen durch Staatsorgane erfolgen oder diesen zumindest zuzurechnen sein (vgl. Art. 8 Abs. 2 EMRK: „Eine Behörde ...“). Hierfür genügt es, wenn die staatlichen Behörden in das EMRK-widrige Verhalten in qualifizierter Weise involviert sind.⁹

⁵ Vgl. zB EGMR 18.7.1994 – 13580/88 Rn. 22 ff. – Karlheinz Schmidt/GER; ähnlich EGMR 25.10.2005 – 59140/00 Rn. 30 ff. – Okpisz/GER (Diskriminierung bei Ansprüchen auf Kindergeld, Verletzung von Art. 14 EMRK iVm Art. 8 EMRK); → § 26 Rn. 2 ff.

⁶ Vgl. Holoubek in Merten/Papier, Grundsatzfragen der Grundrechtsdogmatik, 2007, Der Grundrechtseingriff – Überlegungen zu einer grundrechtsdogmatischen Figur im Wandel, S. 17 ff.

⁷ Vgl. nur zu den Grundrechten nach dem Grundgesetz Dörr/Grote/Marauhn/Marauhn/Mengeler Kap. 7 Rn. 10 ff.

⁸ Vgl. Holoubek DVBl 1997, 1031 (1033 f.); zur Drittwirkungsproblematik → § 19 Rn. 8 f.

⁹ EGMR 23.11.1993 – 14838/89 Rn. 36 – A./FRA; EGMR 8.4.2003 – 39339/98 Rn. 39 ff. – M.M./NED.

IV. Gesetzliche Grundlage

- 7 In unterschiedlicher Formulierung verlangen alle Abwehrrechte der EMRK eine gesetzliche Grundlage des Eingriffs. Wenngleich die Formulierungen der Grundrechte variieren, so haben diese Unterschiede in den Formulierungen der authentischen Sprachen¹⁰ keine Auswirkung auf das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage. Vielmehr ist von einem einheitlichen Gesetzesbegriff in der EMRK auszugehen.¹¹ Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage hat eine rechtsstaatliche und eine demokratische Komponente. In rechtsstaatlicher Hinsicht geht es um den Schutz vor behördlicher Willkür auf Seiten der Exekutive. In demokratischer Hinsicht fordert dieses Kriterium eine Rückbindung des Eingriffs an einen Akt des Parlaments.¹² Ohne dass die EMRK über konkrete Vorgaben für Staatsorganisationsrecht verfügt, wird auf diese Weise ein Mindestmaß an Rechtsstaatlichkeit und Gewaltenteilung gefordert und dem Grundsatz der Demokratie Rechnung getragen.
- 8 Das Kriterium einer gesetzlichen Grundlage für Grundrechtseingriffe bezieht sich nicht auf ein Gesetz im formellen Sinn, sondern im Wesentlichen auf ein **Gesetz im materiellen Sinn**.¹³ Gesetz im Sinn der EMRK sind daher auch untergesetzliche Normen mit Außenwirkung, nicht aber rein verwaltungsinterne Verwaltungsvorschriften.¹⁴ Diese Sichtweise wird vor allem von zwei Überlegungen gestützt. Zum einen ist der Gesetzesbegriff in den authentischen Sprachen („law“/„loi“) nicht auf ein Gesetz im formellen Sinn festgelegt. Zum anderen müssen die Unterschiede in den Rechtsquellen der einzelnen Rechtssysteme in den Mitgliedstaaten Berücksichtigung finden. So gilt für die stark richterrechtlich geprägte französische Rechtsordnung oder das System des common law des Vereinigten Königreichs und Irlands etwas anderes als für die Rechtsordnungen Deutschlands, Österreichs und der Schweiz, in denen das Gesetz im formellen Sinn für die Rechtsstaatskonzeption stets größere Bedeutung hatte. Vor diesem Hintergrund ist es zutreffend, wenn von unterschiedlichen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage in Abhängigkeit von der jeweiligen Rechtsordnung und ihrem Rechtsquellen-system ausgegangen wird.¹⁵ Der Gerichtshof gelangte in diesem Zusammenhang zu der Feststellung, dass auch ungeschriebenes Recht als Gesetz im Sinne der Konvention anzusehen ist, da anderenfalls die vom common law geprägten Rechtsordnungen des Vereinigten Königreichs und Irlands nicht denkbar wären. Nach Auffassung des EGMR könne man nicht unterstellen, dass die Grundrechtsvorbehalte der EMRK eine Grundlage der Rechtsordnungen der Staaten des common law verändern wollten.¹⁶

Die Anforderungen an den Gesetzesbegriff lassen sich in drei Kriterien zusammenfassen:¹⁷

¹⁰ Vgl. Art. 8 EMRK und Art. 2 4. ZP EMRK einerseits und die Art. 9 bis 11 EMRK andererseits.

¹¹ HK-EMRK/Nettesheim Art. 8 Rn. 102.

¹² So im Ergebnis auch Schilling AVR 2006, 57 (60), der für den kontinentaleuropäischen Rechtskreis grundsätzlich eine „nicht allzu indirekte Rückführbarkeit (des Eingriffs) auf ein Parlamentsgesetz“ verlangt.

¹³ Vgl. HK-EMRK/Nettesheim Art. 8 Rn. 102; Villiger EMRK-HdB Rn. 642.

¹⁴ EGMR 25.3.1983 – 5947/72 Rn. 86, EuGRZ 1984, 147 – Silver u. a./GBR.

¹⁵ EGMR 25.5.1993 – 14307/88 Rn. 37 ff. – Kokkinakis/GRE; kritisch St. Korinek JBl 1998, 573 (575); EGMR 22.12.2015 – 28601/11 Rn. 72 ff. – G.S.B./SUI.

¹⁶ EGMR 26.4.1979 – 6538/74, EuGRZ 1979, 386 Rn. 47 ff. – Sunday Times (Nr. 1)/GBR.

¹⁷ Ausführlich Dörr/Grote/Marauhn/Marauhn/Mengeler Kap. 7 Rn. 23 ff.

1. Rückführbarkeit der Eingriffsgrundlage auf ein vom Parlament beschlossenes Gesetz

Der Eingriff in das Grundrecht muss zwar nicht unmittelbar auf einem Gesetz beruhen; stützt er sich jedoch auf eine von einem formellen Gesetz verschiedene normative Grundlage, so muss diese wenigstens auf ein vom Parlament verabschiedetes Gesetz rückführbar sein.¹⁸

2. Zugänglichkeit

Die gesetzliche Grundlage des Eingriffs muss dem Bürger ausreichend zugänglich sein. Es muss ihm möglich sein, die einschlägigen Rechtsnormen zu ermitteln und ihren Inhalt zu erfahren.¹⁹ Dabei kann es maßgeblich sein, ob der Betroffene rechtskundig ist oder ob er ein Gesetz zu beachten hat, das speziell für seinen Berufskreis gilt.²⁰

3. Hinreichende Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage

Die gesetzliche Grundlage muss so formuliert sein, dass es dem Rechtsunterworfenen möglich ist, sein Verhalten dem Gesetz entsprechend einzurichten. Er muss die Folgen seines Handelns voraussehen können, ohne dass dabei absolute Gewissheit gefordert ist. Hinsichtlich der Bestimmtheit legte der EGMR in der Vergangenheit keine allzu strengen Maßstäbe an. Er berücksichtigte insofern die Dynamik eines Rechtsgebiets und die Notwendigkeit der Konkretisierung von unbestimmten Begriffen durch die Gerichte.²¹ Bei unbestimmten Rechtsbegriffen, aber auch bei Ermessen, ist maßgebliche Richtschnur für die Beurteilung der hinreichenden Bestimmtheit, ob ein Schutz gegen willkürliche Eingriffe und Missbrauch gegeben ist. Auf diese Weise kann die relative Unbestimmtheit des anwendbaren Gesetzestexts durch verfahrensrechtliche Sicherungen, insbesondere gerichtliche Kontrolle, kompensiert werden.

Variationen in der gebotenen Regelungsdichte können sich aus dem Sachbereich ergeben, in dem ein Grundrechtseingriff erfolgt. Bei besonders grundrechtssensiblen Bereichen, in denen eine große Gefahr des Missbrauchs besteht oder die eine höhere Gefährdung der Ausübung von Grundrechten in sich bergen, sind vergleichsweise strengere Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Regelungen anzunehmen. Im Zuge der Prüfung einer innerstaatlichen Rechtsgrundlage verneinte der EGMR die Frage, ob das Gesetz ausreichend Sicherheit gegen Missbrauch bietet. Denn es war nicht festgelegt, welche Personen abgehört werden können und bei welchen Delikten dies zulässig ist. Ebenso wenig seien die zeitliche Dauer bzw. die Löschung von Aufzeichnungen normiert worden. Aus diesem Grund sah der EGMR

¹⁸ Frowein/Peukert/Keller Vor Art. 8 bis 11 Rn. 16 f.

¹⁹ EGMR 26.4.1979 – 6538/74, EuGRZ 1979, 386 Rn. 47 ff. – Sunday Times (Nr. 1)/GBR.

²⁰ Vgl. für Art. 7 EMRK, EGMR (GK) 15.11.1996 – 17862/91, EuGRZ 1999, 193 Rn. 35 – Cantoni/FRA.

²¹ Vgl. zum Tatbestand des „Contempt of Court“ als Grundlage für die Beschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit EGMR 26.4.1979 – 6538/74, EuGRZ 1979, 386 Rn. 46 ff. – Sunday Times (Nr. 1)/GBR. Vgl. zu anderen Tatbeständen auch EGMR 25.5.1993 – 14307/88 Rn. 40 – Kokkinakis/GRE; EGMR (GK) 15.11.1996 – 17862/91, EuGRZ 1999, 193 Rn. 31 – Cantoni/FRA. Im Fall Hasan u. Chaush sah der Gerichtshof hingegen das Erfordernis der Vorhersehbarkeit als nicht erfüllt an, EGMR (GK) 26.10.2000 – 30985/96 Rn. 85 – Hasan u. Chaush/BUL.

das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage als nicht erfüllt an, weil Reichweite und Ausübung des Ermessens des zuständigen Untersuchungsrichters nicht hinreichend begrenzt wurden.²²

V. Legitimes Ziel

- 12 Weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Eingriffs in die abwehrrechtlichen Garantien der EMRK ist, dass diese ein „legitimes Ziel“ verfolgen. Die Rechte der Art. 8 bis 11 EMRK enthalten jeweils eine abschließende Aufzählung von solchen Zielen. Das Gleiche gilt für Art. 2 4. ZP EMRK. Auch bei den Verfahrensgarantien bildet das legitime Ziel von einzelnen Beschränkungen dieser Grundrechte einen eigenen Prüfschritt zur Feststellung der Vereinbarkeit von Beschränkungen mit der Konvention.
- 13 Die Aufzählung von Eingriffszielen legt zunächst nahe, darin eine wesentliche beschränkende Funktion für die eingreifenden Staatsgewalten zu sehen. Bei genauerer Betrachtung der Rechtsprechung zeigt sich jedoch eine Entwicklung der Unitarisierung unterschiedlicher Gesetzesvorbehalte, wie sie auch bei differenzierten Schranken von innerstaatlichen Grundrechten zu beobachten ist.²³ Die Inhalte der jeweiligen Ziele überschneiden sich und werden vom Gerichtshof keiner eingehenden begrifflichen Klärung unterzogen. Bis heute hat der EGMR keine abstrakte Definition legitimer Ziele gegeben und die Zulässigkeit eines Grundrechtseingriffs nur in Ausnahmefällen am Mangel eines legitimen Ziels scheitern lassen.²⁴ Wohl aber stellt der EGMR gelegentlich fest, dass sich der Staat zur Rechtfertigung auf bestimmte Ziele nicht berufen darf.²⁵ Daher sind die Unterschiede in den Formulierungen und den Aufzählungen der Abs. 2 der Art. 8 bis 11 EMRK auch nur von untergeordneter Bedeutung.²⁶ Die Variation erklärt sich zum Gutteil aus dem Inhalt der jeweiligen Grundrechte, der andere Gefährdungslagen und Eingriffsziele des Gesetzgebers bedingt.

Beim Abwehrrecht des Art. 1 1. ZP EMRK (Eigentumsgarantie) fehlt überhaupt eine Aufzählung legitimer Ziele. Demgegenüber wird gefordert, dass der Eingriff im Fall von Eigentumsentziehungen vom öffentlichen Interesse verlangt wird bzw. im Fall von Nutzungsregelungen in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Interesse

²² EGMR 24.4.1990 – 11801/85, ÖJZ 1990, 564 Rn. 24 f. – Kruslin/FRA; EGMR 24.4.1990 – 11105/84 Rn. 56 f. – Huvig/FRA; vgl. auch EGMR 30.7.1998 – 27671/95 Rn. 46 – Valenzuela Contreras/ESP. Zur Zulässigkeit von Abhörmaßnahmen nach dem deutschen G 10-Gesetz → § 22 Rn. 47. Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage bei staatlichen Eingriffen in die individuelle Kommunikation → § 22 Rn. 38.

²³ Vgl. nur Art. 5 Abs. 1 GG einerseits und Art. 12 GG andererseits. Kritisch dazu Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 49 ff.

²⁴ Vgl. zB EGMR 22.2.1994 – 16213/90 Rn. 28 f. – Burghartz/SUI; in EGMR 25.1.2007 – 68354/01, ÖJZ 2007, 618 Rn. 30 f. – Vereinigung Bildender Künstler/AUT; lehnte der Gerichtshof das von der Regierung ins Treffen geführte Ziel des Schutzes der Moral ab, hingegen akzeptierte er das Ziel des Schutzes der Rechte anderer unter Hinweis auf das einschlägige Gesetz und die hierzu ergangene Rspr.

²⁵ EGMR 22.10.1981 – 7525/76 Rn. 61 – Dudgeon/GBR; EGMR 26.10.1988 – 10581/83 Rn. 44 ff. – Norris/IRL (keine Rechtfertigung von Eingriffen in die Grundrechte von Homosexuellen durch Berufung auf den Schutz der öffentlichen Moral).

²⁶ Näher Dörr/Grote/Maruhn/Maruhn/Mengeler Kap. 7 Rn. 40.

steht.²⁷ Das Kriterium des öffentlichen bzw. allgemeinen Interesses hat die gleiche Funktion wie die Prüfung des Vorliegens eines legitimen Ziels.²⁸

Bei Art. 3 1. ZP EMRK geht der EGMR von „impliziten Schranken“ aus, die weniger eng gezogen sind als jene nach Art. 8 bis 11 EMRK. Art. 3 1. ZP EMRK enthält insbesondere keine Liste von legitimen Zielen, sondern es steht den Mitgliedstaaten frei, sich auf ein legitimes Ziel zu berufen, um die Beschränkung zu rechtfertigen.²⁹

VI. Die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs

Eingriffe in die Abwehrrechte der EMRK bedürfen einer Rechtfertigung.³⁰ Am präzisesten ist das normative Programm für die Rechtfertigung in den Art. 8 bis 11 EMRK vorgegeben. Neben dem Vorliegen eines legitimen Ziels muss der Eingriff „in einer demokratischen Gesellschaft“ notwendig sein. Hinter dieser Formulierung verbirgt sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wie er in vergleichbarer Form auch bei vielen Grundrechten nationaler Verfassungen Bedingung zulässiger Eingriffe ist. Dieses Kriterium wird häufig mit dem „dringenden sozialen Bedürfnis“ („pressing social need“) umschrieben, das gegeben sein muss, um einen Eingriff als verhältnismäßig erscheinen zu lassen.³¹ In einer Reihe von Entscheidungen heißt es ausdrücklich, dass die Gründe für den Eingriff relevant und ausreichend sowie verhältnismäßig zum legitimen Ziel sein müssen.³²

Die Prüfung der **Notwendigkeit** ist der Sache nach als Prüfung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip bezeichnet worden.³³ In der gedanklichen Abfolge seiner Prüfung steht die Eignung des Eingriffs zur Zielerreichung an der Spitze. Dieses Erfordernis wird in der Rechtsprechung des EGMR nur ausnahmsweise ausdrücklich geprüft,³⁴ in der Regel findet eine implizite Prüfung statt. Den Kern der Prüfung der Rechtfertigung bildet die Verhältnismäßigkeit i.e.S. Dass die eingreifende Maßnahme das geringste Mittel zur Zielerreichung sein muss (Grundsatz der Erforderlichkeit), findet sich als eigenständiger Prüfschritt nicht, wohl aber wird in der Rechtsprechung in der Frage der Verhältnismäßigkeit bisweilen nach gelinderen Mitteln gefragt.³⁵ Einen absoluten Schutz des Wesensgehalts jeder Garantie vergleichbar mit Art. 19 Abs. 2 GG enthält die EMRK nicht. Nur ausnahmsweise findet sich ein Hinweis auf Kerngehalte von Rechten, wie etwa beim Recht auf Heirat, beim Recht auf Bildung, beim Recht auf freien Zugang zu Gericht oder beim Recht auf freie Wahlen. Hier verweist der EGMR auf die Substanz der Rechte, die keinen ausdrücklichen Schrankenvor-

²⁷ → § 25 Rn. 19 ff.

²⁸ Vgl. nur EGMR 7. 12. 1976 – 5493/72 Rn. 62 – Handyside/GBR; → § 25 Rn. 19.

²⁹ EGMR (GK) 16. 3. 2006 – 58278/00 Rn. 115 – Ždanoka/LAT; EGMR (GK) 27. 4. 2010 – 7/08 Rn. 164 – Tănase/MDA; EGMR (GK) 6. 1. 2011 – 34932/04 Rn. 100 – Paksas/LTU; EGMR 11. 2. 2025 – 29780/20 Rn. 125, 133 ff. – Costa i Rosselló u. a./ESP; → § 23 Rn. 118.

³⁰ Zu den Unterschieden zu den Schranken-Schranken des Grundgesetzes vgl. Dörr/Grote/Marauhn/Marauhn/Mengeler Kap. 7 Rn. 43 ff.

³¹ Vgl. etwa EGMR 25. 11. 1996 – 17419/90 Rn. 53 – Wingrove/GBR; EGMR 13. 12. 2001 – 45701/99 Rn. 119 – Metropolitan Church of Bessarabia u. a./MDA.

³² ZB EGMR 16. 12. 1997 – 21353/93 Rn. 45 – Camenzind/SUI.

³³ ZB EGMR 25. 2. 1993 – 10828/84 Rn. 55 ff. – Funke/FRA; EGMR 25. 2. 1997 – 22009/93 Rn. 94 – Z./FIN.

³⁴ Vgl. zB EGMR 27. 9. 1999 – 31417/96 Rn. 67 – Lustig-Prean u. Becket/GBR.

³⁵ ZB bereits EGMR 7. 12. 1976 – 5493/72 Rn. 58 – Handyside/GBR; Dörr/Grote/Marauhn/Marauhn/Mengeler Kap. 7 Rn. 50.

behalt enthalten, um die äußerste Grenze der Beschränkung des jeweiligen Rechts aufzuzeigen.³⁶

- 16 Die Prüfung der **Verhältnismäßigkeit iES** umfasst eine Gegenüberstellung zwischen Nachteilen für den aus der Konventionsgarantie Berechtigten einerseits und dem Gewicht des verfolgten legitimen Ziels auf Seiten des Staates andererseits. Die Bezugnahme auf eine sog. „**fair balance**“ findet sich vor allem bei Eingriffen in das Recht auf Privat- und Familienleben durch aufenthaltsbeendende Maßnahmen³⁷ sowie in Entscheidungen zur Eigentumsgarantie des Art. 1 1. ZP EMRK.³⁸ Dabei prüft der EGMR, ob der Eingriff „in einem angemessenen Verhältnis“ zu dem damit verfolgten legitimen Ziel steht und ob die von den innerstaatlichen Behörden zur Rechtfertigung angeführten Gründe „relevant und ausreichend“ sind.³⁹ Bei der Prüfung der impliziten Schranken des Art. 3 1. ZP EMRK entfällt die Prüfung des „dringenden sozialen Bedürfnisses“, der Gerichtshof prüft vielmehr, ob Willkür oder Unverhältnismäßigkeit vorliegt und ob die Beschränkung die freie Äußerung der Meinung des Volkes beeinträchtigt.⁴⁰
- 17 Die im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung iES stattfindende Abwägung weist einige Besonderheiten auf, die zum Teil wesentliche Abweichungen von der Judikatur nationaler Verfassungsgerichte mit sich bringen. Zunächst ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung wie die Judikatur insgesamt von einem großen Bemühen um Differenzierung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls geprägt. Häufig nimmt die Begründung auf ältere Entscheidungen Bezug, um Gemeinsamkeiten oder Unterschiede festzuhalten, die dann das Ergebnis beeinflussen.⁴¹
- 18 Mit der Bezugnahme auf die „demokratische Gesellschaft“ in den Gesetzesvorbehalten der Art. 8 bis 11 EMRK wird sodann auf den europäischen Standard eines demokratischen Rechtsstaates europäischer Prägung verwiesen, wie er bereits in der Präambel zur EMRK durch die Verknüpfung von Demokratie und Rechtsstaat zum Ausdruck kommt.⁴² Als charakteristische Merkmale dieses Leitbilds können nach der Rechtsprechung des EGMR Werte wie Pluralismus, Toleranz und ein Geist der Offenheit bezeichnet werden.⁴³ Diese Werte fließen in die Beurteilung insbesondere

³⁶ Vgl. für das Recht auf Bildung EGMR 25.2.1982 – 7511/76 Rn. 41 – Campbell u. Cosans/GBR; für das Recht auf Eheschließung EGMR 17.10.1986 – 9532/81 Rn. 50 – Rees/GBR; für das Wahlrecht EGMR 2.3.1987 – 9267/81 Rn. 52 – Mathieu-Mohin u. Clerfayt/BEL; Brems ZaöRV 1996, 240 (289) mwN.

³⁷ ZB EGMR 21.10.1997 – 25404/94 Rn. 43 – Boujlifa/FRA.

³⁸ EGMR 21.2.1986 – 8793/79 Rn. 50 – James u. a./GBR; EGMR 18.2.1991 – 12033/86 Rn. 51 – Fredin (Nr. 1)/SWE; EGMR 23.2.1995 – 15375/89 Rn. 62 – Gasus Dossier- u. Fördertechnik GmbH/NED.

³⁹ Vgl. etwa EGMR (GK) 26.9.1995 – 17851/91, EuGRZ 1995, 590 Rn. 52 – Vogt/GER.

⁴⁰ EGMR (GK) 16.3.2006 – 58278/00 Rn. 115 lit. c – Ždanoka/LAT; → § 23 Rn. 118.

⁴¹ Vgl. zB die Rspr. zum Schutz der Korrespondenz von Gefangenen, EGMR 25.3.1992 – 13590/88 Rn. 48 – Campbell/GBR; EGMR 20.6.2000 – 33274/96 Rn. 44 – Foxley/GBR, oder die Rspr. zum Schutz der Meinungsfreiheit im Film, EGMR 20.9.1994 – 13470/87, ÖJZ 1995, 154 Rn. 55 f. – Otto-Preminger-Institut/AUT; EGMR 25.11.1996 – 17419/90 Rn. 57 ff. – WIngrove/GBR.

⁴² Vgl. dazu Berka ÖZÖR 1986, 71 (92); Engel ÖZÖR 1986, 261 (264 ff.); Logemann, Grenzen der Menschenrechte in demokratischen Gesellschaften, 2004, S. 291 ff.

⁴³ Vgl. EGMR 7.12.1976 – 5493/72 Rn. 49 – Handyside/GBR; EGMR 13.8.1981 – 7601/76, EuGRZ 1981, 559 Rn. 63 – Young, James u. Webster/GBR; EGMR 25.5.1993 – 14307/88 Rn. 33 – Kokkinakis/GRE.

der Schwere von Grundrechtseingriffen, aber auch des Gewichts der legitimen Ziele, vor allem bei den Kommunikationsfreiheiten, ein.

Das Kriterium der Notwendigkeit in einer **demokratischen Gesellschaft** hat auch die Funktion, einen systematischen Zusammenhang für die Auslegung der Konventionsrechte herzustellen, der bei nationalen Verfassungen durch das die Grundrechte umgebende Staatsorganisationsrecht selbstverständlich ist. Dabei ist im Unterschied zum nationalen Verfassungsrecht kein konkretes parlamentarisches System zu berücksichtigen, sondern der Standard europäischer parlamentarischer Demokratien insgesamt. Der Mangel einer umfassenden Verfassungsordnung auf der Ebene der Konvention hat auch zur Konsequenz, dass es grundsätzlich keine Eingriffe in die Grundrechte jenseits der ausdrücklich normierten Schranken geben kann. Eingriffe, die kollidierendem Verfassungsrecht Rechnung tragen sollen, kann es nicht geben, dem Wortlaut nach vorbehaltlos gewährleistete Rechte stehen grundsätzlich auch nicht unter Eingriffsvorbehalt. Gleichwohl hat der EGMR in Einzelfällen implizite Beschränkungen angenommen, wie etwa beim Recht auf Zugang zu Gericht.⁴⁴ 19

Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit verweist der EGMR in ständiger Rechtsprechung auf einen Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten („**margin of appreciation**“), der Hand in Hand mit einer europäischen Kontrolle durch den EGMR gehen müsse.⁴⁵ Dabei handelt es sich um ein Instrument des Gerichtshofes zur Variation seiner Kontrolldichte je nach betroffenem Grundrecht und Lebensbereich, dem der Fall zuzuordnen ist. 20

Der Sache nach bildet der Beurteilungsspielraum der Staaten einen Hinweis auf die Kompetenz des Gerichtshofes in der völkerrechtlich bestimmten Aufgabenteilung zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Behörden und Gerichten. Der Beurteilungsspielraum findet seine Grundlage in dieser „Gewaltenteilung“, die der EGMR zunächst im subsidiären Charakter der europäischen Kontrolle begründet sieht.⁴⁶ Er ist von unterschiedlichen Faktoren bestimmt.⁴⁷ Den Ausgangspunkt bildet dabei bisweilen der Wortlaut der einschlägigen Garantie. So scheint ein größerer Spielraum dort zu bestehen, wo es im Wortlaut heißt, dass Gesetze angewendet werden können, die der Staat für die Regelung der Benutzung des Eigentums „für erforderlich hält“ („deems necessary“, Art. 1 Abs. 2 1. ZP EMRK). Umgekehrt deutet die Formulierung „unbedingt erforderlich“ („strictly necessary“, Art. 6 Abs. 1 S. 2 EMRK, Art. 10 Abs. 2 EMRK, Art. 15 Abs. 1 EMRK) darauf hin, dass der Spielraum geringer sein könnte. In der Praxis haben sich diese Wortlautargumente als wenig durchschlagend erwiesen, vielmehr ist im Fall des Art. 15 EMRK der Spielraum der Staaten sogar größer. Auch der systematische Zusammenhang mit Formulierungen oder Tatbeständen im Umfeld des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vermag im Ergebnis keinen entscheidenden Einfluss auf die Kontrolldichte auszuüben, wie zB der Hinweis auf Pflichten und Verantwortung in Art. 10 Abs. 2 EMRK oder die Bezug- 21

⁴⁴ Zur Begründung näher → § 24 Rn. 54 ff.

⁴⁵ EGMR 7.12.1976 – 5493/72 Rn. 47 ff. – Handyside/GBR („margin of appreciation“/„marge d’appréciation“).

⁴⁶ Hinweis in EGMR 7.12.1976 – 5493/72 Rn. 48 – Handyside/GBR; s. auch de la Rasilla del Moral GLJ 2006, 611 (614).

⁴⁷ Vgl. Callewaert, Quel avenir pour la marge d’appréciation? in GS Ryssdal, 2000, S. 147 (158); de la Rasilla del Moral GLJ 2006, 611 (615 ff.); Grabenwarter in FS Tomuschat S. 204 f.

nahme auf die Rechte der Mitglieder der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung in Art. 11 Abs. 2 EMRK zeigen.⁴⁸

Von größerem Einfluss ist, welches legitime Ziel in Rede steht.⁴⁹ Die Entscheidungen des EGMR zeigen, dass bei den Tatbeständen der nationalen Sicherheit oder des Ansehens oder der Unparteilichkeit der Rechtsprechung in Art. 10 Abs. 2 EMRK ein relativ geringer Spielraum besteht.⁵⁰ Auch kann im Vergleich der betroffenen Menschenrechte eine Differenzierung festgestellt werden: So wird den Mitgliedstaaten bei der Meinungsäußerungsfreiheit wegen des Zusammenhangs mit den Funktionsbedingungen der Demokratie ein geringerer Spielraum zugemessen als bei einzelnen Fallgruppen im Rahmen von Art. 8 EMRK.⁵¹ Auch dann, wenn besonders wichtige Facetten der Existenz oder Identität einer Person betroffen sind, ist der Spielraum begrenzt.⁵² Der EGMR nimmt allerdings in bestimmten Fällen an, dass die nationalen Behörden und Gerichte wegen ihres regelmäßigen Kontakts zu innerstaatlichen Entwicklungen besser in der Lage seien als der EGMR, Einzelfallentscheidungen zu treffen, und reduziert seine Kontrolldichte.⁵³ Weitere bestimmende Faktoren für den Beurteilungsspielraum sind das Vorliegen eines europäischen Standards,⁵⁴ die Klarheit des Sachverhalts sowie die Frage, ob es spezifische nationale oder regionale Besonderheiten im rechtlichen oder faktischen Bereich gibt, die eine Rücknahme der europäischen Kontrolle rechtfertigen. Wenn in einem bestimmten Regelungsbereich einheitliche Standards in den europäischen Mitgliedstaaten zu finden sind, so vermag das den Beurteilungsspielraum einzuschränken. Ein größerer Spielraum besteht in Fällen, in denen sehr unterschiedliche gesetzliche Regelungen und Auffassungen in den einzelnen Mitgliedstaaten gegeben sind,⁵⁵ sei es im Hinblick auf die Bedeutung des betroffenen Interesses, sei es im Hinblick auf die Mittel, die zum Schutz der betroffenen Interessen eingesetzt werden. Vor allem dann, wenn es um sensible moralische oder ethische Angelegenheiten geht, nimmt der EGMR seine Kontrolldichte zurück und erkennt er die Entscheidungsprärogative der innerstaatlichen Instanzen an.⁵⁶ Das gilt insbesondere für Angelegenheiten, die das Verhältnis von Staat und Kirche oder

⁴⁸ Vgl. zB EGMR (GK) 20.5.1999 – 25390/94, NVwZ 2000, 421 Rn. 47 ff. – Rekvényi/HUN; → § 23 Rn. 33, 86.

⁴⁹ Vgl. Brems ZaöRV 1996, 240 (256 ff.).

⁵⁰ → § 23 Rn. 28 ff.; Brems ZaöRV 1996, 240 (259 ff.); s. aber EGMR (GK) 13.7.2012 – 16354/06 Rn. 559 ff. – *Mouvement raëlien suisse/SUI*.

⁵¹ Callewaert in GS Ryssdal S. 164.

⁵² EGMR 29.4.2002 – 2346/02 Rn. 71 – *Pretty/GBR* (Sterbehilfe); EGMR (GK) 11.7.2002 – 28957/95 Rn. 85 – *Christine Goodwin/GBR* (sexuelle Identität); EGMR 21.7.2015 – 18766/11 Rn. 158 – *Oliari u. a./ITA*.

⁵³ EGMR (GK) 13.7.2012 – 16354/06 Rn. 63 – *Mouvement raëlien suisse/SUI*.

⁵⁴ Vgl. EGMR 30.3.2004 – 74025/01 Rn. 40 – *Hirst (Nr. 2)/GBR*; s. dazu Krieger ZaöRV 2014, 187 (204 ff.).

⁵⁵ Vgl. aus der Rspr. EGMR 25.11.1994 – 18131/91 Rn. 39 – *Stjerna/FIN*; EGMR (GK) 11.7.2002 – 25680/94 Rn. 51 ff. – *I/GBR*; EGMR (GK) 11.7.2002 – 28957/95 Rn. 71 ff. – *Christine Goodwin/GBR*. Dazu Brems ZaöRV 1996, 240 (276 ff.); Wildhaber, *The Role of comparative Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights in FS Res*, 2005, S. 1101 (1105 f.).

⁵⁶ EGMR 26.2.2002 – 36515/97 Rn. 41 – *Fretté/FRA* (Adoption durch homosexuelle Paare); EGMR (GK) 8.7.2004 – 53924/00 Rn. 82 – *Vo/FRA* (Schutz des ungeborenen Lebens); EGMR (GK) 10.4.2007 – 6339/05, NJW 2008, 2013 Rn. 77 – *Evans/GBR* (In-Vitro-Fertilisation); EGMR (GK) 3.11.2011 – 57813/00 Rn. 95 ff. – *S.H. u. a./AUT*; EGMR 20.6.2017 – 67667/09 Rn. 66 – *Bayev u. a./RUS* (Umgang mit Homosexuellen).