

Subsidiarität und Menschenrechtsschutz

Prof. Dr. Jörg Paul Müller*

1. Das Subsidiaritätsprinzip und seine prozessuale Verwirklichung im nationalen und europäischen Bereich

Subsidiarität ist im Europarecht¹ und im europäischen Verfassungsrecht² zu einem fast das ganze Recht überdachenden Prinzip geworden. Nach seiner Herkunft und nach seiner allgemeinen juristischen Bedeutung bezeichnet der Grundsatz eine Regel für die Zuständigerklärung verschiedener sozialer Entscheidungseinheiten für die Lösung politischer und rechtlicher Probleme. Die kleinste Einheit soll so lange allein für eine Regelung zuständig sein, als sie es vermag; die hierarchisch übergeordnete Organisation darf in die Gestaltung des Soziallebens erst eingreifen, wenn die kleinere Einheit überfordert ist³.

Besondere – und bisher wenig beachtete – Probleme wirft das Subsidiaritätsprinzip auf, wenn man es für die Zuweisung von Entscheidungsebenen im Bereich des gerichtlichen (oder anderen verfahrensrechtlichen) Menschenrechtsschutzes fruchtbar zu machen sucht. Wenn man davon ausgeht, dass der Menschenrechtsschutz heute in den Verfassungs-

* Prof. Dr. iur., Ordinarius für Verfassungs-, Völkerrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Bern (Schweiz). Herzlichen Dank an Herrn lic. iur. Mike Schüpbach für seine Gesprächsbereitschaft und wertvolle Mitarbeit.

¹ Aus der Fülle der Literatur z.B. E. Grabitz/M. Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Art. 3b EGV (Art. 5 EGV Amsterdam), München 1983 ff., sowie H. Lecheler, Das Subsidiaritätsprinzip. Strukturprinzip einer europäischen Union, Berlin 1993, m.w.H.

² Dabei steht nicht unbedingt die textliche Positivierung, sondern die „Ausstrahlungswirkung“ des Prinzips auf verschiedene Bereiche des Verfassungsrechts im Vordergrund; vgl. dazu P. Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, Berlin 1998, S. 429, 441. Für die Schweiz: H. Koller, Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in: B. Ehrenzeller u.a. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen SZ 1998, S. 679 f.; P. Richli, Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht II/1998, S. 145 ff.

³ Ich habe an anderer Stelle auf die Tragfähigkeit und die Schwächen des Subsidiaritätsprinzips hingewiesen, z.B. auf gewisse Inkonsistenzen der katholischen Soziallehre. Das demokratische Element der Subsidiarität besteht darin, dass letztlich der einzelne Mensch zuständig ist für die Mitgestaltung seiner sozialen Umwelt; J. P. Müller, Föderalismus – Subsidiarität – Demokratie, in: M. Vollkommer (Hrsg.), Föderalismus – Prinzip und Wirklichkeit, Atzelsberger Gespräche 1997, Erlangen 1998, S. 41-58 sowie ders., Der politische Mensch – Menschliche Politik, Bern/Genf/München 1999, S. 167-178. Vgl. auch PIUS XI., Enzyklika Quadragesimo anno n. 79 (1931), abgedruckt bei K. W. Nörr/Th. Oppermann (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit. Zur Reichweite eines Prinzips in Deutschland und Europa, Tübingen 1997, Anhang I. R. Herzog Subsidiaritätsprinzip, in: J. Ritter/K. Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 10, Basel 1998.

staaten eine unbestrittene Staatsaufgabe ist⁴, so würde eine konsequente Anwendung des Subsidiaritätsprinzips bedeuten: Der gerichtliche Schutz von Menschenrechten fällt primär dem untersten, kleinsten Gemeinwesen zu, und erst wo dieses versagt und sich die politische Einheit als überfordert erweist, käme die höhergeordnete Einheit zum Zug. Das Ideal bestünde also z.B. in einem kommunalen Menschenrechtsschutz, etwa durch Gerichte oder Ombudsleute. Eine zentrale Instanz der Konkretisierung und Durchsetzung wäre erst legitim, wenn sich die unteren Stufen als unzureichend erweisen.

In diesem Sinn kann man tatsächlich eine Verwirklichung des Subsidiaritätsprinzips darin sehen, dass in der Regel die Zuständigkeit der nationalen Gerichte die Berücksichtigung unterer Instanzen voraussetzt⁵ oder dass im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) die innerstaatlichen Rechtsbehelfe ausgeschöpft werden müssen, bevor die Straßburger Organe zuständig werden (Art. 35 EMRK)⁶. Gleiches gilt für das allgemeine Völkerrecht: Hier gilt die „exhaustion of local remedies“-Regel⁷.

2. *Spielt im Bereich des Menschenrechtsschutzes das Subsidiaritätsprinzip bei der Bestimmung einer Regelungsbefugnis oder ist für die Begründung einer Zuständigkeit im Bereich der Menschenrechte der Nachweis einer Überforderung der kleineren Einheit notwendig?*

a) Im innerstaatlichen Bereich

Bereits im innerstaatlichen Bereich, etwa in der Schweiz, zeigt sich, dass die Legitimität des Zentralstaates (des Bundes) im Bereich der Grundrechte nur zum Teil danach beurteilt wird, ob die kleineren Gemeinwesen überfordert seien oder nicht. Die Befassung der Bundesorgane mit der konkreten Umschreibung und Durchsetzung von Grundrechten ist nicht Folge einer Überforderung der kleineren Gemeinwesen, sondern Ausdruck des ori-

⁴ Zum Menschenrechtsschutz als Grundlage eines aktuellen Souveränitätsverständnisses vgl. J. P. Müller (Anm. 3), S. 132 ff.

⁵ In der Schweiz ist die staatsrechtliche Beschwerde in der Regel erst gegen letztinstanzliche kantonale Hoheitsakte vorgesehen (relative Subsidiarität); vgl. dazu W. Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl. Bern 1994, S. 282, 326 f.

⁶ Der formal subsidiäre Charakter der EMRK zeigt sich auch darin, dass primär die Konventionsstaaten verpflichtet sind, die Rechte der Konvention zu schützen (Art. 1), dass die Konventionsstaaten eine wirksame Beschwerdemöglichkeit auf nationaler Ebene einzurichten haben (Art. 13) und dass die Rechte der Konventionsstaaten gelten, solange diese einen grösseren Schutz bieten als die in der EMRK garantierten Minimalgarantien (Art. 53). Näheres zum Subsidiaritätsprinzip in der EMRK bei H. Petzold, The Convention and the Principle of Subsidiarity, in: R. St. J. MacDonald/F. Matscher/H. Petzold, The European System for the Protection of Human Rights, Dordrecht/Boston/London 1993, S. 41-62; M. E. Villiger, Handbuch der europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl. Zürich 1999, S. 111 ff.

⁷ K. Doehring, Local Remedies, Exhaustion of, in: R. Bernhardt (ed.), Encyclopedia of Public International Law (EPIL), Vol. 3 (1997).

ginären Anliegen, von zentraler Stelle aus zu kontrollieren, ob die unteren Einheiten einen adäquaten, d.h. auch richtigen Grundrechtsschutz gewähren. Oder anders formuliert: Die Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht wurde nicht wegen festgestellter Überforderung der kantonalen Justiz eingerichtet; sondern es bestand – jedenfalls mit Bezug auf einige besonders wichtige Grundrechte – von vornherein die Überzeugung, dass nur der Bund mit seinen zentralen Organen (Bundesrat, Bundesgericht) zu einem befriedigenden Schutz fähig sei⁸.

Zu den von den Bundesorganen zuerst geschützten Grundrechte gehörten die Pressefreiheit, die Niederlassungsfreiheit, die Rechtsgleichheit, die Kultusfreiheit, die Vereinsfreiheit sowie das Petitionsrecht⁹. Die Verletzung gewisser verfassungsmässiger Rechte wurde zunächst vom Bundesrat und erst später vom Bundesgericht beurteilt¹⁰.

Obwohl sowohl die verfassungsrechtliche Festlegung der „geltenden“ Grundrechte als auch ihre Durchsetzung heute fast ausschliesslich beim Bund angesiedelt sind, schenken die Kantone in ihren neuen Verfassungen seit einigen Jahrzehnten der Formulierung eigener Grundrechtskataloge besonderes Gewicht¹¹, in vollem Bewusstsein, dass diese juristisch nur von Bedeutung sind, soweit sie einen Schutz versprechen, der über die Garantien der Bundesverfassung und der konkretisierenden Rechtsprechung des Bundesgerichts hinausgeht¹². In diesem Phänomen der kantonalen Verfassungspraxis zeigt sich, wie fundamental sowohl auf einer symbolischen als auch einer legitimitätsstiftenden Ebene die Grund- und Menschenrechte für ein politisches Gemeinwesen heute sind.

Die in neueren Kantonsverfassungen aufgeführten Grundrechtsgarantien enthalten in gewisser Hinsicht bedeutende Innovationen, welche die Verfassungsentwicklung auf Bundesebene mitbeeinflusst haben. Zu erwähnen ist insbesondere die Pionier-

⁸ Nicht die Idee der „Überforderung“ war dabei leitend, sondern der Gedanke, dass Gefahr für die Freiheit des Einzelnen vorwiegend von den jeweiligen Kantonen ausgehe; vgl. dazu W. Kälin, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, Bern 1987, S. 191.

⁹ Schon die von der Bundesverfassung von 1848 zuerst geschützten Grundrechte wurden nach Vorbild der kantonalen Garantien ausgestaltet; A. Kölz, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte, Bern 1992, S. 576, 583 ff.

¹⁰ Beschwerden wegen Verletzung der Kultusfreiheit mussten bis 1893 beim Bundesrat, mit Weiterzug an die Bundesversammlung geltend gemacht werden; J.-F. Aubert, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Bd. I, Basel/Frankfurt a.M. 1991, N 226. Beschwerden wegen Verletzung des Grundrechts auf Unentgeltlichkeit des Grundschohlunterrichts wurden noch bis 1999 vom Bundesrat beurteilt; W. Kälin, Die Bedeutung der neuen Bundesverfassung für das öffentliche Verfahrensrecht, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung. Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Bern 2000, S. 273.

¹¹ K. Nuspliger, Wechselwirkungen zwischen neueren Kantonsverfassungen und der Bundesverfassung, in: U. Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung. Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Bern 2000, S. 63 ff., 71 m.w.H. Ur. Bolz/W. Kälin (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern/Stuttgart/Wien 1995, S. 5 f.

¹² Zuletzt BGE 121 I 196 E2d S. 200.

*rolle der Verfassung des Kantons Bern*¹³. Aber auch andere totalrevidierte Kantonsverfassungen wirkten sich auf die neue Bundesverfassung aus¹⁴.

b) Im Bereich der EMRK-Verfahren

Die Beobachtungen auf der Ebene des Bundesstaates Schweiz finden eine interessante Bestätigung im Vergleich der Zuständigkeitsbereiche der Mitgliedsstaaten und der zentralen EMRK-Organen (Gerichtshof, Ministerrat). Schon die Idee, eine effiziente europäische Menschenrechtsorganisation zu schaffen, beruhte nicht auf der Überlegung, dass die einzelnen Staaten von der Aufgabe überfordert wären; sondern bestimmend war die Meinung, es gebe im Bereich des Grundrechtsschutzes ein unverzichtbares und unteilbares europäisches Erbe, das unbedingt europaweit an zentraler Stelle auf der Grundlage eines Staatsvertrags konkretisiert und durch zentrale Kontrollinstanzen überwacht und durchgesetzt werden müsse¹⁵.

Warum spielt hier das Subsidiaritätsprinzip – jedenfalls was die Umschreibung und den gerichtlichen Schutz zentraler Menschenrechtspositionen betrifft – keine entscheidungsweisende Rolle?

Anders als bei anderen Staatsaufgaben etwa im sozialpolitischen oder handelspolitischen Bereich besteht, jedenfalls mit Bezug auf einen Kern des Menschenrechtsschutzes, europaweit die Überzeugung, dass Formulierung und Durchsetzung am sichersten bei einer zentralen Instanz aufgehoben seien.

Vielleicht hängt dies mit einer Grunderfahrung der Gerechtigkeitssuche im Verfassungsstaat zusammen: Nur wer Distanz zu einem Konflikt hat, ist fähig, diesen „gerecht“ zu lösen. Distanz wird in der Regel durch die institutionelle und personenbezogene Garantie richterlicher Unabhängigkeit¹⁶ geschaffen; ganz besonders beim Menschenrechtsschutz besteht aber das zusätzliche Bedürfnis nach einem auch räumlich möglichst über der Sache stehenden Richter; ihm wird die höchste materielle Kompetenz zugetraut, richtiges Recht zu sprechen.

¹³ Dazu Bolz/Kälin (Anm. 11).

¹⁴ Vgl. für Beispiele, dass auch von „unten“ tatsächlich Impulse kommen, die Darstellung bei Nuspliger (Anm. 11), S. 86 ff. Auch unter der alten Verfassung von 1874 waren es vor allem kantonale Grundrechtsgarantien, welche zur Anerkennung von ungeschriebenen Freiheitsrechten des Bundes beitrugen; vgl. dazu U. Häfelin, Grundrechte in den Schweizer Kantonsverfassungen, in: R. Novak u.a. (Hrsg.), Der Föderalismus und die Zukunft der Grundrechte, Föderalismusstudien Bd. 3, Wien/Köln/Graz 1982, S. 30 f.

¹⁵ Präambel zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) vom 4. November 1950.

¹⁶ Dazu R. Kiener, „Unabhängig und Unparteiisch“. Verfassungsrechtliche und menschenrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte (erscheint demnächst).

Ein rechtsphilosophischer Grund für dieses Phänomen liegt wohl in der Nähe von Grundrechten zu eigentlichen Gerechtigkeitskriterien¹⁷. Die Frage der Gerechtigkeit ist immer auch mit dem Problem der Verallgemeinerung oder Universalisierbarkeit von Normen verbunden. Die Grundrechte gehören auch empirisch zu den Grundnormen einer sich abzeichnenden, die Staatsgrenzen überschreitenden Rechtsgemeinschaft¹⁸, und von hier aus scheint es konsequent, dass ihre Konkretisierung und die Überwachung ihrer Einhaltung in der Distanz und nicht in der Nähe, im Zentrum und nicht in der Peripherie gesucht werden. Sehr bildhaft bringt bekanntlich Rawls mit dem „Schleier des Nichtwissens“ zum Ausdruck, dass die Suche nach Gerechtigkeit die Kontingenz lokaler und konkreter Verhältnisse übersteigen muss und erst in einer Situation bewusster und radikaler Distanznahme von allen konkreten Bindungen und Interessen erfolgsversprechend ist¹⁹.

3. *An zentraler Stelle ist nur ein Kern der Menschenrechte zu gewährleisten; in der Peripherie besteht Raum für weitere Entfaltung der Menschenrechte*

Ziel der EMRK war von Anfang an, nur einen Kernbestand von Menschenrechten zu schützen und nicht die breite Palette von Grundrechten, wie sie die nationalen Verfassungen kennen. Der europäischen Menschenrechtskonvention wurde z.B. nicht die Verwirklichung eines allgemeinen Gleichheitssatzes oder eines allgemeinen Diskriminierungsverbots aufgetragen, Garantien, die in allen Verfassungsstaaten heute selbstverständlich sind.

Dieser Kernbestand wurde seit 1952 durch die Zusatzprotokolle (ZP) laufend erweitert²⁰; aber auch in der Definition der Schutzbereiche hat die Praxis, namentlich des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), qualitativ den Schutz vertieft.

Dabei ist in der nationalen Praxis und im Schrifttum der Schweiz in eigenartiger Weise ungeklärt geblieben, ob die EMRK-Garantien und ihre Konkretisierung gegenüber dem nationalen Verfassungsrecht klar einen Minimalstandard bedeuten, oder ob umgekehrt die Straßburger Praxis die aus einzelnen Grundrechten zu ziehenden Konsequenzen erschöpfend umschreibe. In der Schweiz ist diese Frage besonders im Bereich des Ge-

¹⁷ J. P. Müller (Anm. 3), S. 15, 77 f.

¹⁸ Dazu J. P. Müller (Anm. 3), S. 179-199, 190 ff.

¹⁹ J. Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 1988, S. 29, 159-166 und dazu J. P. Müller, Demokratische Gerechtigkeit, München 1993, S. 44 ff. Eine schöne Anwendung des „Schleiers des Nichtwissens“ findet sich bereits bei Montesquieu. Die Frage, ob die Sklaverei rechtmässig sei, dürfe man nicht danach prüfen, „ob [sie] für den reichen und verwöhnten Bruchteil jeder Nation nützlich wäre“. Nehme man einen anderen Standpunkt ein, z.B. bei einer Auslosung darüber, wer zu den Sklaven gehören oder wer frei bleiben soll, würden „die Mitglieder dieser Klasse“ wohl nicht daran teilnehmen wollen; Charles-Louis de Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, Stuttgart 1965, S. 269.

²⁰ Für eine Übersicht vgl. Villiger (Anm. 6), S. 11 f.

fängniswesens²¹, bei der Garantie der Meinungsfreiheit²² und bei den prozessualen Rechten²³ aktuell.

In ihrem Selbstverständnis aber geht die EMRK klar davon aus, dass sie gegenüber den nationalen Gewährleistungen nur Minimalgarantie sein will²⁴.

4. Trotz des bloßen Anspruchs auf Minimalgarantie tendieren die EMRK-Organen faktisch punktuell zu Maximalpositionen

Faktisch zeigt die Rechtsprechung von Straßburg konstant, dass sie die autonomen nationalen Rechtsordnungen nicht nur auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner „stabilisiert“²⁵, sondern vielmehr andauernd „nach oben“ korrigiert: Es findet sich kaum ein Konventionsstaat, der sich von Straßburg innerhalb der letzten Jahrzehnte nicht sagen lassen musste, sein – meist höchstrichterliches – Verständnis etwa der Anforderungen eines fairen Verfahrens (Art. 6)²⁶, der Meinungsfreiheit (Art. 10)²⁷ oder des Schutzes der Persönlichkeit (Art. 8)²⁸ entspreche (noch) nicht den höheren heutigen europäischen Anforderungen. Die kontinuierliche Rechtsprechung der Straßburger Organe zeigt also, dass sie sich nicht auf die Garantie von Mindeststandards im Sinne des kleinsten gemein-

21 Vgl. J. P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl. Bern 1999, S. 38 ff., 65 ff.; J. P. Müller/M. Schefer, Staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 1992-1996, Bern 1998, S. VII ff., XV. sowie BGE 123 II 193 ff. (Flughafengefängnis).

22 J. P. Müller (Anm. 21), S. 181 ff., 225 ff., 235 ff., 242 ff.

23 J. P. Müller (Anm. 21), S. 574 f.; BGE 125 II 417 ff. (PKK).

24 Art. 53 EMRK; vgl. dazu J. Abr. Frowein/W. Peukert, Europäische Menschen-RechtsKonvention, 2. Aufl., Kehl/Straßburg/Arlington 1996, S. 739.

25 Exemplarisch für die Tendenz zur Konkretisierung der Grundrechte auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner der nationalen Garantien ist der Fall Marckx gegen Belgien, Ser. A Nr. 31, EuGRZ 1979, S. 454: weil „die grosse Mehrheit“ der Konventionsstaaten die Gleichstellung ausserhalb der Ehe geborener Kinder (und ihrer Mütter) mit ehelichen Kindern (und ihrer Mütter) verwirklicht hat oder anstrebt, muss auch Art. 8 EMRK im Sinne einer entsprechenden Gleichheitsgarantie interpretiert werden. Konsequenterweise leitet der EGMR aus der Vielzahl unterschiedlicher Regelungen im Bereich der Sexualmoral ab, es existiere kein konventionsrechtlicher Standard, den durchzusetzen der Gerichtshof befugt wäre; vgl. Handyside c. Grossbritannien, Ser. A Nr. 24, EuGRZ 1977, S. 38; Müller u.a. c. Schweiz, Ser. A Nr. 133, EuGRZ 1988, S. 543. Gleiches gilt für den Schutz religiöser Empfindlichkeiten; Otto Preminger-Institut c. Österreich, Ser. A Nr. 295-A, ÖJZ 1995, S. 154.

26 Zu den neusten Entwicklungen vgl. J. P. Müller (Anm. 21), S. 493 ff.

27 Zum Beispiel neuestens gegenüber der Schweiz: Hertel c. Schweiz, Rep. 1998-VI, S. 2356 ff. Gegenüber Deutschland: Vogt c. Deutschland, Ser. A Nr. 323. Gegenüber Österreich: News Verlags GmbH & CoKG c. Österreich vom 11. Januar 2000. Gegenüber Norwegen: Bladet Tromsø und Stensaas c. Norwegen vom 20. Mai 1999. Gegenüber Frankreich: Fressoz und Roire c. Frankreich vom 21. Januar 1999; Lehieux und Isorni c. Frankreich, Rep. 1998-VII, S. 2864 ff.

28 Neuestens gegenüber der Schweiz: Amann c. Schweiz vom 16. Februar 2000. Gegenüber Grossbritannien: Lustig-Prean und Beckett c. Grossbritannien vom 27. September 1999; Smith und Grady c. Grossbritannien vom 27. September 1999.

samen Nenners beschränken, sondern eine dynamische und damit verfassungsgerichtsähnliche Linie verfolgen²⁹.

5. *Vordergründig gegenläufige Tendenz in der Doktrin des „margin of appreciation“ (Gestaltungsspielraum des unteren Gemeinwesens im Grundrechtsbereich)*

Eine Verwirklichung des Subsidiaritätsprinzips im Recht der EMRK sehen Lehre und Rechtsprechung in der Figur des „margin of appreciation“³⁰: Nach ihr dürfen die Straßburger Organe nicht in die Rechtsauffassungen der Konventionsstaaten intervenieren, wenn es sich um Fragen der politischen Organisation, um ökonomische und soziale Politikbereiche oder um moralische Vorstellungen handelt³¹. Nach dem Verständnis des EGMR besitzen die Staaten in diesen Bereichen Beurteilungsspielräume, die der Kognition des EGMR entzogen sind.

Im Fall *Lehideux und Isorni* gegen Frankreich fand der EGMR, die Bestrafung von ehemaligen Weggefährten des Marschalls Philippe Pétain in Frankreich wegen eines Aufrufs zur Rehabilitation von Pétain verstoße gegen die Meinungsfreiheit von Art. 10 EMRK. Eine Bestrafung würde nur dann vor der EMRK standhalten, wenn es sich um eine Leugnung des Holocaust handle (Ziff. 47) oder die zeitliche Distanz zum Wirken Pétains geringer wäre (Ziff. 55)³².

Obwohl hier ein klassisches Gebiet moralischer Bewertung eines historischen Verhaltens vorliegt, und insofern die „margin of appreciation“-Doktrin anwendbar gewesen wäre³³, kommt der EGMR zum Schluss, es liege keine im Ermessen Frankreichs liegende Beur-

²⁹ *P. Mahoney*, Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the same Coin, in: *Human Rights Law Journal* (HRLJ) 1990, S. 57 ff.; *M. Ph. Wyss*, Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) auf dem Weg zu einer europäischen Grundrechtsverfassung, in: *Aktuelle Juristische Praxis* (AJP) 1995, S. 296 ff. m.w.H.

³⁰ Dazu *R. St.J. MacDonald*, The Margin of Appreciation, in: *R. St.J MacDonald/F. Matscher/H. Petzold* (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht/Boston/London 1993, S. 83 ff.; *E. Brems*, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, in: *ZaöRV* 56 (1996), S. 240-314. *Diverse Autoren*, The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Ist Legitimacy in Theory and Application in Practice, in: *Human Rights Law Journal* (HRLJ) 1998, S. 1-36. Zur vergleichbaren Doktrin des UNO-Menschenrechtsausschusses („margin of discretion“) bei der Anwendung des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vgl. *D. McGoldrick*, The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights, Oxford 1991, Ziff. 4.48 m.H.

³¹ *Petzold* (Anm. 6), S. 57.

³² Siehe im Einzelnen *Lehideux und Isorni c. Frankreich*, Rep. 1998-VII, S. 2864 ff. und dazu *J. P. Müller*, *medialex* 1999, S. 42.

³³ Vgl. die abweichende Meinung von Stefan Trechsel, (damaliger) Präsident der Menschenrechtskommission (EKMR), im EKMR-Zulässigkeitsentscheid N° 24662/94 vom 8. April 1997 und die ähnliche Kritik von *G. Cohen-Jonathan*, in: *Rev. trim. dr. h.* 1999, S. 366 ff.

teilung vor, sondern Art. 10 EMRK verbiete zwingend – anders als bei einer eigentlichen Holocaustlüge – die Einschränkung der Meinungsfreiheit. Ein Beurteilungsspielraum wird also darum verneint, weil nach Ansicht des Gerichtshofs die EMRK in diesem Fall „greift“ und Art. 10 das bestrafte Handeln schützt.

An diesem Beispiel lässt sich illustrieren, dass die Figur des „margin of appreciation“ mitunter nur als Etikett dient, um in schwierigen Grenzfragen der Tragweite von Konventionsgarantien den intuitiven oder schöpferischen Entscheid des EGMR hinter einer dogmatischen Konstruktion zu verbergen³⁴. Eine Interpretation der Straßburger Praxis kommt auch ohne das Konstrukt des „margin of appreciation“ aus: Denn letztlich ist jeder materielle Entscheid eine Stellungnahme zu dem, was unter dem Regime der Konvention erlaubt oder unzulässig ist; eine Unzulässigkeit unter Vorbehalt nationaler Entscheidungsspielräume macht wenig Sinn, besonders dann, wenn diese auf so weite Sachgebiete wie die soziale und wirtschaftliche Gestaltung, die politische Organisation oder die moralischen Vorstellungen bezogen werden. In gewissem Sinn kann man in der Konstruktion des „margin of appreciation“ eine „unechte Subsidiarität“ sehen: Es wird ein Gestaltungsspielraum, der an sich den Normen der EMRK untersteht, angeblich (wieder) der Zuständigkeit des Einzelstaates unterstellt.

Eine ähnliche Argumentationsfigur findet sich auch im Verfassungsrecht der Schweiz: Auch hier hat das Bundesgericht ein Instrument entwickelt, um dem Anliegen lokaler Traditionen und kultureller Eigenart gerecht zu werden³⁵.

Das Bundesgericht hatte 1980 zu entscheiden, ob das kantonale Verbot einer „Peep-Show“ gegen die von der Bundesverfassung garantierte Handels- und Gewerbefreiheit verstößt. Es führte aus: „Die Mentalität der St. Galler Bevölkerung ist den kantonalen Behörden besser bekannt als dem Bundesgericht. Wenn diese Behörden übereinstimmend der Ansicht sind, eine „Peep-Show“ überschreite die im Kanton St. Gallen allgemein anerkannte Toleranzgrenze im sittlichen Bereich, so handelt es sich um eine Würdigung örtlicher Verhältnisse, bei deren Überprüfung das Bundesgericht Zurückhaltung übt“³⁶.

³⁴ So auch MacDonald (Anm. 30), S. 84, der den „margin of appreciation“ als „label about the appropriate scope of supervisory review“ bezeichnet.

³⁵ Zur Zurückhaltung des Bundesgerichts wegen „besonderer örtlicher und persönlicher Verhältnisse“ vgl. Kälin (Anm. 5), S. 202 ff.

³⁶ BGE 106 Ia 267 ff. (Peep-Show).

6. Grundgesetz und Subsidiaritätsprinzip (Art. 23 GG)

In der deutschen Verfassungsentwicklung kommt die Schwierigkeit im Umgang mit dem Subsidiaritätsprinzip noch in einer weiteren Auffächerung zum Ausdruck: Das Bundesverfassungsgericht hatte die Regel entwickelt, Deutschland verzichte auf eine Überprüfung des EU-Rechts, „solange“ der EuGH einen dem deutschen im wesentlichen gleichwertigen Grundrechtsschutz garantiere³⁷. Die Zuständigkeit der übergeordneten Einheit im Sinne der Supranationalität wird also so lange bejaht, als diese ihre Aufgabe angemessen erfüllt. Die in gewissem Sinne umgekehrte Subsidiarität im Verhältnis Nationalstaat – Europäische Union zeigt sich auch in der Formulierung des Art. 23 GG: Die Bundesrepublik unterwirft sich dem Regime der EU, so weit oder so lange diese einen „dem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet“.

7. Schlußbemerkungen

Die aus den vorstehenden Überlegungen resultierende Einsicht, dass das Subsidiaritätsprinzip kaum taugt, um die verschiedenen Entscheidungsebenen eines modernen Menschenrechtsschutzes festzulegen, bestätigt allgemeinere Zweifel an der normativen Tragfähigkeit des Prinzips³⁸. Ob eine Einheit von einer Aufgabe überfordert sei und somit die Kompetenz der höheren Ebene legitim erscheine, ist nicht durch „Anwendung“ des Subsidiaritätsprinzips zu lösen; sondern die Eigenart, die Dringlichkeit, das Bedürfnis nach Uniformität und Universalität einer Aufgabenerfüllung kann ein elementares Gerechtigkeitsproblem sein, das durch Interpretation formal vereinbarter Standards (konkret: der Konvention) zu lösen ist und nicht durch offene politische Prozesse oder durch bloßes Registrieren der Summe nationaler Entwicklungen. Es ist zu entscheiden, welche Anliegen so dringlich und unverzichtbar sind und eine möglichst weite Perspektive in Raum und Zeit voraussetzen, dass sie nicht dem politischen Prozess oder der lokalen Überzeugung überlassen werden dürfen, sondern zwingend für alle gelöst werden müssen. Ein solches Anliegen hat Europa im Schutz eines Kernbestands von Menschenrechten anerkannt, dessen Konkretisierung und Durchsetzung einem zentralen Entscheidungsverfahren unterstellt sind.

³⁷ Zur Praxis der „Solange“-Beschlüsse und zur Auswirkung auf die Formulierung von Art. 23 GG vgl. z.B. J. Pernice, Art. 23 GG, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, Tübingen 1998, Rz. 75 ff.

³⁸ J. P. Müller (Anm. 3), S. 50 f.

