

III. Subsidiarität im Menschenrechtsverbund der EMRK



Inhaltsverzeichnis

A. Kontextualisierung des Begriffs der Subsidiarität der EMRK.....	33
1. Begründung des Subsidiaritätsbegriffs als Rechtsprinzip.....	33
2. Das Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis Individuum – Gesellschaft – Staat.....	34
3. Subsidiarität im interinstitutionellen Verhältnis.....	38
a. Teleologische Begründung im interinstitutionellen Verhältnis.....	39
b. Formen der Subsidiarität im interinstitutionellen Kontext.....	41
4. Verwendung des Subsidiaritätsbegriffs in weiteren Zusammenhängen.....	50
5. Zusammenfassende Betrachtung zu den verschiedenen Subsidiaritätsformen.....	52
B. Subsidiarität in der EMRK.....	53
1. Vergleichende Einordnung des Subsidiaritätsbegriffs der EMRK.....	54
a. Subsidiarität als Kompetenzzuweisungsregel.....	55
b. Nationale Behörden als Subsidiaritätsverpflichtete.....	57
c. Keine <i>subsidiarité concurrence</i>	58
2. Dimensionen des Subsidiaritätsbegriffs in der EMRK.....	60
a. Subsidiarität als unverbindliche Kompetenzzuweisungsmaxime.....	61
b. Subsidiarität als an den EGMR gerichtete Kompetenzzuweisungsregel.....	62
c. Terminologische Abgrenzungen.....	64
3. Dogmatische Grundlagen und Ausprägungen des Subsidiaritätsgrundsatzes als Kompetenzzuweisungsregel.....	66
a. Frühe Rechtsprechung des EGMR.....	66
b. Anwendungsbereich des Subsidiaritätsprinzips als <i>Kompetenzzuweisungsregel</i>	69
c. Künftige Verankerung in der Präambel der EMRK.....	72
4. Bedeutung für die Tatsachenfeststellung unter der EMRK.....	74
a. Begründung des Subsidiaritätsgrundsatzes.....	77
b. Der EGMR als erstinstanzliches Tatsachengericht: Konstellationen.....	81

Der Subsidiaritätsgrundsatz ist in der Diskussion um die EMRK in aller Munde. Von den einen wird er angerufen, um eine vermeintlich unzulässige Kompetenzzanmaßung des EGMR zu kritisieren,¹ von den anderen, um Eingriffe des EGMR in die nationalen Rechtsordnungen gerade zu rechtfertigen.² Dass der Subsidiaritätsgrundsatz im politischen und juristischen Diskurs zur Legitimation entgegengesetzter Positionen verwendet wird, spiegelt dessen inhaltliche Unschärfe³ und Ambivalenz wider.⁴ Teilweise wird zudem verkannt, dass es sich beim Subsidiaritätsgrundsatz nicht um eine Norm handelt, die einen absoluten Geltungsanspruch erheben würde;⁵ als *Grundsatz* oder *Prinzip* setzt Subsidiarität keine umfassende Verwirklichung voraus, sondern lässt eine graduelle Beachtung und Abwägung mit anderen Prinzipien zu.⁶ Angesichts der Unschärfen, welche der Subsidiaritätsgrundsatz in der aktuellen Diskussion um die EMRK aufweist,⁷ erscheint es sinnvoll, nachfolgend in einem ersten Schritt ein präzises juristisches Verständnis des Begriffs und seiner Tragweite unter der EMRK zu entwickeln.

Einer der Hauptgründe für die diffuse Verwendung des Subsidiaritätsbegriffs scheint darin zu bestehen, dass schon in der Ideengeschichte variierende Konzeptionen von Subsidiarität existieren.⁸ Der Grundsatz hat darüber hinaus in verschiedenen Rechtsordnungen Niederschlag gefunden und wird selbst innerhalb dieser Rechtsordnungen teilweise verschieden begründet und ausgedeutet.⁹ Der unbedachte Rückgriff auf einen uniformen, in dieser Form nicht existierenden Subsidiaritätsbegriff verdeckt vielerorts den Blick auf die Eigenheiten des Subsidiaritätsbegriffs der EMRK.¹⁰

Bevor daher auf den Gehalt des Subsidiaritätsbegriffs im Kontext der EMRK eingegangen wird¹¹ soll der Begriff kontextualisiert, sollen seine unterschiedlichen

¹ So Ständerat Caroni, S. 417 ff., über Urteile, welche die Frage aufwerfen würden, ob denn eine gerichtliche Institution richtig funktioniere und für den internationalen Bereich auf den EGMR verweist, dem mit dem 15. Zusatzprotokoll klar gemacht werde, dass er keine vierte Instanz sei. Vgl. aus dem parlamentarischen Kontext auch die Motion Lustenberger, welche den Bundesrat beauftragt, „sich auf allen relevanten Ebenen [...] vermehrt für die Einhaltung und Durchsetzung des Subsidiaritätsprinzips und die Berücksichtigung der nationalen Rechtsordnungen bei der Rechtsprechung des EGMR einzusetzen“ und das Votum von Nationalrätin Elisabeth Schneider-Schneider in den parlamentarischen Beratungen zum Bericht des Bundesrates zu den Erfahrungen und Perspektiven des EMRK-Beitritts, Amtl. Bull NR 2016 367. Aus der öffentlichen Diskussion vgl. Pfiffner/Bollinger, mit ausdrücklicher Bezugnahme auf den Subsidiaritätsgrundsatz.

² Vgl. Keller/Müller, Rn. 93. Vgl. zudem die Voten von Nationalrat Claude Bégli in den parlamentarischen Beratungen zum Bericht des Bundesrates zu den Erfahrungen und Perspektiven des EMRK-Beitritts, Amtl. Bull NR 2016 365 ff.

³ Biaggini, in: BSK BV, Rn. 33 zu Art. 5a BV; spezifischer zur „Begriffsverwirrung“ unter der EMRK Christoffersen, S. 4.

⁴ Vgl. auch Leurquin-de Visscher, S. 23, die von einer „Janusköpfigkeit“ des Prinzips spricht.

⁵ Biaggini, in: BSK BV, Rn. 35 zu Art. 5a BV.

⁶ Hoffmann, S. 6. Spezifisch zum schweizerischen Recht Biaggini, BV Kommentar, Rn. 12 zu Art. 5a BV.

⁷ Zum selben Schluss kommt mit Bezug auf die *margin-of-appreciation*-Doktrin als Ausprägung des Subsidiaritätsgrundsatzes auch Arnadóttir, S. 27.

⁸ Vgl. dazu Follesdal, S. 9 ff.

⁹ In diesem Sinne wird der Subsidiaritätsprinzip schon nur für das schweizerische Staatsrecht als „schillernder“ Begriff bezeichnet, der sich als Strukturprinzip nicht eigne; vgl. Tschannen, § 6 Rn. 4.

¹⁰ Zu Recht wird daher darauf hingewiesen, dass Subsidiaritätskonzepte existieren, und nicht ein Konzept in verschiedenen Ausprägungen; vgl. Besson, S. 86 (Fn. 87).

¹¹ Vgl. dazu nachfolgend, III. B.

Bedeutungen in verschiedenen Rechtsordnungen aufgezeigt werden.¹² Diese Kontextualisierung erlaubt es, in einem zweiten Schritt eine genaue Vorstellung des Subsidiaritätsbegriffs der EMRK zu gewinnen und seine verschiedenen Wirkungsebenen darzulegen.¹³ Dem Thema der vorliegenden Arbeit entsprechend wird dabei zum Schluss des zweiten Hauptteils dieses Kapitels die Wirkungsebene der Tatsachenfeststellung in den Vordergrund gerückt.¹⁴

A. Kontextualisierung des Begriffs der Subsidiarität der EMRK

1. Begründung des Subsidiaritätsbegriffs als Rechtsprinzip

Das Konzept der Subsidiarität ist alt. Es wurzelt in der antiken Philosophie und gerade bei Aristoteles finden sich erste Ansätze, die später durch Thomas von Aquin weiterentwickelt wurden.¹⁵ Dem Inhalt nach existierte das Konzept schon lange,¹⁶ als der Begriff im 20. Jahrhundert durch die katholische Soziallehre für den heutigen Gebrauch geprägt wurde.¹⁷ Es ist hier nicht der Platz, die etymologische¹⁸ und historische¹⁹ Entwicklung des Subsidiaritätsprinzips im Einzelnen nachzuzeichnen. Anknüpfen lässt sich an den Diskurs im frühen 20. Jahrhundert. Vielerorts zitiert wird Papst Pius XI., welcher das Subsidiaritätsprinzip in der Enzyklika *Quadragesimo Anno* von 1931 wie folgt ausformulierte:

„Wenn es nämlich auch zutrifft, was ja die Geschichte deutlich bestätigt, daß unter den veränderten Verhältnissen manche Aufgaben, die früher leicht von kleineren Gemeinwesen geleistet wurden, nur mehr von großen bewältigt werden können, so muß doch allzeit unverrückbar jener höchst gewichtige sozialphilosophische Grundsatz festgehalten werden, an dem nicht zu rütteln noch zu deuteln ist: Wie dasjenige, was der Einzelmensch aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten kann, ihm nicht entzogen und der Gesellschaftstätigkeit zugewiesen werden darf, so verstößt es gegen die Gerechtigkeit, das, was die kleineren und untergeordneten Gemeinwesen leisten und zum guten Ende führen können, für die weitere und übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen; zugleich ist es überaus nachteilig und verwirrt die ganze Gesellschaftsordnung. Jedwede Gesellschaftstätigkeit ist ja ihrem Wesen und Begriff nach subsidiär; sie soll die Glieder des Sozialkörpers unterstützen, darf sie aber niemals zerschlagen oder aufsaugen.“²⁰

Diese Textstelle aus *Quadragesimo Anno* wurde nach 1931 zu einem gemeinsamen Bezugspunkt der unterschiedlichen Ausdeutungen des Subsidiaritätsprinzips.²¹

¹²Vgl. dazu nachfolgend, III. A.

¹³Vgl. dazu nachfolgend, III. B.

¹⁴Vgl. dazu nachfolgend, III. B. 4.

¹⁵Aroney, S. 9 ff.

¹⁶Szymczak, S. 19.

¹⁷Siehe dazu beispielsweise Gabriel, S. 11 ff. oder McKinley, S. 29 ff. Einige andere Autoren verweisen bezüglich der ideengeschichtlichen Herkunft des Subsidiaritätsgrundsatzes auf den Freiheitsgedanken liberaler Rechtsstaatlichkeit, vgl. Kadelbach, in: Komm. Unionsrecht, Rn. 25 zu Art. 5 EUV, m.w.H.

¹⁸Vgl. hierfür beispielsweise Hoffmann, S. 5 f. oder Leurquin-de Visscher, S. 23 f.

¹⁹Vgl. aber Miklušćák, S. 23 ff., Höffe, S. 13 ff. und Millon-Delsol, S. 9 ff.

²⁰Pius XI., Nr. 79.

²¹Isensee, S. 334.

Gemäß Papst Pius XI. begründet Subsidiarität als „sozialphilosophischer Grundsatz“ einen Handlungsvorrang der Einzelperson gegenüber jeder Gesellschaftstätigkeit: „[...] dasjenige, was der Einzelmensch aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten kann, [darf] ihm nicht entzogen und der Gesellschaftstätigkeit zugewiesen werden“. Gemäß dem personalistischen Begründungsansatz von Papst Pius XI. verfolgt das Subsidiaritätsprinzip letztlich den Zweck, Freiheit und Selbstverantwortung der Einzelperson zu wahren. Papst Pius XI. übertrug den Gedanken auf das Verhältnis zwischen Gemeinwesen verschiedener Hierarchiestufen:²² „[...] [es] verstößt gegen die Gerechtigkeit, das, was die kleineren und untergeordneten Gemeinwesen leisten und zu einem guten Ende führen können, für die [...] übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen.“

Der von Papst Pius XI. formulierte „sozialphilosophische Grundsatz“ entfaltete seither in verschiedenen Kontexten unterschiedliche Wirkungen. Verwendet wurde das Subsidiaritätsprinzip zunächst als Abgrenzungskriterium zwischen Privat- und Staatssphäre.²³ Die Begründung und Funktion des Subsidiaritätsprinzips in diesem Kontext ist allerdings nach hier vertretener Auffassung nicht deckungsgleich mit der normativen Legitimation des Subsidiaritätsgrundsatzes im Verhältnis verschiedener Gemeinwesen beziehungsweise Institutionen. Um diese letztere Form von Subsidiarität geht es aber dem Grundsatz nach im Verhältnis zwischen den innerstaatlichen Behörden und dem EGMR.²⁴ Bevor nachfolgend die „interinstitutionelle“ Ausprägung des Subsidiaritätsgedankens in den Blick genommen wird, soll anhand einzelner Bestimmungen der schweizerischen Rechtsordnung dessen Begründung im Verhältnis zwischen Individuum und Staat betrachtet werden.

2. Das Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis Individuum – Gesellschaft – Staat

Subsidiarität dient dem ursprünglichen Gedanken nach dazu, individuelle Handlungsspielräume gegen eine Vereinnahmung durch (staatliche) Kollektive abzusichern.²⁵ Anwendbar ist das Prinzip immer, wenn das Individuum einer Gemeinschaft gegenüber steht und eigenverantwortliches Handeln von Gemeinschaftstätigkeit abzugrenzen ist.²⁶ Als liberales²⁷ verfassungsrechtliches Prinzip bindet Subsidiarität die staatliche Hoheitsgewalt zugunsten der Freiheit der Einzelnen und gesellschaftlicher

²²Vgl. Hoffmann, S. 8, die aufgrund dieser Übertragung von einem „personalistischen“ Ansatz von Papst Pius XI. spricht.

²³Im belgischen Rechtsdiskurs wird der Subsidiaritätsgrundsatz in dieser Ausprägung als „subsidiarité fonctionnelle“ bezeichnet. Als Gegenstück fungiert für den Subsidiaritätsgrundsatz im interinstitutionellen Verhältnis der Begriff „subsidiarité territoriale“. Vgl. Leurquin-de Visscher, S. 24.

²⁴Vgl. Szymczak, S. 22 ff., der auf verschiedene Unterschiede in diesem Zusammenhang hinweist.

²⁵Millon-Delsol, S. 36.

²⁶Vgl. Tschannen, § 6 Rz. 4.

²⁷Vgl. D'Atena, S. 330.

Initiative zurück.²⁸ Umgekehrt werden die Einzelnen und die Gesellschaft durch das Subsidiaritätsprinzip aber auch in die Pflicht genommen, eigenverantwortlich zu handeln.²⁹

Der Wortlaut von Art. 5a BV³⁰ – eine Norm in den allgemeinen Bestimmungen der schweizerischen Bundesverfassung – ließe sich so verstehen, dass der Verfassungsgeber ein allgemeines Subsidiaritätsprinzip verankern wollte. Nach Auffassung der vorherrschenden Lehre beschlägt das Subsidiaritätsprinzip gemäß Art. 5a BV das Verhältnis zwischen den Einzelnen, der Gesellschaft und dem Staat jedoch nicht. Sein Anwendungsbereich ist vielmehr auf die Beziehungen zwischen Bund, Kantonen und Gemeinden und damit auf das Verhältnis der verschiedenen staatlichen Ebenen beschränkt.³¹ Aus ebendiesem Grund wird auch abgelehnt, unter Rückgriff auf ein allgemeines bundesverfassungsrechtliches Subsidiaritätsprinzip staatliche beziehungsweise öffentlich-rechtliche Wirtschaftstätigkeit zugunsten einer erhöhten Wirkungsmöglichkeit Privater zurückzubinden.³² Auch das Bundesgericht ist der Auffassung, dass sich Art. 5a BV „nach seiner Entstehungsgeschichte und Konzeption in erster Linie auf das Verhältnis zwischen den verschiedenen Staatsebenen“ bezieht und nicht „auf das Verhältnis zwischen Staat und Privatwirtschaft“ übertragen werden kann.³³

Das Subsidiaritätsprinzip gemäß Art. 5a BV betrifft damit nach herrschender Lehre und Rechtsprechung lediglich das interinstitutionelle Verhältnis der verschiedenen Staatsebenen. Ein allgemeines Subsidiaritätsprinzip, das neben den interinstitutionellen Verhältnissen auch die Beziehungen zwischen Staat und Individuen betreffen würde, existiert im schweizerischen Bundesverfassungsrecht – im Unterschied zum EU-Recht³⁴ und zum italienischen Verfassungsrecht³⁵ – nicht und lässt sich auch aus Art. 6 BV nicht ableiten.³⁶ Dies schließt nicht aus, dass die Bundesverfassung das Subsidiaritätsprinzip zur Regelung des Verhältnisses zwischen Staat, Individuum und Gesellschaft bereichsspezifisch – mindestens dem Gedanken nach – dennoch heranzieht; seine Geltung bleibt aber auf den jeweils einschlägigen Bereich beschränkt.³⁷

²⁸Vgl. für das schweizerische Verfassungsrecht Richli, *Rechtlicher Gehalt*, S. 58; Schweizer/Müller, in: *SG Kommentar BV*, Rn. 7 zu Art. 5a BV, mit Hinweis auf Art. 6 BV, Art. 2 Abs. 3 BV, Art. 12 BV und Art. 41 Abs. 1 BV; Tschannen, § 19 Rz. 13, mit Hinweis auf Art. 6 BV, Art. 41 Abs. 1 BV, Art. 94 Abs. 2 BV, Art. 102 Abs. 1 BV und Art. 104 Abs. 2 BV.

²⁹Diese Doppelnatur kommt insbesondere in Art. 6 BV zum Ausdruck, vgl. dazu Gächter/Reinold-Burch, in: *BSK BV*, Rn. 11 zu Art. 41 BV.

³⁰Die Bestimmung hat folgenden Wortlaut: „Bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben ist der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten.“

³¹Vgl. die Hinweise zur Entstehungsgeschichte bei Biaggini, in: *BSK BV*, Rn. 16 ff. zu Art. 5a BV.

³²Vgl. Müller, Rn. 16.

³³BGE 138 I 378 E. 8.4.

³⁴Vgl. Kadelbach, in: *Komm. Unionsrecht*, Rn. 27 zu Art. 5 EUV, mit Hinweis auf den 13. Erwägungsgrund des EUV.

³⁵Vgl. Art. 118 Abs. 4 der italienischen Verfassung, wonach der Staat, die Regionen, die Hauptstadtgemeinden, die Provinzen und die Gemeinden die selbständige Initiative der einzelnen Bürgerinnen und Bürger sowie der Bürgervereine zur Durchführung von Tätigkeiten des allgemeinen Interesses aufgrund des Subsidiaritätsprinzips stärken; Übersetzung aus D'Atena, S. 332.

³⁶Zum Ganzen Müller, Rn. 17.

³⁷Zum Ganzen Müller Jörg Paul, Rn. 17.

Als Ausdruck des Subsidiaritätsgedankens im Verhältnis zwischen Individuum und Staat können in diesem Sinne zunächst die aus den bundesverfassungsrechtlichen Grundrechten abgeleiteten staatlichen Handlungspflichten gedeutet werden. Die Grundrechte verbieten dem Staat nämlich nicht nur gewisse Eingriffe in die Privatsphäre, sondern verpflichten ihn – teils ausdrücklich (Art. 12 BV [Recht auf Hilfe in Notlagen], Art. 19 BV [Anspruch auf Grundschulunterricht], Art. 29 Abs. 3 BV [Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsbeistand im Falle der Bedürftigkeit], sog. „originäre Leistungsrechte“), teils implizit (z. B. Anspruch auf Benützung öffentlichen Grunds im Zusammenhang mit den Kommunikationsgrundrechten) – auch zu aktivem Tun.³⁸ Der moderne schweizerische Bundesstaat ist kein „Nachwächterstaat“, der sich darauf beschränken würde, die Sicherheit seiner Bürgerinnen und Bürger zu gewährleisten.³⁹ Er muss auch für eine minimale Chancengleichheit eintreten und im Interesse des Gemeinwohls Aufgaben übernehmen, welche die Kräfte der Einzelnen übersteigen.⁴⁰ Diese Verpflichtungen des Staates schließen jedoch nicht aus, dass Private selbstständig handeln. Beispielsweise können Eltern ihre Kinder trotz Art. 19 BV in privaten Institutionen beschulen lassen⁴¹ oder sogar selbst die Ausbildung organisieren.⁴² Diese Konzeption ist genuiner Ausdruck des Subsidiaritätsgrundsatzes: Private erhalten – gelegentlich unter staatlicher Aufsicht – die Möglichkeit, selbstverantwortlich zu handeln; wo sie darauf verzichten, gewährleistet der Staat die Einhaltung der Grundrechte.

In einem bereichsspezifischen Sinne kommt der Subsidiaritätsgrundsatz auch im Sozial(hilfe)recht zur Anwendung: Staatliche Hilfe soll nur dann beansprucht werden dürfen, wenn und soweit die bedürftige Person sich nicht selber helfen kann oder wenn Hilfe von dritter – privater – Seite nicht oder nicht rechtzeitig erhältlich ist.⁴³ Ein Anspruch auf Nothilfe besteht in diesem Sinne nur dann, wenn jemand „nicht in der Lage ist, für sich selbst zu sorgen“ (Art. 12 BV).⁴⁴ Laut Bundesgericht sind hilfeschuchende Personen *aufgrund des Subsidiaritätsgrundsatzes* verpflichtet, „alles

³⁸Vgl. Kiener/Kälin, S. 35 f.

³⁹Vgl. Looser, S. 21.

⁴⁰Vgl. zur Entwicklung in der Schweiz Kley, Geschichte des öffentlichen Rechts, S. 293 ff.

⁴¹In einem irischen Fall, in welchem die Gerichtsmehrheit des EGMR im Zusammenhang des sexuellen Missbrauchs von Kindern an einer privaten (kirchlich finanzierten) Schule die Verletzung positiver Schutzpflichten durch den irischen Staat bejahte, nahm die Gerichtsminderheit interessanterweise auf den Subsidiaritätsgrundsatz Bezug; vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 28. Januar 2014, *O’Keefee v. Irland*, Joint Partly Dissenting Opinion Zupančić, Gyulumyan, Kalaydjieva, De Gaetano und Wojtyczek, § 7: „The notion of a democratic society may flourish only in a State that respects the principle of subsidiarity. A democratic society may flourish only in a State that respects the principle of subsidiarity and allows the different social actors to self-regulate their activities. [...] Legislation pertaining to private education should respect the legitimate autonomy of private schools. [...] It is clear that the democratic State has to respect the education choices of the parents as well as the parents’ primary responsibility for the development and well-being of their children.“

⁴²Vgl. Kiener/Kälin, S. 466 f., wobei in solchen Fällen – selbstverständlich – eine staatliche Aufsicht erforderlich ist.

⁴³Vgl. SKOS-Richtlinien, Abschn. A. 4 zu den Grundprinzipien der Sozialhilfe.

⁴⁴Vgl. dazu auch Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Rn. 916.

Zumutbare zur Behebung der eigenen Notlage zu unternehmen“.⁴⁵ Staatliches Handeln kommt also erst in Frage, wenn trotz Wahrnehmung der Selbstverantwortung eine Notlage besteht. Als Ausdruck des Subsidiaritätsgrundsatzes zu lesen sind neben Art. 12 BV auch Art. 6 BV⁴⁶ (die bundesverfassungsrechtliche Grundsatznorm zur „individuellen und gesellschaftlichen Verantwortung“) und Art. 41 Abs. 1 BV⁴⁷ (die Sozialziele).⁴⁸ Zwar könnte gegen die Heranziehung des Begriffs der Subsidiarität im Kontext der Sozialverfassung argumentiert werden, dass die Schutzrichtung der Subsidiarität hier gewissermaßen „umgekehrt“ verläuft und nicht die Individuen vor einem ungerechtfertigten Tätigwerden des Staats geschützt werden, sondern der Staat vor einer übermäßigen (finanziellen) Inanspruchnahme durch die Privaten. In der Literatur wird jedoch zu Recht darauf hingewiesen, dass diese Normen nicht nur die Bürgerinnen in die Pflicht nehmen, sondern auch den Staat in die Schranken weisen, indem sie (den Gesetzgeber) daran erinnern, dass eine Bevormundung der Menschen zu vermeiden ist.⁴⁹ Eine ähnliche Funktion wie im Sozialrecht kommt dem Subsidiaritätsgrundsatz im Bereich grundsatzwidriger Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit (Art. 103 BV) sowie der staatlichen Förderung der Landwirtschaftsbetriebe zu (vgl. Art. 104 Abs. 2 BV).⁵⁰ Auch hier soll der Bund nur eingreifen, wenn und soweit sich die Landwirtschaftsbranche nicht selber helfen kann.⁵¹

Im Unterschied zur Bundesverfassung beziehen verschiedene kantonale Verfassungen den Subsidiaritätsgrundsatz nicht nur bereichsspezifisch auf die Verhältnisse zwischen Staat und Individuen, sondern sehen diesbezüglich eine allgemeine Geltung vor. Gemäß Art. 3 Abs. 2 KV/FR verfolgt der Staat seine Ziele „in Achtung der Freiheit und Verantwortung des Menschen sowie des Subsidiaritätsprinzips“; Art. 52 Abs. 1 KV/FR wiederholt, dass staatliches Handeln unter anderem auf dem Grundsatz der Subsidiarität beruhen müsse. Aus dem Wortlaut dieser beiden Bestimmungen wird nicht deutlich, ob neben dem offensichtlich angesprochenen Verhältnis zwischen Staat, Individuum und Gesellschaft auch das Verhältnis zwischen Kanton und Gemeinden angesprochen wird. Diesbezüglich etwas spezifischer gefasst ist beispielsweise die Zürcher Kantonsverfassung, die nur im Zusammenhang mit der Regelung des Verhältnisses zwischen Staat, Individuum und Gesellschaft ausdrücklich auf den Subsidiaritätsgrundsatz Bezug nimmt (Art. 5 KV/ZH).⁵² Während Art. 5

⁴⁵ BGE 130 I 71 E. 5.3.

⁴⁶ „Jede Person nimmt *Verantwortung für sich selber wahr* [...] [Hervorhebung durch den Verfasser].“

⁴⁷ „Bund und Kantone setzen sich *in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative* dafür ein, dass: [...] [Hervorhebung durch den Verfasser].“

⁴⁸ Vgl. Gächter/Werder, in: BSK BV, Rn. 14 ff. zu Art. 41 BV; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Rn. 911.

⁴⁹ Vgl. Mader, S. 698 f.

⁵⁰ „*Ergänzend zur zumutbaren Selbsthilfe* der Landwirtschaft [...] fördert der Bund die bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebe [Hervorhebung durch den Verfasser].“

⁵¹ Vgl. Oesch, in: BSK BV, Rn. 32 zu Art. 104 BV.

⁵² Vgl. Müller, in: Kommentar KV/ZH, Rn. 4 zu Art. 5 KV/ZH. Nicht ausdrücklich, sondern nur dem Sinne nach kommt das Subsidiaritätsprinzip in der KV/ZH bei der Regelung des Verhältnisses zwischen Kanton und Gemeinden zur Anwendung, vgl. Müller, in: Kommentar KV/ZH, Rn. 1 ff. zu Art. 97 KV/ZH.

Abs. 1 und 2 KV/ZH die Verantwortung jeder Person für sich selbst und die Nachrangigkeit staatlicher Unterstützung betonen,⁵³ regelt Art. 5 Abs. 3 KV/ZH⁵⁴ das Verhältnis zwischen Staat und Wirtschaft und statuiert im Sinne eines „Organisationsprinzips für den Wettbewerb“ den (nicht justiziablen) Vorrang privater Wirtschaftstätigkeit vor staatlicher Wirtschaftstätigkeit.⁵⁵ Einen mit Art. 5 Abs. 3 KV/ZH vergleichbaren normativen Gehalt besitzen § 4 Abs. 2 KV/LU,⁵⁶ § 5 Abs. 1 KV/SZ⁵⁷ und Art. 27 Abs. 3 KV/AR.⁵⁸

3. Subsidiarität im interinstitutionellen Verhältnis

Wie oben dargelegt regelt Subsidiarität nach dem durch Papst Pius XI. begründeten Verständnis nicht nur das Verhältnis von Individuum, Gesellschaft und Staat, sondern grenzt auch die Kompetenzbereiche von Institutionen und Gemeinwesen verschiedener Hierarchiestufen voneinander ab. In dieser Kompetenzabgrenzungsfunktion hat sich das Subsidiaritätsprinzip seither in zahlreichen föderalistischen Verfassungen und im Recht internationaler und supranationaler Organisationen niedergeschlagen.⁵⁹

Die personale Begründung des Subsidiaritätsprinzips, wie sie für die Abgrenzung der Einflussbereiche von Staat und Einzelpersonen herangezogen wird, passt indes nicht ohne Modifikationen, wenn es um den organisatorischen Aufbau eines Bundesstaats, Staatenverbunds oder die Regelung des Verhältnisses zwischen nationalen und internationalen Institutionen geht.⁶⁰ Bevor nachfolgend verschiedene Erscheinungsformen des Subsidiaritätsgrundsatzes im interinstitutionellen Verhältnis dargelegt werden, soll daher aufgezeigt werden, dass sich die teleologische Begründung des Subsidiaritätsgrundsatzes im interinstitutionellen Verhältnis von derjenigen im Verhältnis zwischen Individuum, Gesellschaft und Staat unterscheidet.

⁵³Vgl. Müller, in: Kommentar KV/ZH, Rn. 13 ff. zu Art. 5 KV/ZH.

⁵⁴„Sie [der Kanton und die Gemeinden] nehmen Aufgaben von öffentlichem Interesse wahr, soweit Private sie nicht angemessen erfüllen.“

⁵⁵Vgl. Müller, in: Kommentar KV/ZH, Rn. 22 ff. zu Art. 5 KV/ZH. Nach Müller bleibt die Leistungsfähigkeit des Subsidiaritätsbegriffs jedoch beschränkt, weil er aufgrund seiner Unbestimmtheit nicht justizierbar sei.

⁵⁶„Kanton und Gemeinden handeln nach dem Grundsatz der Subsidiarität. Sie übernehmen Aufgaben von öffentlichem Interesse, soweit Einzelne oder Organisationen sie nicht angemessen erfüllen. [...]“

⁵⁷„Der Staat nimmt Tätigkeiten von öffentlichem Interesse wahr, soweit Private diese nicht angemessen erfüllen können.“

⁵⁸„Der Kanton erfüllt nur Aufgaben, die nicht ebensogut von den Gemeinden oder von Privaten wahrgenommen werden können. [...]“ Vgl. Richli, Zweck und Aufgaben, S. 272 f., der dieser Bestimmung sogar Justizibilität zuspricht, weil sie als verfassungsmäßiges Recht zu qualifizieren sei.

⁵⁹Vgl. für einen Streifzug unten, III. A. 3. b.

⁶⁰In Bezug auf die EMRK Szymczak, S. 23.

a. Teleologische Begründung im interinstitutionellen Verhältnis

Zuweilen wird im Sinne eines personalistischen Begründungsansatzes das Subsidiaritätsprinzip auch im interinstitutionellen Verhältnis mit „Bürgernähe“ in Verbindung gebracht.⁶¹ Es ist denn auch nicht von der Hand zu weisen, dass die Behörden von Gemeinwesen tieferer Hierarchiestufen aufgrund der örtlichen, persönlichen und auch sprachlichen Nähe den Einzelnen in der Regel eher zugänglich sind als Behörden höherer Hierarchiestufen (Gemeinden vor gliedstaatlichen Behörden; gliedstaatliche Behörden vor bundesstaatlichen Behörden; nationale Behörden vor supra- oder internationalen Behörden).⁶² Hinzu kommt, dass die Stimmkraft und die Einflussmöglichkeiten einer Einzelperson in einem kleineren Gemeinwesen naturgemäß grösser sind als in einem größeren Gemeinwesen, so dass auch das Argument der Selbstbestimmung öfters mit Subsidiarität in Verbindung gebracht wird.⁶³ Mittelbar hilft das Subsidiaritätsprinzip insofern *auch* der Entfaltung persönlicher Freiheit. Persönliche Freiheit und Mitbestimmung sind aber nur die mittelbare Folge, nicht der Zweck des Subsidiaritätsprinzips im Verhältnis zwischen verschiedenen Gemeinwesen.⁶⁴

Staatliche und völkerrechtliche Institutionen sind nämlich keine natürlichen Personen, die aus eigenem Recht des rechtlichen Schutzes ihrer Freiheit bedürften.⁶⁵ Nach einem liberalen Verständnis besitzt der Staat – und das gilt für sämtliche Institutionen auf allen Ebenen – keinen Selbstzweck, sondern legitimiert sich erst dadurch, dass er den Einzelnen die Ausübung ihrer Freiheit ermöglicht.⁶⁶ Dieser Idee folgend bestimmte der Herrenchiemseer Verfassungsentwurf von 1948 an vorderster Stelle: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen“ (Art. 1 Abs. 1). Dieser Gedanke gilt (selbstverständlich) auch dann, wenn verschiedene Staatsebenen zusammenwirken oder zu einem bestimmten Zweck eine inter- oder supranationale Organisation gegründet wird und bereichsspezifisch zu den nationalen Behörden hinzutritt. Staatliche und völkerrechtliche Institutionen existieren nur zur Verwirklichung des verfassungs- oder vertragsrechtlich vorgegebenen Zwecks, und die Aufgaben innerhalb dieser Institutionen müssen in erster Linie so verteilt werden, dass diesem Zweck Genüge getan wird. Der Subsidiaritätsgrundsatz schützt in einem Mehrebenenverbund daher nicht vorrangig die Institutionen einer bestimmten Ebene, sondern zielt darauf ab, *zweckmäßige*, und das heißt zuallererst: effiziente Strukturen zu schaffen.⁶⁷ Die

⁶¹ Vgl. Hoffmann, S. 12, die in diesem personalen Begründungsansatz eine Wertbezogenheit erblickt, welche den Subsidiaritätsgrundsatz von einer „allein im Interesse größerer Effizienz erfolgenden Dezentralisierung und [von] rein rechtstechnischen Regeln“ unterscheidet.

⁶² Vgl. Botschaft Neugestaltung des Finanzausgleichs, S. 2304 f.

⁶³ Vgl. die Darstellung und Kritik eines „föderalistischen“ Subsidiaritätsbegriffs, der diese Eigenschaften als eigentlichen Zweck des Subsidiaritätsgedankens begreift bei Follesdal, S. 11 ff.

⁶⁴ Anderer Ansicht offenbar Besson, S. 98 ff.

⁶⁵ Vgl. Schumacher, S. 292, m.w.H. Anders argumentieren würden wohl Vertreterinnen eines staatenzentrierten Verständnisses des Völkerrechts; vgl. Follesdal, S. 9, m.w.H. auf die ideengeschichtlichen Grundlagen eines solchen Subsidiaritätsverständnisses.

⁶⁶ Vgl. in Bezug auf (staatliche) Kollektive statt vieler Strenger, S. 18.

⁶⁷ Isensee, S. 373; Szymczak, S. 23. Anderer Meinung offenbar Hoffmann, S. 12.

Kompetenzen im Mehrebenenverbund sollen aufgrund des Subsidiaritätsprinzips so verteilt werden, dass das übergeordnete Ziel des Zusammenwirkens der verschiedenen Ebenen erreicht werden kann.

Daraus fließt eine zentrale Einsicht, die vielerorts vergessen geht, wenn über Subsidiarität diskutiert wird: Das Subsidiaritätsprinzip gebietet nicht nur, Aufgaben – wo möglich – auf der „tiefstmöglichen“ staatlichen Ebene zu verwirklichen, sondern kann auch vorschreiben, Aufgaben zu zentralisieren und vom Individuum zu „entfernen“, wenn dies nötig ist, um den vorgegebenen Zweck zu erfüllen. Dass der Subsidiaritätsgrundsatz im interinstitutionellen Verhältnis nicht in erster Linie einer personalen Begründung folgt, zeigt sich unter anderem am Test, der herangezogen wird, um zu klären, ob eine einmal gegebene Kompetenzordnung mit dem Subsidiaritätsgrundsatz in Einklang steht: Gefragt wird nicht, ob die übergeordnete Ebene die Freiheit der Einzelnen übermäßig einschränkt, sondern ob die Kompetenzverteilung es erlaubt, den vorgegebenen Zweck zu erreichen. Ist die Antwort negativ, gebietet das Subsidiaritätsprinzip eine Kompetenzverlagerung entweder nach „unten“ (auf die untergeordneten, gewissermaßen umfassten Ebenen) oder nach „oben“ (auf die übergeordnete, gewissermaßen umfassende Ebene).⁶⁸ Das Subsidiaritätsprinzip ist also ein dynamisches Prinzip, das sowohl in Richtung einer Zentralisierung als auch Dezentralisierung weisen kann.⁶⁹

Dennoch verhält sich das Subsidiaritätsprinzip auch im Verhältnis verschiedener Gemeinwesen nicht indifferent zur Frage, welcher institutionellen Ebene eine Aufgabe zugewiesen werden soll, es ist keine *reine* Funktionalitätsregel.⁷⁰ Der Subsidiaritätsgrundsatz etabliert die Vermutung der Zuständigkeit der tieferen Ebene,⁷¹ weil diese einer natürlichen Vermutung zufolge besser in der Lage ist, Bedürfnisse der Menschen zu identifizieren und angepasste Lösungen zu finden.⁷² Die Zuständigkeit der höheren Ebene bedarf einer Rechtfertigung, die sich am Zweck des Mehrebenenverbunds orientiert.⁷³ Es muss entweder im Sinne eines Negativtests aufgezeigt werden, dass die tiefere Ebene nicht in der Lage ist, eine Aufgabe selbstständig zu erfüllen, oder im Sinne eines Positivtests, dass die übergeordnete Ebene besser in der Lage ist, eine Aufgabe zu erfüllen.⁷⁴ Besondere Bedeutung hat dieser

⁶⁸ Halberstam, S. 34. Für das schweizerische Verfassungsrecht vgl. auch Botschaft Neugestaltung des Finanzausgleichs, S. 2305.

⁶⁹ Feichtner, Rn. 3; Richli, Rechtlicher Gehalt, S. 48; Skouris, S. 1557. Instruktiv im Rahmen des Rechts der Europäischen Union in diesem Zusammenhang Nr. 3 des mittlerweile außer Kraft gesetzten Protokolls Nr. 30 zum Amsterdamer Vertrag vom 2.10.1997 (ABIEG 1997 C 340/105): „[...] Nach dem Subsidiaritätsprinzip kann die Tätigkeit der Gemeinschaft im Rahmen ihrer Befugnisse sowohl erweitert werden, wenn die Umstände dies erfordern, als auch eingeschränkt oder eingestellt werden, wenn sie nicht mehr gerechtfertigt ist.“

⁷⁰ D`Atena, S. 327.

⁷¹ So im Kontext der EMRK auch Cameron, der unter Subsidiarität versteht, dass die Letztentscheidungsbefugnis – wo möglich – bei den nationalen Behörden verortet sein müsse („[...] final decisions should be made nationally [where possible]“).

⁷² Leurquin-de Visscher, S. 23.

⁷³ Follesdal, S. 6; Hoffmann, S. 12; Isensee, S. 351.

⁷⁴ Besson, S. 98 ff.

Begründungszwang, wenn die Beantwortung der Eignungsfrage nicht von vornherein klar ist, die Entscheidung über die Zuordnung von Kompetenzen sich mithin in einem Grauzonenbereich bewegt.

Zusammengefasst bildet der subsidiaritätsrechtliche Begründungszwang einen Wall gegen die mitunter *dysfunktionalen* Zentralisierungs- und Nivellierungstendenzen, die politisch konstruierten Mehrebenensystemen innewohnen.⁷⁵ Mittelbar werden dadurch persönliche Freiheit und demokratische Mitbestimmung gestärkt. Hauptanliegen und Orientierungspunkt bleibt dabei immer die Funktionalität der Aufgabenverteilung im Hinblick auf einen konkret vorgegebenen Verbundzweck, der seinerseits immer den Individuen zugutekommen muss.

b. Formen der Subsidiarität im interinstitutionellen Kontext

Das Subsidiaritätsprinzip hat sich im interinstitutionellen Kontext in verschiedenen Ausprägungen in bundesstaatlichen Verfassungen manifestiert.⁷⁶ In neuerer Zeit wurde das Prinzip zudem dem Gedanken nach auch in die Gründungsverträge internationaler und supranationaler Organisationen aufgenommen.⁷⁷ Eine Anknüpfung an das Subsidiaritätsprinzip auch im internationalen Recht war aufgrund der strukturellen Ähnlichkeiten⁷⁸ naheliegend: Wie im bundesstaatlichen Kontext wirken im Rahmen internationaler beziehungsweise supranationaler Organisationen die Institutionen unterschiedlicher „Ebenen“ zusammen. Den Staaten als traditionellen Akteuren des Völkerrechts sind für einzelne Aufgabenbereiche internationale beziehungsweise supranationale Institutionen hinzugeordnet, so dass diesbezüglich eine „Konkurrenzsituation“ entsteht. Es lag und liegt aufgrund dieser Parallelität in der Ausgangslage nahe, das Subsidiaritätsprinzip auch zur Abgrenzung der Kompetenzbereiche im Verhältnis zwischen nationalen und internationalen beziehungsweise supranationalen Institutionen heranzuziehen.⁷⁹

Dennoch bestehen zentrale strukturelle Unterschiede zwischen Bundesstaaten und internationalen beziehungsweise supranationalen Organisationen, die sich auch auf die Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips auswirken. Im Bundesstaat liegt die Kompetenz, verfassungsrechtlich neue Kompetenzen des Bundes zu begründen, beim Bund und damit auf der „umfassenden Ebene“.⁸⁰ Deshalb sehen bundesstaatliche Verfassungen regelmäßig einen verfahrensrechtlichen Schutz der Gliedstaaten vor einer unzumutbaren Ausweitung der Bundeskompetenzen vor. Im Unterschied dazu liegt die *Kompetenz-Kompetenz* bei internationalen und supranationalen Organisationen bei den Mitgliedstaaten und damit auf der „umfassten Ebene“.

⁷⁵ Lesenswert in diesem Zusammenhang Talmon, S. 351.

⁷⁶ Vgl. dazu Tschannen, § 6 Rn. 4.

⁷⁷ Feichtner, Rn. 21. Ausführlich zum Subsidiaritätsgrundsatz im Völkerrecht Fastenrath, S. 475 ff.

⁷⁸ Vgl. zu den „formalen Voraussetzungen“ des Anwendungsbereichs des Subsidiaritätsprinzips Calliess, in: EUV Kommentar, Rn. 22 zu Art. 5 EUV.

⁷⁹ Vgl. dazu Feichtner, Rn. 19 ff.

⁸⁰ Vgl. Haller/Kölz/Gächter, Rn. 517 f.

Eine Änderung der vertragsrechtlichen Kompetenzverteilung zwischen Staaten und internationalen Organisation bedarf gemäß dem Konsensprinzip der Zustimmung sämtlicher Mitgliedstaaten. Dies macht einen rechtlichen Schutz der Mitgliedstaaten zumindest für die primäre (vertragsrechtliche) Kompetenzzuweisung entbehrlich,⁸¹ was zur Folge hat, dass dem Subsidiaritätsgrundsatz – wo er dem Gedanken nach in Bezug auf die Kompetenzzuweisung dennoch angesprochen wird – in erster Linie legitimatorischer Charakter zukommt.⁸² In der EU findet das Subsidiaritätsprinzip gemäß Art. 5 Abs. 3 EUV aus diesem Grund keine Anwendung auf die originäre Kompetenzverteilung, bei der das Subsidiaritätsprinzip nur eine politische Leitlinie sein kann, sondern ist nur dann von rechtlicher Relevanz, wenn geteilte („konkurrierende“) Kompetenzen oder Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen in Frage stehen.⁸³

Der Sache nach geht es bei den verfassungs- und vertragsrechtlich teilweise vorgesehenen konkurrierenden Kompetenzen freilich um dieselbe Frage wie bei der eben beschriebenen „primären Kompetenzzuweisung“,⁸⁴ nämlich um die Abgrenzung der Zuständigkeiten der verschiedenen beteiligten Gemeinwesen und ihrer Institutionen. Bei konkurrierenden Kompetenzen ist die Zuständigkeitsfrage jedoch nicht von vornherein verfassungs- beziehungsweise völkervertragsrechtlich geklärt. Vielmehr geht die Zuständigkeit der untergeordneten Ebene erst unter, wenn die Kompetenz durch die übergeordnete Ebene tatsächlich ausgeübt wird.⁸⁵ Vor einem solchen Tätigwerden der übergeordneten Ebene bleibt die untergeordnete Ebene zuständig. Konkurrierende Kompetenzen sind also Kompetenzen mit *nachträglich derogatorischer* Wirkung.⁸⁶

Nicht nur bundesstaatliche Verfassungen sehen solche konkurrierenden Kompetenzen vor, sondern auch die Gründungsverträge internationaler und supranationaler Institutionen.⁸⁷ Den Bundesinstitutionen beziehungsweise den internationalen Institutionen stellt sich in Bezug auf solche konkurrierende Kompetenzen die Frage, ob sie sie ausüben und die Zuständigkeitsfrage damit zu ihren Gunsten entscheiden sollen. Der Entscheid wird verfassungs- und völkervertragsrechtlich typischerweise nicht dem freien Ermessen der übergeordneten Institutionen überlassen. Verschiedene Verfassungen und Gründungsverträge stellen die Ausübung einer konkurrierenden Kompetenz unter den Vorbehalt des Subsidiaritätsprinzips.⁸⁸ Subsidiarität ist

⁸¹ Vgl. in Bezug auf die EU Calliess, in: EUV Kommentar, Rn. 21 zu Art. 5 EUV; Skouris, S. 1551.

⁸² Vgl. Feichtner, Rn. 21, mit einigen Beispielen für völkerrechtliche Verträge, in deren Präambeln auf den Subsidiaritätsgrundsatz dem Gedanken nach Bezug genommen wird.

⁸³ Calliess, in: EUV Kommentar, Rn. 28 zu Art. 5 EUV; Kadelbach, in: Komm. Unionsrecht, Rn. 30 zu Art. 5 EUV.

⁸⁴ Vgl. das Votum von Christian Calliess im Rahmen der Subsidiaritätskonferenz „Europa fängt zu Hause an“, welche im Rahmen der österreichischen Ratspräsidentschaft am 18. und 19. April 2006 abgehalten wurde, abrufbar unter <http://www.eu2006.at/de/News/information/subsidiarity/calliess.html>. Zugegriffen am 01.03.2018.

⁸⁵ Vgl. Aubert, in: petit commentaire, Rn. 9 zu Art. 42 aBV.

⁸⁶ Vgl. zum Begriff im Kontext des Schweizerischen Bundesstaates Jaag, § 12 Rn. 31 und Waldmann/Spiess, S. 12.

⁸⁷ Vgl. insbesondere den bereits erwähnten Art. 5 Abs. 3 EUV.

⁸⁸ Vgl. dazu nachfolgend, III. A. 3. b.

in diesem Sinne verbindlich und teilweise durch gerichtliche Überprüfungsmechanismen erzwingbar.

Das Subsidiaritätsprinzip bezweckt in sämtlichen eben skizzierten Fällen die Abgrenzung der Verantwortungsbereiche der verschiedenen Ebenen eines Mehrebenenverbundes. Es kann in dieser Funktion als Kompetenzverteilungsregel⁸⁹ bezeichnet werden, welche die Frage in den Blick nimmt, welche der beiden Ebenen letztlich eine Kompetenz für einen bestimmten Handlungsbereich besitzt, und die Antwort darauf ist in der Regel ein Entweder-Oder.⁹⁰ Eine andere Funktion hat das Subsidiaritätsprinzip, wenn es um die Ausübung einer Aufgabe im einmal gesteckten Kompetenzrahmen geht. Hier geht es der Sache nach nicht um die Frage der Kompetenzabgrenzung, sondern um jene der Kompetenzausübung. Soweit im Folgenden also von Subsidiarität als Kompetenzausübungsregel⁹¹ die Rede ist, erfolgt dies nicht im Zusammenhang der konkurrierenden Kompetenzen, für welche der Begriff häufig (missverständlicherweise) gebraucht wird.⁹²

Die nachfolgenden Abschnitte veranschaulichen die beiden erwähnten Funktionen des Subsidiaritätsgrundsatzes – Regelung der Kompetenzabgrenzung und Regelung der Kompetenzausübung – anhand konkreter verfassungs- und völkerrechtlicher Beispiele. Der Blick auf die Tragweite des Prinzips in anderen Rechtsordnungen soll den Blick schärfen für die Bedeutung des Grundsatzes im europäischen Menschenrechtsschutzsystem (und insbesondere unter der EMRK).

aa. Subsidiarität als Kompetenzabgrenzungsregel

Als Kompetenzabgrenzungsregel statuiert das Subsidiaritätsprinzip, dass der übergeordnete Verband eine Aufgabe nur dann übernehmen soll, wenn er sie besser als die nachgelagerten Gebietskörperschaften (alleine oder gemeinsam) erfüllen kann.⁹³ In dieser Funktion kommt es – wie nachfolgend aufzuzeigen ist – sowohl in bundesstaatlichen Verfassungen als auch im EU-Recht vor.⁹⁴

⁸⁹Vgl. auch Biaggini, in: BSK BV, Rn. 21 zu Art. 5a BV.

⁹⁰„Echte Gemeinschaftsaufgaben“, deren Erfüllung Bund und Kantone gleichermaßen aufgetragen ist, existieren im schweizerischen Bundesverfassungsrecht bis heute nicht; vgl. Waldmann/Spiess, S. 29.

⁹¹Vgl. Biaggini, in: BSK BV, Rn. 21 zu Art. 5a BV.

⁹²Vgl. zum Beispiel die Terminologie bei Calliess, in: EUV Kommentar, Rn. 21 zu Art. 5 EUV; Kadelbach, in: Komm. Unionsrecht, Rn. 30 zu Art. 5 EUV; Schweizer/Müller, in: SG Kommentar BV, Rn. 8 zu Art. 5a BV; Skouris, S. 1551. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der Begriff der Kompetenzausübung (im Zusammenhang mit konkurrierenden Kompetenzen) von diesen Autoren in der Regel dem Begriff der (originären) Kompetenzverteilung gegenübergestellt wird, während in der vorliegenden Arbeit die Ausübung (konkurrierender) Kompetenzen und die (originäre) Kompetenzverteilung dem Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzabgrenzungsregel zugeordnet werden. Die unionsrechtliche Terminologie macht deshalb Sinn, weil die Frage der Wahrnehmung der Aufgaben in der einmal feststehenden Kompetenzordnung im Unionsrecht zumindest dem Wortlaut der Verträge nach nicht dem Subsidiaritätsprinzip, sondern dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 4 EUV) zugeordnet wird (vgl. dazu noch unten, III. A. 3. b. ca.).

⁹³Aubert, in: petit commentaire, Rn. 14 zu Art. 42 aBV; Schweizer/Müller, in: SG Kommentar BV, Rn. 10 zu Art. 5a BV.

⁹⁴Haller/Közl/Gächter, Rn. 531 f.

Im schweizerischen Verfassungsrecht statuiert Art. 5a BV, das Subsidiaritätsprinzip müsse bei der „Zuweisung [...] staatlicher Aufgaben“ beachtet werden. Für das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen wird der Grundsatz durch die Bundesverfassung weiter konkretisiert. Demnach übernimmt der Bund nur diejenigen Aufgaben, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen (Art. 43a Abs. 1 BV). Zudem muss der Bund den Kantonen ausreichend eigene Aufgaben belassen (Art. 47 Abs. 2 BV). Aufgrund der Verankerung des Subsidiaritätsprinzips im allgemeinen Teil der Bundesverfassung und des Wortlauts von Art. 5a BV beschlägt der Grundsatz auch das Verhältnis von Kantonen zu den Gemeinden.⁹⁵ In verschiedenen Kantonsverfassungen wird auf den Grundsatz – aufgrund der bundesverfassungsrechtlichen Verankerung gewissermaßen deklaratorisch – ebenfalls ausdrücklich Bezug genommen.⁹⁶ Andere Kantonsverfassungen wie die Zürcher Kantonsverfassung (vgl. dort insbesondere Art. 97) begnügen sich mit einer inhaltlichen Beschreibung des Subsidiaritätsgrundsatzes.⁹⁷

Es ist umstritten, ob das Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzzuweisungsregel⁹⁸ im Sinne von Art. 5a BV den Verfassungsgeber bei der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung bindet.⁹⁹ Einerseits wird vorgebracht, das Subsidiaritätsprinzip sei ein Verfassungsprinzip und als solches auch gegenüber dem Verfassungsgeber bindend.¹⁰⁰ Auch wenn das Subsidiaritätsprinzip in Bezug auf die Kompetenzzuweisung nur sehr eingeschränkt justiziabel sei,¹⁰¹ diene es im Prozess der Verfassungsgebung als „Maßstab für die Frage der Kompetenzverteilung [...] zwischen Bund und Kantonen“.¹⁰²

Vorherrschend ist jedoch eindeutig die gegenteilige Meinung, wonach das Subsidiaritätsprinzip für die Verfassungsgeberin nur eine staatspolitische Maxime darstellt.¹⁰³ So wird etwa vertreten, die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips sei ein Gebot politischer Klugheit, an das sich der Verfassungsgeber in der Regel halte, das für ihn aber nicht verbindlich sei, weil es ihm an Justiziabilität mangle.¹⁰⁴ Als

⁹⁵ Biaggini, in: BSK BV, Rn. 20 zu Art. 5a BV; Schweizer/Müller, in: SG Kommentar BV, Rn. 12 ff. zu Art. 5a BV.

⁹⁶ Vgl. Art. 27 Abs. 3 und Art. 100 Abs. 3 KV/AR, Art. 133 KV/GE (insbesondere Abs. 3), § 4 Abs. 2 KV/LU, § 5 Abs. 2 KV/SZ, Art. 16 KV/TI.

⁹⁷ Vgl. Müller, in: Kommentar KV/ZH, Rn. 1 ff. zu Art. 97 KV/ZH.

⁹⁸ Schweizer/Müller, in: SG Kommentar BV, Rn. 17 ff. zu Art. 5a BV.

⁹⁹ Mit einer umfassenden Übersicht über die vor 2007 vertretenen Meinungen Richli, Rechtlicher Gehalt, S. 61, S. 74 ff.

¹⁰⁰ Epiney, S. 21; Richli, Rechtlicher Gehalt, S. 61, S. 73.

¹⁰¹ Aus dem Fehlen eines gerichtlichen Überprüfungsmechanismus ergibt sich nicht zwangsläufig, dass dem Subsidiaritätsgrundsatz die Qualität eines Rechtsprinzips abzusprechen ist; vgl. dazu Waldmann/Spiess, S. 8. Waldmann/Spiess weisen dem Subsidiaritätsgrundsatz auch im Zusammenhang der primären Kompetenzverteilung durch den Verfassungsgeber mit m.E. überzeugender Begründung einen zwar nur final-programmatischen Normgehalt zu, halten jedoch dafür, dass sich dieser punktuell zu Rechtsansprüchen verdichten könne.

¹⁰² Epiney, S. 32.

¹⁰³ BGE 138 I 378 E. 8.4; vgl. auch Tschannen, § 19 Rz. 8.

¹⁰⁴ Vgl. Aubert, S. 11 (noch vor Inkrafttreten der Art. 5a und 43a BV – allerdings mit nach wie vor gültigen Aussagen).

staatspolitische Maxime habe sich das Subsidiaritätsprinzip in der schweizerischen Verfassungswirklichkeit jedoch stark niedergeschlagen,¹⁰⁵ die Staatspraxis biete reiches Anschauungsmaterial für ein Wirksamwerden des Subsidiaritätsprinzips *avant la lettre*.¹⁰⁶

Auch in Deutschland wird diskutiert, ob das Subsidiaritätsprinzip als Verfassungsprinzip in Bezug auf die Kompetenzzuweisung Geltung beansprucht.¹⁰⁷ Im Gegensatz zur Schweiz ist das Subsidiaritätsprinzip im deutschen Grundgesetz in Bezug auf die Kompetenzzuweisung durch den Verfassungsgeber nicht explizit erwähnt. Nach *Isensee* lässt sich der (deutsche) Bundesstaat aber trotz der fehlenden Verankerung in Bezug auf die Kompetenzzuweisung als „Erscheinungsform der Subsidiarität deuten und rechtfertigen“,¹⁰⁸ Subsidiarität bilde den Maßstab, an dem sich die gegebene Kompetenzordnung messen lassen müsse. Der Verfassungsgeber sei deshalb bei der Zuweisung von Kompetenzen trotz fehlender ausdrücklicher Verankerung im Grundgesetz an das Subsidiaritätsprinzip gebunden.¹⁰⁹

Tatsächlich ist die rechtliche Wirksamkeit des Subsidiaritätsprinzips als Kompetenzzuweisungsregel sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz insofern beschränkt, als keine gerichtsförmigen Mechanismen bestehen, welche *ex post* eine Überprüfung der Kompetenzverteilung am Maßstab der Subsidiarität erlauben würden. Das Fehlen solcher Mechanismen ergibt sich im Wesentlichen daraus, dass es sich bei der Kompetenzverteilung um eine politisch zu entscheidende Grundfrage des Institutionenaufbaus handelt, die durch den Verfassungsgeber und den die Verfassung interpretierenden Gesetzgeber zu entscheiden ist, jedoch der (verfassungs-)gerichtlichen Kontrolle entzogen werden soll. Diese Auffassung ist rechtspolitisch nicht unumstritten und teilweise wird diesbezüglich eine verfahrensrechtliche Stärkung der Verbindlichkeit des Subsidiaritätsprinzips vorgeschlagen.¹¹⁰ Aufgrund der fehlenden gerichtlichen Überprüfungsmechanismen kann dem Subsidiaritätsgrundsatz jedoch auch *de lege lata* nicht der Charakter eines Rechtsgrundsatzes abgesprochen werden, wenn auch sein Gehalt vorrangig programmatischer Natur ist. In Bezug auf den programmatischen Gehalt bestehen nämlich durchaus Mechanismen, die dem Grundsatz zu einer angemessenen Beachtung verhelfen.¹¹¹

¹⁰⁵ Vgl. Biaggini, in: BSK BV, Rn. 3 zu Art. 5a BV.

¹⁰⁶ Biaggini, in: BSK BV, Rn. 7 zu Art. 5a BV.

¹⁰⁷ Nicht weiter vertieft wird hier das Beispiel Italiens, dessen Verfassung in Art. 118 Abs. 1 statuiert, dass Verwaltungsaufgaben – auch im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip – in der Regel von den Gemeinden wahrzunehmen sind. Vgl. dazu D'Atena, S. 335.

¹⁰⁸ *Isensee*, S. 362. Anderer Meinung offenbar *Szymczak*, S. 27, m.w.H.

¹⁰⁹ Vgl. für die Schweiz und Deutschland *Richli*, *Rechtlicher Gehalt*, S. 61, S. 67.

¹¹⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang die Diskussion zwischen *Andreas Glaser*, *Hans-Ueli Vogt* und *Johan Rochel* in der Sendung „Kontext“ von Radio SRF vom 26. September 2016 (abrufbar unter <http://www.srf.ch/sendungen/kontext/debatte-braucht-die-schweiz-ein-verfassungsgericht>). Zugegriffen am 01.03.2018), in welcher *Johan Rochel* gerade auch zur Stärkung der rechtlichen Verbindlichkeit des Subsidiaritätsprinzips bei der Tätigkeit des Bundesgesetzgebers eine Stärkung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz forderte.

¹¹¹ Vgl. *Wathelet*, S. 20.

In diesem Sinne bestehen sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland institutionelle Schutzvorkehrungen, welche *präventiv* eine übermäßige Ausweitung der Bundeskompetenzen verhindern. In der Schweiz ist für die Begründung neuer Kompetenzen des Bundes eine Verfassungsänderung nötig (Art. 42 Abs. 1 BV), die neben der Mehrheit des Volkes auch eine Mehrheit der Stände (Kantone) voraussetzt (Art. 140 Abs. 1 Bst. a BV). Dieses Erfordernis stellt die Mitwirkung der Kantone sicher und schützt sie damit vor einem ungewollten Kompetenzverlust. In Deutschland ist eine Änderung des Grundgesetzes nur mit einer Zweidrittelmehrheit sowohl im Deutschen Bundestag als auch im Bundesrat möglich (Art. 79 Abs. 2 GG). Auch hier sind also die Länder durch die vorgeschriebene Mitwirkung „ihrer“ Parlamentskammer (des Bundesrates) vor einer unzweckmäßigen Zentralisierung der Kompetenzen durch den Verfassungsgeber geschützt. Ob man das Subsidiaritätsprinzip nun als verbindliches Rechtsprinzip bezeichnet oder als unverbindliche staatspolitische Maxime ansieht – aus den vorangegangenen Ausführungen wird deutlich, dass das Subsidiaritätsprinzip im Rahmen der primären Kompetenzzuweisung durch den Verfassungsgeber in erster Linie eine legitimatorische Funktion hat und im Prinzip nicht justiziabel ist.¹¹²

Dies gilt auch im Kontext des Völkerrechts, jedenfalls soweit Subsidiarität als „inhärentes Strukturmerkmal“ eines Mehrebenensystems betrachtet wird, wie es bei der EMRK der Fall ist.¹¹³ In gewisser Weise vergleichbar mit den oben dargestellten institutionellen Schutzmechanismen in Bundesstaaten verhindert im Völkerrecht das Konsensprinzip eine dysfunktionale Zentralisierung von Kompetenzen gegen den Willen der Mitgliedstaaten als untergeordneter Ebene. Nach dem Konsensprinzip können neue Kompetenzen internationaler Organisationen nur mit dem Einverständnis aller Mitgliedstaaten verliehen werden.¹¹⁴ Ganz grundlegend kann daher das Konsensprinzip als Ausprägung des Subsidiaritätsgedankens verstanden werden.¹¹⁵ Allerdings besteht für die Vertragsstaaten bei der Gestaltung ihrer Beziehungen keine Verpflichtung, den Subsidiaritätsgrundsatz einzuhalten; sie können auch völkerrechtliche Verträge abschließen und internationale Institutionen schaffen, deren Aufbau dem Subsidiaritätsgedanken widerspricht. In der Funktion als Kompetenzabgrenzungsregel ist das Subsidiaritätsprinzip im Völkerrecht daher kein Rechtsprinzip, sondern dient als rechtspolitisches Argument für die Änderung oder Beibehaltung einer gegebenen Kompetenzordnung.¹¹⁶ Als solches Argument hat das Subsidiaritätsprinzip in erster Linie Bedeutung im rechtspolitischen Diskurs.¹¹⁷

¹¹² Schweizer/Müller, in: SG Kommentar BV, Rn. 18 und 21 zu Art. 5a BV.

¹¹³ Statt vieler Vasel, S. 222 f.

¹¹⁴ Auf einer Zwischenstufe zwischen Bundesstaat und Staatenbund befindet sich die EU; vgl. dazu Çelik, S. 82 ff.

¹¹⁵ Kritisch Follesdal, S. 24 ff.

¹¹⁶ Vgl. für das schweizerische Bundesstaatsrecht Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Rn. 1051; für das Unionsrecht Calliess, in: EUV Kommentar, Rn. 21 zu Art. 5 EUV sowie Kadelbach, in: Komm. Unionsrecht, Rn. 25 zu Art. 5 EUV, m.w.H. auf Autoren, die anderer Auffassung sind (Fn. 3, 116).

¹¹⁷ Ein anschauliches Beispiel ist die Rede von Cameron.

Anders stellt sich die Lage dar, wenn verfassungs- oder völkervertragsrechtlich konkurrierende Kompetenzen vorgesehen sind, deren Ausübung durch die Institutionen der übergeordneten Ebene unter den Vorbehalt des Subsidiaritätsgrundsatzes gestellt wird. Dieser Sonderfall ist nachfolgend in den Blick zu nehmen.

ba. Der Sonderfall der konkurrierenden Kompetenzen

In der Schweiz sieht Art. 5a BV vor, dass bei der „[...] Erfüllung staatlicher Aufgaben“ der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten ist. Nach vorherrschender Meinung ist mit dem Terminus der „Erfüllung“ nicht in erster Linie die Ausübung einer einmal beim Bund verorteten Kompetenz gemeint; das Subsidiaritätsprinzip ist in diesem Sinne kein *Übermaßverbot* bei der Ausübung einer Kompetenz, sondern stellt die *Wahrnehmung* einer konkurrierenden Kompetenz durch den Bund unter den Vorbehalt des Subsidiaritätsgrundsatzes.¹¹⁸ Justiziabel ist der Subsidiaritätsgrundsatz allerdings in der Schweiz wegen Art. 190 BV auch in Bezug auf die Wahrnehmung konkurrierender Kompetenzen nicht, zumindest soweit der Bundesgesetzgeber (und nicht der Verordnungsgeber) die Kompetenzfrage durch Ausübung einer konkurrierenden Kompetenz zugunsten des Bundes entscheidet.¹¹⁹

Demgegenüber stehen beispielsweise in Deutschland und in Kanada auch gerichtliche Durchsetzungsmechanismen zur Verfügung, um dem Subsidiaritätsprinzip in Bezug auf die Wahrnehmung einer konkurrierenden Kompetenz durch den Bund zum Durchbruch zu verhelfen: Nach Art. 72 Abs. 2 GG ist das Gesetzgebungsrecht des Bundes in den dort erwähnten Bereichen davon abhängig, dass „die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftsfreiheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht“. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits mehrfach Erlasse des Bundesgesetzgebers auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 72 Abs. 2 GG überprüft und teilweise aufgehoben.¹²⁰

Section 91 der kanadischen Verfassung ermächtigt den kanadischen Bundesgesetzgeber „to make laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces“. Gestützt auf diese Klausel hat der kanadische Supreme Court die „*national concern doctrine*“ entwickelt, welche das Gesetzgebungsrecht des Bundesstaats unter anderem davon abhängig macht, dass gliedstaatliches Versagen in einem Politikbereich zu einer Beeinträchtigung

¹¹⁸ Vgl. Schweizer/Müller, in: SG Kommentar BV, Rn. 24 zu Art. 5a BV. Zur Vorgängerbestimmung von Art. 42 Abs. 2 aBV, wonach der Bund die Aufgaben übernimmt, die einer einheitlichen Regelung bedürfen, vgl. Aubert, in: petit commentaire, Rn. 14 zu Art. 42 BV.

¹¹⁹ Vgl. Biaggini, in: BSK BV, Rn. 39 zu Art. 5a BV.

¹²⁰ Exemplarisch BVerfG 106, 62 (Altenpflegegesetz, nicht aufgehoben), BVerfG 110, 141 (strafrechtliche Sanktionierung der Züchtung gefährlicher Hunde beziehungsweise des Handels mit gefährlichen Hunden, aufgehoben).

übergeordneter Interessen führt.¹²¹ Auch hier kommt also ein Tätigwerden der übergeordneten Ebene nur in Betracht, wenn die Gliedstaaten eine Staatsaufgabe nicht selbständig gewährleisten können.

Auch im EU-Recht überwacht mit dem EuGH ein Gericht die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips in Bezug auf die Ausübung konkurrierender Kompetenzen von Union und Mitgliedstaaten (Art. 8 des Protokolls [Nr. 2] über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit in Verbindung mit Art. 263 AEUV).¹²² Art. 5 Abs. 3 EUV sieht vor: „Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind.“ Die Bestimmung bezieht sich nach der Rechtsprechung des EuGH auch auf Maßnahmen der Rechtsangleichung im Rahmen des Binnenmarkts, für dessen Funktionieren die Union nach Art. 26 Abs. 1 AEUV die erforderlichen Maßnahmen erlässt.¹²³ Weil die Kompetenz zur Verbesserung der Funktionsbedingungen des Binnenmarktes keine ausschließliche Zuständigkeit für die Regelung der wirtschaftlichen Tätigkeiten im Binnenmarkt verleiht, gilt das Subsidiaritätsprinzip auch hier.¹²⁴ Der EuGH überprüft in diesem Zusammenhang, ob das mit der Harmonisierung angestrebte Ziel allein auf mitgliedstaatlicher Ebene oder besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden kann.¹²⁵ Zusätzlich prüft er, ob das Subsidiaritätsprinzip auch im Hinblick auf die vom Unionsgesetzgeber gewählte Regelungsdichte eingehalten ist.

ca. Subsidiarität als *Kompetenzausübungsregel*

Genau genommen handelt es sich beim letztgenannten Prüfungspunkt des EuGH jedoch nicht um die bisher in den Blick genommene Frage, *ob* eine Unionszuständigkeit besteht beziehungsweise *ob* sie ausgeübt und damit die Zuständigkeitsfrage zugunsten der umfassenden Ebene entschieden werden soll, sondern um die Frage, *wie* die einmal bestehende Zuständigkeit auszuüben ist. Im EU-Recht ist diese Frage dem Wortlaut der Verträge nach Gegenstand des Verhältnismäßigkeitsprinzips, wie es in Art. 5 Abs. 4 EUV verankert ist: „Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehen die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus.“ Dies wirft zwangsläufig die Frage nach der Abgrenzung von Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Subsidiaritätsprinzip auf.¹²⁶

¹²¹ Exemplarisch Supreme Court of Canada, *Regina v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, 1 S.C.R. 401, IV. 23; dazu Halberstam, S. 34 ff.

¹²² Vgl. hierzu Bickenbach, S. 527.

¹²³ EuGH, C-154/04, *Alliance for Natural Health gegen Secretary of State for Health*, Slg. 2005 I-6451, Rn. 103.

¹²⁴ Skouris, S. 1554.

¹²⁵ Vgl. dazu und zum Folgenden Skouris, S. 1556.

¹²⁶ Vgl. zu dieser Diskussion auch Grosche, S. 220 f. sowie Wathelet, S. 17.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (in der deutschen Literatur auch als „Übermaßverbot“ bezeichnet)¹²⁷ zerfällt nach traditioneller Auffassung in drei Teilaspekte:¹²⁸ Staatliches Handeln muss erstens *geeignet* sein, das verfolgte öffentliche Interesse zu verwirklichen; staatliches Handeln muss zweitens *erforderlich* sein, darf also nicht weiter gehen als nötig, um das verfolgte öffentliche Interesse zu verwirklichen; drittens muss staatliches Handeln *angemessen* sein, das heißt der verfolgte Zweck darf nicht in einem Missverhältnis zu anderen betroffenen Interessen stehen. Die strukturelle Nähe des Subsidiaritätsprinzips zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz liegt auf der Hand: Insbesondere das Eignungs- und das Erforderlichkeitskriterium sind im Subsidiaritätsprinzip ebenso angelegt wie im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die übergeordnete Ebene soll gemäß dem allgemeinen Subsidiaritätsgrundsatz nur dann tätig werden, wenn sie zur Aufgabenerfüllung *besser geeignet* ist als die untergeordnete Ebene, und sie soll ihr Tätigwerden zudem auf das Notwendige beschränken.¹²⁹ Es erscheint aus dieser Perspektive durchaus richtig, von einer „intrinsic Verknüpfung“ der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit zu sprechen.¹³⁰

Hinzu kommt, dass die Stoßrichtung von Art. 5 Abs. 3 EUV und Art. 5 Abs. 4 EUV dieselbe ist: Unter der Terminologie des EUV sichern sowohl Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als auch Subsidiaritätsprinzip die Handlungsspielräume der „untergeordneten“ Institutionen ab – Subsidiarität gegenüber einer unzweckmäßigen Zentralisierung von Kompetenzen, Verhältnismäßigkeit gegenüber einer übermäßigen Ausübung von Kompetenzen. Aus diesem Grunde wird die bereits genannte Bestimmung von Art. 5 Abs. 4 EUV in der Literatur zum Unionsrecht – zusammen mit Art. 5 Abs. 2 EUV (Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung) – dem Subsidiaritätsprinzip in einem weiteren Sinne zugerechnet.¹³¹ Die Zusammenfassung unter einen einzigen Begriff macht insofern Sinn, als die drei in den Absätzen 2, 3 und 4 verankerten Grundsätze wie aufgezeigt alle auf eine zweckmäßige und autonomiewahrende Aufgabenteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten abzielen.¹³²

Auch dem schweizerischen Verfassungsrecht liegt ein breiter Subsidiaritätsbegriff zugrunde. Der Subsidiaritätsgrundsatz ist nicht nur in der Verfassungsgebung, sondern in allen Phasen der Rechtsetzung und Rechtsumsetzung zu beachten.¹³³ Weil es im Bereich der verfassungsgeberischen Kompetenzverteilung nicht justizierbar ist, richtet sich der Subsidiaritätsgrundsatz in erster Linie an den Bundesgesetzgeber in Ausübung zugewiesener Bundeskompetenzen; dieser soll die eidgenössischen Kompetenzen möglichst schonend wahrnehmen.¹³⁴ Der Bund soll sich also selbst dann, wenn er zur Regelung einer bestimmten Materie berufen ist, bezüglich Umfang und Intensität seiner Regelung am Grundsatz der Subsidiarität orientieren,

¹²⁷ Vgl. z. B. Isensee, S. 376.

¹²⁸ Vgl. zum Unionsrecht Grosche, S. 220; zur parallelen Dogmatik des schweizerischen Rechts außerdem Hofstetter, S. 64.

¹²⁹ Skouris, S. 1558.

¹³⁰ Vgl. Leurquin-de Visscher, S. 25.

¹³¹ Bickenbach, S. 526.

¹³² Horsley, S. 267.

¹³³ Schweizer/Müller, in: SG Kommentar BV, Rn. 25 zu Art. 5a BV.

¹³⁴ Tschannen, § 19 Rn. 13 ff. und § 23 Rn. 12.

und sich auf den Erlass von Grundsätzen beschränken, wenn eine detaillierte gesamtschweizerische Regelung nicht notwendig ist.¹³⁵ Dass der Bund seine ihm verfassungsrechtlich zustehenden Regelungskompetenzen in bestimmten Fällen nur teilweise oder überhaupt nicht ausgeübt und sich in anderen Fällen damit Zeit gelassen hat, wird ebenfalls als Ausdruck „gelebter Subsidiarität“ betrachtet.¹³⁶ Diesem Gedanken folgt auch das Konzept des Vollzugsföderalismus, wonach nach Möglichkeit die Umsetzung von Bundesrecht den Kantonen zu überlassen ist.¹³⁷

Im Hinblick auf ein zweckmäßiges Zusammenwirken der verschiedenen Institutionen eines Mehrebenensystems lässt sich die Frage der Kompetenzverteilung tatsächlich nicht von jener der Ausübung dieser Kompetenzen trennen.¹³⁸ Insbesondere diese Überlegung spricht dafür, die interinstitutionellen Beziehungen in ihrer Gesamtheit – sowohl was die Aufgabenverteilung als auch was die Aufgabenausübung betrifft – mit dem Konzept der Subsidiarität einzufangen.¹³⁹ Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass der Subsidiaritätsgrundsatz in einem weit verstandenen Sinn nicht nur die Allokation von Kompetenzen in einem Mehrebenensystem, sondern auch die Ausübung dieser Kompetenzen betrifft.¹⁴⁰

4. Verwendung des Subsidiaritätsbegriffs in weiteren Zusammenhängen

Der Gesetzgeber, die rechtsanwendenden Behörden und die Lehre greifen teilweise auch außerhalb der oben dargelegten Zusammenhänge auf den Subsidiaritätsbegriff zurück. Von Subsidiarität die Rede ist etwa im Prozessrecht, im strafrechtlichen Maßnahmenrecht, im Haftungsrecht oder im Opferhilferecht.

Im Prozessrecht wird der Begriff dazu verwendet, die Nachrangigkeit eines Verfahrenswegs im Verhältnis zu anderen Verfahrenswegen zu beschreiben. Eine Aufsichtsbeschwerde soll in diesem Sinne aufgrund des Subsidiaritätsgrundsatzes erst zulässig sein, wenn das in Frage stehende Verhalten der hierarchisch untergeordneten Behörde weder mit einem ordentlichen oder außerordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann.¹⁴¹ Ebenfalls subsidiär sind nach Art. 25 VwVG Feststellungsbegehren innerhalb eines verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahrens; auf

¹³⁵ Vgl. Urteil des BVGer B-8207/2010 vom 22. März 2011 E. 2.1; Biaggini, BV Kommentar, Rn. 9 zu Art. 5a BV; Schweizer/Müller, in: SG Kommentar BV, Rn. 24 zu Art. 5a BV; Wytenbach, S. 423 f.

¹³⁶ Vgl. Biaggini, in: BSK BV, Rn. 5 zu Art. 5a BV.

¹³⁷ Schweizer/Müller, in: SG Kommentar BV, Rn. 27 zu Art. 5a BV.

¹³⁸ Vgl. Feichtner, Rn. 4 und 27.

¹³⁹ Dezidiert dieser Meinung auch D'Atena, S. 333 f.

¹⁴⁰ Vgl. Follesdal, S. 4 ff. Wie noch zu zeigen sein wird, liegt auch der EMRK ein solch weiter Subsidiaritätsbegriff zugrunde.

¹⁴¹ Vgl. Bachmann, S. 1496, m.w.H. auf Rechtsprechung und Lehre zur Subsidiarität der Aufsichtsbeschwerde.

sie kann erst zurückgegriffen werden, wenn kein Leistungsbegehren zur Verfügung steht.¹⁴² Und die *subsidiäre* Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht kommt nach Art. 113 BGG erst in Frage, wenn die (ordentlichen) Beschwerdewege nicht beschritten werden können.¹⁴³

Dass der Begriff der Subsidiarität in diesen prozessrechtlichen Zusammenhängen (auch vom Gesetzgeber) herangezogen wird, ist erklärungsbedürftig. Es geht nämlich nicht um die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen von Institutionen verschiedener Hierarchiestufen, sondern um die Organisation von Verwaltungs- beziehungsweise Gerichtsverfahren und die damit zusammenhängende Systematisierung von Rechtsnormen. Im Zusammenhang rein rechtstechnischer Bestimmungen fehlt es dem Begriff der Subsidiarität also an der sonst üblichen normativen Wertung, dass einer institutionellen Ebene in Bezug auf eine in einem Mehrebenensystem anfallende Aufgabe grundsätzlich ein Handlungsvorrang zukommt.

Als rein rechtstechnische Regel wird der Subsidiaritätsgrundsatz auch im Straf-, im Opferhilfe- und im Staatshaftungsrecht angerufen: Im Strafrecht wird der Begriff der Subsidiarität dazu verwendet, den Vorrang von Strafen gegenüber Maßnahmen gemäß Art. 56 Abs. 1 Bst. a StGB zu beschreiben.¹⁴⁴ Im Opferhilferecht bezeichnet der Begriff der Subsidiarität die Nachrangigkeit von Leistungen der Opferhilfe. Diese werden nach Art. 4 Abs. 1 OHG nur dann endgültig gewährt, wenn „der Täter oder die Täterin oder eine andere verpflichtete Person oder Institution keine oder keine genügende Leistung erbringt“. In ähnlicher Weise bezeichnet der Begriff der Subsidiarität der Staatshaftung die Nachrangigkeit staatlicher Haftung, die nur dann zum Zuge kommen soll, wenn keine andere (natürliche oder juristische) Person belangt werden kann.¹⁴⁵

Gemeinsam ist all diesen dogmatischen Anknüpfungen an die Subsidiarität, dass der Begriff ohne jede Wertbezogenheit als rein *rechtstechnische* Regel gebraucht wird.¹⁴⁶ Insofern unterscheiden sie sich deutlich von den oben dargestellten Formen von Subsidiarität, die immer (und begriffsinhärent) wertbezogen sind. Es ist zumindest auf den ersten Blick nicht ersichtlich, warum im Zusammenhang solcher rechtstechnischer Regeln überhaupt auf den Begriff der Subsidiarität zurückgegriffen wird, denn es würden durchaus passendere Begriffe existieren. So wäre es beispielsweise treffender, von *Nachrangigkeit* der Aufsichtsbeschwerde zu sprechen. Die Frage braucht hier jedoch nicht vertieft zu werden, zumal der Subsidiaritätsbegriff der EMRK offensichtlich keine rein rechtstechnische Regel darstellt, sondern in vielerlei Hinsicht wertbezogen ist.

¹⁴²Vgl. statt vieler Urteil des BVGer B-835/2016 vom 28. Februar 2017 E. 1.2.2 und E. 1.2.3.

¹⁴³Im Zuge der anstehenden Reform der Bundesrechtspflege wird diskutiert, ob die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht zugunsten einer Ausweitung der ordentlichen Beschwerde an das Bundesgericht gestrichen werden soll. Nach diesbezüglich kritischen Vernehmlassungsvoten ist der Bundesrat von diesem Vorhaben jedoch wieder abgerückt; vgl. Medienmitteilung des Bundesrates zur Reform der Bundesrechtspflege.

¹⁴⁴Vgl. Weber, S. 517 ff.

¹⁴⁵Vgl. beispielsweise Art. 46 Abs. 2 KV/ZH sowie Art. 51 Abs. 3 KV/SH.

¹⁴⁶Isensee, S. 25. Vgl. für Anwendungsbeispiele aus dem deutschen Recht Hoffmann, S. 13 f.

5. Zusammenfassende Betrachtung zu den verschiedenen Subsidiaritätsformen

Der Begriff der Subsidiarität besitzt nach dem Gesagten nicht nur eine „bundesstaatliche Dimension“, sondern wird in verschiedenen Zusammenhängen angewandt. Subsidiarität kann als Ordnungsprinzip zum Tragen kommen, sobald soziale oder politische Entitäten verschiedener Hierarchiestufen für die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe in Frage kommen. Ursprünglich diene Subsidiarität dem Schutz des Individuums und grenze den persönlichen Einflussbereich von demjenigen der Gesellschafts- und Staatstätigkeit ab.¹⁴⁷ Bis heute wird Subsidiarität als Rechtsprinzip in diesem Sinne verwendet, wenn auch teilweise nur mit einem beschränkten Anwendungsbereich.¹⁴⁸ Gebräuchlicher ist heute in Anknüpfung an die Prägung des Begriffs durch Papst Pius XI. die Verwendung des Begriffs im interinstitutionellen Kontext.

Hier ist Subsidiarität anwendbar, sobald die Institutionen von Gemeinwesen verschiedener Hierarchiestufen zu einem bestimmten Zweck in einem Mehrebenensystem zusammengefasst sind und zur Erreichung dieses Zwecks die Zuständigkeiten der verschiedenen Ebenen festgelegt werden müssen.¹⁴⁹ Klassischer Anwendungsfall ist die Abgrenzung der Zuständigkeiten von Gliedstaaten und Bund im Bundesstaat. Subsidiarität hat als Rechtsprinzip aber einen viel weiteren Anwendungsbereich: Das Prinzip kann auch zum Tragen kommen, wenn in einem supranationalen Verbund wie der EU die Aufgaben zwischen Union und Mitgliedstaaten aufgeteilt werden müssen oder wenn ein internationaler Vertrag komplementär zu den innerstaatlichen Instanzen übergeordnete Institutionen etabliert. Paradigmatisches Beispiel für die Kategorie der internationalen Verträge mit überstaatlichen Durchsetzungsmechanismen ist die EMRK.

Einem weiten Begriffsverständnis folgend ist Subsidiarität zudem nicht nur anwendbar, wenn es um die Kompetenzverteilung als solche geht, sondern auch, wenn die Ausübung dieser Kompetenzen durch die verschiedenen Akteure in Frage steht. Zwar wirft eine solche Verwendung des Begriffs gewisse Abgrenzungsprobleme zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf und tatsächlich ist selbst im wissenschaftlichen Diskurs nicht immer klar, welcher Subsidiaritätsbegriff verwendet wird.¹⁵⁰ Die Verwendung eines weiten Begriffs ist jedoch dadurch gerechtfertigt, dass selbst innerhalb einer gegebenen Kompetenzordnung verschiedene Handlungsmöglichkeiten offen stehen. Erst durch die Art der Ausübung einer Kompetenz wird der Kompetenzordnung in diesem Sinne Leben verliehen.

Zentral ist jedoch, dass das Subsidiaritätsprinzip im institutionellen Zusammenhang keiner rein personalen Begründung folgt, welche eine Aufgabenkonzentrierung auf der tiefstmöglichen Ebene per se als erstrebenswert erscheinen ließe. Das

¹⁴⁷ Kley, Grundfragen, § 10 Rn. 17; Richli, Rechtlicher Gehalt, S. 58 f.

¹⁴⁸ So sieht namentlich die BV kein allgemeines Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis der Einzelnen und der Gesellschaft zum Staat vor; vgl. dazu oben, III. A. 2.

¹⁴⁹ Isensee, S. 71.

¹⁵⁰ Mit einem anschaulichen Beispiel Horsley, S. 273.

Prinzip zielt vielmehr zuallererst auf eine Aufgabenverteilung ab, welche dem vorgegebenen Verbundzweck gerecht wird. Zudem nimmt es sämtliche beteiligten Institutionen in die Pflicht, die ihnen zugewiesenen Aufgaben im Sinne des übergeordneten Verbundzwecks auch wahrzunehmen. Subsidiarität kann aus dieser Sicht ebenso für die Beibehaltung von Zuständigkeiten der untergeordneten Ebene sprechen wie für eine Verlagerung von Kompetenzen nach „oben“ auf die „weiter entfernten Institutionen“.¹⁵¹

Ungeachtet dieser vielfältigen Schattierungen wird Subsidiarität als politischer Kampfbegriff immer wieder verwendet, um eine Aufgabenverlagerung von „unten“ nach „oben“ oder die angeblich anmaßende Tätigkeit übergeordneter Institutionen anzuprangern.¹⁵² Nicht nur, aber auch diese politische Einfärbung des – an sich – juristischen Begriffs der Subsidiarität gilt es immer im Auge zu behalten, gerade auch wenn im Folgenden spezifisch von der Subsidiarität in der EMRK die Rede sein wird.

B. Subsidiarität in der EMRK

Der Subsidiaritätsgrundsatz ist in der EMRK nicht ausdrücklich verankert.¹⁵³ Dennoch bildet er nach allgemeiner Auffassung eines der Strukturelemente der EMRK und des durch die EMRK etablierten Schutzmechanismus.¹⁵⁴ Manche Autorinnen und Autoren sprechen sogar von Subsidiarität als *dem* Grundbaustein der EMRK¹⁵⁵ und sehen in Straßburg seit den „High Level Conferences on the Future of the European Court of Human Rights“ im Februar 2010 in Interlaken¹⁵⁶ sowie im April 2012 in Brighton¹⁵⁷ das „Zeitalter der Subsidiarität“ angebrochen.¹⁵⁸ In einem gewissen Kontrast zur prominenten Rolle, die dem Subsidiaritätsgrundsatz vielerorts zugebilligt

¹⁵¹ Im politischen Diskurs wird regelmäßig auf Ortsbezeichnungen wie „Brüssel“ oder „Straßburg“ Bezug genommen, was womöglich auch dazu dient, eine räumliche Distanz für die Adressatinnen „fühlbar“ zu machen.

¹⁵² Vgl. Caroni, S. 417 ff.

¹⁵³ Statt vieler Mowbray, S. 318.

¹⁵⁴ Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 15. März 2012, *Austin und andere v. Vereinigtes Königreich*, § 61 („[...] [s]ubsidiarity is at the very basis of the Convention.“). Vgl. aus der Literatur statt vieler Vassel, S. 222 f. sowie Villiger, S. 110 ff., jeweils m.w.H.

¹⁵⁵ Vgl. De Salvia, S. 130.

¹⁵⁶ Vgl. in diesem Zusammenhang Ziff. 6 der Interlaken-Deklaration und den angehängten Aktionsplan. Lesenswert in diesem Zusammenhang sind namentlich E. 9. a) und b) des Aktionsplans, wo der EGMR eingeladen wird, auf eine erneute Überprüfung der Tatsachenfeststellung und der Anwendung innerstaatlichen Rechts durch die nationalen Gerichte zu verzichten und seiner subsidiären Rolle bei der Auslegung und Anwendung der Konvention Rechnung zu tragen.

¹⁵⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang Bst. B Ziff. 11 der Brighton-Deklaration, wo der EGMR bekräftigt wird, den Subsidiaritätsgrundsatz und die *margin-of-appreciation*-Doktrin in seiner Rechtsprechung konsistent anzuwenden. In Bst. B Ziff. 12 c) der Deklaration wurde zudem beschlossen, im Sinne der Transparenz und Zugänglichkeit die Präambel um einen Hinweis auf den Subsidiaritätsgrundsatz und die *margin-of-appreciation*-Doktrin zu ergänzen.

¹⁵⁸ Vgl. Spano, S. 1 ff.

wird, steht die diffuse Verwendung des Begriffs in der Literatur, welche maßgeblich darauf zurückzuführen ist, dass der Subsidiaritätsgrundsatz – wie oben aufgezeigt – in anderen Rechtsordnungen sehr verschiedene Bedeutungen erfahren hat.¹⁵⁹

In den folgenden Abschnitten sollen vor diesem Hintergrund zunächst strukturelle Gemeinsamkeiten und Unterschiede des Subsidiaritätsgrundsatzes der EMRK zu anderen Subsidiaritätskonzeptionen herausgearbeitet werden.¹⁶⁰ Auf der Grundlage dieser vergleichenden Betrachtung aus der „Vogelperspektive“ sind dann die verschiedenen Wirkungsdimensionen des Subsidiaritätsgrundsatzes unter der EMRK¹⁶¹ sowie deren dogmatische Verankerung und normativer Gehalt zu untersuchen.¹⁶² Darauf aufbauend wird es möglich sein, die Tatsachenfeststellung unter der EMRK aus dem Blickwinkel des Subsidiaritätsgrundsatzes ein erstes Mal summarisch in den Blick zu nehmen.¹⁶³

1. Vergleichende Einordnung des Subsidiaritätsbegriffs der EMRK

Auch im Kontext der EMRK stehen sich mit dem EGMR (und dem Ministerkomitee des Europarates)¹⁶⁴ einerseits und den Behörden der Mitgliedstaaten andererseits eine „umfassende“ und eine „umfasste Ebene“¹⁶⁵ gegenüber. Die beiden Ebenen sind auf das gemeinsame Ziel ausgerichtet, die materiellen Konventionsgarantien zu schützen; sie besitzen insoweit einen gemeinsamen Aufgabenkreis.¹⁶⁶ Wie der EGMR immer wieder betont, soll dieser Schutz nicht nur auf dem Papier bestehen, sondern effektiv sein.¹⁶⁷

Das Subsidiaritätsprinzip unter der EMRK bezweckt also ein Zusammenspiel zwischen mitgliedstaatlichen Institutionen und EGMR,¹⁶⁸ das dem solchermaßen

¹⁵⁹ Vgl. dazu schon oben, III.

¹⁶⁰ Vgl. nachfolgend, III. B. 1.

¹⁶¹ Vgl. nachfolgend, III. B. 2.

¹⁶² Vgl. nachfolgend, III. B. 3.

¹⁶³ Vgl. nachfolgend, III. B. 4.

¹⁶⁴ An erster Stelle steht selbstverständlich der EGMR, auf den allein im Folgenden Bezug genommen wird. Die EMRK überbindet jedoch die Überwachung des Vollzugs der Urteile des EGMR dem Ministerkomitee des Europarates (vgl. Art. 46 Ziff. 2–5 EMRK), so dass es nicht ganz richtig wäre, allein den EGMR der „umfassenden Ebene“ des Grundrechtsverbunds der EMRK zuzuweisen.

¹⁶⁵ Zur Missverständlichkeit des Begriffs der „Ebenen“ bereits oben, I. A.

¹⁶⁶ Vgl. Hoffmann, S. 11.

¹⁶⁷ EGMR, Urteil vom 16. Juni 2017, *Kosteckas v. Litauen*, § 40.

¹⁶⁸ Nicht angesprochen durch das Subsidiaritätsprinzip unter der EMRK ist das Verhältnis der nationalen Gerichte zur nationalen Legislative beziehungsweise Exekutive. Konfrontiert mit dem Vorbringen der britischen Regierung, das *House of Lords* habe mit der Feststellung der Konventionswidrigkeit einer Gesetzesbestimmung zur Terrorismusbekämpfung zu Unrecht in die *margin of appreciation* des Parlaments und der Regierung eingegriffen, hielt die Große Kammer des EGMR

vorgegebenen Verbundzweck gerecht wird,¹⁶⁹ ohne in dysfunktionaler Art und Weise die Handlungsbefugnisse der Konventionsstaaten als primär zuständiger Ebene einzuschränken.¹⁷⁰ Der wirksame europäische Grundrechtsschutz ist gewissermaßen der Leitstern, den der Interpret oder die Interpretin der EMRK immer im Auge behalten muss. Die Orientierung an diesem Leitstern ermöglicht es überhaupt erst, dem Subsidiaritätsprinzip im Kontext der EMRK einen fassbaren Gehalt zu vermitteln. Diese Definition des Anwendungsbereichs des Subsidiaritätsgrundsatzes unter der EMRK ist an sich nichts Überraschendes, deckt er sich doch mit den in der Literatur formulierten Begründungsansätzen der Subsidiarität im interinstitutionellen Verhältnis.¹⁷¹

Die Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes im Grundrechtsverbund der EMRK weist auch im Weiteren verschiedene Parallelen zum bundesstaatlichen und supranationalen Kontext auf. So begründet er namentlich einen (zeitlichen) Handlungsvorrang der mitgliedstaatlichen Institutionen vor dem EGMR.¹⁷² Diese weit verbreitete Definition des Subsidiaritätsbegriffs der EMRK greift jedoch zu kurz und unterschlägt die teils subtilen Unterschiede zu den oben dargestellten Subsidiaritätskonzeptionen. Gerade diese Unterschiede sind es aber, die in der allgemeinen, teilweise politisch aufgeladenen Diskussion nicht immer ausreichend berücksichtigt werden. Für eine wissenschaftliche Auseinandersetzung und eine kritische Aufarbeitung dieser (politischen) Diskussion sind solche Nuancierungen aber essenziell, weshalb sie im Folgenden in den Vordergrund gerückt werden sollen.

a. Subsidiarität als Kompetenzausübungsregel

Wie oben gesehen richtet sich das Subsidiaritätsprinzip in seiner traditionellen Verwendung im interinstitutionellen Verhältnis in erster Linie an die *politischen* Organe einer umfassenden Ebene, denen als Verfassungs- beziehungsweise Gesetzgeber die Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche der verschiedenen bundesstaatlichen Ebenen obliegt.¹⁷³ In dieser Funktion wurde das Prinzip in der vorliegenden Arbeit als

fest, die *margin of appreciation* unter der EMRK betreffe nur das Verhältnis zwischen nationalen Behörden und EGMR, nicht jedoch das Verhältnis verschiedener innerstaatlicher Organe zueinander; vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 19. Februar 2009, *A. und andere v. Vereinigtes Königreich*, § 184 („The doctrine of the margin of appreciation has always been meant as a tool to define relations between the domestic authorities and the Court. It cannot have the same application to the relations between the organs or State at the domestic level.“).

¹⁶⁹ Unpräzise deshalb Mayer, in: EMRK Kommentar, Rn. 11 zur Präambel der EMRK, wonach der Subsidiaritätsgrundsatz für das Verhältnis von Konventionsrecht zu Vertragsparteienrecht eine Rolle spielen solle. Der Subsidiaritätsgrundsatz regelt lediglich das Verhältnis von nationalen Behörden zum EGMR im Rahmen der Anwendung der EMRK.

¹⁷⁰ Szymczak, S. 22, m.w.H.

¹⁷¹ Vgl. Isensee, S. 71 sowie spezifisch zur Rechtfertigung des Subsidiaritätsgrundsatzes unter der EMRK Arnadóttir, S. 39 f., m.w.H.

¹⁷² Vgl. statt vieler Breitenmoser, S. 121 sowie Interlaken Follow-Up, S. 2.

¹⁷³ Vgl. zum Ganzen oben, III. A. 3.

Kompetenzabgrenzungsregel bezeichnet. Nicht angesprochen durch das Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzabgrenzungsregel sind jedoch die Gerichte der verschiedenen bundesstaatlichen Ebenen: Sie entscheiden zwar mitunter verbindlich über die Auslegung der Normen der Kompetenzordnung und haben in diesem Zusammenhang auch darüber zu urteilen, ob die politischen Organe bei der Kompetenzverteilung den Subsidiaritätsgrundsatz eingehalten haben.¹⁷⁴ In diesen Tätigkeiten sind sie jedoch selbst nicht an den Subsidiaritätsgrundsatz gebunden und müssen subsidiaritätsrechtliche Überlegungen nur als teleologischen Gesichtspunkt bei der Auslegung der Kompetenzordnung berücksichtigen. Sie sind also regelmäßig nicht Adressaten des Subsidiaritätsgrundsatzes als *Kompetenzabgrenzungsregel*, sondern legen die auf dem Subsidiaritätsgedanken basierende Kompetenzordnung lediglich aus, um Streitfälle zu entscheiden.¹⁷⁵

Unter der EMRK nimmt der Subsidiaritätsgrundsatz als *Rechtsprinzip* demgegenüber nicht die rechtssetzenden, sondern die rechtsanwendenden Organe und mit dem EGMR namentlich ein Gericht in die Pflicht.¹⁷⁶ Als politische Urheber der Konvention sind die Vertragsstaaten gerade nicht an den Subsidiaritätsgrundsatz gebunden. Ihnen ist es nämlich – unter Vorbehalt des Konsensprinzips¹⁷⁷ – unbenommen, den Schutzmechanismus der EMRK auch im Widerspruch zum Subsidiaritätsgedanken auszugestalten. Subsidiarität ist damit aus Sicht der Vertragsstaaten in Bezug auf die Weiterentwicklung der Konvention lediglich ein Gebot politischer Klugheit, dem im Hinblick auf die Zukunft und die Legitimität des Schutzmechanismus zwar große Tragweite zukommt, das jedoch letztlich rechtlich unverbindlich bleibt.

In diesem Sinne kann dem Subsidiaritätsgrundsatz als *Kompetenzabgrenzungsregel* unter der EMRK lediglich die Qualität einer *politischen Leitmaxime* zugeschrieben werden. Rechtliche Wirkung entfaltet der Subsidiaritätsgrundsatz unter der EMRK nur als *Kompetenzausübungsregel*.¹⁷⁸ Adressat ist dabei in erster Linie der EGMR in seiner Überwachungsfunktion (Art. 19 EMRK). Mittelbar verpflichtet sind jedoch auch die nationalen rechtsanwendenden Behörden, die den Konventionsgarantien in konkreten Einzelfällen auf innerstaatlicher Ebene zum Durchbruch verhelfen müssen (Art. 1 EMRK).

¹⁷⁴ So namentlich der EuGH, das deutsche Bundesverfassungsgericht und der kanadische Supreme Court; vgl. oben, III. A. 3. b. ba.

¹⁷⁵ Zum Beispiel kann der EuGH darüber entscheiden, ob eine (gesetzgeberische) Maßnahme der EU mit dem Subsidiaritätsgrundsatz vereinbar ist und diese Maßnahme gegebenenfalls aufheben; bei der Auslegung der Unionskompetenzen ist er selbst jedoch nicht an den Subsidiaritätsgrundsatz gebunden; vgl. Kadelbach, in: Komm. Unionsrecht, Rn. 32 zu Art. 5 EUV; anderer Meinung De Búrca, S. 229 ff.

¹⁷⁶ Aus diesem Grund wird in der Literatur vertreten, die durch das 15. Zusatzprotokoll beabsichtigte Nennung des Subsidiaritätsgrundsatzes in der Präambel der EMRK „verblüffe“; vgl. Mayer, in: Kommentar EMRK, Rn. 11 zur Präambel der EMRK.

¹⁷⁷ Vgl. zum völkerrechtlichen Konsensprinzip als grundlegendem Ausdruck von Subsidiarität oben, III. A. 3.

¹⁷⁸ Vgl. für eine vergleichbare Differenzierung Feichtner, Rn. 28 f.

b. Nationale Behörden als Subsidiaritätsverpflichtete

Ausgehend vom allgemeinen politischen (und selbst juristischen) Diskurs¹⁷⁹ dürfte es manche überraschen, dass der Subsidiaritätsgrundsatz der EMRK auch die Institutionen der Konventionsstaaten in die Pflicht nimmt.¹⁸⁰ Dem liegt jedoch eine einfache Überlegung zugrunde: Das Funktionieren von institutionellen Mehrebenensystemen setzt immer voraus, dass sämtliche involvierten Akteure die ihnen zugewiesenen Aufgaben erfüllen. Soweit aus subsidiaritätsrechtlichen Überlegungen vorrangig den Institutionen der „umfassten“ Ebene Aufgaben zugewiesen werden, müssen sie diese auch tatsächlich wahrnehmen, um dem Verbundzweck Genüge zu tun. Kommen sie ihren Aufgaben nicht nach, führt dies zwangsläufig zu einem Vakuum, das die übergeordnete Ebene ausfüllen muss, um den vorgegebenen Verbundzweck zu gewährleisten.¹⁸¹

Ganz im Sinne des allgemeinen Subsidiaritätsgrundsatzes räumt der subsidiaritätsrechtlich geprägte Institutionenaufbau der EMRK den mitgliedstaatlichen Institutionen damit zwar bestimmte Freiräume ein.¹⁸² Namentlich genießen die mitgliedstaatlichen Behörden bei der Implementierung der EMRK großes Ermessen in der Abwägung verschiedener Rechtsgüter¹⁸³ und der EGMR greift in dieses Ermessen nicht ohne Not ein. Umgekehrt nimmt die EMRK ihre Mitgliedsstaaten aber in die Pflicht, die Verletzung von Konventionsgarantien nach Möglichkeit schon innerstaatlich zu beseitigen.¹⁸⁴ Einzelne Autorinnen und Autoren bezeichnen diese „Primärverpflichtung“ der mitgliedstaatlichen Institutionen als „Kehrseite“ der subsidiaritätsrechtlichen Beschränkungen, die sich der EGMR auferlegt.¹⁸⁵ Der Begriff der „Primärverpflichtungen“ macht deutlich, dass der Subsidiaritätsgrundsatz nicht nur den Handlungsspielraum der Institutionen der Konventionsstaaten absichert, sondern indirekt auch die Erfüllung ihrer durch die EMRK begründeten Pflichten einfordert und bei Missachtung eine Aufgabenverlagerung auf den EGMR gebietet.

Diese Erkenntnis steht in Einklang mit der allgemeinen Begründung des Subsidiaritätsgrundsatzes im interinstitutionellen Kontext: Im Vordergrund steht die Verwirklichung des Verbundzwecks, nicht dessen Realisierung auf der tiefstmöglichen Ebene. Der Subsidiaritätsgrundsatz der EMRK folgt insofern entgegen anderslautenden Meinungen nur mittelbar einer personalistischen (oder demokratischen)

¹⁷⁹ Vgl. dazu oben, III.

¹⁸⁰ Vgl. auch Mowbray, S. 332, S. 340.

¹⁸¹ Vgl. in allgemeiner Art und Weise Leurquin-de Visscher, S. 23; spezifisch zum Verhältnis zwischen EGMR und konventionsstaatlichen Institutionen Medienmitteilung des Bundesrates zum Stellenwert der EMRK: „[i]n dem Umfang, wie die Vertragsstaaten ihrer Verpflichtung zur Umsetzung und Anwendung der Konvention nachkommen, kann der EGMR seine Kontrolle zurücknehmen.“

¹⁸² Vgl. Wildhaber, History, S. 95.

¹⁸³ Vgl. Petzold, S. 49.

¹⁸⁴ Vgl. statt vieler EGMR, Urteil vom 10. Mai 2001, *Z. und andere v. Vereinigtes Königreich*, § 103.

¹⁸⁵ Vgl. Christoffersen, S. 5 („[...] opposite side of the coin [...]“).

Begründung.¹⁸⁶ Zwar trifft zu, dass die EMRK nicht nur eine freiheitliche, sondern auch eine demokratische Grundordnung in den Mitgliedstaaten des Europarates gewährleisten soll.¹⁸⁷ Von diesem Ziel ausgehend soll Subsidiarität dazu beitragen, im Grundrechtsverbund der EMRK die für den Schutz von demokratischer Rechtsstaatlichkeit erforderlichen institutionellen Strukturen zu gewährleisten. Letztlich ist der Schutz einer demokratisch-rechtsstaatlichen Grundordnung jedoch nur das Ziel, dem der Subsidiaritätsgrundsatz verpflichtet ist; seine Funktion ist es, im Hinblick auf dieses Ziel eine zweckmäßige Abgrenzung der Aufgaben der verschiedenen Ebenen bereitzustellen.¹⁸⁸

c. Keine *subsidiarité concurrence*

Maßgeblicher Referenzpunkt, dem sowohl die rechtsanwendenden Behörden der Mitgliedstaaten als auch der EGMR verpflichtet sind, ist wie bereits erläutert der effektive Schutz der materiellen Konventionsrechte. Die Überprüfungsbefugnis des EGMR als übergeordnete Ebene soll gemäß der Ausschöpfungsregel von Art. 35 Ziff. 1 EMRK erst eingreifen, wenn der nationale Grundrechtsschutz versagt. Der durch die EMRK implementierte Überwachungsmechanismus ersetzt die mitgliedstaatliche Obliegenheit zum Schutz von Grundrechten also nicht, sondern *ergänzt* sie.¹⁸⁹ Im Unterschied zur „Entweder-oder-Regel“ der Kompetenzabgrenzung in den untersuchten bundesstaatlichen Verfassungen und in den EU-Verträgen, für welche mitunter der instruktive Begriff der „subsidiarité concurrence“ verwendet wird,¹⁹⁰ sind unter der EMRK sowohl die nationalen Behörden als auch die Europaratsinstitutionen (namentlich der EGMR) für die Gewährleistung der Konventionsrechte zuständig.¹⁹¹ Ihre Verantwortlichkeitsbereiche schließen sich nicht etwa gegenseitig aus, sondern verhalten sich komplementär zueinander.¹⁹² Aus dieser Komplementarität ergeben sich unter der EMRK – ganz grundsätzlich gedacht – zwei Anwendungsbereiche des Subsidiaritätsgrundsatzes:

¹⁸⁶ Vgl. für eine solche Begründung aber Besson, S. 69 ff. sowie Vasel, S. 228.

¹⁸⁷ Vgl. die Präambel der EMRK, wonach die Konventionsstaaten der EMRK „ihre[n] tiefen Glauben an die Grundfreiheiten“ bekräftigten, „welche die Grundlage von Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bilden und *die am besten durch eine wahrhaft demokratische politische Ordnung sowie durch ein gemeinsames Verständnis und eine gemeinsame Achtung der diesen Grundfreiheiten zugrunde liegenden Menschenrechte gesichert* werden [Hervorhebung durch den Verfasser].“ Zum Verhältnis der EMRK zur Demokratie auch Moeckli/Raible, S. 469 ff.

¹⁸⁸ Vgl. auch Carozza, S. 66.

¹⁸⁹ Vgl. Interlaken Follow-Up, S. 2.

¹⁹⁰ Vgl. Andriantsimbazovina, S. 28 ff.

¹⁹¹ Vgl. Interlaken-Deklaration, Folgerung 2, wo von „*shared responsibility*“ die Rede ist. Missverständlich in diesem Zusammenhang Vasel, S. 226, der meint, der EGMR greife in Übereinstimmung mit dem Subsidiaritätsgedanken „erst dann ein, wenn der innerstaatliche Rechtsschutz als kleinere Ordnungseinheit vertikal erschöpft ist, dass [sic!] heißt im konkreten Fall, gemessen am konventionsrechtlichen Maßstab, versagt hat.“

¹⁹² Vgl. Besson, S. 75 ff.; Szymczak, S. 27; Tulkens, S. 399.

Zum einen stellt sich die Frage, wann welche der beiden Ebenen für den Schutz der Konventionsrechte zuständig ist; eine zeitliche Überlappung der Zuständigkeiten würde nämlich Redundanzen und damit unnötigen Zusatzaufwand für beide beteiligten Ebenen bewirken. Diesem Gesichtspunkt sind die in der EMRK formulierten Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Beschwerde an den EGMR gewidmet, wobei namentlich die Ausschöpfungsregel (Art. 35 Ziff. 1 EMRK) von besonderer Bedeutung ist. Subsidiarität als grundlegender teleologischer Referenzpunkt bei der Auslegung der Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Beschwerde an den EGMR (namentlich bezüglich Art. 35 Ziff. 1 EMRK) dient insofern einer zweckmäßigen zeitlichen *Sequenzierung* der Zuständigkeiten der verschiedenen Ebenen.

Zum anderen stellt sich aufgrund des Zusammenwirkens verschiedener Ebenen die Frage, welchen Umfang die Prüfung einer allfälligen Konventionsverletzung auf der Ebene des EGMR nach dem Durchlaufen eines innerstaatlichen Verfahrens noch einnehmen soll.¹⁹³ Tatsächlich zieht der EGMR den Subsidiaritätsgrundsatz oft heran, um im Einzelfall seine Kontrolldichte festzulegen.¹⁹⁴ Hier geht es jedoch nicht um eine zeitliche Sequenzierung der Zuständigkeiten, sondern darum, dass der EGMR angepasst an die Verhältnisse des Einzelfalls jene Kontrolldichte findet, die den effektiven Schutz der Konventionsrechte erlaubt. Besondere Bedeutung hat diese Frage, wenn aufgrund des konkret zu beurteilenden Sachverhalts und der bisherigen Rechtsprechung des EGMR nicht von vornherein klar ist, ob eine Konventionsverletzung vorliegt oder nicht.¹⁹⁵

Maßgebliches Kriterium muss hier sein, ob die Institutionen der Konventionsstaaten ihrer Verpflichtung zum Schutz der Konventionsrechte bereits nachgekommen sind. Wurde die behauptete Konventionsverletzung bereits innerstaatlich in einem fairen Verfahren umfassend geprüft und in überzeugender Art und Weise verneint, hält sich der EGMR in der Regel zurück, selbst noch eine ausgedehnte Prüfung vorzunehmen.¹⁹⁶ Umgekehrt muss der EGMR ein allfälliges Versagen der innerstaatlichen Institutionen mit einer erhöhten Prüfungsdichte gewissermaßen kompensieren, um dem Verbundzweck eines effektiven Menschenrechtsschutzes Genüge zu tun. Auch in diesem Zusammenhang wird also wieder deutlich, dass der Subsidiaritätsgrundsatz als dynamisches Prinzip sowohl für eine Zurückhaltung des EGMR als auch für dessen Einschreiten sprechen kann.¹⁹⁷

¹⁹³ Vgl. beispielsweise das insofern nur teilweise korrekte Votum von Bundesrätin Simonetta Sommaruga in den parlamentarischen Beratungen zum Bericht des Bundesrates zu den Erfahrungen und Perspektiven des EMRK-Beitritts, Amtl. Bull. NR 2016 369. Sommaruga versteht unter Subsidiarität nämlich, dass der EGMR erst zum Zuge komme, „wenn und soweit die Vertragsstaaten ihren Verpflichtungen nicht“ nachkämen. Damit gemeint ist wohl die Ausschöpfungsregel von Art. 35 Ziff. 1 EMRK. Unterschlagen wird jedoch, dass das Subsidiaritätsprinzip sich auch auf die Kontrolldichte des EGMR auswirkt.

¹⁹⁴ Vgl. Interlaken Follow-Up, S. 11.

¹⁹⁵ Vgl. Christoffersen, S. 236 ff.

¹⁹⁶ Entsprechend ist gemäß Art. 36 Ziff. 3 Bst. a EMRK eine Beschwerde für unzulässig zu erklären, wenn sie offensichtlich unbegründet ist.

¹⁹⁷ Vgl. auch Huijbers, S. 182 ff., welche diese Ambivalenz mit dem Begriffspaar der „positiven“ und „negativen Subsidiarität“ einzufangen versucht. Außerdem lesenswert Interlaken Follow-Up, S. 5 f.

2. Dimensionen des Subsidiaritätsbegriffs in der EMRK

Nach dem Gesagten lassen sich zwei Hauptdimensionen des Subsidiaritätsbegriffs unter der EMRK ausmachen. Zu unterscheiden ist zwischen Subsidiarität als (unverbindlicher) Kompetenzzuweisungsregel und Subsidiarität als (verbindlicher) Kompetenzzuweisungsregel (Abb. 1):¹⁹⁸

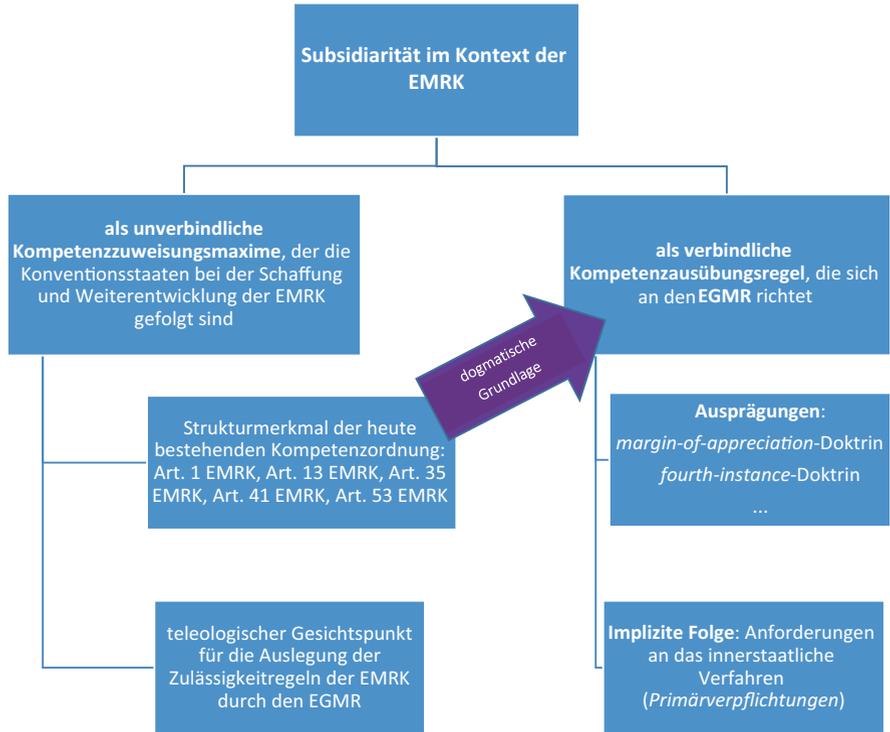


Abb. 1 Dimensionen des Subsidiaritätskonzepts unter der EMRK

¹⁹⁸ Vgl. Arnardóttir, S. 41: „The principle of subsidiarity in theory, therefore, has a systemic dimension related to the distribution of competences and tasks, and a normative dimension that guides or justifies how authority is used [...]“

a. Subsidiarität als unverbindliche Kompetenzzuweisungsmaxime

In Bezug auf die Kompetenzabgrenzung kommt Subsidiarität als politisches Leitmotiv der Konventionsstaaten in verschiedenen heute geltenden Bestimmungen zum Vorschein. Insbesondere hinsichtlich der zeitlichen Abgrenzung der Kompetenzen zwischen mitgliedstaatlichen Behörden und EGMR war der Subsidiaritätsgrundsatz offensichtlich tragender Gesichtspunkt bei der Ausarbeitung der EMRK.¹⁹⁹ Im Einzelnen ist in diesem Zusammenhang namentlich auf Art. 1 EMRK, Art. 13 EMRK in Verbindung mit Art. 35 EMRK²⁰⁰ und Art. 46 EMRK hinzuweisen.²⁰¹ Einzelne Kommentatorinnen und Kommentatoren – und auch der EGMR – haben außerdem auch in Art. 41 EMRK (gerechte Entschädigung) und Art. 53 EMRK (Wahrung anerkannter Menschenrechte, Günstigkeitsprinzip) Subsidiaritätselemente erkannt.²⁰²

Aus Art. 1 EMRK, der die „Hohen Vertragsparteien“ zur Achtung der EMRK-Garantien verpflichtet und den EGMR unerwähnt lässt, wird in der Literatur abgeleitet, dass die Gewährleistung der EMRK-Garantien in erster Linie den Vertragsstaaten obliegt²⁰³ und der durch Art. 19 EMRK eingesetzte EGMR erst eingreifen darf, wenn die nationalen Institutionen dieser Aufgabe nicht nachkommen.²⁰⁴ Konkretisiert wird diese Konzeption durch den Ausschöpfungsgrundsatz, gemäß welchem im konkreten Einzelfall erst dann Beschwerde an den EGMR erhoben werden kann, wenn alle innerstaatlichen Rechtsmittel ausgeschöpft wurden (Art. 35 Ziff. 1 EMRK)²⁰⁵ und die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 35 Ziff. 2–4 EMRK). Umgekehrt sind die Konventionsstaaten aber aufgrund von Art. 13 EMRK im Sinne des Subsidiaritätsgrundsatzes auch verpflichtet, innerstaatlich wirksame Rechtsmittel zur Durchsetzung der Konventionsgarantien zur Verfügung zu stellen.²⁰⁶ Die *pilot-judgment*-Verfahren, die der EGMR von Zeit zu Zeit durchführt, um einen Konventionsstaat auf strukturell bedingte und daher großflächige Verletzungen der EMRK aufmerksam zu machen, zielen ganz im Sinne des Subsidiaritätsgrundsatzes darauf ab, innerstaatlich Gesetzes- beziehungsweise Praxisänderungen anzustoßen, welche die rasche Beseitigung der Konventionsverletzung schon auf innerstaatlicher Ebene sicherstellen sollen.²⁰⁷

Schließlich greifen die Überwachungsbefugnisse des Ministerrats zur Einhaltung der Urteile des EGMR (Art. 46 Ziff. 2–5 EMRK) in der Regel erst ein, wenn

¹⁹⁹ Vgl. Interlaken-Deklaration, Preliminary Proposition 6.

²⁰⁰ Auf Art. 1 EMRK, Art. 13 EMRK und Art. 35 EMRK als Ausdrucksformen der Subsidiarität weist auch der EGMR regelmäßig hin; vgl. statt vieler EGMR (Große Kammer), Urteil vom 26. Oktober 2000, *Kudła v. Polen*, § 152. Mit besonderer Betonung des Zusammenspiels von Art. 13 EMRK und Art. 35 EMRK der ehemalige Präsident des EGMR Costa, La Cour, S. 77 sowie Beijer, S. 23.

²⁰¹ Vereinzelt legt der EGMR dem Subsidiaritätsgrundsatz auch ein Zusammenspiel zwischen Art. 1 EMRK und Art. 19 EMRK zugrunde, vgl. beispielsweise EGMR (Große Kammer), Urteil vom 15. März 2012, *Austin und andere v. Vereinigtes Königreich*, § 61. Dazu Vassel, S. 224.

²⁰² Vgl. Vassel, S. 226 f., m.w.H.

²⁰³ Vgl. Mayer, in: Kommentar EMRK, Rn. 12 zur Präambel der EMRK.

²⁰⁴ Vgl. Meyer-Ladewig, Rn. 1 zu Art. 19 EMRK.

²⁰⁵ Vgl. auch Costa, Relationship, S. 267; von Staden, S. 1036.

²⁰⁶ Vgl. Kuijer, S. 785.

²⁰⁷ Vgl. EGMR, Urteil vom 15. Januar 2009, *Burdov v. Russland (Nr. 2)*, § 127.

die Konventionsstaaten ihrer Pflicht zur Befolgung der Urteile (Art. 46 Ziff. 1 EMRK) nicht nachkommen. Kürzlich wurde ergänzend hierzu vertreten, dass auch die politischen Befugnisse des Europarates als Ausprägung der Subsidiarität angesehen werden können, zumal insbesondere systemische Probleme, die zu wiederholten Verurteilungen einzelner Konventionsstaaten durch den EGMR führen, auf jener (politischen) Ebene besser angegangen werden können als in den Individualverfahren vor dem EGMR.²⁰⁸

Weil der Subsidiaritätsgedanke beim Aufbau des institutionellen Arrangements der EMRK als tragender politischer Gesichtspunkt angesehen werden muss, ist er vom EGMR auch zur Auslegung der erwähnten Bestimmungen heranzuziehen. Tatsächlich wird er vom EGMR im Zusammenhang mit Art. 34 und Art. 35 EMRK immer wieder erwähnt.²⁰⁹ Insofern ist der Grundsatz funktional jedoch keine Kompetenzausübungsregel, sondern eine Kompetenzabgrenzungsregel, die den EGMR in seiner Rechtsprechungstätigkeit – und namentlich bei der Auslegung der eben erwähnten Bestimmungen – lediglich im Sinne eines teleologischen Bezugspunktes im Rahmen der Auslegung der erwähnten Bestimmungen betrifft. In der Literatur wird der Grundsatz in dieser Funktion oft als „formelle Subsidiarität“ bezeichnet.²¹⁰

Soweit rechtspolitische Kritik an diesem Institutionenaufbau geübt wird, betrifft dies allerdings in erster Linie die Vertragsstaaten als „Gesetzgeber der EMRK“ und nicht den EGMR. Es sind die Vertragsstaaten, welche durch ihre Ratifizierung der EMRK in der gegenwärtigen Form die bestehende Kompetenzordnung gutgeheißen haben und insofern die Verantwortung dafür tragen, dass der Verbundzweck erreicht wird. Auch der EGMR als Hauptinterpret der EMRK trägt durch seine Rechtsprechungstätigkeit zwar Wesentliches zur Fortentwicklung und Konkretisierung der Kompetenzordnung der EMRK bei. Man könnte sich deshalb überlegen, den EGMR in dieser Hinsicht als „wichtigen institutionellen Akteur“ zu begreifen, und ihn bei der Auslegung der Kompetenzsequenzierungsordnung der EMRK auch rechtlich an das Subsidiaritätsprinzip zu binden.²¹¹ Diese rechtliche Bindung käme für den EGMR dann namentlich bei der Auslegung der Ausschöpfungsregel und der weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen zum Tragen. Eine solche Konzeption stünde dogmatisch jedoch auf schwachen Beinen.²¹² Weil sie auch praktisch keine Auswirkungen zeitigen würde, soll diese Diskussion hier nicht vertieft werden.

b. Subsidiarität als an den EGMR gerichtete Kompetenzausübungsregel

Der Subsidiaritätsgrundsatz hat unter der EMRK aber auch einen anderen, für den EGMR und die mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte bei der Anwendung der EMRK verbindlichen *rechtlichen* Anwendungsbereich. Auch wenn bis anhin eine explizite Verankerung des Grundsatzes im Text der Konvention fehlte, fühlt sich

²⁰⁸ Vgl. de Londras, S. 46.

²⁰⁹ Vgl. Hoffmann, S. 65 ff.

²¹⁰ Vgl. Füglistaler, S. 11 f.

²¹¹ Vgl. für analoge Überlegungen in Bezug auf den EuGH De Búrca, S. 218; Horsley, S. 276.

²¹² Vgl. für diesbezügliche Kritik an Versuchen, den EuGH an den Subsidiaritätsgrundsatz zu binden Kadelbach, in: Komm. Unionsrecht, Rn. 32 zu Art. 5 EUV.

der EGMR nämlich in seiner Rechtsprechung nicht nur in der Auslegung der Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Beschwerde, sondern ganz allgemein an den Grundsatz der Subsidiarität gebunden. Als Folge dessen macht er seine Kontrolldichte im Einzelfall regelmäßig von subsidiaritätsrechtlichen Überlegungen abhängig. Insoweit fungiert Subsidiarität jedoch nicht als teleologischer Gesichtspunkt bei der Auslegung der Bestimmungen zur Kompetenzabgrenzung, sondern als vom EGMR selbst auferlegte Kompetenzausübungsregel.

Als Kompetenzausübungsregel kommt der Subsidiaritätsgrundsatz beispielsweise in der *margin-of-appreciation*-Doktrin und der *fourth-instance*-Doktrin zum Tragen – beides richterrechtlich entwickelte Konzepte, deren dogmatische Grundlagen unten noch aufzugreifen sind. In Frage steht hier nicht die Zuständigkeit des EGMR zur Überwachung der Einhaltung der Konventionsrechte in einem bestimmten Fall, sondern die Ausübung dieser Überwachungsbefugnis. Diese soll nämlich die besondere institutionelle Stellung des EGMR als internationales Gericht berücksichtigen, wobei sowohl die Eigenschaft seiner völkerrechtlichen Konstituierung als auch seine justizielle Funktion Auswirkungen zeitigt.²¹³ Die Berücksichtigung der besonderen Stellung erfolgt dabei über das (variable) Instrument der Kontrolldichte, welche der EGMR namentlich auch von der Qualität des innerstaatlichen Verfahrens abhängig macht. Unter dem Aspekt des Subsidiaritätsgrundsatzes als an den EGMR gerichtete Kompetenzausübungsregel sind deshalb auch verfahrensrechtliche Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aufzugreifen, welche in der Literatur teils unter dem Begriff der „Primärverantwortung“ abgehandelt werden.

Während die aus dem Subsidiaritätsprinzip fließenden Primärverpflichtungen der Konventionsstaaten mit Beschwerde an den EGMR durchgesetzt werden können, fehlt dem Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis zum EGMR die Justiziabilität, zumal dessen Entscheidungen nicht überprüfbar sind. Es ist gewissermaßen der EGMR als ‚letztes‘ Gericht, der sich bei der Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes als Kompetenzausübungsregel selbst überwacht.²¹⁴

Manche würden dem Subsidiaritätsgrundsatz aufgrund der mangelnden Justiziabilität den Rechtscharakter absprechen. Bei Lichte konvergiert mangelnde Justiziabilität jedoch nicht zwingend mit mangelnder Rechtsverbindlichkeit;²¹⁵ in Frage steht vielmehr die Wirksamkeit des Subsidiaritätsgrundsatzes. In diesem Zusammenhang steht es den Konventionsstaaten offen, den EGMR durch politische Stellungnahmen

²¹³ Vgl. zur (demokratischen) Legitimation gerichtsförmiger Streitschlichtungsmechanismen auf internationaler Ebene von Staden, S. 1023 ff.

²¹⁴ Gleiches gilt für den EuGH, soweit dieser sich ebenfalls dem Subsidiaritätsgrundsatz unterwirft; vgl. Horsley, 277.

²¹⁵ Diese grundlegende Unterscheidung von Justiziabilität und Rechtsverbindlichkeit hebt auch der IGH hervor, vgl. sein Urteil im *Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Urteil vom 26. Februar 2007, § 148: „[...] the fundamental distinction between the existence and binding force of obligations arising under international law and the existence of a court or tribunal with jurisdiction to resolve disputes about compliance with those obligations. The fact that there is not such a court or tribunal does not mean that the obligations do not exist.“

in den Europaratinstitutionen zur Einhaltung des Subsidiaritätsgrundsatzes anzuhalten. Letztlich hat der EGMR selbst das größte Interesse an der Einhaltung der Subsidiarität, hängt doch seine Legitimität ganz entscheidend vom Zuspruch der Konventionsstaaten ab.²¹⁶ Damit soll nicht gesagt sein, dass der EGMR sich als unbequemer Akteur zurückhalten soll; der Blick von außen ist nötig, um mögliche Fehlentwicklungen zu korrigieren. Gerade deshalb sollte der EGMR alles daran setzen, durch eine umsichtige Rechtsprechung seine Rolle als „mensenrechtliches Gewissen“ Europas²¹⁷ zu bewahren. Die vielfachen Bezugnahmen auf den Subsidiaritätsgrundsatz in der Rechtsprechung zeigen, dass sich der EGMR der legitimitätsstiftenden Funktion des Subsidiaritätsgrundsatzes durchaus bewusst ist.²¹⁸

c. Terminologische Abgrenzungen

Bevor nachstehend auf die dogmatischen Grundlagen des Subsidiaritätsgrundsatzes in seiner Erscheinungsform als Rechtsregel zur *Kompetenzausübung durch den EGMR* eingegangen wird, erscheint es angesichts der in diesem Zusammenhang sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung teilweise synonym, teilweise mehrdeutig verwendeten Begriffe dienlich, sich einen diesbezüglichen Überblick zu verschaffen.

Die hier vorgenommene Unterscheidung zwischen Subsidiarität als (unverbindlichem) teleologischem Charakterzug der Zuständigkeitsregelungen der EMRK und Subsidiarität als (verbindlicher) an den EGMR gerichteter Kompetenzausübungsregel deckt sich inhaltlich mit der in der Literatur mitunter gebrauchten Unterscheidung zwischen formeller und materieller Subsidiarität.²¹⁹ Anders als die angestammte Terminologie macht die hier vorgenommene Unterscheidung jedoch deutlich, dass Subsidiarität in Bezug auf die Kompetenzabgrenzung zwischen dem EGMR und den nationalstaatlichen Institutionen kein eigentlicher Rechtsatz, sondern nur einer unter mehreren Gesichtspunkten ist, welche vom EGMR bei der Auslegung der Zuständigkeitsbestimmungen zu berücksichtigen sind. Die insofern nichtssagende Unterscheidung zwischen „formeller“ und „materieller“ Subsidiarität legt zu wenig offen, dass solche Unterschiede in der Rechtsverbindlichkeit des

²¹⁶ Vgl. Forowicz, S. 3 f.

²¹⁷ Vgl. Tulkens, S. 407.

²¹⁸ Vgl. Arnardóttir, S. 40, m.w.H.

²¹⁹ Vgl. Petzold, S. 60: „Subsidiarity within the legal order of the Convention has two aspects: as a procedural or functional concept it means that before appealing to the Convention institutions, any applicant must have had referred his or her complaints to all those domestic institutions which can be considered to offer an effective and adequate remedy in the circumstances of the case; as a material or substantive concept it means that when applying the Convention provisions, the Convention institutions have to make, wherever appropriate, due allowance for those legal and factual features which characterize the life of the society in the State concerned.“ So (und wohl in Anlehnung an diese Darstellung) auch De Schutter, S. 63 f., Füglistaler, S. 11 f. und Interlaken Follow-Up, S. 6.

Subsidiaritätsgrundsatzes überhaupt bestehen. Nicht zufällig wird in der Literatur in gedanklichem Rückgriff auf das „formelle“ Verständnis von Subsidiarität oft auf eine Definition des Subsidiaritätsprinzips zurückgegriffen, welche eigentlich nur auf seine Funktion als Kompetenzabgrenzungsregel passt und sich (naheliegenderweise) an den bundesstaatlichen Subsidiaritätsbegriff anlehnt.²²⁰

Im Weiteren ist der Subsidiaritätsgrundsatz als (für den EGMR verbindliche) Kompetenzausübungsregel zu unterscheiden vom Begriff des Ermessens der innerstaatlichen Behörden in der Umsetzung der EMRK (engl. *discretion*). Ermessen genießen die Konventionsstaaten schon allein aufgrund ihrer Freiheit in der Wahl der Mittel zur Umsetzung der EMRK-Garantien.²²¹ In gefestigter Rechtsprechung äußert der EGMR deshalb immer wieder, dass die EMRK nicht vorschreibt, welche Mittel die Konventionsstaaten zu ihrer Implementierung anzuwenden haben, sondern lediglich im Ergebnis Beachtung verlangt.²²² Der damit ohnehin bestehende Ermessensspielraum der Konventionsstaaten in der Anwendung der EMRK dehnt sich aber aus, wenn der EGMR in Beurteilung eines an ihn getragenen Einzelfalls seine Kontrolldichte unter Berufung auf den Subsidiaritätsgrundsatz zurückfährt.²²³

Die in diesem Zusammenhang festzustellenden begrifflichen Unsicherheiten sind maßgeblich darauf zurückzuführen, dass der Begriff der *margin of appreciation* einerseits herangezogen wird, um das Ermessen der Konventionsstaaten bei der Implementierung der Konventionsgarantien zu beschreiben (synonym zur Implementierungsfreiheit [engl. *freedom of implementation*] beziehungsweise zum englischen Begriff *discretion*), andererseits aber auch im Zusammenhang der vom EGMR gewählten Kontrolldichte verwendet und in diesem Sinne mit dem Subsidiaritätsgrundsatz (engl. *subsidiarity principle*) gleichgesetzt wird.²²⁴ Bei der Lektüre sowohl der Entscheidungen und Urteile des EGMR als auch der Literatur muss diese Mehrdeutigkeit der verschiedenen Begriffe im Auge behalten werden.

Für die Zwecke der vorliegenden Arbeit wird in Bezug auf die institutionell begründete, aber variable Prüfungsichte des EGMR im Folgenden immer der Begriff des Subsidiaritätsgrundsatzes verwendet und die *margin-of-appreciation*-Doktrin (ebenso wie die *fourth-instance*-Doktrin) lediglich als einer von mehreren Anwendungsfällen behandelt.²²⁵ Soweit hingegen von der allgemeinen völkerrechtlichen Implementierungsfreiheit der Konventionsstaaten die Rede ist, wird im Folgenden der Terminus des Ermessens gebraucht.

²²⁰ Beispielhaft Breitenmoser. S. 121.

²²¹ Christoffersen, S. 296 ff.

²²² EGMR (Plenum), Urteil vom 23. Juli 1968, *Case „Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Languages in Education in Belgium“ v. Belgien (Merits)*, § 10 S. 31 (englische Version) beziehungsweise § 10 S. 32 (französische Version).

²²³ Mit einer diesbezüglich anschaulichen grafischen Darstellung Christoffersen, S. 239.

²²⁴ Vgl. Christoffersen, S. 236 ff.

²²⁵ Anderer Auffassung offenbar Egli, S. 725 ff., welche Subsidiarität in den Bestimmungen der EMRK verschiedentlich verankert sieht, die *margin-of-appreciation*-Doktrin hingegen als gesondertes Richterrecht betrachtet, das vom Subsidiaritätsgrundsatz zu unterscheiden sei.

3. Dogmatische Grundlagen und Ausprägungen des Subsidiaritätsgrundsatzes als Kompetenzausübungsregel

Wie bereits erwähnt worden ist, fehlt in der EMRK – zumindest bis das 15. Zusatzprotokoll in Kraft tritt²²⁶ – eine ausdrückliche Bezugnahme auf den Subsidiaritätsgrundsatz.²²⁷ Auch in den Materialien zur Entstehungsgeschichte der Konvention sucht man vergeblich nach dem Subsidiaritätsbegriff.²²⁸ Vor diesem Hintergrund fragt sich, worin die dogmatischen Grundlagen des Subsidiaritätsgrundsatzes als verbindliche Kompetenzausübungsregel zu erblicken sind.

Antworten auf diese Frage finden sich in der frühen Rechtsprechung des EGMR,²²⁹ wobei für die heutige Praxis insbesondere zwei Urteile aus den Jahren 1968²³⁰ beziehungsweise 1976²³¹ wegweisend waren. Die entscheidenden Passagen dieser Urteile sollen nachfolgend kurz skizziert werden, zumal in ihnen schon sämtliche – nachfolgend ebenfalls kurz darzulegenden – Wirkungsdimensionen des Subsidiaritätsgrundsatzes in der heutigen Praxis vorgezeichnet sind. Sodann soll die Frage in den Raum gestellt werden, ob – und gegebenenfalls inwiefern – eine mögliche zukünftige Verankerung des Subsidiaritätsgrundsatzes in der Präambel der EMRK Änderungen an der Rechtslage bewirken würde.

a. Frühe Rechtsprechung des EGMR

Im Urteil *Case „Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Languages in Education in Belgium“ v. Belgien* (1968) nahm der EGMR soweit ersichtlich erstmals ausdrücklich auf den Subsidiaritätsgrundsatz Bezug. Der EGMR hatte in jenem Fall zu beurteilen, ob die belgische Schulgesetzgebung, welche es den Kindern der Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer faktisch verunmöglichte, in ihren (mehrheitlich niederländischsprachigen) Bezirken die französischsprachigen Sekundarschulen zu besuchen, mit dem Recht auf Bildung (Art. 2 Zusatzprotokoll 1 EMRK) und dem Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK) vereinbar sei.

²²⁶ Per 1. März 2018 fehlen noch die Ratifizierungen Belgiens, Bosnien und Herzegowinas, Griechenlands, Italiens, Spaniens, und der Ukraine (siehe https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213/signatures?p_auth=dmk331Ss). Zugegriffen am 01.03.2018). Im Entwurf zu einer Kopenhagen-Deklaration werden diese Staaten ausdrücklich eingeladen, die ausstehende Ratifikation so schnell wie möglich vorzunehmen.

²²⁷ Vgl. auch Mowbray, S. 318

²²⁸ Vgl. Petzold, S. 42.

²²⁹ Zwar hatte zuvor schon die Kommission mitunter mit dem Subsidiaritätsgrundsatz argumentiert; für die heutige Praxis ist diese Rechtsprechung jedoch kaum mehr von Belang, zumal der EGMR sich in seiner späteren Praxis nie darauf bezogen hat; vgl. Christoffersen, S. 242.

²³⁰ EGMR (Plenum), Urteil vom 23. Juli 1968, *Case „Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Languages in Education in Belgium“ v. Belgien (Merits)*.

²³¹ EGMR (Plenum), Urteil vom 7. Dezember 1976, *Handyside v. Vereinigtes Königreich*.

Der EGMR hatte dabei insbesondere die Frage zu beantworten, ob die gesetzgeberische Ungleichbehandlung niederländisch- und französischsprachiger Kinder bezüglich der sprachlichen Beschulung gerechtfertigt werden könne. Der EGMR hielt fest, bei der Beantwortung dieser Frage dürfe nicht außer Acht gelassen werden, welche rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse das gesellschaftliche Zusammenleben in Belgien prägten. In Erfüllung seiner Kontrollaufgabe dürfe der Gerichtshof nicht die Rolle der zuständigen nationalen Behörden übernehmen, zumal er sonst die *subsidiäre Natur* des konventionsrechtlich installierten Durchsetzungsmechanismus aus den Augen verlieren würde.²³² Implizit geht aus dieser Urteils Passage hervor, dass der EGMR den belgischen Behörden gerade deshalb eine Beurteilungsprärogative einräumte, weil sie aufgrund der Nähe zum Geschehen besser einschätzen könnten, ob eine Ungleichbehandlung sachlich begründet sei.

Die Frage dieser Einschätzungsprärogative der nationalen Behörden stellte sich kurze Zeit später wieder. Im Fall *Handyside v. Vereinigtes Königreich* (1976) hatte der EGMR zu beurteilen, ob es mit der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 10 EMRK) vereinbar war, dass die britischen Behörden unter Berufung auf die öffentliche Moral ein für Jugendliche gedachtes Buch konfisziert hatten, das verschiedene Aspekte der Sexualität (Verhütungsmittel, Menstruation, Pornografie, Homosexualität und Abtreibung) veranschaulichte. In seinem Urteil bestätigte der EGMR zunächst den Subsidiaritätsansatz, den er im Urteil *Case „Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Languages in Education in Belgium“ v. Belgien* vorgezeichnet hatte und statuierte, es obliege in erster Linie den Konventionsstaaten, die EMRK-Garantien zu gewährleisten. Weiter hob er – unter Hinweis auf die zeitlich und räumlich stark divergierenden Moralvorstellungen zur Rolle der Sexualität in der Erziehung – hervor, dass die nationalen Behörden aufgrund ihres direkten und kontinuierlichen Kontakts mit den gesellschaftlichen Gruppierungen ihres Landes im Grundsatz besser geeignet seien, die Tragweite der Moralvorstellungen sowie die sich daraus ergebende Notwendigkeit einer Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit (vgl. Art. 10 Ziff. 2 EMRK) zu beurteilen.²³³

Es sind im Wesentlichen also zwei Argumente, welche der EGMR in den beiden Urteilen dafür anführte, aus subsidiaritätsrechtlichen Überlegungen seine eigene Kontrolldichte zugunsten eines erweiterten Beurteilungsspielraums der nationalen Behörden zurückzufahren: Einerseits die konventionsrechtlich begründete primäre Zuständigkeit der Konventionsstaaten zur Gewährleistung der Konventionsgarantien in ihrer nationalen Gesetzgebung;²³⁴ andererseits die größere räumliche, zeitliche

²³² EGMR (Plenum), Urteil vom 23. Juli 1968, *Case „Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Languages in Education in Belgium“ v. Belgien (Merits)*, § 10 S. 31 (englische Version) beziehungsweise § 10 S. 32 (französische Version).

²³³ EGMR (Plenum), Urteil vom 7. Dezember 1976, *Handyside v. Vereinigtes Königreich*, § 48.

²³⁴ Vgl. dazu oben, III. B. 2. a. Aus diesem Grund auch statuiert der EGMR regelmäßig, es sei nicht seine Aufgabe, zu beurteilen, ob die politischen Instanzen der Konventionsstaaten die unter verschiedenen konventionsrechtlich zulässigen Lösungen sachlich beste gewählt hätten; in diesem Sinne soweit ersichtlich erstmals EGMR, Urteil vom 18. Januar 1978, *Irland v. Vereinigtes Königreich*, § 214.

und persönliche Nähe der nationalen Behörden und ihre damit verbundene Kenntnis der Umstände des fraglichen Einzelfalls.

Im Urteil *Hatton v. Vereinigtes Königreich* ergänzte der EGMR den dargelegten dualen Begründungsstrang zwar um den Hinweis, die nationalen Behörden seien im Unterschied zum EGMR stärker demokratisch legitimiert.²³⁵ Im Urteil *Hirst v. Vereinigtes Königreich* hingegen relativierte er die subsidiaritätsrechtliche Bedeutung dieser demokratischen Legitimation der nationalen Behörden, indem er statuierte, im Zusammenhang des englischen Wahlrechtsausschlusses für Gefängnisinsassinnen und -insassen vermöge nur die *aktive Reflexion des Gesetzgebers* über die diesbezüglichen Anforderungen der EMRK einen erweiterten Ermessensspielraum zu begründen, nicht jedoch die unhinterfragte und passive Übernahme tradierter Rechtsbestände.²³⁶

Diese letztere Erwägung macht deutlich, dass der demokratischen Legitimation und der räumlichen, zeitlichen und persönlichen Nähe der nationalen Behörden subsidiaritätsrechtlich für sich genommen keine durchschlagende Bedeutung zukommt; als Faktoren zur Bemessung der Tragweite des Subsidiaritätsgrundsatzes sind sie vielmehr nur dann von Bedeutung, wenn sie dazu führen, dass (innerstaatlich) eine fundiertere Auseinandersetzung mit den Konventionsgarantien stattfindet, als dies auf Ebene des EGMR flächendeckend möglich wäre. Insofern konvergiert der Begründungsansatz des EGMR mit dem allgemeinen Subsidiaritätsdenken: Zwar verfügen die „untergeordneten“ nationalen Behörden unter der EMRK grundsätzlich in verschiedener Hinsicht über eine Einschätzungsprärogative, sie müssen ihrer Primärverpflichtung zum Schutze der Konventionsrechte jedoch nachkommen, weil sonst der EGMR verpflichtet ist, das entstandene Verantwortlichkeitsvakuum aufzufüllen.²³⁷

Die dargelegte doppelte Begründung des EGMR für die Geltung des Subsidiaritätsgrundsatzes als Kompetenzausübungsregel lässt auch auf dessen dogmatische Grundlagen schließen: Es ist der („formell-subsidiäre“) Institutionenaufbau der EMRK, wie er insbesondere in Art. 1 EMRK, Art. 13 EMRK, Art. 35 EMRK und Art. 46 EMRK zum Ausdruck kommt,²³⁸ welcher den EGMR auch im Sinne einer Kompetenzausübungsregel an den Subsidiaritätsgrundsatz bindet.

Aus dieser dogmatischen Herleitung folgt auch, dass der EGMR in der Beurteilung konkreter Einzelfälle nicht nur in Bezug auf die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Einschränkung der EMRK-Rechte an den Subsidiaritätsgrundsatz gebunden ist, obwohl dies zweifellos einen wichtigen Aspekt der *margin-of-appreciation*-Doktrin darstellt (vgl. dazu zum Beispiel das bereits dargelegte *Handyside*-Urteil des EGMR).²³⁹ Vielmehr gilt der Subsidiaritätsgrundsatz als Kompetenzausübungsregel ganz

²³⁵ Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 8. Juli 2003, *Hatton und andere v. Vereinigtes Königreich*, § 97.

²³⁶ Vgl. EGMR, Urteil vom 30. März 2004, *Hirst v. Vereinigtes Königreich*, § 41 (Urteil aufgehoben durch das Urteil der Großen Kammer vom 6. Oktober 2005).

²³⁷ Vgl. dazu schon oben, III. B. 1. c.

²³⁸ Vgl. dazu oben, III. B. 2. a.

²³⁹ Vgl. zu diesem Aspekt statt vieler Breitenmoser, S. 124 ff.

allgemein für die Rechtsprechungstätigkeit des EGMR. In diesem Sinne kann aufgrund der neueren Rechtsprechung des EGMR kaum mehr ein Zweifel daran bestehen, dass der Subsidiaritätsgrundsatz eine allgemeine Kompetenzausübungsregel darstellt, welche auch auf die Tatsachenfeststellung Anwendung findet. Bevor jedoch diese spezifische Wirkungsdimension des Subsidiaritätsgrundsatzes im Bereich der Tatsachenfeststellung durch den EGMR aufgegriffen werden kann, ist kurz überblicksweise darzulegen, in welcher Form sich der Subsidiaritätsgrundsatz als Kompetenzausübungsregel sonst in der Rechtsprechungstätigkeit des EGMR niederschlägt.

b. Anwendungsbereich des Subsidiaritätsprinzips als Kompetenzausübungsregel

Im politischen Diskurs um den Subsidiaritätsgrundsatz unter der EMRK wird das *lex generalis-lex specialis*-Verhältnis zwischen Subsidiaritätsgrundsatz und *margin-of-appreciation*-Doktrin nicht immer ausreichend klar beschrieben.²⁴⁰ Insofern bleibt mitunter unklar, dass die *margin-of-appreciation*-Doktrin lediglich einen der vielfältigen Anwendungsbereiche des ausgreifenderen Subsidiaritätsgrundsatzes darstellt.²⁴¹

Gemäß herrschender Lesart deckt die *margin-of-appreciation*-Doktrin nämlich nur die Frage ab, welchen materiellen Prüfungsmaßstab der EGMR bei der Prüfung einer behaupteten Konventionsverletzung im Hinblick auf eine von den innerstaatlichen Gesetzgebern²⁴² und Gerichten bereits vorgenommene Abwägung verschiedener Rechtsgüter noch anwenden soll.²⁴³ Anwendung findet sie daher vor allem im Rahmen der in der EMRK teilweise vorgesehenen Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Einschränkungen der Konventionsrechte (Art. 8 Ziff. 2, Art. 9 Ziff. 2, Art. 10 Ziff. 2, Art. 11 Ziff. 2 und Art. 15 EMRK) und bei der Frage, ob eine (vor allem gesetzge-

²⁴⁰ In diesem Sinne auch Vasel, S. 228, m.w.H. Ausdruck dieser begrifflichen Unsicherheit ist beispielsweise die Antwort des Bundesrates auf die Anfrage Gross, wo der Subsidiaritätsgrundsatz im Wesentlichen mit der *margin-of-appreciation*-Doktrin gleichgesetzt wird: „Der Gerichtshof legt die Konvention unter Berücksichtigung ihres Zieles aus, einen wirksamen Menschenrechtsschutz sicherzustellen. Dabei geht er davon aus, dass die Vertragsstaaten in der Anwendung der EMRK-Rechte über einen gewissen Ermessensspielraum verfügen (*marge d'appréciation*) [...]. Es geht also weniger darum, ob der Gerichtshof einen zu großen Ermessensspielraum hat, sondern ob er den Vertragsstaaten in der Anwendung der Konvention einen genügend großen Ermessensspielraum lässt. Die bereits erwähnten Erklärungen von Interlaken und Brighton haben auf diese Thematik Bezug genommen, indem sie die zentrale Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips als tragender Pfeiler des EMRK-Kontrollsystems unterstreichen.“

²⁴¹ In diesem Sinne schon Petzold, S. 49 ff. Vgl. aus neuerer Zeit statt vieler Carozza, S. 69 f.

²⁴² Instruktiv in diesem Zusammenhang EGMR (Große Kammer), Urteil vom 19. Juni 2006, *Hutten-Czapaska v. Polen*, Partly Dissenting Opinion zu Pančič: „[...] The Court clearly does not have, with the usual paraphernalia of constitutional law, an interest in meddling in what national legislation should or should not do. Subsidiarity is a healthy collateral effect of the simple fact that an international judicial body does not know how to, and thus does not want to, enter into the details of national legislative happenings. [...]“

²⁴³ Vgl. Petzold, S. 55 ff. sowie aus neuerer Zeit Füglistaler, S. 14.

berische) Ungleichbehandlung verschiedener Personengruppen im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK) sachlich gerechtfertigt werden kann. Herangezogen wird sie weiter bei der Abwägung verschiedener in der Konvention niedergelegter Rechte²⁴⁴ und bei der Bestimmung des Umfangs positiver staatlicher Schutzpflichten.²⁴⁵ Seltener findet sie zudem auch Beachtung, um den Schutzbereich der Konventionsgarantien zu bestimmen, so beispielsweise bei umstrittenen Wertungsfragen wie jener nach dem Beginn menschlichen Lebens im Hinblick auf die Anwendung von Art. 2 EMRK.²⁴⁶

In der Literatur wird – teilweise auch gestützt auf missverständliche Urteilsparagen des EGMR²⁴⁷ – vertreten, der Anwendungsbereich der *margin-of-appreciation*-Doktrin sei weiter gesteckt und schütze auch einen bestimmten innerstaatlichen Entscheidungsspielraum bei der Feststellung des Sachverhalts.²⁴⁸ Eine solche Interpretation ist jedoch abzulehnen, zumal sie die Grenzen zwischen den verschiedenen Anwendungsbereichen des Subsidiaritätsgrundsatzes als Kompetenzausübungsregel unter der EMRK unnötigerweise verwischt.

Die selbstauferlegte Zurückhaltung des EGMR, in seinem eigenen Verfahren von dem innerstaatlich bereits festgestellten Sachverhalt abzuweichen, ist vielmehr – zusammen mit seiner Zurückhaltung gegenüber einer abweichenden Auslegung nationalen Rechts – entweder allgemein unter den Subsidiaritätsgrundsatz als Kompetenzausübungsregel oder aber spezifischer unter die „*fourth*- und die *first-instance*-Doktrin“ zu fassen. Unter der *fourth-instance*-Doktrin²⁴⁹ hält der Gerichtshof im Sinne des Subsidiaritätsgrundsatzes regelmäßig fest, er müsse sich aufgrund seiner besonderen Stellung bei der Auslegung innerstaatlichen Rechts²⁵⁰

²⁴⁴ Beispielsweise in der Abwägung zwischen dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) und der Freiheit der Meinungsäußerung (Art. 10 EMRK) in Fällen, in denen die Frage im Raum steht, ob Pressepublikationen von Fotografien rechtmäßig oder unrechtmäßig erfolgt sind; vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 7. Februar 2012, *Von Hannover v. Deutschland* (Nr. 2), §§ 104–107. Vgl. dazu beispielsweise Nussberger, S. 180 ff.

²⁴⁵ Vgl. Greer, S. 23 ff. und Schabas, S. 79 ff.

²⁴⁶ Eine *margin of appreciation* besteht angesichts des Fehlens eines wissenschaftlichen und rechtlichen Konsenses bezüglich des Beginns menschlichen Lebens beispielsweise bezüglich der Frage, wann das in Art. 2 EMRK garantierte Recht auf Leben einsetzt; vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 8. Juli 2004, *VO v. Frankreich*, § 82; kürzlich bestätigt in EGMR, Urteil vom 9. April 2013, *Mehmet Şentürk und Bekir Şentürk v. Türkei*, § 107.

²⁴⁷ Vgl. beispielsweise EGMR, Urteil vom 23. Februar 1984, *Luberti v. Italien*, § 27: „The Court would recall that in deciding whether an individual should be detained as a „person of unsound mind“, the national authorities are to be recognised as having a certain margin of appreciation since it is in the first place for the national authorities to evaluate the evidence adduced before them in a particular case [...]“

²⁴⁸ Vgl. Bernhardt, S. 85.

²⁴⁹ Vgl. zur *fourth-instance*-Doktrin und ihrer Bedeutung namentlich in Fällen zu Art. 6 EMRK Dahlberg, S. 84 ff.

²⁵⁰ Vgl. EGMR, Urteil vom 13. März 2012, *Karpenko v. Russland*, § 80 („[...] the Court notes that it is not its task to act as a court of appeal or, as is sometimes stated, as a court of fourth instance, in respect of the decisions taken by domestic courts. It is the role of the domestic courts to interpret and apply the relevant rules of procedural or substantive law [Hervorhebung durch den Verfasser].“). Anwendung findet die Doktrin diesbezüglich namentlich dort, wo die EMRK auf nationales

und der Würdigung der Tatsachen²⁵¹ im Verhältnis zu den innerstaatlichen Gerichten Zurückhaltung auferlegen.²⁵² Die *first-instance*-Doktrin betrifft ausschließlich die Tatsachenfeststellung und legt im Sinne einer Leitlinie fest, dass der EGMR die Rolle eines erstinstanzlichen Tatsachengerichts nur mit Zurückhaltung und nur dann einnehmen soll, wenn dies aufgrund der Umstände als unabdingbar erscheint („*where this is [...] rendered unavoidable by the circumstances of a particular case*“).²⁵³ In der Literatur wird die selbstauferlegte Zurückhaltung des EGMR bei der Auslegung innerstaatlichen Rechts auch als „*lawfulness-subsidiarity*“²⁵⁴ bezeichnet, während für den Bereich der Tatsachenfeststellung der Begriff der „*fact-subsidiarity*“²⁵⁵ verwendet wird.

Die Verwendung dieser Terminologie verfolgt nicht zuletzt den Anspruch herauszustreichen, dass es sich bei all diesen Aspekten um verschiedene Ausprägungen ein- und desselben Subsidiaritätsgrundsatzes handelt,²⁵⁶ welcher sich allgemein auf die Rechtsprechungstätigkeit des EGMR auswirkt und neben den erwähnten Bereichen daher insbesondere auch dann wirksam wird, wenn der EGMR über die Reichweite der EMRK gegenüber anderen völkerrechtlichen

Recht verweist und dieses insoweit gewissermaßen in die EMRK „inkorporiert“: Vgl. in diesem Zusammenhang namentlich Art. 5 Ziff. 1 EMRK („Jede Person hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Die Freiheit darf nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden: [folgt Aufzählung].“), Art. 6 Ziff. 1 EMRK („Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem [...] auf Gesetz beruhenden Gericht [...] verhandelt wird.“); Art. 7 Ziff. 1 EMRK („Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war.“); beachtenswert außerdem die Schrankenvorbehalte in Art. 8 Ziff. 2 EMRK, Art. 9 Ziff. 2 EMRK, Art. 10 Ziff. 2 EMRK und Art. 11 Ziff. 2 EMRK, die voraussetzen, dass eine Einschränkung „gesetzlich vorgesehen“ sein muss.

²⁵¹ Vgl. EGMR, Urteil vom 24. November 1994, *Kemmache v. Frankreich* (Nr. 3), § 44 („In principle [...] it is not the Court's role to assess itself the facts which have led a national court to adopt one decision rather than another. If it were otherwise, the Court *would be acting as a court of third or fourth instance*, which would be to disregard the limits imposed on its action [Hervorhebung durch den Verfasser].“)

²⁵² Vorläufer dieser Rechtsprechung (ohne ausdrückliche Bezugnahme auf die *fourth-instance*-Doktrin) finden sich in EGMR, Urteil vom 26. März 1985, *X und Y v. Niederlande*, § 29 („[...] it is in no way the task of the European Court of Human Rights to take the place of the competent national courts in the interpretation of domestic law [...]“) sowie EGMR (Plenum), Urteil vom 12. Juli 1988, *Schenk v. Schweiz*, § 45 („According to Article 19 [...] of the Convention, the Court's duty is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting States in the Convention. In particular, *it is not its function to deal with errors of fact or of law allegedly committed by a national court* unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention [Hervorhebung durch den Verfasser].“).

²⁵³ Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2012, *El-Masri v. Mazedonien*, § 155.

²⁵⁴ Christoffersen, S. 289 ff., wo herausgestrichen wird, dass die „*lawfulness-subsidiarity*“ sich auf sämtliche Rechtsbereiche erstreckt und namentlich auch die Auslegung von Völkerrecht durch die nationalen Gerichte erfasst.

²⁵⁵ Christoffersen, S. 276 ff.

²⁵⁶ Vgl. a.a.O., S. 276.

Rechtssätzen wie der UN-Charta²⁵⁷ oder Verordnungen der Europäischen Union²⁵⁸ entscheidet.²⁵⁹ Es ist hier nicht der Platz, die verschiedenen Dimensionen des Subsidiaritätsgrundsatzes in ihrer ganzen Vielschichtigkeit auszuleuchten. Wichtig ist aber die Erkenntnis, dass der Subsidiaritätsgrundsatz querschnittsartig verschiedenste Facetten der Rechtsprechungstätigkeit des EGMR (Art. 19 EMRK) durchzieht. Durch den Subsidiaritätsgrundsatz ist damit zweifellos auch die Tatsachenfeststellungsfunktion des EGMR angesprochen, zumal jede Rechtsanwendung – wie bereits oben aufgezeigt – die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts voraussetzt.²⁶⁰

c. Künftige Verankerung in der Präambel der EMRK

An der Brighton-Konferenz vom 19. und 20. April 2012 beschloss die Ministerkonferenz unter anderem, dass die Präambel der EMRK im Sinne der *Transparenz und Zugänglichkeit* um einen Hinweis auf den Subsidiaritätsgrundsatz und die *margin-of-appreciation*-Doktrin ergänzt werden solle.²⁶¹ Das Ministerkomitee des Europarates erteilte in der Folge seinem Lenkungsausschuss für Menschenrechte den Auftrag, einen Entwurf zu zwei Protokollen zur Ergänzung und zur Änderung der EMRK auszuarbeiten. Der Entwurf sah unter anderem vor, die Präambel der EMRK um die Erwägung zu ergänzen, „[...] qu’il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d’une marge d’appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l’Homme instituée par la présente Convention, [...]“.²⁶² Nach Ablieferung des Entwurfs durch den Lenkungsausschuss im November 2012 konsultierte das Ministerkomitee am 17. Januar 2013 den EGMR und die Parlamentarische Versammlung.²⁶³

In seiner Stellungnahme vom 6. Februar 2013 hielt der EGMR fest, aus der Entstehungsgeschichte des 15. Zusatzprotokolls werde klar, dass die Konventionsstaaten mit der Erwähnung der *margin-of-appreciation*-Doktrin die materielle Rechtslage

²⁵⁷ Vgl. dazu zuletzt EGMR (Große Kammer), Urteil vom 21. Juni 2016, *Al-Dulimi und Montana Management Inc. v. Schweiz*, welches einen (von der Gerichtsmehrheit letztlich verneinten) Normkonflikt zwischen Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) und der auf Kapitel VII der UN-Charta abgestützten Resolution 1483 des UN-Sicherheitsrates adressierte.

²⁵⁸ Vgl. grundlegend EGMR (Große Kammer), Urteil vom 30. Juni 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Irland*.

²⁵⁹ Vgl. Christoffersen, S. 319 ff., welcher sich in diesem Zusammenhang namentlich auf das Verhältnis der EMRK zu EU-Recht in Form von verbindlichen Verordnungen sowie die UN-Charta bezieht.

²⁶⁰ Vgl. dazu schon oben, II. A.

²⁶¹ Vgl. Bst. B Ziff. 12 c) der Brighton-Deklaration.

²⁶² Vgl. erläuternder Bericht der Parlamentarischen Versammlung zum 15. Zusatzprotokoll zur EMRK, Art. 1.

²⁶³ Erläuternder Bericht des EJPD zum 15. Zusatzprotokoll zur EMRK, S. 3.

nicht hätten verändern wollen; die Bezugnahme auf den Subsidiaritätsgrundsatz widerspiegle die Rechtsprechung des EGMR.²⁶⁴ Auch die Parlamentarische Versammlung hielt in ihrer Stellungnahme fest, dass die Erwähnung der *margin-of-appreciation*-Doktrin nicht über die schon bisher vom EGMR angewandte Rechtsprechung hinausgehe.²⁶⁵ Das Ministerkomitee verabschiedete das Protokoll Nr. 15 an seiner 123. Tagung und legte es am 24. Juni 2013 zur Unterzeichnung durch die Mitgliedstaaten auf.²⁶⁶

Aus der Entstehungsgeschichte wird klar, dass die Ergänzung der Präambel der EMRK um einen Hinweis auf den Subsidiaritätsgrundsatz und die *margin-of-appreciation*-Doktrin lediglich die bestehende Rechtsprechung kodifiziert und vorab dazu dient, die „Transparenz und die Zugänglichkeit der Eigenheiten des Kontrollmechanismus der EMRK zu verbessern“.^{267,268} Vor diesem Hintergrund ist nicht davon auszugehen, dass das Inkrafttreten des 15. Zusatzprotokolls in Bezug auf die Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes etwas an der bestehenden Rechtslage ändern wird.²⁶⁹

Bedauernd ist, dass die nun vorgesehene Ergänzung der EMRK nichts zur Klarstellung des dogmatischen Verhältnisses zwischen Subsidiaritätsgrundsatz und *margin-of-appreciation*-Doktrin beitragen wird, sondern – im Gegenteil – geeignet ist, zusätzliche Verwirrung zu stiften. In der Ergänzung zur Präambel wird der Subsidiaritätsgrundsatz nämlich im Wesentlichen lediglich als Strukturmerkmal der heute bestehenden Kompetenzordnung dargestellt („[...] qu’il incombe *au premier chef aux Hautes Parties contractantes* [...] de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles [...]“), seine Funktion als an den EGMR gerichtete Kompetenzausübungsregel jedoch unterschlagen. Hinzu kommt, dass die *margin-of-appreciation*-Doktrin als Ausprägung des Subsidiaritätsgrundsatzes im Sinne einer Kompetenzausübungsregel logisch auf dieselbe Stufe gestellt wird, wie der Subsidiaritätsgrundsatz, obwohl sie lediglich eine der vielfältigen Ausprägungen desselben ist. Die in den parlamentarischen Beratungen zum bundesrätlichen Bericht „40 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz. Erfahrungen und Perspektiven“ geäußerte Hoffnung, dass mit der Verankerung des Subsidiaritätsgrundsatzes in der Präambel die „*marge d’appréciation*“ der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der EMRK besser definiert sein werde,²⁷⁰ dürfte sich vor diesem Hintergrund kaum realisieren.

²⁶⁴ Vgl. Stellungnahme des EGMR zum Entwurf des 15. Zusatzprotokolls der EMRK, S. 2.

²⁶⁵ Vgl. Entwurf der Parlamentarischen Versammlung zum 15. Zusatzprotokoll der EMRK.

²⁶⁶ Zum Stand der Ratifizierungen siehe oben, III. 3., Fn. 226.

²⁶⁷ Erläuternder Bericht des EJPD zum 15. Zusatzprotokoll zur EMRK, S. 5.

²⁶⁸ Vgl. auch erläuternder Bericht der Parlamentarischen Versammlung zum 15. Zusatzprotokoll zur EMRK, S. 2.

²⁶⁹ So auch Egli, S. 725 ff., Huijbers, S. 182, sowie Schabas, S. 78 f., letzterer mit zusätzlichen Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte.

²⁷⁰ Vgl. das Votum von Nationalrat Claude Béglé in den parlamentarischen Beratungen zum Bericht des Bundesrates zu den Erfahrungen und Perspektiven des EMRK-Beitritts, Amtl. Bull NR 2016 366.

Vielmehr ist es Aufgabe des EGMR, in der zukünftigen Rechtsprechung klare Standards zur Tragweite des Subsidiaritätsgrundsatzes zu entwickeln und sie konsistent anzuwenden; auch die Wissenschaft ist dabei angerufen, aus der nur schwer überblickbaren Rechtsprechung des EGMR Leitlinien für bestimmte Fallgruppen abzuleiten. In Bezug auf die Tatsachenfeststellung soll die vorliegende Arbeit einen solchen Beitrag leisten. Bevor aber der Versuch einer solchen Systematisierung der Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK unternommen wird, soll nachfolgend als Abschluss des vorliegenden Kapitels aufgezeigt werden, welche spezifische Begründung und Bedeutung der Subsidiaritätsgrundsatz für die Tatsachenfeststellung unter der EMRK aufweist. Verbindliche Leitlinien für den Einzelfall lassen sich aus dem Subsidiaritätsgrundsatz zwar kaum ableiten, weil er als Prinzipiennorm nicht nach umfassender Verwirklichung verlangt, sondern eine graduelle Beachtung und Abwägung mit anderen Prinzipien zulässt.²⁷¹ Als dogmatischer Begründungsansatz und Maßstab für die Einordnung der richterrechtlich entwickelten Leitsätze zur Tatsachenfeststellung im Verfahren vor dem EGMR lässt er sich jedoch sehr wohl heranziehen.

4. Bedeutung für die Tatsachenfeststellung unter der EMRK

Der Subsidiaritätsgrundsatz als Kompetenzausübungsregel beschlägt – wie oben herausgearbeitet – insbesondere auch die Tatsachenfeststellung.²⁷² Im Unterschied zu innerstaatlichen Instanzengerichten, welche aufgrund der anwendbaren Verfahrensrechtsordnungen oftmals an die Sachverhaltsfeststellungen unterer Gerichte gebunden sind,²⁷³ sehen für den EGMR diesbezüglich weder die EMRK noch die EGMR-VerfO irgendwelche Beschränkungen vor.²⁷⁴ Trotz dieser umfassenden Tatsachenkognition auferlegt sich der EGMR in der Würdigung der Tatsachen im Sinne des Subsidiaritätsgrundsatzes in vielen Fällen große Zurückhaltung.²⁷⁵

²⁷¹ Vgl. oben, III.

²⁷² Vgl. statt vieler Christoffersen, S. 277; Hoffmann, S. 156; Mowbray, S. 323 f.; Schlüter, S. 47 f.

²⁷³ Vgl. für das schweizerische Bundesgericht Art. 97 BGG, wonach die Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz nur gerügt werden kann, wenn sie „offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 [BGG] beruht [...]“. Das Bundesgericht legt diese Bestimmung so aus, dass nur eine gravierende Rechtsverletzung eine Berichtigung des Sachverhalts rechtfertigt, vgl. BGE 138 II 331 E. 1.3. In der Praxis kommt hierfür namentlich eine Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV) oder des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) in einer seiner vielfältigen Ausprägungen in Frage; vgl. dazu Corboz, in: *commentaire LTF*, Rn. 9 ff. zu Art. 97 BGG.

²⁷⁴ Vgl. statt vieler EGMR, Urteil vom 25. Juli 2017, *Annenkov und andere v. Russland*, § 80.

²⁷⁵ Lesenswert zum Zusammenhang zwischen uneingeschränkter Sachverhaltskognition und selbstauferlegter richterlicher Zurückhaltung in der Kontrolle der Tatsachenfeststellung im innerstaatlichen Kontext EGMR, Urteil vom 26. April 1995, *Fischer v. Österreich*, Separate Opinion Martens, Ziff. 13: „[...] Judicial restraint [...] presupposes competence. Only a „tribunal“ which has full competence can decide, on the merits of each case, whether and to what extent it must exercise restraint. [...]“. Die Erwägung lässt sich ohne weiteres auf den EGMR übertragen, dem bezüglich Tatsachenfeststellung keine verfahrensrechtlichen Schranken auferlegt sind, der sich im

Bereits in *Klaas v. Deutschland* hob der EGMR im Sinne des Subsidiaritätsgrundsatzes – jedoch ohne seine explizite Erwähnung – hervor, es liege im Regelfall nicht in seiner Kompetenz, die Beweiswürdigung der nationalen Gerichte durch eine eigene Würdigung der Tatsachen zu ersetzen.²⁷⁶ In jenem Fall brachte die Beschwerdeführerin vor, zwei Polizisten seien anlässlich einer Verkehrskontrolle vor ihrem Wohnblock ohne jede Not und vor den Augen ihrer achtjährigen Tochter mit unverhältnismäßiger Gewalt gegen sie vorgegangen.²⁷⁷ Die Polizisten hingegen behaupteten, die Beschwerdeführerin sei von Anfang an äußerst aggressiv gewesen. Erst als die Beschwerdeführerin unter einem Vorwand versucht habe, sich einer Kontrolle durch eine Flucht in ihre Wohnung zu entziehen, hätten sie Gewalt anwenden müssen; die Behändigung und Fesselung der Beschwerdeführerin sei nötig gewesen, weil diese großen Widerstand geleistet habe, als sie aufgefordert worden sei, für eine Blutkontrolle ins Spital mitzukommen.²⁷⁸

Nach Anhörung der Nachbarin der Beschwerdeführerin, der beteiligten Polizisten und der Tochter der Beschwerdeführerin sowie einer umfassenden Würdigung dieser Zeugenaussagen kam das Regionalgericht Detmold zum Schluss, dass die Schilderungen der Polizisten glaubhaft seien und wies die Schadenersatzklage der Beschwerdeführerin ab.²⁷⁹ Das Oberlandesgericht Hamm wies eine dagegen erhobene Beschwerde ab,²⁸⁰ und das Bundesverfassungsgericht trat auf das dagegen erhobene Rechtsmittel gar nicht erst ein, weil die Beweiswürdigung durch das Oberlandesgericht Hamm weder willkürlich noch sonst verfassungswidrig erscheine.²⁸¹

Konfrontiert mit zwei unvereinbaren Tatsachenschilderungen hielt eine knappe Mehrheit der zuständigen Kammer des EGMR fest, das erstinstanzliche Gericht habe in seinem Verfahren – anders als die später befassten Gerichte, einschließlich des EGMR – einen unmittelbaren Eindruck der Glaubwürdigkeit der verschiedenen Zeuginnen und Zeugen erhalten. Angesichts des Fehlens konkreter anderslautender Beweise sei deshalb auf seine Tatsachenfeststellung abzustellen und das Vorliegen einer Verletzung von Art. 3 EMRK zu verneinen.²⁸² Die drei unterlegenen Richter hingegen hielten dafür, dass es nicht Sache der Beschwerdeführerin gewesen wäre, zu beweisen, dass sie unverhältnismäßiger Gewalt ausgesetzt gewesen sei. Vielmehr hätte ihrer Meinung nach der deutsche Staat beweisen müssen, dass die ausgeübte

Hinblick auf den Subsidiaritätsgrundsatz aber dennoch zurückhält, von der innerstaatlichen Sachverhaltsfeststellung abzuweichen.

²⁷⁶ Vgl. EGMR, Urteil vom 22. September 1993, *Klaas v. Deutschland*, § 29: „It is further recalled that it is not normally within the province of the European Court to substitute its own assessment of the facts for that of the domestic courts and, as a general rule, it is for these courts to assess the evidence before them [...]“. Bestätigt jüngst beispielsweise in EGMR, Urteil vom 16. Juni 2016, *R.D. v. Frankreich*, § 37.

²⁷⁷ Vgl. EGMR, Urteil vom 22. September 1993, *Klaas v. Deutschland*, §§ 6 f.

²⁷⁸ Vgl. EGMR, Urteil vom 22. September 1993, *Klaas v. Deutschland*, §§ 9 ff.

²⁷⁹ Vgl. EGMR, Urteil vom 22. September 1993, *Klaas v. Deutschland*, § 17.

²⁸⁰ Vgl. EGMR, Urteil vom 22. September 1993, *Klaas v. Deutschland*, § 18.

²⁸¹ Vgl. EGMR, Urteil vom 22. September 1993, *Klaas v. Deutschland*, § 19.

²⁸² Vgl. EGMR, Urteil vom 22. September 1993, *Klaas v. Deutschland*, § 30.

Gewalt verhältnismäßig gewesen sei. Dieser Beweis sei nicht erfolgt, weshalb eine Verletzung von Art. 3 EMRK anzunehmen sei.²⁸³

Der Fall *Klaas v. Deutschland* macht exemplarisch deutlich, welche zentrale Rolle der Tatsachenfeststellung für den materiellen Ausgang der Verfahren vor dem EGMR zukommt.²⁸⁴ Die obsiegende Mehrheit gewichtete die besondere institutionelle Stellung des EGMR und damit den Subsidiaritätsgrundsatz stärker als die unterliegende Minderheit. Unterschiede waren aber auch in Bezug auf die objektive Beweislast auszumachen, welche von der Mehrheit bei der Beschwerdeführerin, von der Minderheit bei den staatlichen Behörden verortet wurde.

Hatte der EGMR in *Klaas v. Deutschland* seine Zurückhaltung bei der Tatsachenfeststellung noch nicht ausdrücklich mit dem Subsidiaritätsgrundsatz verknüpft, strich er diesen Zusammenhang in der späteren Rechtsprechung auch ausdrücklich hervor. So verwies er beispielsweise in *Bartasaghi Gallo und andere v. Italien* – einem Fall zur polizeilichen Gewaltanwendung gegenüber Demonstrantinnen und Demonstranten anlässlich des G8-Gipfels in Genua im Jahr 2001 – zur Begründung seiner Zurückhaltung explizit auf den Subsidiaritätsgrundsatz: „Quant à l’appréciation des preuves, si la Cour a toujours souligné son devoir de se livrer à un examen particulièrement approfondi en cas d’allégations sur le terrain des articles 2 et 3 de la Convention [...], elle a également affirmé que, *soucieuse de respecter la nature subsidiaire de son rôle, elle n’a pas pour tâche de substituer sa propre vision des choses à celle des cours et tribunaux nationaux, auxquels il appartient en principe de peser les données recueillies par eux* [...]“²⁸⁵

Weiter präzisiert hat der EGMR die *Klaas*-Rechtsprechung, indem er festhielt, dass es aufgrund seiner subsidiären Rolle im Normalfall („*in normal circumstances*“) zwingender Gründe („*cogent elements*“)²⁸⁶ bedürfe, damit er von der Tatsachenfeststellung der innerstaatlichen Gerichte abweiche.²⁸⁷ Nur stichhaltige Beweise („*sound evidence*“), nicht hypothetische Spekulationen („*hypothetical speculation*“), vermöchten die Tatsachenfeststellung unabhängiger innerstaatlicher Gerichte in Frage zu stellen.²⁸⁸ Über diesen Leitsatz hinausgehend hielt der EGMR in jüngerer Zeit zudem fest, er dürfe die Rolle eines erstinstanzlichen Tatsachengerichts nur mit Zurückhaltung einnehmen, namentlich dann, wenn dies aufgrund der

²⁸³ Vgl. EGMR, Urteil vom 22. September 1989, *Klaas v. Deutschland*, Dissenting Opinions Pettiti, Walsh und Spielmann.

²⁸⁴ Vgl. zu dieser These schon oben, I. D. 1., I. D. 3. und II. B.

²⁸⁵ Vgl. EGMR, Urteil vom 22. Juni 2017, *Bartasaghi Gallo und andere v. Italien*, § 113 (Hervorhebung durch den Verfasser).

²⁸⁶ Etwas schwächer wirkt die französische Formulierung dieses Leitsatzes, wo „nur“ „des éléments convaincants“ vorausgesetzt werden; vgl. EGMR, Urteil vom 22. Juni 2017, *Bartasaghi Gallo und andere v. Italien*, § 113.

²⁸⁷ Vgl. statt vieler EGMR, Urteil vom 25. Juli 2017, *Annenkov und andere v. Russland*, § 80. Soweit ersichtlich findet sich dieser Leitsatz – unter Referenzierung des *Klaas*-Entscheids – erstmals in EGMR, Urteil vom 10. April 2001, *Tanli gegen Türkei*, § 110. Heute wird für diesen Leitsatz mehrheitlich rekuriert auf EGMR (Große Kammer), Urteil vom 1. Juni 2010, *Gäfen v. Deutschland*, § 93.

²⁸⁸ Vgl. EGMR, Urteil vom 15. Dezember 2016, *Khlaifia und andere v. Italien*, §§ 207–208.

Umstände des Einzelfalls unabdingbar erscheine („*where this is [...] rendered unavoidable by the circumstances of a particular case*“).²⁸⁹

Nun scheint zwar im Ausgangspunkt klar zu sein, dass der EGMR aufgrund des Subsidiaritätsgrundsatzes nicht ohne Not in die Tatsachenfeststellung der innerstaatlichen Gerichte eingreift. Wiewohl in der diesbezüglich wegweisenden *Klaas*-Entscheidung zudem einzelne Gründe für diese Zurückhaltung ausgemacht werden können, bleibt aber erläuterungsbedürftig, worin die spezifische Rolle des Subsidiaritätsgrundsatzes für die Tatsachenfeststellung vor dem EGMR bestehen könnte. Zu beantworten sind außerdem die Fragen, wann „*zwingende Gründe*“ vorliegen, welche ausnahmsweise gebieten, dass der EGMR in die innerstaatliche Tatsachenfeststellung eingreift, und welche Umstände des Einzelfalls als so „*außergewöhnlich*“ zu werten sind, dass sie ein Tätigwerden des EGMR als „*erstinstanzliches Tatsachengericht*“ erforderlich machen. In Antwort auf diese beiden Fragen sollen im vorliegenden Kapitel nur einige typische Fallkonstellationen herausgebildet werden, welche dann im weiteren Verlauf der Arbeit genauer zu untersuchen sein werden.

a. Begründung des Subsidiaritätsgrundsatzes

Gemäß der oben herausgearbeiteten allgemeinen Definition zielt der Subsidiaritätsgrundsatz unter der EMRK auf ein Zusammenspiel zwischen mitgliedstaatlichen Institutionen und EGMR ab, welches dem Verbundzweck eines effektiven Menschenrechtsschutzes gerecht wird, ohne in dysfunktionaler Art und Weise die Handlungsbefugnisse der primär verantwortlichen Konventionsstaaten einzuschränken.²⁹⁰ Diese Definition gilt *mutatis mutandis* auch für die Tatsachenfeststellung, welche – wie oben aufgezeigt²⁹¹ – ein Kernelement effektiven Menschenrechtsschutzes darstellt. Wie auch aus der Rechtsprechung des EGMR deutlich hervorgeht,²⁹² sollen in erster Linie die Konventionsstaaten im Einzelfall den maßgeblichen Sachverhalt feststellen. Der EGMR schreitet diesbezüglich nur ein, wenn und soweit die innerstaatlichen Institutionen dieser Aufgabe nicht nachgekommen sind oder nicht nachkommen konnten.

Der EGMR hat die Beurteilungsprärogative der innerstaatlichen Behörden schon im *Case „Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Languages in Education in Belgium“ v. Belgien* damit erklärt, dass sie *aufgrund ihrer Nähe zum Geschehen* im Grundsatz besser zur Entscheidung geeignet seien.²⁹³ Die zentralen

²⁸⁹ Vgl. EGMR, Urteil vom 6. Juli 2017, *Sadkov v. Ukraine*, § 90: „The Court is sensitive to the subsidiary nature of its task and recognises that it must be cautious in taking on the role of a first-instance tribunal of fact where this is not rendered unavoidable by the circumstances of a particular case. [...]“ Der Leitsatz geht in dieser Formulierung zurück auf EGMR (Große Kammer), Urteil vom 13. Dezember 2012, *El-Masri v. Mazedonien*, § 155.

²⁹⁰ Vgl. oben, III. B. 1.

²⁹¹ Vgl. oben, II. B.

²⁹² Vgl. soeben, III. B. 4.

²⁹³ Vgl. EGMR (Plenum), Urteil vom 23. Juli 1968, *Case „Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Languages in Education in Belgium“ v. Belgien (Merits)*, § 10 S. 31 (englische

Erwägungen des Urteils betrafen dort zwar in erster Linie die Frage, ob eine gesetzgeberische Ungleichbehandlung verschiedener Sprachgruppen im Lichte der speziellen Begebenheiten in Belgien *sachlich gerechtfertigt werden könne* – eine Frage, die nur mittelbar mit der Tatsachenfeststellung zu tun hat. Die dort verwendete subsidiaritätsrechtliche Rechtfertigung der Beurteilungsprärogative innerstaatlicher Instanzen lässt sich jedoch ohne weiteres auf die Aufgabe der Tatsachenfeststellung übertragen: Auch im Bereich der Tatsachenfeststellung sind die nationalen Behörden aufgrund ihrer Nähe zu den Geschehnissen für die Einschätzung des Einzelfalls im Grundsatz besser geeignet als der EGMR. Die größere Nähe zum Geschehen manifestiert sich dabei in vielfältiger Art und Weise:

Hinzuweisen ist zunächst einmal auf die größere persönliche Nähe der innerstaatlichen Entscheidungsträgerinnen zu den Parteien eines konkreten Verfahrens. Insbesondere die Verwaltungsbehörden und erstinstanzlichen Gerichte haben in ihren Verfahren in der Regel die Möglichkeit, die Betroffenen sowie allfällige Zeuginnen persönlich anzuhören und sich damit auch ein direktes Bild über ihre Glaubwürdigkeit zu machen.²⁹⁴ Dies ist in Verfahren vor dem EGMR kaum je der Fall. Zwar erlaubt das anwendbare Verfahrensrecht die persönliche Befragung der Beschwerdeführerinnen grundsätzlich (vgl. Art. 54 Abs. 5 und Art. 59 Abs. 3 EGMR-VerfO sowie Rule A1 des Annexes zur EGMR-VerfO). Solche Befragungen kommen in der Praxis aufgrund des damit verbundenen Aufwands jedoch kaum vor.²⁹⁵ In der weit überwiegenden Zahl der Fälle wird das Verfahren vielmehr schriftlich durchgeführt und nur selten – insbesondere in Verfahren vor der Großen Kammer²⁹⁶ – findet überhaupt ein Hearing statt. Diese Hearings dienen dann jedoch in der Regel nicht der Abnahme von Beweisen, sondern ermöglichen den Parteien „lediglich“, in einer Verhandlung vor dem zuständigen Spruchkörper ihren Rechtsstandpunkt darzutun und auf spezifische Fragen der beteiligten Richterinnen und Richter einzugehen.²⁹⁷ In der Regel ist es den zuständigen Richterinnen und Richtern des EGMR deshalb nicht möglich, sich einen persönlichen Eindruck über die Glaubwürdigkeit der entscheidenden Zeuginnen und Zeugen zu machen. In einzelnen Urteilen wird in

Version) beziehungsweise § 10 S. 32 (französische Version); für eine Einordnung des Urteils vgl. oben, III. B. 3. a.

²⁹⁴ Vgl. auch EGMR, Urteil vom 18. November 2014, *M.A. v. Schweiz*, Dissenting Opinion Kjølbro, § 5. Aus ähnlichen Gründen hält sich beispielsweise auch das Bundesgericht mit Eingriffen in den erstinstanzlich festgestellten Sachverhalt zurück; vgl. Aemisegger/Robert, S. 1232.

²⁹⁵ Vgl. Leach/Paraskeva/Uzelac, S. 24, wonach bis Februar 2009 insgesamt lediglich in 85 Fällen *fact-finding-hearings* durchgeführt worden seien; die Häufigkeit von Hearings dürfte seither – auch infolge der enormen Arbeitsbelastung des EGMR – eher abgenommen denn zugenommen haben.

²⁹⁶ Im Jahr 2017 haben 16 Hearings stattgefunden. Lediglich zwei davon betrafen Fälle, die in Kammerbesetzung verhandelt wurden (in den Verfahren *Big Brother Watch und andere v. Vereinigtes Königreich* sowie *Sharxi und andere v. Albanien*); alle übrigen Hearings fanden im Zusammenhang mit Verfahren vor der Großen Kammer statt. Vgl. insoweit die Übersicht auf <http://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&c=>. Zugegriffen am 01.03.2018.

²⁹⁷ Eine Ausnahme bildet insoweit in jüngerer Zeit das Fact-Finding-Hearing in den Verfahren *Al Nashiri v. Polen* (no. 28761/11) und *Husayn (Abu Zubaydah) v. Polen* (no. 7511/13) vom 3. Dezember 2013, in welchem neben verschiedenen Experten auch ein Zeuge angehört wurde. Vor 2011 wurden im Rahmen von Fact-Finding-Missionen von Gerichtsdelegationen beziehungsweise von Fact-Finding-Hearings offenbar noch regelmäßiger Zeugenbefragungen durchgeführt; vgl. dazu Leach/Paraskeva/Uzelac, S. 24 ff.

diesem Sinne denn auch festgehalten, dass die nationalen Behörden im Grundsatz besser geeignet seien, die Glaubhaftigkeit von Parteibehauptungen zu überprüfen: „As a general rule, the national authorities are best placed to assess not just the facts but, more particularly, the credibility of witnesses since it is they who have had an opportunity to see, hear and assess the demeanour of the individual concerned.“²⁹⁸

Die Distanz zur streitgegenständlichen Sache und den Parteien weist dabei zusätzlich eine sprachliche Dimension auf. Die Akten des innerstaatlichen Verfahrens – einschließlich allfälliger Befragungsprotokolle und Urteile – werden im Verfahren vor dem EGMR in der Regel nicht übersetzt.²⁹⁹ Angesichts der Vielfalt der Amtssprachen der Europaratsstaaten würde daher oftmals nur eine Minderheit des urteilenden Spruchkörpers die maßgeblichen innerstaatlichen Akten überhaupt verstehen. Zentrale Bedeutung kommt vor diesem Hintergrund den schriftlichen – und im Falle von Verfahren vor der Großen Kammer auch mündlichen – Parteivorträgen zu, welche oftmals³⁰⁰ in französischer oder englischer Sprache verfasst sind (vgl. Art. 34 Abs. 2 und 3 EGMR-VerfO) und daher in der Regel vom gesamten Spruchkörper zur Kenntnis genommen werden können. Im Falle divergierender Tatsachendarstellungen obliegt es also insbesondere der Staatenvertreterin, im Verfahren vor dem EGMR auf die Tatsachenfeststellung der innerstaatlichen Instanzen und ihre Begründung hinzuweisen. Nur über diese „Vermittlerfunktion“ ist es indirekt möglich, dass der gesamte Spruchkörper die maßgeblichen innerstaatlichen Akten zur Kenntnis nimmt. Eine eigenständige Prüfung des rechtserheblichen Sachverhalts durch den gesamten Spruchkörper aufgrund sämtlicher vorliegender Beweismittel findet jedoch nicht statt; dies spricht umso mehr für Zurückhaltung gegenüber der innerstaatlichen Tatsachenfeststellung,³⁰¹ welche zumindest von den ersten Instanzen grundsätzlich mit voller Kognition durchgeführt wird.

²⁹⁸ EGMR, Urteil vom 14. März 2017, *Ilias und Ahmed v. Ungarn*, § 114 (Fall per 1. März 2018 noch vor der Großen Kammer hängig). In diesem Sinne auch EGMR, Urteil vom 20. Juni 2017, *M.O. v. Schweiz*, § 73.

²⁹⁹ In diesem Zusammenhang danke ich dem Richtervertreter Liechtensteins, Carlo Ranzoni, sowie der an den EGMR detachierte Juristin, Camilla Mariéthoz Wyssen, herzlich für ihre Auskünfte zur Praxis des EGMR.

³⁰⁰ Die Eingaben der Beschwerdeführenden können bis zur Zustellung der Beschwerde an den betreffenden Konventionsstaat grundsätzlich in irgendeiner der Amtssprachen der Konventionsstaaten verfasst sein; ab diesem Zeitpunkt müssen sämtliche Eingaben entweder in Französisch oder Englisch verfasst sein.

³⁰¹ Vgl. in diesem Zusammenhang den kritischen Unterton der unterlegenen Minderheit gegenüber einer von den innerstaatlichen Behörden abweichenden Beweiswürdigung in Unkenntnis der dort eingereichten Beweismittel in EGMR (Große Kammer), Urteil vom 23. August 2016, *J.K. und andere v. Schweden*, Joint Dissenting Opinion Jäderblom, Gričco, Dedov, Kjølbros, Kucsko-Stadlmayer und Poláčková, Ziff. 4: „[...] respecting the principle of subsidiarity, it is not the Court’s task to substitute its own assessment of the facts for that of the domestic courts [...] and therefore any assessment of the relevant facts and evidence that has previously been made in the domestic context must be taken into account. As it is the Government who defend the State in the case before the Court, and as a possible violation of Article 3 is at issue, their submissions as regards the facts and the applicants’ credibility must be taken into account in the Court’s ex nunc assessment of any future risks for the applicants. All this must be done without the Court having had the opportunity to hear the applicants in person and, in this case, without any of the written evidence adduced in the domestic proceedings having been presented to all the judges.“

Von erheblichem Belang ist weiter auch die zeitliche Distanz des EGMR zu den maßgeblichen Geschehnissen. Bevor eine Beschwerdeführerin an den EGMR gelangen kann, muss sie den nationalen Instanzenzug ausschöpfen (Art. 35 Ziff. 1 EMRK). Dies nimmt in der Regel mehrere Jahre in Anspruch. Hinzu kommt die Verfahrensdauer vor dem EGMR, die sich im Normalfall ebenfalls über mehrere Jahre erstreckt. Nicht selten urteilt der EGMR deshalb über Sachverhalte, die schon mehr als ein Jahrzehnt zurückliegen. Mehrere im Jahr 2017 gesprochene Urteile zu Art. 3 EMRK betrafen beispielsweise Geschehnisse rund um den G8-Gipfel in Genua im Juli 2001.³⁰² In den 182 im Untersuchungszeitraum ergangenen Urteilen des EGMR zur Vereinbarkeit von Polizeigewalt mit Art. 3 EMRK betrug die durchschnittliche Dauer zwischen den maßgeblichen Geschehnissen und dem Urteil des EGMR fast neuneinhalb Jahre.³⁰³ Es ist offensichtlich, dass es nach einer solchen Zeitspanne aussichtslos wäre, die tatsächlichen Geschehnisse von neuem rekonstruieren zu wollen. Nicht ohne Grund verlangt der EGMR von den Konventionsstaaten bei glaubhaften Vorbringen einer Verletzung von Art. 3 EMRK die *sofortige* Einleitung einer Untersuchung, weil sonst wertvolle Zeit („precious time“) verloren ginge, und jegliche weitere Untersuchung der Geschehnisse erheblich erschwert, wenn nicht völlig verunmöglicht würde („[which makes] any further investigation of the applicant’s allegations complicated, if not impossible.“).³⁰⁴ Dieses vom EGMR gegenüber den konventionsstaatlichen Institutionen verwendete Argument gilt *mutatis mutandis* auch für den EGMR, der auch aufgrund der zeitlichen Distanz seines Verfahrens zu den maßgeblichen Geschehnissen bezüglich der Tatsachenfeststellung funktional deutlich weniger geeignet ist als die innerstaatlichen Behörden.

Schließlich ist auch auf die eingeschränkte Kapazität des EGMR hinzuweisen. Der EGMR verfügt neben den 47 Richterinnen und Richtern (vgl. Art. 20 EMRK) über rund 640 Juristinnen und Juristen.³⁰⁵ Der EGMR bewegt sich damit in der Größenordnung des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts, das mit derzeit 77 Richterinnen und Richtern zwar über mehr Richterinnenstellen, mit rund 230 Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreibern aber über deutlich weniger Juristinnenstellen verfügt.³⁰⁶ Während das Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2016 7517 Fälle erledigt hat,³⁰⁷ beläuft sich dieselbe Kennzahl für den EGMR auf 38.505 Fälle (davon 1926 durch Urteil

³⁰² Vgl. EGMR, Urteil vom 26. Oktober 2017, *Cirino und Renne v. Italien*; EGMR, Urteil vom 26. Oktober 2017, *Blair und andere v. Italien*; EGMR, Urteil vom 26. Oktober 2017, *Azzolina und andere v. Italien*. Ebenfalls aus diesem Kontext stammt – wie bereits erwähnt – EGMR, Urteil vom 22. Juni 2017, *Bartesaghi Gallo und andere v. Italien*.

³⁰³ Nicht berücksichtigt wurde für die Berechnung EGMR, Urteil vom 16. Mai 2017, *Romanescu v. Rumänien*, weil dieses aufgrund des temporalen Anwendungsbereichs der EMRK nicht die beschwerdeauslösende Misshandlung des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit dem Sturz des Ceaușescu-Regimes im Jahr 1989 zum Gegenstand haben konnte, sondern nur die erst nach der rumänischen Ratifizierung der EMRK unterlassenen Untersuchungen (vgl. in diesem Zusammenhang auch die Dissenting Opinion von Richter Wojtyczek im genannten Urteil).

³⁰⁴ Beispielhaft EGMR, Urteil vom 5. Oktober 2017, *Ostroveņecs v. Lettland*, no 36043/13, § 79.

³⁰⁵ Vgl. http://www.echr.coe.int/Documents/Registry_FRA.pdf. Zugegriffen am 01.03.2018.

³⁰⁶ Vgl. <https://www.bvger.ch/bvger/de/home/das-bundesverwaltungsgericht/richterinnen-und-gerichtsschreibende.html>. Zugegriffen am 01.03.2018.

³⁰⁷ Vgl. GB BVGer 2016, S. 1.

und 36.579 durch Unzulässigkeitsentscheidung beziehungsweise Streichung).³⁰⁸ Per 31. Dezember 2016 waren weitere 79.750 Beschwerden vor dem EGMR hängig.³⁰⁹

Allein dieses Zahlenverhältnis macht deutlich, dass der EGMR unmöglich in jedem Fall ein ausgedehntes Beweisverfahren durchführen kann. Schon allein aufgrund seiner Kapazitätsgrenzen ist es für den EGMR unumgänglich, die Aufgabe der Tatsachenfeststellung im Wesentlichen auf die innerstaatlichen Institutionen zu verlagern. Eigenständige Tatsachenfeststellungen wird er überdies auch deshalb nur in Ausnahmefällen vornehmen können, weil ihm teilweise das nötige Fachwissen fehlt: Soweit unter Art. 3 EMRK beispielsweise zu prüfen ist, ob die gesundheitliche Versorgung von Häftlingen angemessen war, fehlt dem EGMR die notwendige medizinische Expertise für eine methodisch fundierte Beurteilung.³¹⁰ Ähnliches gilt für die forensische Überprüfung der Echtheit eingereicherter Dokumente; wohl auch deshalb hat der EGMR beispielsweise im Fall *M.A. v. Schweiz* explizit offengelassen, ob ein als Beweismittel eingereichtes iranisches Urteil echt sei.³¹¹

Weil die innerstaatlichen Behörden und Gerichte funktional also in verschiedener Hinsicht besser geeignet sind, die konventionsrechtlich relevanten Tatsachen festzustellen, spricht der Subsidiaritätsgrundsatz für einen diesbezüglichen Handlungsvorrang der innerstaatlichen Behörden und Gerichte. Soweit die Aufgabe der Tatsachenfeststellung aus subsidiaritätsrechtlichen Überlegungen vorrangig den Institutionen der Konventionsstaaten zugewiesen wird, müssen sie diese im Einklang mit der allgemeinen Definition des Subsidiaritätsgrundsatzes³¹² aber auch tatsächlich wahrnehmen, um dem Verbundzweck Genüge zu tun. Kommen sie der Aufgabe nicht nach, führt dies zwangsläufig zu einem Vakuum, das der EGMR ausfüllen muss, um einen effektiven Menschenrechtsschutz zu gewährleisten.

b. Der EGMR als erstinstanzliches Tatsachengericht: Konstellationen

Grundsätzlich greift der EGMR im Einklang mit diesem subsidiaritätsrechtlichen Grundgedanken nur in Ausnahmefällen in die innerstaatlichen Tatsachenfeststellungen ein. Solche Ausnahmefälle liegen gemäß der Rechtsprechung einerseits vor, wenn „zwingende Gründe“ eine Korrektur der innerstaatlichen Tatsachenfeststellungen gebieten, andererseits, wenn die Umstände des Einzelfalls als so „außergewöhnlich“ zu werten sind, dass sie ein Tätigwerden des EGMR als „erstinstanzliches Tatsachengericht“ erforderlich machen.³¹³ Es liegt nahe, das Vorliegen „zwingender Gründe“ beziehungsweise „außergewöhnlicher Umstände“ davon abhängig zu machen, ob das innerstaatliche Verfahren so durchgeführt worden ist, dass ein plausibler Sachverhalt erstellt werden konnte. Eine Zurückhaltung des EGMR ist nämlich nur

³⁰⁸ Vgl. diesbezüglich die Statistik in GB EGMR 2016, S. 191.

³⁰⁹ Vgl. diesbezüglich die Statistik in GB EGMR 2016, S. 192.

³¹⁰ Vgl. EGMR, Urteil vom 2. Mai 2017, *Golubar v. Kroatien*, § 39; ähnlich EGMR, Urteil vom 18. Februar 2016, *Rywin v. Polen*, § 149.

³¹¹ Vgl. EGMR, Urteil vom 18. November 2014, *M.A. v. Schweiz*, § 64.

³¹² Vgl. oben, III. B. 1. b.

³¹³ Vgl. oben, III. B. 4.

angezeigt, wenn die nationalen Gerichte von ihrer funktional privilegierten Stellung Gebrauch machen und die maßgeblichen Tatsachen in methodisch nachvollziehbarer Art und Weise feststellen.

Insoweit besteht also ein enger subsidiaritätsrechtlicher Zusammenhang zwischen der Prüfungsdichte des EGMR bezüglich der Tatsachengrundlagen eines Falls einerseits und der Qualität der innerstaatlichen Tatsachenfeststellung andererseits. Im Folgenden ist deshalb zunächst aufzuzeigen, welche Anforderungen der EGMR an die innerstaatliche Tatsachenfeststellung stellt. Wie aufzuzeigen sein wird, nimmt der EGMR „zwingende Gründe“ für ein Eingreifen in die innerstaatliche Tatsachenfeststellung insbesondere dann an, wenn er gleichzeitig eine prozedurale Verletzung von Art. 3 EMRK oder eine Verletzung von Art. 13 EMRK festgestellt hat. Hand in Hand mit der Feststellung solcher zwingender Gründe geht das Tätigwerden des EGMR als „erstinstanzliches Tatsachengericht“. Es wird deshalb auch aufzuzeigen sein, welche Möglichkeiten der EGMR zur Hand hat, um innerstaatliche Versäumnisse zu kompensieren.

Der EGMR wird unter Art. 3 EMRK jedoch noch in einer zweiten Fallkonstellation wie ein „erstinstanzliches Tatsachengericht“ tätig – wenn sich nämlich der rechtserhebliche Sachverhalt seit der letzten innerstaatlichen Entscheidung derart verändert hat, dass eine neue rechtliche Würdigung daraus folgt. Wiederholt hat der EGMR in diesem Zusammenhang festgehalten, er müsse seinem Urteil die aktuellen Gegebenheiten zugrunde legen, um dem konventionsrechtlich vorgegebenen Ziel eines effektiven Menschenrechtsschutzes Genüge zu tun. Besondere Bedeutung hat diese *ex-nunc*-Rechtsprechung in *Refoulement*-Fällen, in denen die Wegweisung eines Ausländers in einen anderen Staat noch aussteht. In dieser wie in anderen Konstellationen kann es vorkommen, dass der EGMR seinem Urteil einen anderen Sachverhalt zugrunde legt als das letztinstanzliche nationale Gericht. Auch diese Fallkonstellationen sind nachfolgend dogmatisch näher zu beleuchten.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

