

# Die Pflicht der Staaten zur Übernahme der Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention in das innerstaatliche Recht

Jan Martin Hoffmann

## Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Verpflichtung zur Übernahme völkerrechtlicher Verträge in das nationale Recht
- III. Pflicht zur Übernahme der EMRK in das nationale Recht
- IV. Besonderheit: Spätere Übung als quasi-authentische Interpretation
- V. Ergebnis

## I. Einführung

Die Bedeutung des durch die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)<sup>1</sup> eingerichteten Rechtsschutzsystems bedarf keiner Erläuterung mehr. In den letzten Jahren behandelt die Diskussion vornehmlich die Verbesserung der Effizienz des Rechtsschutzsystems. Der Gerichtshof sieht sich einer Vielzahl von Individualbeschwerden gegenüber, ohne realistische Aussicht darauf, über diese in angemessener Zeit entscheiden zu können. Entsprechend finden sich viele Ansätze zur Reform des Verfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), welche eine beschleunigte Erledigung der Beschwerden ermöglichen sollen.<sup>2</sup>

Die Überlastung des EGMR ließe sich aber auch dadurch verringern, dass mehr Beschwerden bereits auf staatlicher Ebene abgeholfen würde.<sup>3</sup> Dies ließe sich offensichtlich am einfachsten dadurch erreichen, dass der Gewährleistungsstandard der Konventionsrechte in den Staaten garantiert würde, zumindest im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung von Akten der Staatsgewalt. Soweit ersichtlich, haben alle bisher 47 Zeichnerstaaten der EMRK den Konventionsrechten<sup>4</sup> innerstaatlich Geltung verschafft<sup>5</sup>, wengleich die Vorgehensweisen sich mitunter erheblich unterscheiden.<sup>6</sup> Der EGMR hat in ständiger Rechtsprechung eine entsprechende Rechtspflicht zur Übernahme der Konven-

<sup>1</sup> ETS no. 005; Umsetzung ins deutsche Recht BGBl. 1952 II, S. 685, 953; BGBl. 2002 II, S. 10.

<sup>2</sup> Ein konziser Überblick über die Diskussion einschließlich der zugrundeliegenden Zahlen findet sich bei *Luzius Wildhaber*, Ein Überdenken des Zustands und der Zukunft des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: *EuGRZ* 2009, S. 541-553 (S. 542ff.).

<sup>3</sup> Ähnlich *Laurence R. Helfer*, Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime, in: *EJIL* 19 (2008), S. 125-159.

<sup>4</sup> Gemeint sind die Artikel 2-14 EMRK sowie die subjektiv-rechtlichen Verbürgungen der Zusatzprotokolle zur EMRK, wobei zu beachten ist, dass nicht alle Staaten alle Protokolle unterzeichnen (müssen) und daher der Gewährleistungsumfang *rationae materiae* zwischen den Staaten divergiert.

<sup>5</sup> *Thomas Giegerich*, Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, in: *Rainer Grote/Thilo Marauhn* (Hrsg.), *EMRK/GG – Konkordanzkommentar*, 2006, Kap. 2 Rn. 12. Eine Ausnahme im Vereinigten Königreich findet unten gesondert Berücksichtigung.

<sup>6</sup> Vgl. dazu *Jörg Polakiewicz*, The Status of the Convention in National Law, in: *Robert Blackburn/Jörg Polakiewicz* (Hrsg.), *Fundamental Rights in Europe*, 2001, S. 31-53 (S. 36ff.) und *Christoph Grabenwarter*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, in: *VVDStRL* 60 (2001), S. 290-349 (S. 299ff.).

tionsrechte verneint<sup>7</sup>, obschon er es als eine „besonders treue Erfüllung der Vertragspflichten“ bezeichnet hat, wenn ein Staat der Konvention im eigenen Recht Geltung verschafft.<sup>8</sup> Dieser Beitrag wird zeigen, dass nunmehr das tatsächliche Verhalten der Staaten zum Entstehen einer solchen Rechtspflicht geführt hat.

Keine Berücksichtigung findet hierbei die Diskussion, ob das Verhältnis des Völkerrechts zum nationalen Recht durch den Monismus oder den Dualismus besser beschrieben ist. Diese Konzepte behandeln das „Wie“ der Einführung von Völkerrecht in das nationale Recht. Vorliegend geht es jedoch lediglich um das „Ob“ einer Übernahme der Konventionsrechte, also das Verschaffen innerstaatlicher Geltung. Mit Geltung ist hier die grundsätzliche Entscheidung des nationalen Verfassungsrechts, eine völkerrechtliche Vertragsnorm in den innerstaatlichen Rechtsraum einzuführen, gemeint. Die Norm muss hierzu also „irgendwie im innerstaatlichen Rechtsraum stehen“<sup>9</sup>, in die nationale Rechtsordnung übernommen werden<sup>10</sup> und damit innerstaatlich beachtliches Recht sein.<sup>11</sup> Entsprechend kommt es nicht darauf

an, die Konventionsrechte als subjektive Rechte verfügbar zu machen. So haben sich beispielsweise der britische und der irische Gesetzgeber dazu entschieden, sie zum Auslegungsmaßstab für das nationale Recht zu erheben, ohne dass eine unmittelbare Berufung auf das Recht selbst möglich ist. Auch dieses Vorgehen, das seine Begründung in den verfassungsrechtlichen Traditionen der genannten Staaten findet, ist von der genannten Definition erfasst und steht dem Befund, alle Staaten haben für die innerstaatliche Geltung Sorge getragen, nicht entgegen.

## II. Verpflichtung zur Übernahme völkerrechtlicher Verträge in das nationale Recht

Als Ausgangspunkt der Untersuchung bietet sich das Gutachten des Ständigen Internationalen Gerichtshofs vom 21. Februar 1925 zur Umsiedlung der griechischen und türkischen Bevölkerung an. In diesem wurde festgehalten, es existiere ein selbstverständlicher Grundsatz, dass ein Staat, der gültig zwischenstaatliche Verbindlichkeiten auf sich genommen hat, gehalten ist, innerhalb seiner Gesetzgebung die notwendigen Änderungen vorzunehmen, um den übernommenen Verpflichtungen nachzukommen.<sup>12</sup> Gemeint ist damit indes keine Verpflichtung nach allgemeinem Völkerrecht, völkerrechtliche Verträge in das innerstaatliche Recht eines Vertragsstaates zu übernehmen und ihnen somit innerstaatlich Geltung zu verschaffen.<sup>13</sup> Den Staaten ist vielmehr die Entscheidung darüber überlassen, wie sie sicherstellen, dass sie ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen nachkommen.<sup>14</sup> Hintergrund dieser

<sup>7</sup> Seit *Schwedischer Lokomotivführerverband* ./ *Schweden*, 5614/72, Urteil vom 6. Februar 1976 = EGMR-E 1 Nr. 21, Rn. 50.

<sup>8</sup> Ständige Rechtsprechung des EGMR seit *Irland* ./ *Vereinigtes Königreich*, 5310/71, Urteil vom 18. Januar 1978 = EGMR-E 1 Nr. 27, Rn. 239. Hierzu *Kostas Chryssogonos*, Zur Inkorporation der Europäischen Menschenrechtskonvention in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, in: *EuR* 2001, S. 49-61 (S. 51).

<sup>9</sup> *Albert Bleckmann*, Begriffe und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, 1970, S. 66.

<sup>10</sup> So die Wortwahl von *Max Sørensen*, Die Verpflichtungen eines Staates im Bereich seiner nationalen Rechtsordnung aufgrund eines Staatsvertrages, in: *Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät an der Universität Wien* (Hrsg.), *Menschenrechte im Staatsrecht und im Völkerrecht*, 1967, S. 15-41 (S. 17).

<sup>11</sup> *Gaby Buchs*, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, 1993, S. 29; ähnlich auch *Antje Wünschmann*, Geltung und gerichtliche Geltendmachung völkerrecht-

licher Verträge im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003, S. 42.

<sup>12</sup> *StIGH I*, Serie B Nr. 10 S. 20-21.

<sup>13</sup> *Karl Josef Partsch*, Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, 1964, S. 39f. und S. 158.

<sup>14</sup> *Georg Dahm/Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum*, *Völkerrecht*, Band I/3, 2. Aufl., 2002, S. 101; *Stefan Kadelbach*, *International Law and the Incorporation of Treaties into Domestic Law*, in:

Regel ist eine weitgehende Schonung der staatlichen Souveränität.<sup>15</sup> Verpflichten sich Staaten im Rahmen eines völkerrechtlichen Vertrages zu einem bestimmten rechtlichen Erfolg, ist es den Vertragspartnern in aller Regel gleich, wie die jeweils anderen Parteien Konformität mit der im Vertrag festgelegten Situation herstellen. Ihr Interesse ist – sofern keine abweichenden Anzeichen zu finden sind – nicht darauf gerichtet, die anderen Parteien zu einem bestimmten innerstaatlichen Vorgehen zu verpflichten, sondern im Außenverhältnis das festgelegte Vertragsziel gesichert zu wissen. Gewohnheitsrecht, das einen anderen Befund zuließe, besteht derzeit jedenfalls noch nicht.<sup>16</sup> In Bezug auf einen konkreten völkerrechtlichen Vertrag kann sich aber abweichend von diesem allgemeinen Grundsatz unter verschiedenen Gesichtspunkten doch eine Übernahmepflicht ergeben.<sup>17</sup> Dazu ist der betreffende Vertrag anhand der üblichen völkerrechtlichen Auslegungsregeln dahingehend zu untersuchen.

### III. Pflicht zur Übernahme der EMRK in das nationale Recht

Prima facie scheint eine Übernahmeverpflichtung für die EMRK offenkundig nicht zu bestehen. Zum einen, da sich in der Konvention keine ausdrücklichen Vorgaben zu dieser Frage finden,<sup>18</sup> zum anderen,

weil mehrere Konventionsstaaten über einen langen Zeitraum von einer Übernahme der EMRK beziehungsweise der in ihr verbürgten Rechte abgesehen haben. Hier sind vor allem die skandinavischen Staaten sowie das Vereinigte Königreich und Irland zu nennen.<sup>19</sup> Dieser Befund ist umso bedeutsamer, da diese Konventionsstaaten mit Ausnahme Finnlands zu den ersten Unterzeichnern der EMRK zählen<sup>20</sup> und an der Ausarbeitung in ihrer ursprünglichen Form beteiligt waren. Wenn sie also entschlossen waren, die Konvention zumindest vorerst nicht in innerstaatliches Recht zu überführen, ist schwer vorstellbar, dass die Vertreter dieser Staaten in der Konvention eine Übernahmeverpflichtung angelegt sehen wollten. Dennoch wurde ausgehend von verschiedenen Begründungsansätzen für die EMRK teilweise eine Übernahmeverpflichtung angenommen. In Ermangelung einer ausdrücklichen Formulierung ist dieser Frage im Auslegungswege nachzugehen.

#### 1. Die auf die EMRK anwendbaren Auslegungsregeln

Grundsätzlich gelten für die EMRK die allgemeinen Regeln zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge. Kodifiziert finden sich diese in den Art. 31-33 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (WVK).<sup>21</sup> Als Vertrag zwischen Staaten fällt die EMRK in dessen sachlichen Anwendungsbereich gemäß Art. 1 WVK. Ratione temporis hingegen gilt die WVK ausweislich ihres Art. 4

---

GYIL 42 (1999), S. 66-83 (S. 66 und S. 83); *Alfred Koller*, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich, 1971, S. 60f. mit weiteren Nachweisen.

<sup>15</sup> *Buchs* (Fn. 11), S. 31. Zu der *Maxime in dubio mitius* *Rudolf Bernhardt*, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, 1963, S. 143ff. mit weiteren Nachweisen.

<sup>16</sup> *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (Fn. 14), S. 610; *Sørensen* (Fn. 10), S. 21.

<sup>17</sup> *Pieter van Dijk*, Domestic Status of Human Rights Treaties and the Attitude of the Judiciary - the Dutch Case, in: Manfred Nowak/et al. (Hrsg.), Fortschritt im Bewusstsein der Grund und Menschenrechte - FS Ermacora, 1988, S. 631-650 (S. 635); *Koller* (Fn. 14), S. 61; *Sørensen* (Fn. 10), S. 21.

<sup>18</sup> *Mirko Roš*, Die unmittelbare Anwendbarkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention - Ein

---

Beitrag zur Lehre der self-executing treaties, 1984, S. 57; *Giegerich* (Fn. 5), Kap. 2 Rn. 4; *Robert Pfeffer*, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, 2009, S. 147 mit weiteren Nachweisen.

<sup>19</sup> *Roš* (Fn. 18), S. 66f. Zur damaligen Situation in Skandinavien ausführlich *Søren Stenderup Jensen*, The European Convention on Human Rights in Scandinavian Law, 1992, insbesondere S. 31ff. mit Darstellungen zu den einzelnen Staaten.

<sup>20</sup> Vgl. hierzu die Ratifikationstabelle in EGMR-E 1, S. 572ff.

<sup>21</sup> BGBl. II 1985, S. 926.

lediglich für nach seinem Inkrafttreten geschlossene Verträge. Die EMRK wurde in ihrer ursprünglichen Form am 4. November 1950 unterzeichnet und fällt damit ersichtlich nicht in den Anwendungsbereich der WVK. Allerdings enthält die WVK keine neugeschaffenen Auslegungsregeln, sondern sollte die jeweils geltenden Regeln in verbindlicher Form zusammenfassen. Es ist daher davon auszugehen, dass jedenfalls die Art. 31-33 WVK damit Völkergewohnheitsrecht darstellen<sup>22</sup> und auch für Verträge außerhalb ihres Anwendungsbereiches dem Inhalte nach als Auslegungsmaximen genutzt werden können. Der EGMR greift mit einer gewissen Konstanz auf die WVK als Ausgangspunkt zurück, unter anderem um seine Auslegung der EMRK anhand der Regeln des Übereinkommens vorzunehmen.<sup>23</sup>

Eingangs ist festzuhalten, dass Art. 33 WVK bei Vorliegen zweier oder mehrerer authentischer Vertragssprachen beide für in gleicher Weise maßgeblich erklärt. Dies wird für die EMRK ausdrücklich in deren Art. 59 für die englische und französische

Sprachfassung bestimmt; nur diese sind damit für die Auslegung von Relevanz. Hier wird von der deutschen Übersetzung ausgegangen, da sich kein sachlicher Unterschied zu den authentischen Sprachfassungen ergibt.

Art. 31 Abs. 1 WVK nennt als Auslegungsregeln die nach dem Wortlaut, der Systematik und dem Telos, wobei nähere Ausführungen zur Systematik in Abs. 2 folgen. Gleichgestellt mit den dort genannten Anhaltspunkten werden in Abs. 3 spätere Übereinkünfte und Übungen der Vertragsparteien, sowie anderes zwischen den Parteien anwendbares Völkerrecht. Eine Hierarchie der Interpretationsregeln legt Art. 31 WVK nicht ausdrücklich fest, allerdings zeigt Art. 32 WVK, dass die vorbereitenden Arbeiten nur ergänzend heranzuziehen und die Umstände des Vertragsschlusses nur ergänzend einzubeziehen sind, sofern die Auslegung nach Art. 31 WVK kein eindeutiges und sinnvolles Ergebnis liefert. Eine primär an den Vorstellungen der Vertragsparteien bei Vertragsschluss orientierte Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen schließen die Art. 31, 32 WVK folglich aus. Jede Auslegung wird ihren Ausgangspunkt im Wortlaut der betreffenden Norm(en) nehmen müssen,<sup>24</sup> denn nur ein Ergebnis, dass sich noch unmittelbar auf den Text zurückführen lässt, kann als Auslegung bezeichnet werden. Darüber hinausgehende „Auslegungen“ sind als *contra legem* zu verstehen und kommen einer Vertragsänderung gleich.<sup>25</sup> Die Änderung eines Vertrages ist allerdings trotz praktischer Probleme scharf von der Auslegung zu trennen, wie noch zu zeigen sein wird. Der Wortlautauslegung kommt daher also eine herausgehobene Stellung zu. Auch sonst ist mit der Feststellung, dass Art. 31

<sup>22</sup> Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1984, S. 19 und S. 153; Mark Eugen Villiger, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 2. Aufl., 1999, S. 162ff.; Rudolf Bernhardt, *Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights*, in: *GYIL* 42 (1999), S. 11-25 (S. 13).

<sup>23</sup> Grundlegend *Golder ./. Vereinigtes Königreich*, 4451/70, Urteil vom 21. Februar 1975 = EGMR-E 1 Nr. 19, Rn. 29; eine ausführliche Erläuterung gibt der Gerichtshof in *Banković et al. ./. Belgien et al.*, 52207/99, Entscheidung vom 12. Dezember 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001-XII, EuGRZ 2002, 133ff., Rn. 55-58. Zur Rechtsprechung des EGMR im Hinblick auf die WVK auch Andrew Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law*, 1983, S. 27ff.; vgl. insgesamt die Übersicht bei Mark Eugen Villiger, *Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in: Jürgen Bröhmer/et al. (Hrsg.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte – FS Röss*, S. 317-330 (S. 318ff.). Hieran anknüpfend werde ich für die vorliegende Bearbeitung auf die Art. 31ff. WVK zurückgreifen, wobei jeweils der entsprechende Völkergewohnheitsrechtssatz gemeint ist.

<sup>24</sup> Bernhardt (Fn. 15), S. 58; Heribert Franz Köck, *Vertragsinterpretation und Vertragskonvention*, 1976, S. 29; Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2007, S. 234.

<sup>25</sup> Arthur Watts, *The International Law Commission 1949-1998, Volume II*, 1999, S. 684; Mark Eugen Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2009, Art. 31 Rn. 14.

WVK keine Hierarchie der Interpretationsmethoden statuiert, nicht die Behauptung verbunden, es könne kein besonderes Gewicht auf eine Methode in Bezug auf einen bestimmten Vertrag gelegt werden. Aufgrund der Vielgestaltigkeit möglicher Vertragsgegenstände scheint es nachgerade abwegig, eine für alle Verträge gleich lautende Lösung anzunehmen. Dass ein brauchbares Ergebnis sich nicht immer auf dem gleichen Wege erreichen lässt, das heißt, dass nicht immer die gleichen Aspekte gleiches Gewicht haben sollten, liegt auf der Hand. Daher lässt sich auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben in Art. 31 Abs. 1 WVK, der verlangt, dass Auslegungsergebnisse nicht offenkundig sinnwidrig oder unvernünftig sein sollen,<sup>26</sup> implizit das Gebot einer flexiblen Handhabung der Interpretationsmethoden herleiten.

Für die Auslegung der EMRK nimmt der EGMR an, dass sie ein lebendiges Instrument darstellt, dessen Gehalt jeweils im Lichte der bestehenden Umstände zu ermitteln ist.<sup>27</sup> Er rückt damit eine dynamische, evolutive Interpretation in den Mittelpunkt. Ein einmal gefundenes Auslegungsergebnis kann zu einem späteren Zeitpunkt abgeändert, sogar in sein Gegenteil verkehrt werden, wenn die Entwicklung insbesondere in den Konventionsstaaten zeigt, dass sich das Verständnis von einem Menschenrecht auf ein höheres Schutzniveau fortentwickelt hat. Die teleologische Auslegung erhält damit besonderes Gewicht, drängt aber die übrigen Methoden nicht gänzlich in den Hintergrund.<sup>28</sup> Lässt sich auf dieser Grundlage

eine Übernahmespflicht aus der EMRK herleiten?

## 2. Konkrete Vorschläge zur Herleitung einer Übernahmepflicht

### a. Aus Art. 1, 13 EMRK

Entgegen der ständigen Rechtsprechung des EGMR wurde lange Zeit vertreten, die EMRK enthalte eine Übernahmeverpflichtung.<sup>29</sup> Anhaltspunkte sind insoweit hauptsächlich die Art. 1 und 13 EMRK gewesen. Hieraus wurde abgeleitet,<sup>30</sup> dass die genannten Personen sich auf die Konventionsrechte vor den jeweiligen nationalen Gerichten berufen können müssen. Die „Zusicherung“ aus Art. 1 EMRK sei gleichbedeutend mit dem Einräumen von Geltung im innerstaatlichen Recht, ebenso wie die Nennung des Einzelnen als unmittelbar Begünstigten der Konventionsrechte dies verlange. Die Berufung auf die Rechte der Konvention, die Art. 13 EMRK dem Einzelnen ermögliche, lege ebenfalls die innerstaatliche Geltung nahe.<sup>31</sup>

Entgegen diesen Ausführungen lassen Wortlaut und Systematik aber auch einen anderen Schluss zu. Die „Zusicherung“ von Rechten durch den Staat im Sinne von Art. 1 EMRK ist nicht gleichzusetzen mit der Möglichkeit, sich auf exakt ebendiese vor Gericht berufen zu können. So ist es beispielsweise möglich, dass inhaltsgleiche nationale Bestimmungen erlassen werden beziehungsweise bestehende nationale Grundrechtsbestimmungen so angewandt werden, dass sie identischen Schutz ge-

---

in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, 1992, S. 33.

<sup>26</sup> *Shabtai Rosenne*, The Election of Five Members of the International Court of Justice in 1981, in: *AJIL* 76 (1982), S. 364-370 (S. 365); *Sinclair* (Fn. 22), S. 120.

<sup>27</sup> Ständige Rechtsprechung seit *Tyler v. Vereinigtes Königreich*, 5856/72, Urteil vom 25. April 1978 = EGMR-E 1 Nr. 28, Rn. 31. Vgl. Hierzu *Christoph Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2009, § 5 Rn. 12ff. mit weiteren Nachweisen.

<sup>28</sup> Vgl. *Wolfgang Kleeberger*, Die Stellung der Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention

<sup>29</sup> Eine umfassende Übersicht der älteren, noch heute maßgeblichen Literatur bietet *Roš* (Fn. 18), S. 57f. in den Fn. 4 und Fn. 5.

<sup>30</sup> *Thomas Buergenthal*, The Effect of the European Convention on Human Rights on the Internal Law of Member States, in: *ICLQ Supplementary Publication No. 11* (1965), S. 79-106 (S. 80ff.); *Heribert Golsong*, Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1958, S. 6ff.

<sup>31</sup> *Chryssogonos* (Fn. 8), S. 53; ausdrücklich *Kleeberger* (Fn. 28), S. 29ff.

währen. Wirksam im Sinne von Art. 13 EMRK ist eine vor nationalen Instanzen erhobene Beschwerde nämlich dann, wenn das Gericht eine wie auch immer geartete Genugtuung gewähren kann.<sup>32</sup> Ob diese Gewährung dann wegen der Verletzung von Konventionsrechten erfolgt, oder wegen der Verletzung unabhängig hiervon im nationalen Recht vorgesehener Gewährleistungen, ist für das Ergebnis und damit für die Wirksamkeit ohne Belang.

Die Genauigkeit der Formulierungen der Konventionsrechte und die ausdrückliche Erwähnung des Einzelnen in diesen Garantien lassen ebenfalls keinen allgemeinen Schluss auf eine Übernahmeverpflichtung zu. Dies zeigt schon ein Vergleich mit den Garantien der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1948 (AEMR).<sup>33</sup> Diese weisen ebensolche Formulierungen auf, ja sie waren ausweislich der Präambel sogar Vorbild für die EMRK<sup>34</sup> und können somit für deren Interpretation herangezogen werden.<sup>35</sup> Für die AEMR insgesamt wird aber ihr grundsätzlich unverbindlicher, lediglich programmatischer Charakter nicht in Frage gestellt.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> Jochen A. Frowein, in: ders./Wolfgang Peukert (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., 1996, Art. 13 Rn. 6.

<sup>33</sup> UN-Dok. A/RES/217 vom 10. Dezember 1948.

<sup>34</sup> Stefan Kadelbach, Der Status der Europäischen Menschenrechtskonvention im deutschen Recht, in: Jura 2005, S. 480-486 (S. 480). Dies lässt sich anhand eines Vergleichs korrespondierender Normen verdeutlichen; Art. 5 AEMR bestimmt beispielsweise: „Niemand darf der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung unterworfen werden“. Nahezu wortgleich findet sich in Art. 3 EMRK: „Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung unterworfen werden.“

<sup>35</sup> Vgl. Bernhardt (Fn. 15), S. 88; dieser Rechtsgedanke findet sich auch in Art. 31 Abs. 3 c) WVK.

<sup>36</sup> Volker Epping, Das Individuum als Völkerrechtssubjekt, in: Knut Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Aufl., 2004, § 7 Rn. 10; Kay Hailbronner/Marcel Kau, Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte, in: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Aufl., 2010, 3. Abschnitt Rn. 232 mit weiteren Nachweisen.

Art. 31 Abs. 1 WVK schreibt weiterhin vor, Ziel und Zweck zu berücksichtigen. Ziel und Zweck der EMRK sind in der Garantie bestimmter Menschenrechte zu sehen,<sup>37</sup> wobei mit der Konvention grundsätzlich allerdings nur die Garantie eines Mindeststandards erstrebt wird. Art. 53 EMRK, nach dem die Konvention nicht dazu benutzt werden darf, bestehende Menschenrechte zu beschränken oder sonst zu beeinträchtigen, zeigt dies deutlich; ein weitergehender Schutz hingegen ist gerade möglich. Entscheidend ist also, dass ein zumindest im Grundniveau äquivalenter Menschenrechtsschutz in den Konventionsstaaten besteht. Dieser kann aber auch durch die Gewährleistung von Rechten, die unabhängig von der Konvention bestehen, garantiert werden. Uniformität ist nicht das Ziel der EMRK, vielmehr sind unterschiedliche Vorgehensweisen durchaus zugelassen.<sup>38</sup>

#### b. Aus Art. 1, 41, 46 EMRK

Nach Ansicht von *Polakiewicz* lässt sich eine Übernahmeverpflichtung aus dem besonderen Charakter der Konvention, insbesondere aus Art. 1, 41 und 46 EMRK herleiten.<sup>39</sup> Nur dadurch, dass die Konvention innerstaatlich gilt und darüber hinaus noch mit Vorrang vor einfachen Gesetzen versehen ist, würden die nationalen Behörden in die Lage versetzt, das staatliche Handeln anhand der Urteile des EGMR auszurichten. Dieser Ansatz verdient insoweit Zustimmung, als dass die EMRK vornehmlich durch die Rechtsprechung des EGMR kon-

Für die völkergewohnheitsrechtliche Geltung verschiedener AEMR-Rechte *Stefan Hobe/Otto Kimminich*, Einführung in das Völkerrecht, 9. Aufl. 2008, S. 396f.

<sup>37</sup> *Kleeberger* (Fn. 28), S. 34.

<sup>38</sup> Vgl. *Irene Hoffmann*, Der Grundsatz der Subsidiarität der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2007, S. 25f.; *Colin Warbrick*, The European Convention on Human Rights and the Human Rights Act: the View from the Outside, in: Helen Fenwick/Gavin Phillipson/Roger Masterman (Hrsg.), Judicial Reasoning Under the UK Human Rights Act, 2007, S. 25-56 (S. 29).

<sup>39</sup> *Polakiewicz* (Fn. 6), S. 35f.

kretisiert und im Einzelfall handhabbar wird. Allerdings gilt die Pflicht zur Befolgung der Entscheidungen lediglich im Rahmen der *Res iudicata*, wirkt also nur innerhalb der personellen, sachlichen und zeitlichen Grenzen des Urteils.<sup>40</sup> Weiter beschränkt wird die Befolgungspflicht durch Art. 41 EMRK, der – unter Abweichung von der Regel des Art. 27 WVK, nach der nationales Recht nicht als Rechtfertigung für Verstöße gegen Pflichten aus einem völkerrechtlichen Vertrag herangezogen werden kann<sup>41</sup> – vorsieht, dass auch bei einer durch den EGMR festgestellten Verletzung der Konvention sich der betreffende Vertragsstaat auf Bestimmungen seines nationalen Rechts berufen kann, um keine umfassende *Restitutio in integrum* gewährleisten zu müssen. Die Konvention selbst lässt also zu, dass ihren Vorgaben unter bestimmten Voraussetzungen nicht Folge geleistet werden muss. Von Art. 41 EMRK sind ausweislich des Wortlauts nicht nur Fälle tatsächlicher Unmöglichkeit umfasst, sondern auch rechtlicher. Wie weit diese Ausnahme reicht, ist nicht abschließend geklärt.<sup>42</sup> Konstatieren lässt sich aber, dass der Konventionstext nicht einmal im Falle eines durch den EGMR festgestellten Verstoßes die bedingungslose Anpassung der Rechtsordnung an die Vorgaben der EMRK fordert.<sup>43</sup> Dann aber müssen auch nationale Behörden nicht in die Lage

versetzt werden, die Konvention immer vorrangig vor nationalen Bestimmungen anwenden zu können.<sup>44</sup>

### c. Aus dem besonderen Charakter der EMRK

Losgelöst von der Betrachtung einzelner Normen der Konvention wird auch vertreten, dass die EMRK in das nationale Recht der Vertragsstaaten übernommen werden müsse, da es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag von einer besonderen Qualität handle. Der Ansatz für die Besonderheit der Konvention wird darin gesehen, dass die EMRK hinsichtlich ihres Regelungsgegenstandes, ihres Zwecks und der dazu eingesetzten Mittel wesentliche Unterschiede gegenüber anderen internationalen Verträgen aufweise.<sup>45</sup> Dies schließe das übliche, lediglich auf das „Ob“ der Zielerreichung beschränkte Ermessen der Vertragsstaaten in Bezug auf ihr Vorgehen bei der Erreichung des Vertragsziels für die EMRK aus. Insbesondere an dem obligatorischen Rechtsschutzverfahren werde der besondere Charakter deutlich.

Allerdings ist die Zuständigkeit des Gerichtshofs nur eine subsidiäre.<sup>46</sup> Dies zeigt sich vor allem an der Voraussetzung der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs in Art. 35 Abs. 1 EMRK. Im Zusammenhang mit Art. 13 EMRK wird deutlich, dass in erster Linie die nationalen Gerichte für den Schutz der Konventionsrechte verantwortlich sind. Der EGMR kann erst dann angerufen werden, wenn die nationa-

<sup>40</sup> Vgl. nur *Ulrike Heckötter*, Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des EGMR für die deutschen Gerichte, 2007, S. 34ff. mit weiteren Nachweisen.

<sup>41</sup> Vgl. auch *Drzemczewski* (Fn. 23), S. 20ff.; ausdrücklich *Chryssogonos* (Fn. 8), S. 49f.

<sup>42</sup> Nur andeutend *Eckart Klein*, Europäische Menschenrechtskonvention und deutsche Grundrechtsordnung: Zwei Seiten einer Medaille, in: Christoph. A. Spenlé (Hrsg.), Die Europäische Menschenrechtskonvention und die nationale Grundrechtsordnung, 2007, S. 11-28 (S. 22).

<sup>43</sup> Ähnlich wie hier *Hans Christian Krüger*, Does the Convention Machinery Distinguish Between States Which Have and Have Not Incorporated It?, in: J. Piers Gardner (Hrsg.), Aspects of the Incorporation of the European Convention on Human Rights in Domestic Law, 1993, S. 13-27 (S. 14).

<sup>44</sup> Im Übrigen wäre es nach dieser Ansicht nur konsequent, einen Vorrang der Konventionsrechte vor dem gesamten innerstaatlichen Recht zu fordern, da auch konfligierende Normen der jeweiligen Verfassungen dazu führen könnten, dass staatliche Stellen sich nicht konventionskonform verhalten, ohne bei rein innerstaatlicher Betrachtung gegen die betreffende Verfassung zu verstoßen; vgl. hierzu *Jan Martin Hoffmann*, Das Folterverbot des Artikel 3 EMRK als allgemeine Regel des Völkerrechts, in: Heike Brabandt/et al. (Hrsg.), Migration und Menschenrechte in Europa, 2009, S. 61-89 (S. 76ff.).

<sup>45</sup> *Chryssogonos* (Fn. 8), S. 54f.

<sup>46</sup> Zum Folgenden *Chryssogonos* (Fn. 8) S. 54f.

len Gerichte diesen Schutz nicht gewähren oder selbst einen Verstoß herbeiführen. Hieran zeige sich, dass die üblichen Grenzen zwischen nationalem Recht und Völkerrecht durch die EMRK überschritten werden.<sup>47</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass das Gebot der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs keine Besonderheit der EMRK ist, sondern eine Regel des allgemeinen Völkerrechts, so genannte Local-remedies-rule. Abgesehen davon, dass auch eine Umsetzung in das innerstaatliche Recht abweichende Auslegungen durch die nationalen Gerichte gerade nicht ausschließt, sind Zweckmäßigkeitserwägungen kein hinreichender Grund dafür, das völkerrechtliche Prinzip der Obligation of result auf die Konvention nicht anzuwenden. Weiterhin finden sich all die genannten Abweichungen von den übrigen Menschenrechtsverträgen ausdrücklich im Vertragstext. Das bedeutet, dass die besonderen Charakteristika der Konvention von den Vertragsparteien bei der Formulierung des Textes berücksichtigt wurden. Eine von den allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen abweichende Verpflichtung der Vertragsstaaten zur Übernahme der Konventionsrechte in das innerstaatliche Recht ist, wie gezeigt, aber gerade nicht formuliert worden.

d. Zwischenergebnis: Keine Übernahmeverpflichtung aus dem Konventionstext

Aus dem Konventionstext in seiner ursprünglichen Form lässt sich damit keine Verpflichtung zur Herstellung der Geltung der EMRK im jeweiligen nationalen Recht herleiten.<sup>48</sup> Dies ergab die Auslegung an-

hand der Maßstäbe des Art. 31 Abs. 1 WVK. Allerdings konnte auch gezeigt werden, dass die Art. 1 und 13 EMRK einem solchen Verständnis nicht zwingend entgegenstehen, sondern sich durchaus Ansätze für eine Auslegung finden lassen, die eine Umsetzungspflicht zum Ergebnis hätten.<sup>49</sup>

### 3. *Übernahmepflicht durch nachfolgende Praxis der Konventionsstaaten*

Die Anwendung der weiteren in Art. 31 WVK vorgesehenen Auslegungsfaktoren führt ausgehend von dieser Grundlegung zu einem deutlicheren Ergebnis. Nach Art. 31 Abs. 2 WVK sind Übereinkünfte und Urkunden zu berücksichtigen, sofern sie anlässlich des Vertragsschlusses getroffen beziehungsweise abgefasst wurden. Derlei ist im Hinblick auf die hier zu untersuchende Frage einer Übernahmeverpflichtung nicht nachzuweisen. Allerdings könnte das tatsächliche Verhalten der Konventionsstaaten nach Unterzeichnung der EMRK und bei deren Anwendung das Auslegungsergebnis deutlicher gestalten. Eingangs wurde die jüngere Entwicklung bereits dargestellt, die dahin geht, den Konventionsrechten innerstaatliche Geltung zu verleihen, denn nach derzeitigem Stand sind alle 47 Konventionsstaaten diesen Schritt gegangen. Dieses tatsächliche Verhalten ohne ausdrückliche Änderung der vertraglichen Grundlagen kann bei der Untersuchung der vorliegenden Frage nicht ausgeblendet werden. Neben den bereits erörterten Auslegungsregeln gilt die nachfolgende Staatenpraxis als zu berück-

<sup>47</sup> Drzemczweski (Fn. 23), S. 23.

<sup>48</sup> So auch Eckhard Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 260; Grabenwarter (Fn. 27), § 3 Rn. 1; Krüger (Fn. 43), S. 17; Stefan Mückl, Kooperation oder Konfrontation? – Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, in: Der Staat 44 (2005), S. 403-431 (S. 406f.); van Dijk (Fn. 17), S. 631 und S. 635; Rudolf Bernhardt, Internationaler Menschenrechtsschutz und nationaler Gestaltungsspiel-

raum, in: Rudolf Bernhardt/et al. (Hrsg.), Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte – FS Mosler, 1983, S. 75-88 (S. 77); Marc J. Bossuyt, The Direct Applicability of International Instruments on Human Rights, in: Revue Belge de Droit International 1980, S. 317-343 (S. 322) mit weiteren Nachweisen auf S. 321.

<sup>49</sup> Anders Eckhard Pache, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, in: EuR 2004, S. 393-415 (S. 398), der davon ausgeht, der Wortlaut der EMRK lasse dies bereits nicht zu.

sichtiger Faktor. Ausweislich des Art. 31 Abs. 3 b) WVK ist „jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht“ ein insoweit gleichwertiges Interpretationsmoment. In Betracht zu ziehen ist auch Art. 31 Abs. 3 a) WVK, der bei der Auslegung jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien einbezieht. Eine solche spätere Übereinkunft ist aber in Abgrenzung zur bloßen späteren Übung im Sinne von lit. b eine ausdrückliche, das heißt, die Vertragsstaaten müssen die Übereinkunft explizit formuliert haben; für lit. b gilt, dass die Übereinkunft erst das Ergebnis der späteren Übung ist.<sup>50</sup> Da dies auch formlos geschehen kann<sup>51</sup>, ist die Abgrenzung zwischen Art. 31 Abs. 3 a) und b) WVK bisweilen nur schwer durchzuführen. Im Hinblick auf eine Einigung der Konventionsstaaten zur Umsetzung der EMRK-Rechte in das innerstaatliche Recht liegt soweit ersichtlich aber kein ausdrückliches Übereinkommen vor. Dies zeigen auch schon die sich deutlich unterscheidenden Zeitpunkte der Umsetzungen in den einzelnen Konventionsstaaten. Damit soll nicht gesagt sein, an einer Übereinkunft fehle es gänzlich; dies wird sogleich untersucht werden. Lediglich das ausdrückliche Formulieren einer solchen Übereinkunft unterblieb zumindest bisher. Die Anwendung des Art. 31 Abs. 3 a) WVK auf die hier zu behandelnde Fragestellung scheidet daher aus. Es stellt sich nunmehr die Frage, ob die Voraussetzungen des Art. 31 Abs. 3 b) WVK gegeben sind.

#### a. „Spätere Übung“

Eine spätere Übung müsste nachzuweisen sein. Der Begriff der späteren Übung ist zu verstehen als Brauch oder herrschender Standpunkt, der in Akten, Entscheidungen und Äußerungen zu einem bestimmten

Vertrag zutage trat.<sup>52</sup> Im Kern geht es um den Nachweis eines bestimmten systematischen oder wiederholten Verhaltens zur Implementierung oder Anwendung eines Vertrages, das eine hinreichende Konstanz aufweist.<sup>53</sup> Dieser Nachweis einer späteren Übung kann auf vielfältige Weise geführt werden. Die Übung muss nur dem betreffenden Staat zurechenbar sein.<sup>54</sup> Unter anderem kann staatliche Rechtssetzung hierzu herangezogen werden, ebenso das Verhalten der übrigen Staatsgewalten.<sup>55</sup>

Für den hier zu behandelnden Zusammenhang kommt es auf das Verhalten der Konventionsstaaten nach der Unterzeichnung der EMRK an, also auf die Frage, ob die Staaten die Konventionsrechte in ihr innerstaatliches Recht aufgenommen haben. In dieser Übereinstimmung wäre dann der Standpunkt zu erblicken, der Akt wäre die Verschaffung der innerstaatlichen Geltung nach den jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften des betreffenden Staates. Es wurde bereits dargestellt, dass dieser Weg gerade nicht in allen Signatarstaaten gewählt wurde. Lediglich für die Hälfte der Signatarstaaten traf dies in den ersten Jahrzehnten zu. Insbesondere das Vereinigte Königreich, dessen Delegierte die Konvention mitentwickelt hatten und das die EMRK als erster Staat ratifiziert hatte, hat bis zum Oktober 2000 lediglich die völkerrechtliche Verbindlichkeit der Konvention anerkannt. Von einer Inkorporation wurde abgesehen, welche nach der streng dualistischen Staatspraxis im Vereinigten Königreich nötig war, um die innerstaatlichen Behörden und Gerichte in die Lage zu versetzen, die EMRK als geltendes Recht anzuwenden. Auch die Republik Irland hat

<sup>50</sup> Richard K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2008, S. 204.

<sup>51</sup> Gardiner (Fn. 50), S. 216ff.

<sup>52</sup> In Anlehnung an die Definition für den insoweit gleichbedeutenden Begriff der späteren Praxis von Wolfram Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, 1983, S. 112.

<sup>53</sup> Gardiner (Fn. 50), S. 226 und S. 230f.; Villiger (Fn. 25), Art. 31 Rn. 22.

<sup>54</sup> Gardiner (Fn. 50), S. 235.

<sup>55</sup> Gardiner (Fn. 50), S. 227 unter Hinweis auf die Aufzählung von Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6. Aufl. 2003, S. 6 zum Völkergewohnheitsrecht.

nach langen Jahren der Zugehörigkeit zum Konventionssystem bei ähnlichen staatsrechtlichen Voraussetzungen wie im Vereinigten Königreich die innerstaatliche Geltung der Konventionsrechte im Jahr 2003 herbeigeführt, das Fürstentum Monaco ging diesen Schritt im Jahr 2006.<sup>56</sup> Die seit dem Fall des Eisernen Vorhangs beigetretenen Staaten haben in der Regel – wie im Übrigen auch die Bundesrepublik Deutschland bei ihrem Beitritt – die Konventionsrechte gleich in ihr innerstaatliches Recht aufgenommen. Die Abweichung von der ursprünglichen Praxis ist unschädlich, da die spätere Übung auch deutlich nach Vertragsschluss einsetzen kann.<sup>57</sup> Eine Änderung des ursprünglichen Vertragsverständnisses, wie sie durch eine geänderte spätere Praxis zum Ausdruck kommt, steht der Annahme einer späteren Übung im Sinne von Art. 31 Abs. 3 b) nicht im Wege.

Der Akt der Übernahme in das innerstaatliche Recht kann nicht wiederholt werden, so dass ein Abstellen auf diese Voraussetzung im Sinne der obigen Definition vorliegend nicht zielführend ist; innerstaatliche Geltung wird – sofern keine zwischenzeitliche Aufhebung durch den Gesetzgeber erfolgt – durch lediglich einmaliges Handeln erzeugt. Eine Wiederholung ist in diesen Fällen ausgeschlossen. Dennoch dauert der Zustand fort und findet durch die Anwendung der EMRK durch die jeweiligen nationalen Behörden und Gerichte laufende Bestätigung. Es kann also von einem systematischen Vorgehen gesprochen werden, ebenso von einem „Brauch“ im Sinne eines fortgesetzten gleichförmigen Verhaltens der innerstaatlichen Anwendung. Die nötige Konstanz bei der Anwendung eines Vertrages, die in der Regel in mehreren Akten ihren Nachweis findet,<sup>58</sup> muss hier ausnahmsweise aus dem einmaligen Akt der legislativen Übernahme der Konventionsrechte und ihrer anschließenden, ununterbrochenen innerstaatlichen Geltung abgeleitet werden. Eine

spätere Übung liegt also durch die Übernahme der Konventionsrechte in das jeweilige innerstaatliche Recht in allen Staaten vor.

#### b. „Bei der Anwendung des Vertrags“

Diese spätere Übung muss darüber hinaus „bei der Anwendung des Vertrags“ stattfinden. Es ist davon auszugehen, dass die Übernahme der Konventionsrechte in das innerstaatliche Recht Teil der Anwendung des Vertrages durch die Konventionsstaaten war. Diese hätten ohne die völkerrechtliche Verpflichtung aus der EMRK zur Einhaltung der Rechte sicher keinen Anlass hierfür gesehen. Damit ist auch zugleich eine zeitliche Dimension eingeführt; eine Anwendung des Vertrages im Sinne von Art. 31 Abs. 3 b) WVK kann wie gezeigt nur eine nachgeschaltete sein. Ist der Vertrag für den jeweiligen Staat (noch) nicht verbindlich, kann jedenfalls ohne Hinzutreten besonderer Anhaltspunkte kaum angenommen werden, eine bestimmte Übung sei vertragsbezüglich beziehungsweise geschehe bei der Anwendung desselben. Anders als bei einem reinen Austauschvertrag lassen sich konkrete Zeitpunkte der Anwendung der EMRK in der Regel kaum nachweisen, sieht man einmal von der Durchführung von Urteilen des EGMR ab. Die Achtung der Konventionsrechte besteht in erster Linie darin, Beeinträchtigungen der garantierten Rechte zu unterlassen.<sup>59</sup> Eine zeitliche Beschränkung ist damit nicht vorgesehen, die Verpflichtungen aus der EMRK mit dem Zeitpunkt ihres Inkrafttretens für den betreffenden Staat bestehen fortdauernd. Für die Auslegung der EMRK anhand von Art. 31 Abs. 3 b) WVK ist es also nicht notwendigerweise zu verlangen, dass die spätere Übung zeitgleich

<sup>56</sup> Pfeffer (Fn. 18), S. 149.

<sup>57</sup> Karl (Fn. 52), S. 190.

<sup>58</sup> Sinclair (Fn. 22), S. 137.

<sup>59</sup> Das bedeutet nicht, dass aus der EMRK nicht auch positive Verpflichtungen herzuleiten wären, vgl. Grabenwarter (Fn. 27), § 19; David J. Harris/et al., Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights, 2. Aufl., 2009, S. 18ff.

in allen Staaten beginnt.<sup>60</sup> Einen vollständigen Gleichlauf der Anwendung eines Vertrages ohne ausdrückliche Übereinkunft vorzusetzen, hieße, den Anwendungsbereich von Art. 31 Abs. 3 b) WVK auf ein Minimum zu reduzieren, wenn nicht ganz zu negieren. Ein bestimmtes Vorgehen zur Umsetzung eines Vertrages kann auch nur von einem Staat oder einer Staatengruppe gewählt werden, während andere diesen Weg erst später oder gar nicht beschreiten wollen. Dennoch kann diese sich im Laufe der Zeit vereinheitlichende spätere Übung bei der Anwendung des Vertrages im Sinne von Art. 31 Abs. 3 b) WVK stattfinden. Sie muss nur ihren Ausgang zu einem Zeitpunkt genommen haben, in dem die Konvention für den jeweiligen Staat verbindlich war, damit sie in Anwendung desselben geschieht. Die Übernahme der Konventionsrechte geschah immer nach Beitritt zur EMRK, diese spätere Übung war also Teil der Anwendung des Vertrages im Sinne von Art. 31 Abs. 3 b) WVK.

c. „Aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht“

Der bloße Befund einer parallelen späteren Übung in allen Konventionsstaaten ist zwar eine notwendige, aber noch keine hinreichende Bedingung für ihre Berücksichtigung bei der Auslegung der EMRK. Hinzutreten muss noch eine Übereinstimmung der Vertragsparteien, also ein gewisser Konsens über die Auslegung des betreffenden Vertrages. Damit fließt ein ausschließlich subjektiver Gesichtspunkt in den Auslegungsvorgang ein.<sup>61</sup> Da es jedoch in der Regel an der ausdrücklichen Kundgabe der Beweggründe der Staaten fehlt beziehungsweise die verschiedenen die Übung erzeugenden Staatsorgane häufig keine Möglichkeit oder keinen Anlass haben, außerhalb von Vertragsverhandlungen

gen einen Konsens zu formulieren, muss man auf Indizien zum Nachweis der Übereinstimmung zurückgreifen. So deutet es stark auf eine Übereinstimmung im Sinne des Art. 31 Abs. 3 b) WVK hin, wenn die Staaten im Wesentlichen ausdrücklich das Gleiche zur Erfüllung des betreffenden Vertrages getan haben.<sup>62</sup> Der diesbezügliche Wert und die diesbezügliche Bedeutung der späteren Übung hängen davon ab, inwieweit sie allgemein und konsistent in den Vertragsstaaten nachgewiesen werden kann.<sup>63</sup> Das Ausbleiben von Diskrepanzen – also ein identisches oder zumindest nahezu identisches Vorgehen in den Vertragsstaaten – sowie die Teilnahme aller Vertragsstaaten an einem bestimmten Vorgang sind die deutlichsten Nachweise für ihre Übereinstimmung.<sup>64</sup>

Die Übernahme der Konventionsrechte geschah wie oben gezeigt in Erfüllung des Vertrages. Es wurde darüber hinaus bereits mehrfach festgestellt, dass alle Konventionsstaaten Vorsorge für die innerstaatliche Geltung der Konventionsrechte getroffen haben. Insoweit besteht Identität. Andererseits hat aber auch das bisweilen deutlich divergierende Vorgehen dabei Erwähnung gefunden. Nicht nur die Unterschiede der innerstaatlichen Anwendungsmöglichkeiten, sondern auch diejenigen der erfassten Rechte sind hier zu benennen. Diese Unterschiede stehen aber nicht im Widerspruch zur Annahme einer Übereinstimmung, wenn man den Blick auf die Rechte fokussiert, welche für die fraglichen Staaten aufgrund ihres Beitritts zur EMRK und der etwaigen Unterzeichnung der Zusatzprotokolle jeweils verbindlich sind. Nimmt man die völkerrechtliche Verbindlichkeit als Ausgangspunkt der Untersuchung, zeigt sich, dass alle Konventionsstaaten diejenigen Rechte in ihr innerstaatliches Recht aufgenommen haben, zu deren Einhaltung sie völkerrechtlich verpflichtet sind. Eine Diskrepanz besteht dementsprechend unter diesem Blickwinkel nicht. In-

<sup>60</sup> Damit soll nicht gesagt sein, dass ein paralleler Verlauf der späteren Übung nicht erforderlich wäre; dazu im Folgenden.

<sup>61</sup> Karl (Fn. 52), S. 188.

<sup>62</sup> Gardiner (Fn. 50), S. 227.

<sup>63</sup> Sinclair (Fn. 22), S. 137; Aust (Fn. 24), S. 241.

<sup>64</sup> Gardiner (Fn. 50), S. 236 und S. 239.

soweit ist das Vorgehen hinreichend identisch; eine allgemeine und konsistente Praxis besteht demnach in den Konventionsstaaten.

#### 4. Ergebnis der Auslegung nach Art. 31 WVK

Die Auslegung der EMRK anhand der – als Völkergewohnheitsrecht geltenden – Regeln des Art. 31 WVK ergab ein zunächst uneinheitliches Bild. Der Wortlaut einzelner Artikel und der Telos der EMRK insgesamt deuten in Richtung einer Pflicht zur Umsetzung der EMRK-Rechte in das innerstaatliche Recht der Konventionsstaaten, die Systematik unter Ausschluss der späteren Staatenpraxis hingegen liefert Gründe gegen eine solche Verpflichtung. Im Ergebnis führt die Interpretation aber doch zur Annahme einer entsprechenden Verpflichtung, bezieht man die eindeutig für eine Umsetzungspflicht sprechende spätere Übung der Staaten ein. Als Auslegungsfaktor ist das Verhalten der Vertragsstaaten zwar nicht von herausgehobener Bedeutung im Sinne einer Überordnung über die anderen Momente; es gibt wie gezeigt keine Hierarchie innerhalb des Art. 31 WVK. Da aber bereits zwei Faktoren zumindest als eine Umsetzungsverpflichtung stützend verstanden werden können und die Berücksichtigung der übrigen Normen der EMRK keinen zwingenden Widerspruch hierzu generiert, jedenfalls nicht als zur Umsetzungspflicht in Widerspruch stehend verstanden werden muss, wird das Ergebnis maßgeblich von der eindeutigen späteren Übung der Konventionsstaaten bestimmt. Als Resultat des Auslegungsvorgangs entsprechend Art. 31 WVK steht die Feststellung einer Verpflichtung zur Umsetzung der Konventionsrechte in das innerstaatliche Recht der Konventionsstaaten.<sup>65, 66</sup>

<sup>65</sup> Dieses Ergebnis deutet auch an *Giegerich* (Fn. 5), Kap. 2 Rn. 12. Mit gleicher Tendenz, aber zurückhaltender *Frank Hoffmeister*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland, in: *Der Staat* 40 (2001), S. 349-381

#### 5. Ausnahme: Art. 13 EMRK

Fragwürdig ist die Entscheidung des Gesetzgebers des Vereinigten Königreichs, Art. 13 EMRK von der innerstaatlichen Geltung auszunehmen, da das Gesetz, das die Umsetzung der Konventionsrechte vorsieht, selbst die Anforderungen an einen wirksamen Rechtsbehelf im Sinne von Art. 13 EMRK erfülle.<sup>67</sup> Die unterlassene Übernahme des Artikels führt jedenfalls dazu, dass ein Recht aus der Stammkonvention nicht in allen Konventionsstaaten gilt und es damit an einer einheitlichen Staatenpraxis im Sinne des Art. 31 Absatz 3 b) WVK bezüglich der Übernahme des Rechts auf einen wirksamen innerstaatlichen Rechtsbehelf fehlt. Dass der materielle Gehalt des Art. 13 EMRK gerade dennoch gelten soll, kann nicht zur Annahme einer auch bezüglich der Umsetzung des Artikels einheitlichen Staatenpraxis führen; die inhaltsgleiche Gewährleistung der Konventionsrechte war schon immer Teil der Verpflichtungen aus der EMRK. Gerade auch in Verfahren unter Beteiligung des Vereinigten Königreichs hat der EGMR wie gezeigt festgestellt, dass dieses Vorgehen mit der Konvention in Einklang stehe. Die aktuelle Staatenpraxis geht allerdings hierüber hinaus und sieht eine Geltung der Konventionsrechte als solche im nationalen Recht vor; die nur mittelbare Gewährleistung, für die sich der britische Gesetzgeber entschieden hat, ist hiervon zu unterscheiden. Die Frage, ob sich nicht auch ohne diese Teil-

(S. 359ff.). Wohl ablehnend *Hans-Joachim Cremer*, Entscheidung und Entscheidungswirkung, in: *Rainer Grote/Thilo Marauhn* (Hrsg.), *EMRK/GG – Konkordanzkommentar*, 2006, Kap. 32 Rn. 67.

<sup>66</sup> Ein Rückgriff auf die *travaux préparatoires* nach Art. 32 WVK setzte voraus, dass das Ergebnis mehrdeutig oder dunkel beziehungsweise offensichtlich sinnwidrig oder unvernünftig wäre, und muss daher unterbleiben.

<sup>67</sup> Vgl. *Clare Ovey/Robin C.A. White, Jacobs & White: The European Convention on Human Rights*, 4. Aufl., 2006, S. 36; *Steve Foster, Human Rights and Civil Liberties*, 2. Aufl., 2008, S. 115 mit weiteren Nachweisen. Kritisch zu dieser Annahme *Jan Martin Hoffmann*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und nationales Recht, 2010, S. 35f.

nahme eine verbindliche Staatenpraxis bilden kann, stellt sich nicht, da sich dem Vorgehen bei der Gesetzgebung ein eindeutig entgegenstehender Wille entnehmen lässt.<sup>68</sup> Es bleibt dabei, dass die Übereinstimmung der Vertragsparteien über die Auslegung nachweisbar sein muss.<sup>69</sup> Auf diese Übereinstimmung wurde aus der Abwesenheit von Diskrepanzen hinsichtlich der Übernahme der Konventionsrechte geschlossen. Dieser Schluss kann aber aufgrund der ausdrücklich ablehnenden Haltung zur Umsetzung vorliegend nicht gezogen werden.

Ohne die Übereinstimmung fehlt es aber an den Voraussetzungen für eine einheitliche und damit für die Auslegung zu berücksichtigende Staatenpraxis. Damit muss Art. 13 EMRK von der oben nachgewiesenen Übernahmeverpflichtung ausgenommen werden,<sup>70</sup> ohne diese bezüglich der übrigen, für den jeweiligen Konventionsstaat verbindlichen Rechte in Frage zu stellen. Denn für die Herleitung dieser Pflicht aus Art. 13, 1 EMRK genügt deren völkerrechtliche Verbindlichkeit, da das innerstaatliche Verhalten lediglich Auslegungsfaktor für die EMRK als völkerrechtlicher Vertrag ist.

#### IV. Besonderheit: Spätere Übung als quasi-authentische Interpretation

Obschon eine Hierarchie der Auslegungsmethoden innerhalb des Art. 31 WVK nicht besteht, kann dem Interpreten doch eine besondere Bedeutung zukommen. Die Zahl der Interpreten eines Vertrages ist grundsätzlich unbegrenzt; jeder kann jederzeit jeden völkerrechtlichen Vertrag auslegen.

<sup>68</sup> Section 1 (1) des Umsetzungsgesetzes nennt die Art. 2 bis 12 und 14 der Konvention, Art. 1 bis 3 des ersten Zusatzprotokolls und seit 2004 Art. 1 des 13. Zusatzprotokolls. Damit ist Art. 13 EMRK ausdrücklich ausgenommen und eine Konstruktion seiner Umsetzung in das innerstaatliche britische Recht ausgeschlossen.

<sup>69</sup> Gardiner (Fn. 50), S. 236.

<sup>70</sup> Um der Lesbarkeit willen wird im Folgenden dennoch von „den Konventionsrechten“ gesprochen und diese Ausnahme nicht benannt.

Offensichtlich hängt aber die Relevanz einer Auslegung nicht unerheblich vom Akteur ab. So entscheiden internationale Streitbeilegungseinrichtungen durch ihre Anwendung eines Vertrages Rechtsstreitigkeiten zwischen Parteien, sofern sie dazu berufen sind. Grundsätzlich sind derlei Auslegungen auf den konkreten Einzelfall beschränkt, auch wenn sie beispielsweise einer ständigen Rechtsprechung entsprechen und daher präjudizähnliche Wirkungen zeitigen können.<sup>71</sup> Handeln die Parteien aber selbst als Interpreten, wie im Rahmen der späteren Übung im Sinne des Art. 31 Abs. 3 b) WVK, so sind die rechtlichen Wirkungen anders zu beurteilen. Es ist naheliegend, denjenigen Parteien, die einen Vertrag ins Leben gerufen haben, besonderes Gewicht im Rahmen der Auslegung desselben zu verleihen. Die Wirkungen dieser (quasi-) authentischen Auslegung sind abstrakt, also nicht auf Einzelfälle beschränkt. Sie bindet die Parteien für die Zukunft. Ist die spätere Praxis der Vertragsstaaten also im Rahmen des Auslegungsvorgangs nur ein Faktor von mehreren, so sind ihre Auswirkungen als quasi-authentische Interpretation des Vertragsinhalts doch deutlich von denen anderer Interpreten zu unterscheiden.<sup>72</sup>

#### 1. *Aber: Änderung des Vertrages statt bloßer Auslegung?*

Die Sonderstellung der Parteien hat aber nicht nur Bedeutung hinsichtlich der besonderen Folgen der durch sie vorgenommenen Auslegung. Wenn die Vertragsstaaten bei der Anwendung eines völkerrechtlichen Vertrages übereinstimmend handeln, bleibt die mögliche dogmatische Einordnung dieses Verhaltens nicht auf ein Verständnis dieser späteren Übung als Auslegungsmittel im Sinne von Art. 31 Abs. 3 WVK beschränkt. Als „Herren ihres Vertrags“ können sie ihn auch abändern.<sup>73</sup> Dazu stellt einerseits die WVK mit den Art.

<sup>71</sup> Gardiner (Fn. 50), S. 243f.

<sup>72</sup> Vgl. hierzu auch Köck (Fn. 24), S. 43f.

<sup>73</sup> Villiger (Fn. 25), Art. 31 Rn. 16.

39ff. Normen bereit. Änderungen völkerrechtlicher Verträge können aber nicht nur im Wege eines förmlichen Verfahrens herbeigeführt werden, sondern sind auch möglich durch eine dem Vertragsschluss nachfolgende Praxis.<sup>74</sup> Das formalisierte Verfahren, das die WVK für Änderungen völkerrechtlicher Verträge in ihren Art. 39ff. und 6ff. vorsieht, ist nicht exklusiv in dem Sinne, dass Änderungen aufgrund konkludenten Handelns ausgeschlossen würden, denn Art. 3 a) WVK erkennt die Möglichkeit formloser Übereinkünfte an.<sup>75</sup> Eine Hierarchie zwischen formlosen und förmlichen Vertragsschlüssen existiert nicht. Auch die Regel *lex posterior derogat legi priori* gilt, sofern die formlose Änderung dem förmlichen Ursprungsvertrag widerspricht.<sup>76</sup>

Die übereinstimmende Umsetzung der Konventionsrechte in das jeweilige innerstaatliche Recht der Konventionsstaaten könnte folglich auch eine Änderung der EMRK zur Folge gehabt haben, wenn sie sich als Abschluss eines Änderungsvertrages verstehen ließe. Eine Übereinkunft im Sinne des Art. 31 Abs. 3 b) WVK wurde bereits nachgewiesen. Dass der Begriff der Übereinkunft hier nicht so verstanden werden kann, als indiziere er ein (änderungs-) vertragliches Verhalten der Vertragsstaaten, zeigt bereits die Verwendung dieser Terminologie im Rahmen der Vorschriften zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge. Ob die Auslegung durch die Vertragsstaaten immer auch vertragsgleiches oder vertragliches Handeln bedeutet,<sup>77</sup> kann hier ausgeblendet werden; es wird der in der WVK vorgenommenen Unterscheidung zwischen Vertragsauslegung und -änderung gefolgt. Sie könnte sich einerseits für die Bindungswirkung der Staatenpraxis in Bezug auf die Umsetzung der Konventionsrechte und den Kreis der Adressaten dieser Bindungswirkung und an-

dererseits für den Einfluss der ständigen Rechtsprechung des EGMR zur Umsetzungspflicht als bedeutsam erweisen; dieser hatte aufgrund seiner Auslegung der EMRK eine solche Pflicht stets verneint. Im Falle einer konkludenten Änderung der EMRK durch die Konventionsstaaten wäre darin zumindest kein unmittelbarer Konflikt zu erkennen, da die Änderung eines Vertrages den Vertragsparteien vorbehalten ist und die Auslegung auf den jeweils geltenden Vertrag zurückzuführen sein muss. Ein geänderter Vertrag kann nicht mit einer auf der alten Vertragsfassung beruhenden Auslegung kollidieren. Handelte es sich bei der nachfolgenden Praxis der Konventionsstaaten um eine Auslegung, wäre zu erörtern, wie divergierende Auslegungsergebnisse der Konventionsstaaten und des von ihnen eingerichteten EGMR aufzulösen sind. Schließlich besteht nach Art. 19 EMRK die Aufgabe des EGMR darin, die Einhaltung der Verpflichtungen aus der EMRK sicherzustellen. Werden diese Verpflichtungen entgegen der Rechtsprechung des Gerichtshofes interpretiert, deutet dies auf einen Widerspruch zu der ihm zugeteilten Aufgabe hin.

Ein dritter Aspekt findet sich noch im nationalen Verfassungsrecht. Beispielhaft sei hier auf das deutsche hingewiesen. Grundsätzlich löst nämlich nur der Abschluss völkerrechtlicher Verträge – auch von Änderungsverträgen – gemäß Art. 59 Abs. 2 GG die Zustimmungspflicht des Bundestages aus; für die Auslegung eines bestehenden Vertrages findet sich keine entsprechende Vorschrift beziehungsweise gilt der Art. 59 Abs. 2 GG zumindest *prima facie* nicht. Insgesamt stellen sich jedenfalls Fragen hinsichtlich der Legitimität einer so vollzogenen Vertragsänderung unter Umgehung der innerstaatlichen Zuständigkeitsverteilung.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> Dahm/Delbrück/Wolfrum (Fn. 14), S. 663; Köck (Fn. 24), S. 44.

<sup>75</sup> Dahm/Delbrück/Wolfrum (Fn. 14), S. 673.

<sup>76</sup> Karl (Fn. 52), S. 282.

<sup>77</sup> Dies verneint Aust (Fn. 24), S. 239.

<sup>78</sup> Pfeffer (Fn. 18), S. 150f.

## 2. Zur Abgrenzung Vertragsänderung - Vertragsauslegung

Die angesprochene Abgrenzung wird häufig als schwierig<sup>79</sup>, die Unterschiede als graduell<sup>80</sup> oder fließend<sup>81</sup> bezeichnet. Da sich aus der EMRK ursprünglich aufgrund der divergierenden Staatenpraxis nicht eindeutig eine Übernahmeverpflichtung herleiten ließ, handelt es sich um eine substantielle Veränderung. Die nunmehr bestehende Pflicht ist von einigem Gewicht. Dies ist umso mehr beachtenswert, als dass es sich wie gezeigt um eine Abweichung vom allgemeinen Völkerrecht handelt. Diese Gesichtspunkte deuten in Richtung einer Änderung der vertraglichen Grundlagen, und sei es auch nur zur Klarstellung der bestehenden Verpflichtung.

Auslegung andererseits lässt sich definieren als die „Feststellung der Tragweite und des normativen Gehalts des Vertrags.“<sup>82</sup> Sie ist gerichtet auf die rein erkenntnismäßige Feststellung des Vertragsinhaltes, und ihre Auswirkungen sind auf den Einzelfall beschränkt; die Vertragsänderung hingegen bewirkt eine Umgestaltung des Inhalts eines Vertrags, welcher dann alle künftigen Fälle erfasst.<sup>83</sup> Vorgeschlagen wird die Einordnung als Auslegung dort, wo der Text des ursprünglichen Vertrages durch die spätere Praxis respektiert wurde, diese sich also im Rahmen eines möglichen Verständnisses des Wortlauts bewegt. Die darüber hinausgehende Staatenpraxis kann

nicht mehr als Anwendung des Vertrages verstanden werden, sondern muss dann dessen Änderung beschreiben.<sup>84</sup> Versteht man Auslegung als die Wahl eines Verständnisses von einem Text, die auch andere zuließe, lässt sich die genannte Abgrenzung noch dahingehend konkretisieren, dass die Auswirkungen der Auslegung durch die Vertragsstaaten darin bestehen, von mehreren möglichen Verständnissen einige auszuschließen.<sup>85</sup> Als authentische Interpreten ihres Vertrags legen sie nämlich für die Zukunft fest, wie dessen Normen anzuwenden sind beziehungsweise welche Anwendungsmöglichkeiten nicht mehr zulässig sind. Die Diskussion der Ansicht derjenigen Autoren, die bereits anhand der Auslegungsmittel des Art. 31 Abs. 1 WVK den Art. 13 EMRK, gegebenenfalls in Verbindung mit Art. 1 EMRK so interpretierten, dass er eine Umsetzungsverpflichtung enthalte, hat bereits gezeigt, dass sich ein solches Verständnis im Rahmen des Wortlauts bewegt. Es handelt sich nach hier vertretener Ansicht nur nicht um das einzig mögliche Ergebnis der Auslegung. Der Text wurde also durchaus durch die nachfolgende Staatenpraxis respektiert. Das in der genannten Diskussion dargestellte abweichende Verständnis der Art. 13, 1 EMRK wäre als eine ursprünglich mögliche Anwendung zu verstehen, die die spätere Übung der Konventionsstaaten nunmehr ausgeschlossen hat. Dem entspricht auch der evolutive, dynamische Charakter der EMRK, auf den bei ihrer Interpretation besonderes Gewicht zu legen ist. Ursprünglich waren schließlich einige Konventionsstaaten nicht zur Um-

<sup>79</sup> *Aust* (Fn. 24), S. 24; ähnlich *Gardiner* (Fn. 50), S. 243 und *Wolfram Karl*, Die Rolle des Staatenverhaltens bei der Auslegung und Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Stephan Breitenmoser/et al. (Hrsg.), Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat - Liber amicorum Wildhaber, 2007, S. 379-390 (S. 383).

<sup>80</sup> *Martin Baumbach*, Vertragswandel und demokratische Legitimation, 2008, S. 76.

<sup>81</sup> *Rudolf Bernhardt*, Interpretation and Implied (Tacit) Modification of Treaties, in: *ZaöRV* 27 (1967), S. 491-506 (S. 499); *Karl* (Fn. 52), S. 43.

<sup>82</sup> So *Bernhardt* (Fn.15), S. 32.

<sup>83</sup> *Wolfram Karl*, Vertragsauslegung - Vertragsänderung, in: Christoph Schreuer (Hrsg.), *Autorität und internationale Ordnung*, 1979, S. 9-34 (S. 9).

<sup>84</sup> So zu den Entwürfen der WVK *Bernhardt* (Fn. 81), S. 499; *Watts* (Fn. 25), S. 684 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des StIGH und des IGH; vgl. auch *Köck* (Fn. 24), S. 43f. und *Karl* (Fn. 79), S. 383. Ähnlich *Pfeffer* (Fn. 18), S. 151, der die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur Einhaltung des im ursprünglichen Vertrag angelegten Integrationsprogramms adaptiert, welche sich allerdings unmittelbar nur auf die Auswirkungen auf die innerstaatliche Rechtslage bezieht, vgl. BVerfGE 58, 1, 37; 68, 1, 98f.; 89, 155, 187f.

<sup>85</sup> *Baumbach* (Fn. 80), S. 79f.

setzung der Konventionsrechte bereit. Ein späterer Parteikonsens, der sich von der ursprünglichen Absicht unterscheidet, ist bei der genannten Interpretationskonzeption leichter als Auslegungsfaktor denn als Änderungsindikator zu verstehen, jedenfalls solange die Abweichung zwischen ursprünglicher und späterer Praxis nur relativ gering ist.<sup>86</sup> Da die hier infrage stehende spätere Praxis vom Wortlaut gedeckt ist beziehungsweise mit diesem sogar leichter in Einklang zu bringen ist und von einigen Staaten bereits von Beginn an verfolgt wurde, stellt das hier vertretene abweichende Auslegungsergebnis wohl nur eine relativ geringe Abweichung dar. Stellt man nicht auf das Gewicht der Änderung ab, sondern auf die Deutlichkeit der Abweichung vom ursprünglich Gewollten, so lässt sich der Annahme einer Auslegung entgegengehalten, Art. 52 und 41 EMRK zeigten an, dass verschiedene Möglichkeiten der Einhaltung der Konvention zulässig sind. Dann wäre eine Vorgabe wie die Umsetzungsverpflichtung bereits als Änderung zu verstehen.<sup>87</sup> Art. 52 EMRK liefere aber auch dann nicht leer, wenn eine solche Verpflichtung bestünde, denn es verbleiben noch immer Spielräume bei der Umsetzung, vor allem hinsichtlich des Ranges, aber auch die Systematik der Umsetzung kann sich erheblich unterscheiden, wie bereits hinsichtlich der fehlenden subjektiv-rechtlichen Qualität der Konventionsrechte im Vereinigten Königreich und der Republik Irland aufgezeigt wurde. Dementsprechend kann auch aus Art. 41 EMRK nicht hergeleitet werden, dass eine Umsetzungsverpflichtung eine erhebliche Abweichung bedeutete. Zwar werden Verstöße gegen die Konventionsrechte durch die Umsetzung potentiell weniger wahrscheinlich, aber ausgeschlossen wären sie nicht, da kollidierendes oder gar höherrangiges innerstaatliches Recht den Rechtsanwender hierzu noch immer veranlassen könnten.<sup>88</sup>

<sup>86</sup> Vgl. *Karl* (Fn. 52), S. 197.

<sup>87</sup> So *Pfeffer* (Fn. 18), S. 151f., der sich allerdings auf die Umsetzung des gesamten Konventionstexts bezieht.

<sup>88</sup> *Hoffmann* (Fn. 44), S. 80f.

Die genannten Artikel behalten also auch bei Annahme einer solchen Pflicht noch immer einen Anwendungsbereich, der nicht auf ein solches Maß zurückgeführt wird, dass das ursprünglich Intendierte völlig in den Hintergrund geriete.

Insgesamt ist die Annahme einer Pflicht der Konventionsstaaten zur Umsetzung der EMRK-Rechte in ihr innerstaatliches Recht daher nicht bereits als Änderung der EMRK zu verstehen, sondern bewegt sich im Rahmen der Auslegung.

#### a. Besonderheiten der authentischen Auslegung

Die Übernahme eines völkerrechtlichen Vertrages in das nationale Recht eines Staates ist kein Akt, der auf singuläre, zeitlich begrenzte Wirkung hin konzipiert ist, sondern ab dem Zeitpunkt der Übernahme für die Zukunft wirken soll. Dem wird durch die Bindungswirkung pro futuro durch die quasi-authentische Auslegung Rechnung getragen. Alle an der späteren Übung beteiligten Konventionsstaaten verstießen gegen Art. 13, 1 EMRK, hoben sie die innerstaatliche Geltung der Konventionsrechte in ihrem jeweiligen Rechtsraum auf. Offen geblieben sind allerdings bisher noch zwei Themenkomplexe: Wie wirkt sich die entgegenstehende ständige Rechtsprechung des EGMR auf das gefundene Ergebnis aus und inwieweit sind später beitretende Staaten an die quasi-authentische Interpretation der Art. 13, 1 EMRK gebunden?

#### b. Widerspruch zwischen der Rechtsprechung des EGMR und der Staatenpraxis?

Der EGMR hat keinen Zweifel daran gelassen, dass die Auslegung der Konvention eine Umsetzungsverpflichtung nicht erkennen lässt. Er hat nie festgestellt, dass ein Konventionsstaat wegen der unterbliebenen Umsetzung der Konventionsrechte oder gar der Konvention insgesamt einen Verstoß gegen die EMRK begangen habe. Ein Konflikt ist in dieser divergierenden

Auslegung aber nicht zu erkennen. Der Gerichtshof hat in seinen Entscheidungen, in denen die Frage der Umsetzungspflicht behandelt wurde, auch deutlich hervorgehoben, dass die Übernahme der Konventionsrechte eine besonders treue Vorgehensweise der Erfüllung der Verpflichtungen aus der EMRK bedeute. Die spätere Übung der Konventionsstaaten stellt also keinen Verstoß dar, sondern bewegt sich noch innerhalb dessen, was der EGMR als konventionsgemäß versteht. Dieses Verständnis deckt sich mit der Ratio des Art. 53 EMRK, da die Übernahme der Konventionsrechte eine Erhöhung des Schutzstandards bedeutet, ein Bestehen auf dem restriktiveren Verständnis der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes wohl seinerseits als konventionswidrig zu verstehen wäre.<sup>89</sup>

Solange die Situation hinsichtlich der übereinstimmenden Umsetzung der Konventionsrechte so bestehen bleibt, kann davon ausgegangen werden, dass der Gerichtshof seine Rechtsprechung anpassen und Art. 13, 1 EMRK so auslegen wird, dass sie eine Pflicht der Konventionsstaaten enthalten, den Konventionsrechten Geltung in ihrem jeweiligen Rechtsraum einzuräumen.<sup>90</sup> Unabhängig von der einheitlichen Staatenpraxis lässt auch der evolutive, dynamische Charakter der EMRK eine Änderung der Rechtsprechung insoweit zu. Sofern die angepasste, „neue“ Auslegung nicht zu Wortlaut oder Telos in Widerspruch steht, kommt es im Kern auf einen hinreichenden Grad an Übereinstimmung in den Konventionsstaaten an.<sup>91</sup> Ein Widerspruch zu den genannten Auslegungsmitteln besteht

nicht, die Übereinstimmung des Vorgehens in den Konventionsstaaten hingegen ist deutlich geworden. Die Voraussetzungen einer Modifikation der Rechtsprechung liegen damit grundsätzlich vor. Die bisherige Zurückhaltung des EGMR dürfte insbesondere darauf zurückzuführen sein, dass er der peinlichen Situation entgehen wollte, mehr als der Hälfte der Konventionsstaaten zu attestieren, sie verletzten die EMRK durch ihre Nichtumsetzung.<sup>92</sup> Dies wäre schließlich die zwangsläufige Folge einer dementsprechenden Auslegung der Konvention durch den EGMR gewesen. Ein Gericht, das über keine eigene Vollstreckungsmacht verfügt und daher auf das Wohlwollen der Konventionsstaaten bei der Befolgung seiner Entscheidungen angewiesen ist, hätte einen so mutigen Schritt wohl mit einem Verlust an Akzeptanz seitens der Staaten bezahlen müssen. Diese Gefahr droht nun nicht mehr und einer Anpassung der Rechtsprechung steht – vorausgesetzt die Fragestellung würde noch einmal im Rahmen eines Verfahrens vor dem Gerichtshof aufgeworfen – nichts im Wege.

#### c. Die EGMR-Rechtsprechung als Teil der Staatenpraxis

Allerdings soll der Hinweis nicht fehlen, dass der EGMR keinesfalls nur eine vorzufindende Staatenpraxis zu übernehmen hat; er kann sie auch selbst (mit-)gestalten. Schließlich ist der EGMR der zentrale Interpret der Konvention, da seine Entscheidungen potentiell am wahrscheinlichsten im gesamten Geltungsbereich der EMRK Beachtung finden.<sup>93</sup> Können die Konventionsstaaten vor diesem Hintergrund ohne weiteres von einer durch den EGMR etablierten Auslegung der Konvention abweichen?

Dafür spräche zunächst, dass die Staaten es in der Hand haben, die Konvention insge-

<sup>89</sup> Zur Lösung der Situation, in der die spätere Übung der Konventionsstaaten einen der Rechtsprechung des Gerichtshofes widersprechenden, niedrigeren Standard darstellt, vgl. *Karl* (Fn. 79) S. 384ff. mit weiteren Nachweisen.

<sup>90</sup> Ähnlich *Giegerich* (Fn. 5), Kap. 2 Rn. 12.

<sup>91</sup> *Søren C. Prebensen*, *Evolutionary Interpretation of the European Convention on Human Rights*, in: Paul Mahoney/et al. (Hrsg.), *Protecting Human Rights: The European Perspective – GS Ryssdal*, 2000, S. 1123-1138 (S. 1128); *Bernhardt* (Fn. 22), S. 21f.

<sup>92</sup> Auf diesen Aspekt weist *Bossuyt* (Fn. 48), S. 322, hin.

<sup>93</sup> Vgl. *Bossuyt* (Fn. 48), S. 323: „highly authoritative“.

samt zur Gänze abzuschaffen. Politisch ist diese Möglichkeit sicherlich auszuschließen,<sup>94</sup> bei rechtlicher Betrachtung ist dieser Befund jedoch nicht widerlegbar. Damit können die Konventionsstaaten auch dem EGMR die Grundlage seines Bestehens entziehen; sie haben den Gerichtshof eingerichtet und sind auch in der Lage, seine Auflösung zu bestimmen. Auch ist es unbestritten, dass die Änderung der Konvention ausschließlich durch die Konventionsstaaten erfolgen kann, es ihnen also freistünde, eine Umsetzungsverpflichtung ausdrücklich in die EMRK aufzunehmen und so der entgegenstehenden Rechtsprechung des EGMR die Grundlage zu entziehen. A maiore ad minus drängt sich daher die Annahme auf, dass auch die Auslegung der EMRK durch die Konventionsstaaten diejenige des EGMR verdrängen können müsste. Hinzu kommt noch, dass ursprünglich die Kompetenz zur authentischen Auslegung ausschließlich den Vertragsstaaten zustand, die ein Einvernehmen erzielen mussten.<sup>95</sup> Im Zuge der Fortentwicklung des Völkerrechts kommen hierfür nunmehr auch internationale Organe in Betracht, allerdings grundsätzlich nur, wenn und soweit sie aufgrund einer ausdrücklichen Ermächtigung zur authentischen Interpretation berufen sind.<sup>96</sup> Eine solche findet sich in der EMRK nicht. Art. 19 EMRK teilt dem EGMR die Aufgabe zu, die Einhaltung der Verpflichtungen aus der EMRK durch die Konventionsstaaten sicherzustellen.<sup>97</sup> Damit ist die Auslegung der Konvention im Rahmen des jeweiligen Rechtsstreits verbunden, wie auch Art. 32 Abs. 1 EMRK zeigt; eine ausdrückliche

Ermächtigung im obigen Sinne jedoch enthält Art. 19 EMRK nicht, der EGMR ist nicht selbst authentischer Interpret der EMRK.<sup>98</sup>

Neben der ausdrücklichen Ermächtigung lässt sich aber auch daran denken, das Verhalten eines internationalen Organs den Vertragsstaaten zuzurechnen, die es im Rahmen ihrer vertraglichen Gestaltungsmacht eingerichtet und es mit Kompetenzen ausgestattet haben. Die Auslegungspraxis eines solchen Organs ließe sich gleichsam als „mittelbare“ Staatenpraxis verstehen.<sup>99</sup> Der Wortlaut des Art. 31 Abs. 3 b) WVK ließe ein solches Verständnis durchaus zu, spricht er doch nur von der späteren Übung bei der Anwendung des Vertrags, ohne unmittelbar auf die Parteien abzustellen. Es muss nur deren Übereinstimmung über die Auslegung des Vertrages hervortreten. Solange das Organ die ihm eingeräumten Kompetenzen nicht überschreitet und seinen Entscheidungen nicht seitens eines oder mehrerer Vertragsstaaten widersprochen wird, ließe sich ihre Zustimmung annehmen, worin sich dann die Übereinstimmung im Sinne von Art. 31 Abs. 3 b) WVK erkennen ließe. Diese Konstruktion ist auf die Rechtsprechung des EGMR übertragbar, da sich die Konventionsstaaten seiner Jurisdiktion unterworfen haben und nach Art. 46 Abs. 1 EMRK zur Befolgung der endgültigen Urteile des Gerichtshofes verpflichtet sind. Demnach ist die Urteilspraxis des EGMR mittelbare Staatenpraxis und somit bei der Auslegung nach Art. 31 Abs. 3 b) WVK zu berücksichtigen.<sup>100</sup>

Allerdings entscheidet der EGMR über die Verletzung der EMRK, das heißt ein zu

<sup>94</sup> Obschon derzeit im Vereinigten Königreich die Aufhebung des Umsetzungsgesetzes diskutiert wird, vgl. *Merris Amos*, Problems with the Human Rights Act 1998 and How to Remedy Them: Is a Bill of Rights the Answer?, in: *Modern Law Review* 72 (2009), S. 883-908.

<sup>95</sup> *Alfred Verdross/Bruno Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, § 775.

<sup>96</sup> *Bernhardt* (Fn. 15), S. 46.

<sup>97</sup> Zur authentischen Interpretation berufen ist hingegen beispielsweise der EuGH laut Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV.

<sup>98</sup> *Robert Uerpmann*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, 1993, S. 215f., auch mit Nachweisen zu abweichenden, unzutreffenden Einschätzungen in der Literatur.

<sup>99</sup> So *Karl* (Fn. 79), S. 384.

<sup>100</sup> Vgl. *Hans-Joachim Cremer*, Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen, in: *EuGRZ* 2004, S. 683-700 (S. 694). Zurückhaltend *Ulrich Zwach*, Die Leistungsurteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 1996, S. 154f.

befolgendes Urteil besteht regelmäßig in der zumindest teilweisen Feststellung eines konventionswidrigen Verhaltens seitens des oder der beklagten Staaten. Dies impliziert aber einen Widerspruch zwischen tatsächlichem, unmittelbarem staatlichen Verhalten und der beschriebenen mittelbaren Staatenpraxis, deren Teil das Urteil im Grundsatz ist. Dem wird entgegnet, nicht das abweichende Verhalten der Staaten sei maßgeblich, sondern die Auslegung durch den Gerichtshof, jedenfalls solange der Staat grundsätzlich die Verurteilung akzeptiert. Die grundsätzliche Entscheidung der Konventionsstaaten zum Beitritt und zur Aufrechterhaltung des Konventionssystems bedeutet damit den Verlust der Position als authentische Interpreten ihres Vertrages, was sogar für eine Rechtsprechungspraxis des EGMR, die eigentlich *ultra vires* wäre, gilt; dies ist dann eben Ausdruck einer Änderung der EMRK.<sup>101</sup>

Dieses Zurechnungsmodell beruht auf dem andauernden Dialog zwischen den Konventionsstaaten und dem EGMR.<sup>102</sup> Letztere können aber durch von der Auslegung durch den EGMR abweichendes Verhalten die Zurechnung verhindern und ihre Stellung als „Herren ihres Vertrags“ somit wahren.<sup>103</sup> Dann erstarkt die EGMR-

Rechtsprechung nicht zur späteren Übung im Sinne des Art. 31 Abs. 3 b) WVK.

## V. Ergebnis

Entgegen der Rechtsprechung des EGMR und der anfänglichen, langjährigen Staatenpraxis ergibt sich nunmehr aus Art. 13, 1 EMRK eine Verpflichtung der Konventionsstaaten, die für den jeweiligen Staat verbindlichen Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention sowie ihrer Zusatzprotokolle mit Geltung im innerstaatlichen Rechtsraum zu versehen. Grund für diese Entwicklung ist die spätere Übung der Staaten im Sinne von Art. 31 Abs. 3 b) WVK, die für den ansonsten offenen Auslegungsvorgang, dessen Regeln sich aus Art. 31 WVK ergeben, eine eindeutige Lösung ermöglicht. Die noch offene, sich anschließende Frage lässt sich anhand dieses Vorgehens mitentscheiden: Trifft die EMRK auch eine Aussage darüber, an welcher Stelle die Konventionsrechte in die innerstaatliche Normenhierarchie einzufügen sind, ob ihnen also eine Vorrangstellung zumindest vor dem einfachen Recht einzuräumen ist?<sup>104</sup> Aufgrund der höchst unterschiedlichen Varianten in den Konventionsstaaten lässt sich eine einheitliche spätere Übung zu dieser Fragestellung nicht ausmachen. Es fehlt mithin an einem eindeutigen Indiz für die Auslegung der EMRK in dieser Frage. Insbesondere der Art. 41 EMRK steht einem Vorrang der EMRK vor jeglichem innerstaatlichen Recht seinem Wortlaut nach entgegen. Eine Vorgabe für die Interpretation der Konvention dahingehend, dass sie die Verortung der Konventionsrechte an einer bestimmten Stelle in der innerstaatlichen Normenhierarchie verlangte, lässt sich also nicht finden; die Umsetzungspflicht besteht, ist aber nicht näher qualifiziert.

<sup>101</sup> Karl (Fn. 79), S. 385.

<sup>102</sup> Hans-Joachim Cremer, Regeln der Konventionsinterpretation, in: Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG - Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 4 Rn. 58.

<sup>103</sup> Eckart Klein/Stefanie Schmahl, Die Internationalen und die Supranationalen Organisationen, in: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 5. Aufl. 2010, 4. Abschnitt Rn. 41 mit weiteren Nachweisen. Anders wohl Mückl (Fn. 48), S. 416; Heiko Sauer, Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtsjudikatur - Zur Bindung deutscher Gerichte an die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: ZaöRV 65 (2005), S. 35-69 (S. 41), die das Verhältnis aufgrund des Art. 32 EMRK, verstärkt durch Art. 55 EMRK, umgekehrt verstehen. Wie die obigen Ausführungen zeigen, ist der EGMR selber aber gerade nicht authentischer Interpret der EMRK, sondern kann nur einen Beitrag zur authentischen Auslegung durch die Konventionsstaaten leisten.

<sup>104</sup> Bejahend zum Beispiel Georg Ress, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Vertragsstaaten: Die Wirkungen der Urteile des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im innerstaatlichen Recht und vor innerstaatlichen Gerichten, in: Irene Maier (Hrsg.), Europäischer Menschenrechtsschutz - Schranken und Wirkungen, 1982, S. 227-289 (244f.).

Durch den Zugriff der nationalen Richter und Behörden auf die Konventionsrechte erhöht sich jedenfalls die Wahrscheinlichkeit ihrer Einhaltung. Auch ohne Vorgaben zur Stellung in der Normenhierarchie bewirkt die flächendeckende Übernahme der Konventionsrechte somit zumindest potentiell eine Entlastung des EGMR, so dass vor dem Hintergrund von dessen Überbelastung die nunmehr bestehende Verpflichtung zur Übernahme eine begrüßenswerte Weiterentwicklung der EMRK darstellt. Im Zusammenspiel mit den Maßnahmen hinsichtlich des Verfahrens im und vor dem Gerichtshof trägt sie hoffentlich dazu bei, die Effizienz des so erfolgreichen Rechtsschutzsystems der EMRK auch für die Zukunft zu gewährleisten.